



مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires

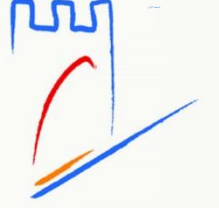


www.Droitetentreprise.com



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}

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

مجلة

القانون والأعمال الدولية

العدد 26 - فبراير 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

الطبع

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع – الرباط

شارع الحسن الثاني زنقة طونكان عمارة 23، رقم 2، ديور الجامع الرباط المغرب

الهاتف: 05.37.72.58.23

: المحمول: 06.61.10.65.51

الفاكس: 05.37.72.13.32

البريد الإلكتروني: contact@darassalam.ma

الموقع الإلكتروني: www.darassalam.ma

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

د: رياض فخري: نائب رئيس جامعة الحسن الأول بسطات
د: طارق مصدق: أستاذ التعليم العالي جامعة الحسن الأول بسطات

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires

المدير المسؤول

د. مصطفى الفوركي: أستاذ زائر بكليات الحقوق

www.Droitentreprise.com

نائب المدير المسؤول

ذ. محمد أمين اسماعيلي: باحث في مجال العلوم القانونية

اللجنة العلمية والاستشارية لمجلة القانون والأعمال الدولية

- د: عبد القادر التعلاتي: أستاذ التعليم العالي جامعة الحسن الأول بسطات
- د: عبد الكريم عباد: أستاذ التعليم العالي جامعة الحسن الأول بسطات
- د: أبوبكر مهم: أستاذ التعليم العالي جامعة الحسن الأول بسطات
- د: رشيد الطاهر: أستاذ التعليم العالي جامعة الحسن الأول بسطات
- د: منى مسلومي: استاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بسطات
- د: عائشة فضيل: استاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بسطات
- د: عز الدين بنستي: أستاذ التعليم العالي جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء
- د: فاطمة حداد: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الخامس بسلا
- د: محمد بخنيف: أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
- د: بشرى النية: أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
- د: مهدي منير: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الخامس - السويسي بالرباط
- د: عبد الرحمان الشرقاوي: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الخامس السويسي بالرباط
- د: عبد الرحيم شميعة: أستاذ التعليم العالي جامعة مولاي اسماعيل بمكناس
- د: الحسين بلحساني: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: إدريس الفاخوري: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: أسامة عبد الرحمان: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: بناصر حاجي: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: زينب تاغيا: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: أحمد العلالي: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: نادية قايدي: أستاذ التعليم العالي جامعة محمد الأول بوجدة
- د: هشام البخفوي: أستاذ التعليم العالي جامعة ابن زهر بأكاير
- د: عمر السكتاني: أستاذ التعليم العالي جامعة ابن زهر بأكاير
- د: منى كامل تركي: مستشار البحث العلمي بجامعة الحياة الجديدة الالكترونية
- د: حاجة وافي: نائبة رئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مستغانم - الجزائر
- د: كواشي مراد: أستاذ مساعد أ - جامعة عباس لغرور خنشلة الجزائر
- د: بدير يحيى: أستاذ مساعد بالمركز الجامعي عين تموشنت الجزائر
- د: إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب: أستاذ مشارك في القانون الإداري و الدستوري - المملكة العربية السعودية
- د: مشرفي عبد القادر: أستاذ محاضر أ كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم الجزائر
- د: قاصدي فايزة: أستاذة محاضرة بجامعة ابن خلدون تيارت - الجزائر
- د: مخلوف كمال: أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة البويرة - الجزائر
- د: خنفوسي عبد العزيز: أستاذ محاضر أ كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الدكتور الطاهر مولاي بسعيدة - الجزائر



www.Droitetentreprise.com

هيئة تحرير مجلة القانون والأعمال الدولية

من المغرب

- د. سعد بهتي : دكتور في الحقوق أستاذ القانون الخاص بكلية الشريعة بالسمارة
- د. عالي طوير : دكتور في الحقوق أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق السويسي 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 : دكتورى في الحقوق - مسؤولة العلاقات العامة بالمجلة
- 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
- دة: حكيم مؤذن: دكتوراه في الحقوق
- د. محمد الحبيب بداع : باحث في صف الدكتوراه كلية الحقوق بسطات
- د. حيدا عز الدين : اطار بوزارة الاقتصاد و المالية باحث في صف الدكتوراه كلية الحقوق بسطات
- د. هشام بلخنفر : محام بهيئة اكادير - باحث في صف الدكتوراه كلية الحقوق وجدة
- د. محمد أوبالاك : محام بهيئة الرباط
- د. يونس مليح : باحث بصف الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط
- د. عدنان زرزوري : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بمكناس
- د. خالد هيدان : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- د. محمد عبد الجليل الشيخ القاضي : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق السويسي
- د. محمد بومديان : باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق سلا
- د: يونس الصالحي : باحث بصف الدكتوراه
- د. محمد حفو : باحث بصف الدكتوراه، كلية الحقو بوجدة
- دة. وصال الشرقي : باحثة بصف الدكتوراه كلية الحقوق السويسي
- دة. قمرية قباب : باحثة في صف الدكتوراه جامعة محمد الخامس الرباط
- دة حسان جبران : باحثة في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- دة. مريم خراج : باحثة بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- دة: خديجة جليلي: باحثة بصف الدكتوراه بدار الحديث الحسنية
- دة. فاطمة أفقيير : محامية متمرنة بهيئة أكادي

من خارج المغرب

- د. محمد يحظيه ولد البكاي : باحث بصف الدكتوراه بجامعة انواكشوط العصرية موريتانيا
- ممثل المجلة في موريتانيا
- د. مصطفى رمضان عبد القادر - مدرس مساعد بجامعة دھوك التقنية - معهد ناكري
- ممثل المجلة في العراق
- د. زغودي عمر : دكتور في القانون العام الاقتصادي - المركز الجامعي افلو الجزائر
- د. 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

مفهوم العنف الاقتصادي والتحرش الجنسي في قانون العنف ضد النساء: أي تقاطعات مع مدونة الشغل؟
ومن أجل أية تعديلات؟

13 نادية التحلي

علاقة القانون الدولي الإنساني بالقانون الدولي لحقوق الإنسان

25 داودي منصور

المرجعية المؤطرة لمفهوم النظام العام في العلاقات الأسرية

33 موحى اسدي اعمر

إشكالات المادة التاسعة من قانون المالية لسنة 2020 وتداعياتها على الأمن القانوني والقضائي

57 عبد الرفيق زعنون

جمعيات حماية المستهلك وحققها في تمثيل المستهلك لدى الهيئات غير القضائية

73 غزالي نصيرة - رزق الله العربي بن مهدي

حظر البيع بأسعار مخفضة تعسفيا

85 عيمور رشيد

الإدارة الاقتصادية الترابية: المراكز الجهوية للاستثمار من مرحلة التأسيس والتأصيل، إلى مرحلة الإصلاح والتكريس. (قراءة أولية في قانون رقم 18.47)

99 محمد أقرقز

الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء الإداري

117 رشيد المسعودي

آليات حماية القطاع المصرفي السعودي من العمليات المالية غير المشروعة

141 عيسى بن علي بن محمد عسيري

إستراتيجية الدمج الاجتماعي لذوي الاحتياجات في مجال الصفقة العمومية

151 قاصدي فايزة

- الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني في مرحلة تكوين العقد الإلكتروني
- 168 معمر حيتالة - لطروش أمينة
- سيرورة النصوص التشريعية المتعلقة بمهنة المدقق القانوني بالجزائر
- 185 سايج فايز - حرز الله كريم
- خرجوا التكوين المهني في الجزائر :أية مرافقة مالية ؟
- 201 بن قو أمال
- تنفيذ الجزاءات الجبائية المالية المقررة للجرائم الجمركية -دراسة مقارنة-
- 208 مداح حاج علي
- نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر في الالتزامات العقدية وتأصيلها في القوانين المدنية العربية: دراسة مقارنة
- 241 عيسى أبو حاج - محمود دودين
- قراءة في القانون رقم 24.17 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر
- 262 إبراهيم الفندور
- أثر المغادرة الطوعية على نظام التقاعد المغربي
- 272 هودي لمخلخل
- تحديد الطبيعة القانونية لعقد لشراء الفاتورات
- 280 سكيمة الحرفي
- المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين في ضوء مقتضيات ق ل ع ومدونة الأسرة
- 291 محمد القاسمي
- معيار التنفيذ المعيب في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة
- 299 سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي - محمود محمد فرحان طريف الزيدي
- ماهية التسبب في الجرائم غير العمدية
- 317 عباس عبد الرزاق السعيد
- فترة الريبة طبقاً لمدونة التجارة الموريتانية
- 364 سيدي محمد عبد الله حد
- حقوق السجناء بين المعايير الدولية والقوانين الخاصة: دراسة في قواعد الحد الأدنى النموذجية للحقوق والحريات بسلطنة عمان
- 370 حسين بن علي السناني
- دور الاجتهاد القضائي في تحديد معالم ومجال القانون الجنائي للأعمال بالمغرب
- 383 عبد الواحد الدافي

محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية

La fusion et les obstacles relatifs à la nationalité des sociétés commerciales

Mounir ARBAOUI..... 398

Droit, justice et mutations technologiques actuelles

Sami kanouni..... 405

Justice transitionnelle et vérité officielle au Maroc

Mounir OMRANI..... 410LA DISTRIBUTION DU CREDIT BANCAIRE A LA LUMIERE DU DROIT FRANÇAIS L'impact
du dispositif anti-blanchiment sur la distribution du crédit en France : un exemple
inspirant pour le Maroc**CHAMA BENSEGHIR**..... 419Les nouvelles mesures de la loi 49-16 relative aux baux à usage commercial,
industriel ou artisanal**FARAJ MOUNIR**..... 426

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

جميع الحقوق محفوظة لمجلة القانون و الأعمال الدولية © 2020

كلمة افتتاحية

تصدر مجلة القانون و الأعمال الدولية كما عودتكم دائما ومرة أخرى بمزيد من البحوث المتميزة والدراسات الحديثة التي تحاول أن تضيء طابعا خاصا على المعرفة القانونية، ولعل التنوع والثراء الذي حمله هذا العدد يؤكد ذلك الاتجاه الذي تسلكه المجلة نحو الرقي بالبحث العلمي كفضاء يستقطب الكثير من الباحثين من أكاديميين، أساتذة، باحثين، طلبة دكتوراه، مهنيين، من أجل نشر آخر أبحاثهم كل حسب مجاله وتخصصه الذي ينتمي إليه.

إن تكامل العلوم لا يمكن أن ينكره أحد، ذلك أنها تشغل كلها من أجل خدمة الحقل القانوني ، وهو ما جعل حقول المعرفة تتزاوج هنا في مجال العلوم القانونية نحو تلقيح المعرفة لانتاج معرفي راق، يرقى لتطلعات الباحثين سواء الناشرين أو القراء والمهتمين، الذي تعد مجلة مجلة القانون و الأعمال الدولية قبلة ينهل منها الكثير، خاصة وأنها يوما بعد يوم تسير بخطى ثابتة نحو ترسيخ مكانتها العالمية، فتميز الأبحاث ودقتها وموضوعيتها وتنوع مقارباتها النظرية وأطروحاتها الفكرية لدليل واضح على تبني المجلة لسياسة علمية قائمة على منهجية أكاديمية علمية دقيقة سيرا على منوال المجالات القانونية العالمية في ظل الإرتقاء بالمعرفة. وجودة النشر القانوني الالكتروني الذي يعد مواكبة للتطور الذي يشهده عالم المعرفة و الذكاء العلمي ، و إننا ندعو من هذا المقام كل الباحثين للاستفادة من كل ما ينشر من أبحاث ودراسات ضمن المجلة كونها أبحاث مستجدة و متجددة تستدعي الكثير من التمعن لأنها تعالج الكثير من القضايا القانونية في إطار تكاملي متشابك ومتشعب في نفس الوقت

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

مفهوم العنف الاقتصادي والتحرش الجنسي في قانون العنف ضد النساء: أي تقاطبات مع مدونة الشغل؟ ومن أجل أية تعديلات؟

✍ نادية النحلي

أستاذة التعليم العالي مؤهلة بكلية الشريعة بفاس

في تتبع دقيق لمؤشرات التنمية في مجال الجندر¹ ببلادنا من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي²، احتل المغرب المرتبة 139 عالميا في مؤشر الفجوة الرقمية³ بين الجنسين، ويدل ذلك على تدني مستوى التعليم المعرفي لدى النساء عنه لدى قرنائهن من الرجال.

وينبغي على ذلك عدم إمكانية ولوج النساء لمهام ووظائف تحقق إشباعهن المادي والاجتماعي، وهو الواقع الذي يكرس لهن مرتبة أدنى من مراتب الرجال. وإذا لم توجد المرأة في علاقة عمل ومهمة مهنية غير مرضية من كافة المناحي، فإنها توجد بالبيت، تقوم بعمل منزلي بدون أجر، ومعرضة لكافة أشكال الفاقة والتهميش والاعتداء بكافة أنواعه.

وإمعانا في قتامة هذه الصورة، ظهر مؤشر جديد للبنك العالمي نشر ضمن دراسة حول موضوع "المرأة، أنشطة الأعمال والقانون 2019: عقد من الإصلاحات"⁴، ويتعلق المؤشر بقياس الاندماج الاقتصادي للمرأة، حيث حصل المغرب على معدل 7.13 من أصل مائة نقطة، بما يفيد عدم تعزيز قدرات النساء وخاصة:

- 1- في الحصول على فرص عمل،
- 2- في إنشاء أعمال ومقاولات خاصة بهن،
- 3- في اتخاذ قرارات اقتصادية تصب في مصلحتهن ومصلحة عائلاتهن.

ويقيس المؤشر الجديد مدى المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق القانونية في مختلف مراحل الحياة المهنية للمرأة

من:

¹ الجندر يأخذ بعين الاعتبار التقسيمات الموازية وغير المتكافئة اجتماعيا للذكورة والأنوثة وينادي بإعادة توزيع القوة بينهما من خلال مراجعة الأدوار والفرص

² عبد الله أموش "مجلس الشامي: هذا ترتيب المغرب في مؤشرات دولية ووطنية." al3omk.com، 8 أبريل 2019 اطلع عليه على الساعة 13.

³ الفجوة المعلوماتية، أو الهوية المعرفية أو الحيز الرقمي أو الأمية المعلوماتية، فجوة الديجيتال (أي الفجوة بين من يملكون إدارة المعلومات وتوجيهها، وجود قوانين تسمح بحرية الاتصال وتناقلها، وجود عوامل تسمح بتطور المجتمع معرفيا، فوجود الأمية المعرفية يحكم بالفشل على مشاريع التنمية.

⁴ -activités des affaires et des lois : une décennie de réformes

(m.2m.ma) السبت 9 مارس 2019، على الساعة التاسعة صباحا

- 1- البحث عن عمل،
- 2- وممارسة الحياة النشيطة،
- 3- إلى الحصول على التقاعد.

وتتعلق هذه الحقوق القانونية بثمان مجالات:

1. حرية التنقل خارج البيت (قوانين التنقل والسفر)، وحصل المغرب في تقييم نصوصه بشأنها على 100 نقطة،
2. البدء في العمل (قوانين تؤثر على قرار المرأة في العمل): 100 نقطة،
3. الحصول على أجر (قوانين تؤثر على أجور النساء): 50 نقطة،
4. العمل بعد الزواج (قوانين تؤثر على مواصلة المرأة نشاطها بعد الزواج): 40 نقطة،
5. الإنجاب (قوانين تؤثر على مواصلة المرأة نشاطها بعد الإنجاب): 80 نقطة،
6. الانتساب للحساب الخاص (أو القيود الواردة على إنشاء مقالة نسائية): 100 نقطة،
7. إدارة الأصول (ويدرس المساواة في إدارة الممتلكات والميراث): 40 نقطة،
8. الحصول على التقاعد (تقييم القوانين): 75 نقطة.

ويتضح من خلال هاته النتائج، أن المرأة المغربية لازالت في بداية الطريق بشأن تحقيق "التمكين" ⁵ الاقتصادي، حيث تم تسجيل النقاط أقل من 50 فيما تعلق بـ:

- (1) الحصول على أجر،
- (2) العمل بعد الزواج،
- (3) وإدارة الممتلكات والميراث واستخدام العقارات والحصول على القروض.

وهذه المجالات الثلاث هي الكفيلة بتحقيق الاندماج الاقتصادي للمرأة⁶، وهذه النقاط المتدنية في هذه المجالات الثلاث تثبت أن المغربيات لا يحصلن سوى على أقل من نصف ما يتمتع به الرجال من حقوق قانونية مرتبطة بالنشاط الاقتصادي.

والتمكين لغة التعزيز والتقوية، واصطلاحا دعم عناصر البنية التحتية للمنظمة بتقديم كافة المصادر الغنية، وتعزيز دور الأفراد العاملين ومنحهم الحوافز والقوة والمعلومات، وحمايتهم من السلوكيات الطارئة أثناء الخدمة، أي منحهم القدرة على تولي العديد من المسؤوليات من خلال تقديم الدعم العاطفي والتدريب والثقة. ويقصد بالقوة المستوى العالي من التحكم لتمكن المرأة من الابتكار والتعبير والاختيارات والمشاركة في كل المستويات، والتأثير في قرارات محيطها ومن ثم المجتمع ككل، الهدف الأخير هو تمكينها من مواجهة جميع أشكال عدم المساواة بينها وبين الرجل⁷.

⁵- مبدأ التمكين autonomisation empowerment مشروع مجتمعي منذ منتصف القرن العشرين ويتعلق في القانون الدولي لحقوق الإنسان بمبحث الحقوق الاقتصادية والاجتماعية

⁶- الاندماج الاقتصادي: وضع المنتدى الاقتصادي العالمي دافوس برسم سنة 2017 مؤشرا للفجوة بين النساء والرجال حل المغرب في رتبة غير مشرفة تماما (هسبريس، عبد الرحيم العسري، 3 نوفمبر 2017 على الساعة الحادية عشرة) hespress.com

⁷- محمد مروان: "تعريف تمكين المرأة" 6 أكتوبر 2018 (أكبر موقع عربي بالعالم).

وعموما التمكين الاقتصادي يختص بضمان وصول المرأة على قدر المساواة مع الرجل إلى الموارد الاقتصادية.⁸

على أن ما يغيظ في تتبع هذا المؤشر -أي الاندماج الاقتصادي للمرأة- أن التقرير المتعلق به لسنة 2018⁹ أشار إلى مجال العنف ضد المرأة في غياب قانون للتحرش الجنسي والعنف ضد المرأة باستثناء نصوص القانون الجنائي، وهو المجال الغائب في تقرير 2019 بناء على صدور القانون رقم 103.13 بشأن محاربة العنف ضد النساء بالمغرب¹⁰، مما يفيد أن صدور النص كآلية قانونية جديدة يرقى في نظر البنك الدولي وحده إلى حماية المرأة من العنف والتحرش في أماكن العمل كقنطرة نحو تحقيق التمكين والاندماج الاقتصادي للمرأة في العمل، والذي لا زالت مؤشرات المغرب دون المتوسط، فلو كان الأمر كذلك، لأظهر المؤشر أن العنف والتحرش في أماكن العمل هو عامل مفرمل للتمكين الاقتصادي للمرأة، وترجمة للعنف الاقتصادي الوارد في القانون 103.13.

ولعل السبب جلي في هذا السياق، وهو أن البنك الدولي يكتفي بتقييم وجود نص من عدمه بالبلد المعني لتتقبط المؤشر دون الخوض في المضامين وتقييم مدى اتساقها مع هدف التمكين الاقتصادي.

فهل من ارتباط بين انعدام تنظيم قانوني للعنف ضد النساء في مكان العمل، والتحرش الجنسي في مكان العمل، وبين التدني المستمر "للمكين الاقتصادي" و"الاندماج الاقتصادي" للمرأة بالمغرب؟

وهل إيجاد مثل هذا التنظيم وحده كفي لتحقيق الهدف؟

وكيف يمكن- مرحليا- أن نكيف ونفسر ونؤول نصوص القانون رقم 103.13 خاصة الشق التعريفي والمفاهيمي منه (المادة الأولى)¹¹ لإيجاد نسق تشريعي ولو (ضمني) يسعنا في سد ثغرات مدونة الشغل، بل ونقصها البين في هذا الباب؟ كمساهمة فقهية بحثية يسترشد بها القضاء الشغلي في انتظار بلوغ إقرار نص تشريعي يكمل المدونة ويتعرض لـ:

I. العنف والعنف الاقتصادي ضد النساء في أماكن العمل: ولم لا في الطريق إلى العمل قياسا على حادثة الطريق في قانون التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية.

II. والتحرش الجنسي في أماكن العمل كظاهرة تكتسي تجليات وأثار خاصة بالنسبة لارتكابها في مكان العمل.

وعليه سنعالج الموضوع في القسمين التاليين:

قسم أول: تقنين العنف والعنف الاقتصادي ضد النساء في أماكن العمل ضمن مدونة الشغل لبنة أساسية لاستكمال مستلزمات التمكين الاقتصادي للمرأة.

قسم ثان: من أجل تقنين جريمة التحرش في مكان العمل كجريمة خاصة ضمن القسم الخاص للقانون الجنائي المغربي.

⁸- انظر د. نهى عدنان القاطرجي: "المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية"، الطبعة الثانية، لندن، دار إي كتب، ديسمبر 2017. books.google.co.ma / الطبعة الثانية ص ..

⁹- هذه هي مجالات التمييز ضد المرأة في المغرب حسب تقرير البنك الدولي، هبة بريس (hibapress.com)

¹⁰- ظهير شريف رقم 1.18.19 صادر في 22 فبراير 2018 بتنفيذ القانون رقم 103.13، ج.ر عدد 6655 بتاريخ 12 مارس 2018، ص 1449.

¹¹- والتي عرفت خمس أشكال من العنف ضد النساء: العنف ضد المرأة، العنف الجسدي، العنف الجنسي، العنف النفسي، العنف الاقتصادي.

قسم أول: تقنين العنف والعنف الاقتصادي ضد النساء في أماكن العمل ضمن مدونة الشغل لبنة أساسية لاستكمال مستلزمات التمكين الاقتصادي للمرأة.

إذا كان تقرير البنك الدولي "المرأة وأنشطة الأعمال والقانون 2019" قد كان قاصرا عن بلوغ مفهوم العنف الاقتصادي، إلا إن ميزته تكمن في إفراز معطى قانوني واقعي فيما يتعلق باختلال التوازن بين الرجل والمرأة في الوصول إلى الموارد الاقتصادية (كنه مفهوم التمكين الاقتصادي) إذ مجالته حسب التقرير هي كالتالي:

أ- الحصول على العمل والأجر المتساوي،

ب- الاستمرار في العمل بعد الزواج،

ج- والحق في إدارة الممتلكات والميراث.

ولعل من باب الأمانة العلمية وعدم التعصب للتخصص العلمي والإيمان بأن كل الجهود، وفي أي مجال تصب في النهاية نحو تحقيق هدف العيش اللائق والكرام لكل أفراد المجتمع، ننطلق من تسجيل إيجابية القانون رقم (103.13) المتميزة، ألا وهي أنه قانون لتدابير الاستنفار الأمنية، فبعد أن بقي أخذ ورد مدة خمس سنوات¹² جاء متخذا الشكل التالي:

❖ باب أول: متعلق بالتعريف،

❖ باب ثاني: عزز العقوبات الجنائية،

❖ باب ثالث: عزز المساطر الجنائية،

❖ باب رابع: خلق آليات التكفل والتتبع.

ويتضح من هذا البناء أن فلسفة المشرع وقفت عند مقاربة علاجية للعنف بعد ارتكابه، أينما ارتكب دون تمييز بين مجالات وأماكن الارتكاب.

ويجد هذا المنحى تبريرا له في التقرير السنوي للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي لعام 2017¹³، والذي سجل إفراز أشكال جديدة للعنف ضد المرأة، وهو العنف "المرتبط بالظروف الاقتصادية للنساء"¹⁴، وقد استنتج التقرير أن العنصر المشترك بين حالات العنف هو عدم التمتع بالاستقلال المالي والعيش في حالة فقر، وأدرج من بين توصياته بهذا الخصوص الحرص على مواكبة جهود مكافحة العنف ضد النساء بسياسات ترمي إلى التشجيع على ولوج النساء إلى سوق الشغل لضمان استقلالهن المادي.

ومن هذا المنطلق كان على القانون 103.13 أن يعبد الطريق للحماية من العنف ضد المرأة، والعنف الجسدي، والعنف الاقتصادي.

¹² - من 2013 إلى 2018.

¹³ - www.cesse.ma

¹⁴ - يحيل التقرير على حادث التدافع بالصويرة (خمسة عشر حالة وفاة)، وحادث التدافع بمعبر باب سبتة (أربع متوفيات) بينما سجل العنف المنزلي وفاة 81 امرأة عام 2016، ص 79، من التقرير.

أ- العنف ضد المرأة: وقد أشار تعريفه في المادة الأولى من القانون 103.13 إلى الضرر الاقتصادي الذي قد ينتج عنه « préjudice économique »،

ب- العنف الجسدي: ويعتد في تعريفه بمكان ارتكاب l'acte lieu de commission de l'acte أيًا كان هذا المكان مما يدرج مكان العمل في هذا السياق.

ج- العنف الاقتصادي: ويندرج في إطاره كل ما يضر بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية للمرأة droits économiques et sociales والتي تهم رأسا مكان العمل¹⁵ lieu travail .

ويبدو التقاطب واضحا مع مدونة الشغل، والتي عليها أن تدرج مفهوم العنف ضد المرأة بوجه عام والعنف الاقتصادي بوجه خاص من منطلق أن الأول يؤدي إلى الثاني.

فالعنف ضد المرأة ينتج الضرر الاقتصادي، ويحيل على البحث في إمكانية التعويض اعتمادا على قواعد المسؤولية التقصيرية¹⁶ الموضوعية التي تقلص من أهمية الخطأ كركن وتميل لإقامتها على عنصر الضرر¹⁷، وهي تلائم مجال العمل، إذ تجبر المؤاجر على تحمل التبعة عن نشاطه، وإن كانت قد قصرت عن حماية المتضرر، فقد ظهر التعويض عنها كأمر حتمي. بالطبع فضرورة التعويض عن الأخطاء الماسة بالشخصية تؤكد من المس بالأموال ومن باب أولى الخسارة الاقتصادية الناتجة عن الأولى، ولذلك يجب إلزام أرباب العمل بالتأمين عن هذه المسؤولية التقصيرية الموضوعية المهنية، بل وإيجاد صندوق للتأمين عنها في حال عجز هؤلاء¹⁸. والأكيد أن التطور نحو هذا المسار الحمائي يجب أن يلعب فيه القضاء دورا حاسما انطلاقا من سلطته التقديرية للتعويض،

وإذا كان العنف ضد المرأة الناتج عنه ضرر اقتصادي قد تسعفنا فيه القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية الموضوعية، فإن العنف الاقتصادي والمتواجد والقائم بذاته من خلال التتبع الإحصائي لمؤشرات عمل المرأة بالقطاع الخاص، يلزم أن يستفيد من نظام خاص للمسؤولية عن العنف والعنف الاقتصادي ضد المرأة في مكان العمل كنظام المسؤولية عن الأضرار التي تلحق الوكلاء التجاريين بفرنسا¹⁹، حيث بمجرد أن يقدم الطلب عناصر كافية يكون على القاضي تقييم الضرر الذي يقبل بوجوده مبدئيا، معياره العام المادة 2-1231 قانون مدني فرنسي، وقد تتمثل الأضرار في فقد قيمة مالية أو حق أو تكبد نفقة في شكل خسارة بحتة، بما في ذلك الضرر الناتج عن تفويت الفرصة، إذ الخسارة الاقتصادية بينة من جراء العنف الاقتصادي في مكان العمل، كما أن الخسارة الاقتصادية تعوض كيفما كانت طبيعة المسؤولية عقدية أو تقصيرية والمسؤولية ما قبل العقدية أي في مرحلة المفاوضات، وقد راكمت محكمة النقض الفرنسية اجتهادا قضائيا كثيرا للتعويض عن فقد

¹⁵ - « les Droits économiques et sociaux et culturels sont les droits fondamentaux qui concernent le lieu de travail, la sécurité sociale, la vie familiale.... ». Définition figurant sur le site officiel du Haut commissariat des Droits de l'Homme, ONU, www.ohchr.org, fiche d'information n°33.

¹⁶ Article 77 du DOC Marocain

¹⁷ يعود الفضل في الدعوة لها إلى الفقيه سالي الذي أخذ بمبدأ تحمل المخاطر " من يستفيد من نشاط معين عليه أن يتحمل تبعاته "

¹⁸ Christian Lapoyade Deschamps « La réparation du préjudice économique pur en droit français » revue internationale de droit comparé 1998 ;50-2 ;p376-381 ;www.perssee.fr

¹⁹ Christian Lapoyade Deschamps op.cit.

فرصة الترقى المهني للضحية حتى ولو كانت الترقية غير مؤكدة²⁰ إذ التعويض يجب أن يلائم أهمية الفرصة المفقودة، ويعوض عن الضرر الأولي دون الأضرار المتتالية، ويعتمد التراتبية بين الأضرار الشخصية والأضرار الاقتصادية سيرا على نهج القانون الفرنسي الصادر في 29 يوليوز 1994 متعلق باحترام الجسد البشري Primauté de la personne ، وقد أضيف إلى مدونة القانون المدني الفرنسي -المواد من 1-16 إلى 9-16 - حيث كفل أولوية الشخصية وحرمة الجسد واحترامه ومنع كل مس بالكرامة وجعل هذه المقتضيات من النظام العام²¹.

كذلك من منطلق توفير شروط عمل المرأة لاختلاف طبيعتها عن الرجل، وهو كنه إيجاد معايير دولية لعمل المرأة "كحد أدنى" من (stricte minimum) الشروط الإنسانية، لم يعد من المقبول الحديث عن تنظيم متكامل بدون تحديد لمفهوم العنف الاقتصادي في مدونة الشغل، ذلك أنه وفي حضور هذا المفهوم يتخذ مبدأ المساواة في العمل أربعة أهداف له:

- 1- المساواة في شروط وفرص الاستخدام (الاتفاقية الدولية رقم 111 لسنة 1958 والاتفاقية العربية رقم 5 و6 لسنة 1976).
- 2- المساواة في ظروف العمل اللائق (الاتفاقية 42 لسنة 1934 والاتفاقية رقم 45 لسنة 1953).
- 3- المساواة في الأجر (الاتفاقية رقم 100 لسنة 1951 والتوصية رقم 90 لنفس السنة، والاتفاقية العربية رقم 6 لسنة 1976).
- 4- المساواة في تقلد المناصب²²،

تتضاف إليها حماية قانونية خاصة للمرأة العاملة تتحدد في مدونة الشغل في:

- 1- منع العمل الليلي (الاتفاقية الدولية رقم 4 لسنة 1919 مراجعة بالاتفاقية رقم 41 لعام 1948).
- 2- منع الأشغال الضارة والخطرة (التوصية الدولية رقم 44 لسنة 1971 الوقاية من مخاطر التسمم بالبنزين، الاتفاقية العربية رقم 6).
- 3- وحماية الأمومة (التوصية رقم 95 لسنة 1952)، الاتفاقية الدولية رقم 103 لسنة 1952، 183 لسنة 2000²³.

وينبغي أن تستكمل في ظل القانون رقم 103.13 متعلق بمحاربة العنف ضد النساء، بالحماية من العنف الاقتصادي، الذي يعد مجاله بامتياز، مجال العمل باعتباره رافعة لبلوغ أهداف المساواة الأربعة الآتية ذكرها.

وتتيح كتلة التعريف bloc de définition الواردة في القانون رقم 103.13 مرحليا محاولة حصر ظاهرة العنف الاقتصادي ومفهومها الدقيق في قانون العمل المغربي، فإذا كان هذا النص قد خلق مفاهيم تتكامل مع قانون العمل، بل وتضيف إليه

²⁰ 2eme chambre civile 14 octobre 1992 RTD civ 1993 ;148 cité par Christian Lapoyade opcip

²¹ Loi n 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain JORF n 175 du 30 juillet 1994 p 11056

²² د. عبد الباسط عبد المحسن، "ورقة عمل حول الحماية القانونية للمرأة في تشريعات العمل العربية، دراسة للواقع المأمول في ضوء معايير العمل الدولية والعربية الورشة الأولى لمؤتمر قضايا المرأة وتحديات العصر: "نو وثيقة عربية لحقوق المرأة"، ورشة الحقوق الاقتصادية للمرأة العربية، المنامة، البحرين 20-21 نوفمبر 2013 (www.academia.ed)

²³ د. عبد الباسط عبد المحسن، "ورقة عمل حول الحماية القانونية للمرأة في تشريعات العمل العربية، المرجع السابق.

ما يسد نقصه في هذا الباب، فإن هذه الإضافة تجعل من القانون رقم 103.13 نصا خاصا بالنسبة للمدونة الشغلية وذلك باعتماد:

1- مفهوم دقيق للعنف الاقتصادي يروم رفع الحصار عن حق المرأة، العاملة في المساواة في شروط وفرص الاستخدام، وفي ظروف العمل اللائق، والحصول على أجر مساوي للرجل عن العمل المتساوي، وبلوغ هدف تقلد مناصب المسؤولية والترقي المهني؛

2- وبناء المفهوم على الاستفادة مفاهيم:

- الضرر الاقتصادي Préjudice économique

- نطاق مكان العمل lieu du travail

- مكان ارتكاب العنف lieu de commission de l'acte de violence

و يحتاج العنف الاقتصادي في مجال العمل إلى تفكيك دقيق:

1- فهل يدخل في نطاقه التسريح للتأخر المتكرر والغياب عن العمل لأسباب عائلية؟ خاصة إذا تبين أن ذلك راجع للتعرض للعنف المنزلي؟ (فأكثر من 35 % من الملفات المعالجة أمام المحاكم والنقابات من هذا النوع، وأن 50 إلى 100 درهم تضيع عن كل يوم عمل للعاملات اللواتي يضطرون للتغيب نتيجة العنف؟ في حين أن للعنف تكلفة، - الاستقبال بالمستشفى يكلف من 120 إلى 200 درهم دون احتساب الفحوص والأشعة التي تثنى بأزيد من 1200 درهم، فضلا عن أن حالات العنف هي حالات مستعجلة.²⁴

يتضح من ذلك أنه حتى ولو لم يكن مكان العمل هو مسرح العنف، فإنه يتلقاه ويعيد تصديره في شكل تسريح.

2- وهل يدخل العنف الذي تتعرض له المرأة غي كريقها إلى العمل كذلك في هذا المفهوم قياسا على حادثة الطريق طبقا لقانون التعويض عن حوادث الشغل؟

ويتخذ العنف الممارس في مجال العمل أشكالا عدة في البدء²⁵، لكنه يتخذ في النهاية شكلا واحدا وهو العنف الاقتصادي الذي ينعكس على الأجر و الوضع الوظيفي، والقانوني لعقد العمل، وعلى التطوع للترقي في العمل.

1- فالعنف ضد المرأة: سواء الزوجي أو غير الزوجي الذي تتعرض له المرأة في طريقها للعمل، أو في مقرات العمل،

2- والعنف الجسدي: يسوغ أن يفرزه البيت أو طريق العمل أو مكان العمل،

²⁴ - تقارير الجمعيات الشريكة، العنف ضد النساء أية تكلفة global rights جمعية أمل للمرأة والتنمية وغيرها:

Maroc 2011, Partner for justice marawomen.ma PDF

²⁵ - الصور الأربعة المعرفة في المادة الأولى من القانون رقم 103.13

3- والعنف الجنسي أو التحرش يحتمل أن يكون بالبيت العائلي أو الأسري، أو المجال العام، أو مجال العمل خاصة أن القانون 103.13 قد جرم التحرش الجنسي المرتكب من قبل الزميل في العمل بل وضاعف العقوبة بشأنه، غاضا الطرف عن ذلك الصادر من رب العمل ومعاونيه.

4- والعنف النفسي: يصاحب ذلك كله.

على أن الأكيد أن نتيجة كل ذلك هو تعنيف المرأة اقتصاديا:

1. في وضعيتها القانونية بالنسبة لعقد الشغل،
2. في مستحققاتها الأجرية وتوابعها،
3. وحتما في إمكانية ترقيةها في عملها.

وإذا استحضرنا أن القانون 103.13 قد وضع كمشروع منذ 2013، ولم ينفذ إلا ستة أشهر بعد نشره في الجريدة الرسمية أي 14 فبراير 2018، فهل كانت خمس سنوات من الأخذ والرد بشأنه كفيلا باستحضار أهمية تقنين العنف الاقتصادي في مجال العمل؟

في محاولة لاستعراض قراءات مختلفة المشارب للنص -يحدثونا في ذلك استجلاء إشارات لموضوع العنف الاقتصادي في مجال العمل، والإغناء الذي لحقه من جراء هذا النص-، لم نجد لذلك أية إشارة تذكر.²⁶

إن عدم توسيع دائرة فلسفة القانون رقم 103.13 لتشمل مفهوم "العنف الاقتصادي" و"الضرر الاقتصادي"، و"مكان العمل"، و"مكان ارتكاب العنف الاقتصادي"، قد انعكس على تركيبة اللجنة الوطنية للتكفل بالنساء ضحايا العنف إضافة إلى اللجن الجهوية، هذه اللحن المنبثة على مستوى المحاكم والأمن والدرك ومندوبيات وزارة العدل، الصحة، والشباب والمرأة، حيث لم يتم التنصيص على حضور وزارة التشغيل، وهو خطأ بنيوي، ذلك أن التصور التشريعي للقانون 103.13 قد استهدف تدبير أزمة العنف الذي وقعت ضحيته المرأة في إبانها دون استهداف لوضع بنية للاستقلالية الاقتصادية للمرأة الضحية من خلال التكوين والتشغيل والحماية في مكان العمل.

نقول خطأ بنيوي، لأن أية سياسة عمومية ومنذ وقت طويل تدرج من بين مؤشرات أهدافها نسبة خلق مناصب شغل خاصة بالنساء²⁷، فلا أقل من تتبع هذه المؤشرات وتقييمها وخلق قنوات للاستفادة منها للنساء ضحايا العنف. إن نشاط النساء غير مأجور بالأساس²⁸ بسبب ممارسة العمل المنزلي غير المأجور واللجوء للقطاع غير المنظم.

²⁶ - السعدية اضرريس: تأملات في القانون 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد المرأة (www.aljaman.net) 27 نوفمبر 2018، لطيفة البوحسيني قانون مغربي لمحاربة العنف ضد النساء 8-3-2018، العربي السفير (assafirarabi.com)

²⁷ - البلاغ الصحفي لانعقاد المجلس الحكومي بتاريخ 4 أبريل 2019، يصرح وزير الصناعة والاستثمار والتجارة والاقتصاد الرقمي، عرض حول نتائج البحث المتعلق بالتشغيل في المجال الصناعي، برنامج تسريع التنمية الصناعية plan émergence يشير إلى أن 49% من المناصب المحدثة هي مناصب لفائدة النساء

²⁸ - Mapping de la protection sociale au Maroc, Rabat, 2013, ONU/UNICEF, distribué lors de colloque, p 74.

المناظرة الوطنية الأولى للحماية الاجتماعية، الصخيرات 12-14 نونبر 2018

نخلص من كل ذلك أن التمكين الاقتصادي يوجد ضمن خانة التأثير والتأثر بالعنف الاقتصادي الذي ينتج الضرر الاقتصادي، سواء داخل البيت أو بمقرات العمل، ولذلك يجب أن نجعل من القانون 103.13 حافز لمحاربة ليس العنف وحده، بل كذلك لمحاربة مداخلته ومخرجاته (ses inputs and outputs) أي بطالة النساء، العمل المتدني والأجر المتدني، تحسين فرص العثور على عمل لائق، والقطع مع العمل المنزلي غير المأجور، والقطاع غير المنظم، وذلك من الباب الواسع "للإدماج المهني للنساء المعنفات" خصوصا والنساء عموما.

قسم ثاني: من أجل تقنين جريمة التحرش الجنسي في مكان العمل كجريمة ضمن القسم الخاص للقانون الجنائي الخاص المغربي

لقد كانت أول دراسة مغربية حاولت تعريف التحرش الجنسي في أماكن العمل هي دراسة سوسيولوجية أنجزتها الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب²⁹ وقد كان من أهم حسنات هذه الدراسة والأولى من نوعها أن عرفت التحرش باعتباره شكلا من العنف البدني و/أو المادي و/أو المعنوي والسيكولوجي الذي يمس بالكرامة والحشمة والشرف وبحرية المرأة، كما عرفت تجلياته في تلميحات شفوية، وحركية تبدأ من النظرة إلى الاغتصاب.

ويمكن تعريف التحرش الجنسي كالتالي: حرش تحرشا، وهو الإغراء والتهييج والإفساد، يقال حرش الإنسان والحيوان: أغراه، وحرش بين القوم أفسد، واحترشه فلان أي خدعه، واحترش الشيء أي جمعه³⁰.

وهو كل قول أو فعل أو إيماءات يحمل دلالة جنسية تمارس على المرأة العاملة من طرف زميلها أو مسؤوليها ويأخذ أشكال عديدة منها الغزل والمعاكسة، الغمز، النداءات (البسيسة)، التصفير، لمس اليدين والكتف، النكات والنعوت البذيئة والمصافحة العمدية والنظرات الموحية وغيرها، والتي قد تسبب إرباكا للمرأة العاملة وخدشا لكرامتها وضغطا نفسيا كبيرا عليها و مؤثرا على أمنها وسلامتها النفسية مما ينعكس بدوره على استقرارها الوظيفي³¹، وهو ثبات العامل في عمله وعدم الانتقال إلى تنظيم آخر إذا كان هذا التنظيم يشكل مستقبلا مهنيا للعامل وفق عوامل مادية ملموسة وأخرى نفسية متداخلة لتحقيق التكامل والاستقرار.

وعلى اعتبار أن مدونة الشغل قد اكتفت بإدراج "التحرش الجنسي" ضمن الأخطاء الجسيمة للمشغل (المادة 40)، وهو لا يعدو كونه صورة من صور العنف المعرفة في المادة 1 من القانون 103.13³²، فإن شاسعة مجال التعريف في النص الأخير

²⁹ التحرش الجنسي في أماكن العمل (القطاع الشكلي) مؤسسة فريدريك إيبيرت والجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، الندوة الصحفية المنعقدة يوم 2-7-1997.

³⁰ حامد سيد محمد حامد، العنف الجنسي ضد المرأة في القانون الدولي، المركز القومي للإصدارات القومية للنشر، ط01، القاهرة 2016، ص 5
³¹ دحماني إيمان "أثر التحرش الجنسي بالمرأة العاملة على استقرارها الوظيفي دراسة ميدانية على عينة من النساء العاملات بالمؤسسة الاستشفائية المتخصصة حمدان بختة - سعيدة- مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر LMD تخصص: علم الاجتماع التنظيم جامعة د. الطاهر مواللي - سعيدة. كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية قسم العلوم الاجتماعية: 2017/2016 ص 19

<https://pmb.univ-saida.dz/busshopac/doc>

³² العنف ضد المرأة العنف الجسدي، العنف الجنسي، العنف النفسي، العنف الاقتصادي، الوثيقة الدولية حول الدعاية والاتجار بالنساء 1949، الحدود الدنيا للوقاية من التحرش الجنسي بشكل ضمني.

تطرح تساؤلاً أولياً مشروعاً: هل يمكن اعتبار القانون 103.13 بمثابة نص خاص بشأن التحرش الجنسي الوارد كخطأ جسيم في المادة 40 من مدونة الشغل؟

السؤال الثاني والذي يكتسي مشروعية أكبر من الأول، وهو: هل يجعل تناول "العنف الاقتصادي" في القانون 103.13 مدونة الشغل نصاً خاصاً في مجال التطبيق هذا خاصة أن تعريفه يشير إلى الإضرار بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية للمرأة ومجالها الطبيعي هو مدونة الشغل؟

ولعل ما يرفع سهم كتلة الشرعية في التساؤل هو مضمون المادة 7 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي تكفل التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية.

يتضح أن القانون 103.13 قد حدد مفاهيم العنف في صيغ خمسة، وهي الصيغ التي يلزم أن تقف للتنظيم القانوني لعمل النساء والتي حددتها مدونة الشغل في:

1. ضمان المساواة في المهنة والاستخدام (الأجر وساعات العمل والعطلة الأسبوعية والإجازات الاعتيادية والمرضية وأسباب الفصل) ^{33 34}.
2. حفظ صحة المرأة العاملة (منع تشغيلها ليلاً، وتحديد الأثقال التي يسمح لها بحملها، ومنع تشغيلها في بعض الصناعات والأشغال الضارة والخطرة).
3. ضمان الأمومة السليمة وحفظ وظيفة الإنجاب،

وذلك في غياب محددات أساسية لم يطلها التشريع بعد بالتنظيم:

1. اعتماد مفهوم ثقل العمل والأدوار التنظيمية الخاصة للمرأة العاملة³⁵،
2. خلق تنظيم للأمراض المهنية الخاصة بالمرأة العاملة³⁶،
3. تكريس التشريع الصريح بتجريم التحرش الجنسي في أماكن العمل رعيًا للتعريف الدقيق الوارد في القانون رقم 103.13: حيث يمكن أن نتبع حماية المرأة جنائياً منذ صدور القانون 03-24 المعدل للقانون الجنائي، من خلال مقتضيات العامة للمادة 503 فقرة أولى متعلقة بالتحرش الجنسي مع استغلال السلطة، والمادة 431 الفقرات من 1 إلى أربعة والمتعلقة بالتمييز عموماً، والذي يمكن أن تكون المرأة ضحية له، فضلاً عن تضارب وصعوبة تطبيق مقتضيات مدونة الشغل الخاصة بالمرأة العاملة، بدءاً من المادة 9 المتعلقة بالتمييز والمادة 10 متعلقة بمنع العمل الجبري دون ترتيب أية عقوبة، وإن كان المشغل يظهر كمتهم وحيد، وسهولة استبعاد المادة 431-1 و2 من القانون الجنائي باعتماد النص الخاص أي المواد 9 و10 من المدونة الشغلية لتفادي الحبس كعقوبة، إذ لا ترتبان إلا الغرامة كعقوبة.

³³ - كحد أدنى من مقتضيات الاتفاقية عدد 156 الصادرة في يونيو 1981 متعلقة بالمساواة في الفرص والمعاملة للعمال من الجنسين.

³⁴ - يمكن الاسترشاد بالمادة 400 من مدونة الأسرة إذ تشير إلى تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة وكذلك ديباجة دستور 2011..

³⁵ نادية النحلي " الحق في الصحة بالوسط المهني " اطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص كلية الحقوق أكادال جامعة محمد الخامس

الرباط يونيو 2006 ص 86 وما بعده

³⁶ نادية النحلي نفس المرجع

ويمكن اعتماد نفس الدفع في مواجهة المواد من 483 إلى 496 من القانون الجنائي متعلقة بانتهاك الآداب والمادة 40 من المدونة الشغلية التي تدرج التحرش ضمن الأخطاء الجسيمة للمشغل مما يتيح القول بان المخاطب الغائب للمدونة الشغلية في موضوع التحرش هو "القانون الجنائي للشغل" الذي يجب أن ينص على تجريم التحرش في مجال العمل على غرار القانون الفرنسي بتاريخ 1992-7-22 DITE loi de Neiertz الذي أصبح المادة 46-122 من قانون العمل، والذي نفذ مع مارس 1994 . إذا وفي ظل المادة الأولى للقانون 103-03 على قانون الشغل المغربي أن يصير إلى تحديد العناصر المكونة لجريمة التحرش الجنسي في مكان العمل ونظام إثباته الخاص أيضا.

4. **وضع تنظيم خاص للعنف الممارس ضد المرأة العاملة:** يقيد الالتزامات الفضاضة للمشغل الواردة في المادة 24 من المدونة، جاء فيها " يجب على المشغل بصفة عامة أن يتخذ جميع التدابير اللازمة لحماية سلامة الأجراء وصحتهم وكرامتهم لدى قيامهم بالأشغال التي ينجزونها تحت إمرته وأن يسهر على مراعاة حسن السلوك والأخلاق الحميدة وعلى استتباب الآداب العامة داخل المقاوله.." ، ويعطي مضمونا دقيقا للمسؤولية الجنائية للمشغل المكرسة في المادة 548 من المدونة بدون وضع عقوبات محددة، بل تتحول الفقرة الثانية إلى تكريس المسؤولية المدنية، المبنية على المواءمة مع الفصول 749 و750 من ظهير الالتزامات والعقود، فإذا كان المؤاجر مسؤولا مدنيا، فإن معاونيه هم الذين يتحملون المسؤولية الجنائية إذا لم يستطيعوا أن يثبتوا أنهم نفذوا تعليمات رئيسهم، وهو ما يعد صعب المنال في مواجهة فكرة المسؤولية الجنائية الفعلية أو الأفعال المرتكبة من قبل المسير التابع طبقا للمواد 132 و133 من القانون الجنائي. ينضاف إلى ذلك هزالة مبالغ الغرامات في المدونة³⁷.

إن القانون 103-13 يعد قفزة نوعية في سياق تكريس اجتهاد قضائي يحفز المشرع على التدخل لإيجاد التنظيم المقترح كبديل عن الأحكام العامة السالف الذكر.

وإذا كان القانون رقم 103.13 يجرم بعض أشكال العنف وينشئ تدابير وقائية، ويوفر حماية جديدة للمعنفات إلا أن ذلك متوقف على:

- رفع دعوى قضائية للحصول على هذه الحماية وهو ما يفوق قدرات الضحايا بالكثير، بل إن انعدام تمكينها القضائي هذا يجعل المتابعة تسقط بالتنازل غالبا، وهو المعطى الذي يجعل المتابعة القضائية للعنف الاقتصادي في مكان العمل لا موضوع له، إذ التنازل عن الحق في إقامة الدعوى هو قانون للبقاء في العمل لتوفير لقمة العيش، فهن يعتمدن على المشغل (مصدر الإيذاء) ماليا.
- وإذا كان هذا العائق يوقف عمليا مسألة الردع عند نقطة الصفر فهو هدف في حد ذاته وليس عائقا، لعل يد الشرطة والنيابة العامة عن القيام بعلمها في هذا الباب، فليس هناك تحديد لواجبات الشرطة والنيابة العامة وقضاء التحقيق في حالات العنف جميعها، وقد كان على النص أن يلزم المحاكم بالنظر وقبول جميع أشكال الإثبات في العنف الاقتصادي داخل المقاوله بمعية مفتش الشغل خاصة إذا تعلق الأمر بالتحرش الجنسي ، فالتحرش ليس

³⁷ Obdellah Boudahrain « Le Droit du travail au Maroc Embauché et conditions de travail » collection connaissances juridiques société d'édition et de diffusion Almadariss Casablanca Maroc 1ere édition 2005 656p ;P 266 et suivant.

واقعة مادية ملموسة يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات (صعوبة إثبات الإيحاءات، الأفعال التي تختفي بمجرد إتيانها ماديا ويسهل على المتحرش التنصل منها ونفيها).

ويمكن أن نستنتج كذلك من تعريف "العنف الجسدي" الوارد في المادة الأولى من القانون رقم 103.13 أنه "كل فعل أو امتناع يمس... "أيا كان مرتكبه"، أو "وسيلة" أو "مكانا ارتكابه"، أن:

1- المرتكب يمكن أن يكون رب العمل أو من ينوب عنه، أو زميل العمل أو زبون رب العمل.³⁸

2- الوسيلة يمكن أن تحتل التضييق من منطلق حقوق الشخصية والحقوق الأساسية العمال.³⁹

3- المكان يحتمل أن يكون مكان عمل من مقالة أو ورش أو غيره⁴⁰ أو الطريق إلى العمل.

وعليه يمكن اعتبار القانون 103.13 نصا خاصا بالنسبة لمدونة الشغل كنص عام، نفس الشيء يقال بشأن التحرش الجنسي حيث يرد في تعريفه "استغلال حرمة جسد المرأة لأغراض تجارية" كشكل من أشكاله، وهو ما يتصور لزوما في المقابلة مهما كان حجمها، ويفتح مجال للحديث عن "مفهوم خاص للتحرش الجنسي في مكان العمل كجريمة خاصة" لا تستكمل أركانها إلا بإثبات "مكان الارتكاب في العمل"، وهو التفصيل القانوني المفقود في المادة 40 من مدونة الشغل التي تعتبر التحرش الجنسي مجرد خطأ جسيم يرتكبه المشغل في حق الأجير، لا ينتج عنه إلا الحق في التعويض إن تلاه فصل يوصف بأنه تعسفي، وإلا بقي غير معاقب عليه لا كجريمة ولا كخطأ جسيم⁴¹، فقد قررت محكمة النقض أن مغادرة الأجير للشغل بسبب عنف المشغل يعتبر فصلا تعسفيا طبقا لمدونة الشغل، وهو ما لم يعد يستقيم الاكتفاء به في ظل قانون العنف الجديد. إن الكتلة المفاهيمية للمادة الأولى « bloc de définition » من القانون 103.13 تعتبر مقيدا للكثير من مقتضيات مدونة الشغل والتي تحتاج إلى تقييد وتفصيل وتدقيق، وهي مهمة أُلقيت على عاتق القضاء في انتظار استفاقة مرتقبة للتشريع.

لقد أكد تقرير البنك الدولي "أنشطة الأعمال والقانون 2019: عقد من الإصلاحات"⁴² أنه في 35 بلدا طبق إصلاحات لتوفير الحماية القانونية ضد التحرش الجنسي في أماكن العمل، قد وفر ذلك الحماية لنحو 2 مليار امرأة أخرى مقارنة بما كان عليه الأمر قبل عشر سنوات (أي قبل 2009).

³⁸ - محمد بنحساين: "حماية حقوق الشخصية في قانون الشغل، 2015، سلسلة دراسات معمقة: 1، مطبعة تطوان، 108، ص 83.

³⁹ - مبادئ الدستور، معايير العمل الدولية والعربية، ميثاق هيئة الأمم عموما.

⁴⁰ - انظر مجال تطبيق المدونة الشغلية، المواد 1 و 2 و 5 مع مراعاة التقاطع مع نصوص "التحريض الاجتماعي المحال عليها في المواد 3 و 4، وعموما ألزمت **ديباجة** المدونة المقابلة باحترام كرامة الذين يشتغلون بها وضمان حقوقهم الفردية و الجماعية (الفقرة 12 منها).

انظر قرار الغرفة الاجتماعية عدد 2495 بتاريخ 15 نوفمبر 2016 ملف اجتماعي عدد 2015/1/5/1836 "موقع ماروك لoo"⁴¹

⁴² - مرجع سابق.

علاقة القانون الدولي الإنساني بالقانون الدولي لحقوق الإنسان

د. دلاوي منصور

أستاذ محاضر - قسم أ - كلية الحقوق والعلوم السياسية
عضو مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي
جامعة ابن خلدون، تيارت - الجزائر

ملخص المقال :

علاقة القانون الدولي الإنساني بالقانون الدولي لحقوق الإنسان تظهر من خلال التكامل الواضح بين القانونين، فكلاهما يسعى إلى حماية أرواح البشر وصحتهم وكرامتهم، ولكن من زاوية مختلفة. لذا كان من المهم تحديد مجال القانونين، ويكون ذلك عبر توضيح مظاهر الاختلاف ومظاهر التقارب بينهما.

الكلمات المفتاحية :

علاقة، القانون، الدولي، الإنساني، حقوق، الإنسان، أوجه، التقارب، الاختلاف.

Résumé :

La relation entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme est évidente à travers la complémentarité évidente des deux lois, qui visent à protéger la vie, la santé et la dignité des personnes, mais sous un angle différent. Il était donc important de déterminer la portée des deux lois, en clarifiant les différences et les manifestations de convergence entre elles.

مقدمة:

يعتبر القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان فرعين أساسيين من فروع القانون الدولي العام، حيث يهتم القانون الدولي الإنساني بحماية أرواح البشر من المدنيين وممتلكاتهم وحماية الممتلكات الثقافية والدينية وتنظيم التسلح أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، في حين يهتم القانون الدولي لحقوق الإنسان بحماية أرواح البشر وحفظ كرامتهم في حالات السلم وكذا في حالات النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية بحماية الحقوق الأساسية للإنسان كحق الإنسان في الحياة مثلاً، وبهذا يظهر القانون الدولي للإنسان اشمل في الحماية للإنسان مقارنة بالقانون الدولي الإنساني الذي يحمي أرواح البشر أثناء الحروب فقط وبذلك فهذا الأخير هو قانون النزاعات المسلحة .

إن علاقة القانون الدولي الإنساني بالقانون الدولي لحقوق الإنسان تظهر من خلال التكامل الواضح بين القانونين، فكلاهما يسعى إلى حماية أرواح البشر وصحتهم وكرامتهم، ولكن من زاوية مختلفة. لذا كان من المهم تحديد مجال القانونين، ويكون ذلك عبر توضيح مظاهر الاختلاف ومظاهر التقارب بينهما كما يلي:

المحور الأول : مظاهر الاختلاف

توجد العديد من نقاط الاختلاف بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، فمن حيث تاريخ النشأة فقد تطور القانونان على مر العصور بشكل منفصل، ذلك أن قواعد القانون الدولي الإنساني أسبق في الظهور من قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان⁽⁴³⁾، كما يختلفان من ناحية المصدر القانوني، حيث تتمثل مصادر القانون الدولي الإنساني أساساً في مختلف اتفاقيات جنيف لعام 1864 و اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 وبروتوكولها الإضافيين لعام 1977 وغيرها من الاتفاقيات⁽⁴⁴⁾، أما بالنسبة للقانون الدولي لحقوق الإنسان فإن البلورة الفعلية لهذا القانون كانت مع صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10 ديسمبر 1948، وتكرس بشكل كبير في اتفاقيات حقوق الإنسان التي جاءت بعد هذا الإعلان .

ورغم مظاهر الاختلاف العديدة، نكتفي بشيء من التفصيل في تبيان مظاهر الاختلاف بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان في مسألتين وهما:

أولاً : نطاق تطبيق القانونين

من أهم ما يميز هذين القانونين أن نطاق وزمان تطبيقهما يختلف، بحيث ينطبق القانون الدولي الإنساني في حالات النزاع المسلح ذات الطابع الدولي والنزاع المسلح غير الدولي⁽⁴⁵⁾. في حين يحمي القانون الدولي الإنساني حقوق الإنسان، أو

⁴³ حسين علي الدريدي ، القانون الدولي الإنساني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2012 ، الطبعة الأولى، ص 67 و 68 .

⁴⁴ أحمد سبي علي ، دراسات في القانون الدولي الإنساني ، دار الأكاديمية، الجزائر 2011، الطبعة الأولى، ص 64 .

⁴⁵ تعتبر حروب التحرير الوطني، كما جاء تعريفها في المادة الأولى من البروتوكول الأول، نزاعات مسلحة دولية، وفي هذا فقد نصت الفقرتين (3 و 4) من البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف 1949، والمتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية على أن (3.0) ينطبق هذا الملحق "البروتوكول" الذي اتفاقيات جنيف لحماية ضحايا الحرب الموقعة بتاريخ 12 أبريل / أغسطس 1949 على الأوضاع التي نصت عليها المادة الثانية المشتركة فيما بين هذه الاتفاقيات.

على الأقل بعضها، في جميع الأوقات، في الحرب والسلم على السواء، كما تجيز بعض اتفاقيات حقوق الإنسان للدول أن تخالف بعض الحقوق في حالات الطوارئ العامة، بينما لا يسمح القانون الدولي الإنساني بأي مخالفة لقواعده لأنه صمم أصلاً لينطبق في حالات استثنائية وهي النزاعات المسلحة الدولية والنزاعات المسلحة غير الدولية⁽⁴⁶⁾.

ولذلك إذا قمنا بتحليل محتوى الحقوق المصانة من طرف القانونين، سيظهر لنا الفرق بين المحتوين، فإذا استعرضنا الحق في الحياة في كلا القانونين، نجد أن القانون الدولي الإنساني يحمي هذا الحق ويكفله فقط في أوضاع النزاع المسلح الدولي أو غير الدولي للذين لا يشاركون أو يتوقفون عن المشاركة في الأعمال العدائية، غير أن القانون الدولي الإنساني لا يتعرض لحماية الحق في الحياة لفئة أخرى من الأشخاص في زمن النزاع المسلح، وهي فئة الأشخاص المقاتلين في الميدان، فحق قتله مشروع ومعترف به وإن لم يصرح بذلك⁽⁴⁷⁾.

ويكفل القانون الدولي لحقوق الإنسان الحق في الحياة في كل الظروف، بيد أن هذا الحق يمكن أن ينتقض في حالة عقوبة الإعدام⁽⁴⁸⁾.

4) تضمن الأوضاع المشار إليها في الفقرة السابقة، المنازعات المسلحة التي تناضل بها الشعوب ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصري وذلك في ممارستها لحق الشعوب في تقرير المصير، كما كراسه ميثاق الأمم المتحدة والإعلان المتعلق بمبادئ القانون الدولي الخاصة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول طبقاً لميثاق الأمم المتحدة).

⁴⁶ كتيب القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي، الطبعة الثالثة، مارس آذار 2005، ص 36.

أنظر كذلك: د/ أحمد أبو الوفا، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 151.

د/ صلاح الدين عامر، د/صلاح الدين عامر، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ملاحظة مجرمي الحرب، بحث منشور ضمن القانون الدولي الإنساني، دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، صدر عن بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة، الطبعة الثالثة 2006، ص 444. د/ محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، نادي القضاة، مصر 2001، ص 159.

ويجدر التنويه أن القانون الدولي الإنساني لا يسري ولا ينطبق على حالات العنف الذي لا يبلغ في درجته حداً للنزاع المسلح والقواعد القانونية التي تنطبق على هذه الحالة هي قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، بالإضافة إلى تدبير التشريعات المحلية ذات الصلة. كتيب القانون الدولي الإنساني، إجابات عن أسئلتك، ص 37.

⁴⁷ د/ محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، ص 159. د/إسماعيل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 22-23، وفي إطار مناقشة نطاق وزمن تطبيق القانون فقد ذكر أ. شريف علم حول الحق في الحياة المشمولة وفق القوانين أنه (... فالحق في الحياة مثلاً وهو من أول الحقوق التي تتضمنها اتفاقيات حقوق الإنسان وهو مشروط ببعض الاستثناءات كعقوبة الإعدام أو القتل دفاعاً عن البعض مثلاً.

ولكن في حالات النزاع المسلح يلزمنا تعريف أكثر تحديداً نظراً لأن قتل الأعداد العسكرية يعتبر عملاً مشروعاً. والحق في الحياة وفق لاتفاقيات جنيف له تنظيم مختلف يتفق وطبيعة النزاعات المسلحة فهناك خطر قتل أو اغتيال الأعداد الذين ألقوا أسلحتهم، واستسلموا أو الذين لا يستطيعون الدفاع عن أنفسهم، ويمتد الخطر ليشمل مهاجمة الهابطين اضطرارياً من الطائرات والهجمات العشوائية وكافة الأعمال التي يقصد بها تجويع المدنيين وتدمير الأشياء والمنشآت التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين على قيد الحياة.

ومع ذلك فليس المهمة الوحيدة لقانوني النزاعات المسلحة أن يكيف بعض حقوق الإنسان وفقاً للظروف الخاصة للنزاعات المسلحة، ولكن يذهب إلى ما هو أبعد، إذ يضع قواعد تقع في خارج نطاق حقوق الإنسان والعكس صحيح إذ أن اتفاقيات حقوق الإنسان تضمن قواعد لا علاقة لها بالمنازعات المسلحة (...). أ. شريف علم، المرجع السابق، ص 32-33.

⁴⁸ د/ إسماعيل عبد الرحمن، الأسس الأولية للقانون الإنساني الدولي، بحث منشور ضمن كتاب لقانون الدولي الإنساني، دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، الطبعة الثالثة 2006، صدر عن بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة ICRC 2006، ص 22، أ. شريف علم، المرجع السابق، ص 22-23. كتيب القانون الدولي الإنساني، إجابات عن أسئلتك، المرجع السابق، ص 36.

ومثال ثاني حول الإعدام بدون محاكمة، حيث يكمن الفرق هنا بين القانونين من حيث المعيار المعتاد، ففي القانون الدولي لحقوق الإنسان لا يجوز الحرمان من الحرية إلا بعد محاكمة عادلة كعقوبة عمل جنائي، أي يحظى الحق في المحاكمة العادلة بالحماية، أما القانون الدولي الإنساني فإنه يحمي الحق في واعتقال المقاتلين دون محاكمتهم باعتبارهم أسرى حرب، وكذلك يعطي دولة الاحتلال سلطة اعتقال المدنيين ومحاكمتهم عبر محكمة لا بد أن تتوفر على شروط معينة أهمها أن تكون هذه المحكمة عسكرية وغير سياسية⁽⁴⁹⁾.

ثانيا : آليات تنفيذ القانونين

إن واجب تنفيذ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان يقع بالدرجة الأولى على الدول، لكن رغم هذا القاسم المشترك، فإن هناك جملة من الاختلافات من ناحية التنفيذ كلا القانونين نوردها كما يلي:

أن القانون الدولي الإنساني يوفر مجموعة من الآليات المحددة تساعد في تنفيذه، نلخصها كما يلي:

- أ. أن الدول مطالبة خصوصا بكفالة احترام الدول الأخرى أيضا لأحكام القانون الدولي الإنساني.
- ب. واجب الدول في اتخاذ تدابير وقائية وقانونية وطنية لغرض الاقتتال للقانون الدولي الإنساني ومنها: نشر المعرفة بالقانون الدولي الإنساني، من أحكام تشريعية تكفل احترام القانون الدولي الإنساني، تدريب أشخاص مؤهلين لتسهي عملية التنفيذ وتعيين مستشارين قانونيين في قواتها المسلحة توكل لهم مهمة توعية العسكر بأحكامه.
- ج. آلية الدولة الخاصة، بحيث تنفذ الدولة الخاصة مجموعة من التدابير لغرض حماية أحكام القانون الدولي الإنساني⁽⁵⁰⁾.
- د. آلية اللجنة الدولية لتقصي الحقائق، وهي لجنة تتشكل لغرض التحقيق في أي وقائع يزعم أنها تشكل خرقا جسيما، بالمعنى المحدد في أحكام القانون الدولي الإنساني وقت حدوث نزاع مسلح⁽⁵¹⁾.
- هـ. آلية اللجنة الدولية للصليب الأحمر، حيث تعد الآليات المهمة في تنفيذ القانون الدولي الإنساني استنادا إلى اعتبارها حارسة لهذا القانون، ففي حالة النزاع المسلح يحق لمندوبيها التوجه إلى الأماكن التي يوجد بها ضحايا النزاع وحق مقابلتهم بغير شهود، وبصفة عامة تساهم اللجنة في عملية الإغاثة الإنسانية لفئات المشمولة بالحماية⁽⁵²⁾.

⁴⁹ تفصيل أكثر حول شروط المحاكمة العسكرية، أنظر: د/ البقيرات عبد القادر، الاحتلال الإسرائيلي للجولان في ضوء القانون الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1995، ص 39. راجع كذلك المادة (06) من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977.

⁵⁰ نصت المادة (11) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع على أن (تقدم الدول الخاصة مساعيها الحميدة من أجل تسوية الخلافات في جميع الحالات التي ترى فيها أن ذلك في مصلحة الأشخاص المحميين، وعلى الأخذ في حالات عدم اتفاق أطراف النزاع على تطبيق أو تفسير أحكام هذه الاتفاقية).

ولهذا الغرض يجوز لكل دولة حامية أن تقدم لأطراف النزاع، بناء على دعوة أحد الأطراف أو من تلقاء ذاتها، اقتراحا باجتماع ممثلها، وعلى الأخذ بمثلي السلطات المسؤولة عن الجرحى والمرضى، وكذلك أفراد من الخدمات الطبية والدينية، عند الاقتضاء على أرض محايدة تختار بطريقة مناسبة وتلتزم أطراف النزاع بتقييد المقترحات التي تقدم لها تحقيقا لهذا الغرض، وللدول الطامية أتقدم إذا رأت ضرورة لذلك، احترام يخضع لمرافقة أطراف النزاع بدعوة شخص ينتمي إلى دولة محايدة أو تفويضه اللجنة الدولية للصليب الأحمر للاشتراك في هذا الاجتماع).

⁵¹ المادة (90) من البروتوكول الأول المتعلق باتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949.

⁵² أ. شريف علم، شرف علم، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، ط4، دار المستقبل العربي، القاهرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر. بدون سنة نشر، ص 34.

أما في القانون الدولي لحقوق الإنسان فقد حرص المجتمع الدولي على إقرار وسائل وآليات دولية وإقليمية لحماية حقوق الإنسان، من قبل لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان المنصوص عليها في العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية لعام 1966⁽⁵³⁾، والتي تتمثل مهمتها في مراقبة أوضاع حقوق الإنسان والإبلاغ عنها.

كما تؤكد مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان دوراً رئيسياً في حماية وتعزيز حقوق الإنسان، ويتمثل دورها سفي تعزيز فعالية أجهزة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة وزيادة القدرة الوطنية والإقليمية والدولية على تعزيز وحماية حقوق الإنسان وتشير موثيق حقوق الإنسان. كما تنشئ بعض المعاهدات الإقليمية (الأوروبية والأمريكية) محاكمة لحقوق الإنسان. كما توفر النظم القانونية الوطنية وسائل وآليات الحماية ورقابة حقوق الإنسان.

المحور الثاني : مظاهر التقارب

رغم أن قانون حقوق الإنسان صمم لوقت السلم بالدرجة الأولى، إلا أنه يوجد حقوق أساسية معينة، مبينة في كل معاهدة من المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، يجب احترامها في جميع الأحوال ولا يجوز المساس بها بصرف النظر عن المعاهدة، وتشتمل هذه الحقوق بصفة خاصة، الحق في الحياة وحظر التعذيب والعقوبات أو المعاهدات الإنسانية، وحظر العبودية والاسترقاق، ومبدأ المشروعية وعدم رجعية القانون ويطلق اسم (الجوهر الثابت) لحقوق الإنسان على هذه الحقوق الأساسية، التي تلتزم الدول باحترامها في جميع الأحوال حتى في أوقات النزاع المسلح الدولي أو النزاع المسلح غير الدولي⁽⁵⁴⁾.

وعليه فإن الحقوق الأساسية (الجوهر الثابت) القانون الدولي لحقوق الإنسان التي يتعين على الدول الالتزام بها في جميع الأحوال تتفق إلى حد بعيد مع الضمانات الأساسية والقانونية التي يكفلها القانون الدولي الإنساني، ومنها مثلاً حظر

⁵³ من بين التغيرات التي أحدثتها الأمم المتحدة على آليات حقوق الإنسان استحداث جهاز دولي للمحافظة على حقوق الإنسان، وجاء إثر اعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 2006/04/03 بموجب القرار رقم 60/251، بإنشاء مجلس حقوق الإنسان ليحل محل لجنة حقوق الإنسان. للمزيد من التفصيل، انظر: د/ ماهر صالح علاوي وآخرون، حقوق الإنسان والطفل والديمقراطية، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 2009، ص 101-102.

⁵⁴ كتيب القانون الدولي الإنساني إجابات عن أسئلتك، المرجع السابق، ص 37. وتشمل معاهدات حقوق الإنسان على مجموعة هائلة من النصوص السارية الآن:

1 الصكوك العالمية:

* الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1984.

* اتفاقية 1948 لمنع جريمة إبادة الأجناس والمعاقبة عليها.

* العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

* العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية لعام 1966.

* اتفاقية العصاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1981.

* اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الإنسانية أو المهينة لعام 1984.

* اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

* الصكوك الإقليمية.

* الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950.

* الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1960.

* الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان لعام 1981.

التعذيب (المادة 75) من البروتوكول الأول والإعدام بدون محاكمة (المادة 06) من البروتوكول الثاني⁽⁵⁵⁾. ولعل هذا التدخل بين فرعي القانون الدولي العام هو الذي دفع الفقيه جاب بكتيه بالتصريح بضرورة النظر إلى هذين القانونين نظرة شمولية عريضة، بحيث يمكن القول أن القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان يشكلان ما يسمى بالقانون الإنساني، وبهذا يمكن القول بأنه القانون الإنساني يتكون من كافة الأحكام القانونية الدولية سواء في التشريعات أو القوانين العامة، التي تضمن حماية الإنسان في زمن الحرب وزمن السلم⁽⁵⁶⁾.

خاتمة:

خُلاصة مما تقدم نستخلص أن كلاً من القانونين يُكمّلان بعضهما البعض ويهدفان إلى مصلحة مُشتركة واحدة وهي الحفاظ على حقوق الإنسان الأساسية، ورغم أن لكل قانون آليته عمل خاصة به تجعل منه منظومة قانونية متكاملة ومُستقلة، إلا أنهما يوفران معاً إطاراً لحماية شاملة تمكنهما من الوصول إلى الهدف المشترك وهو حماية الإنسان بالدرجة الأولى، وإن كان ذلك من زوايا مختلفة، فالقانون الدولي الإنساني يهدف إلى الحد من أضرار الحروب، في حين يهدف القانون الدولي لحقوق الإنسان إلى الدفاع عن الحقوق الأساسية للإنسان في مواجهة تعسف الدول والحكومات.

⁵⁵ كتيب القانون الدولي الإنساني – إجابات عن أسئلتك، المرجع السابق، ص 37. هناك العديد من معاهدات القانون الدولي الإنساني تضمن احترام الحقوق الأساسية في زمن النزاعات المسلحة ولعل أهمها:

1. البروتوكول المتعلق بأسلحة الليزر المسببة للعمى الذي اعتمدته مؤتمر فيينا الدبلوماسي في أكتوبر/تشرين الأول 1995، فهذا البروتوكول يحمي الحق في الحياة، حيث يقتض البروتوكول من الدول أن تتخذ الاحتياطات المناسبة، بما فيها تدريب القوات المسلحة، لتجنب الإصابة بالعمى الدائم نتيجة لاستخدام أنظمة الليزر الأخرى.

2 اتفاقية خطر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام (اتفاقية أوتاوا 1997)، التي وقعت في أوتاوا في 3 و4 ديسمبر/كانون الأول 1997، وتفرض خطراً كاملاً على الألغام المضادة للأفراد، كما تتضمن نصوصاً بشأن إزالة الألغام ومساعدة ضحاياها، فهذه الاتفاقية تحمي الحق في الحياة للبشر ضد هذه الألغام المميتة.

3 وفيما يخص حماية الحق في عدم مساءلة إنسان عن عمل لم يرتكبه فقد نصت المادة (06) من البروتوكول الثاني الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، المعقود في 12 آب/ أغسطس 1949، المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية في فقرتها الثانية على أن (.. 2 لا يجوز إصدار أي حكم أو تنفيذ أي عقوبة حيال أي شخص تثبت إدانته بجريمة دون محاكمة مسبقة من قبل محكمة تتوفر فيها الضمانات الأساسية للاستقلال والحيادة وبوجه خاص:

أ) أن تنص الإجراءات على أخطار المتهم دون إبطاء بتفاصيل الجريمة المنسوبة إليه وأن تكفل للمتهم سواء قبل أم أثناء محاكمة كافة حقوق ووسائل الدفاع اللازمة.

ب) ألا يدان أي شخص بجريمة إلا على أساس المسؤولية الجنائية الفردية.

ج) ألا أن أي شخص بجريمة على أساس اقتراح الفعل أو الاقتناع عنه الذي لا يشكل وقت ارتكابه جريمة جنائية بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع أية عقوبة أشد من العقوبة السارية وقت ارتكاب الجريمة، وغذا نص القانون – بعد ارتكاب الجريمة على العقوبة أخذ كان حق المذنب أن يستفيد من هذا النص.

د) أن يعتبر المتهم بريئاً إلى أن تثبت إدانته وفقاً للقانون.

هـ) أن يكون لكل متهم الحق في أن يحاكم حضورياً.

و) أن لا يجبر أي شخص على الإدلاء بشهادة على نفسه أو على الأفراد بأنه مذنب...).

⁵⁶ جان بيكتيه، المرجع السابق، ص 1011.

قائمة المراجع

أولاً : الكتب والرسائل الجامعية والمجلات العلمية

1. أحمد سي علي ، دراسات في القانون الدولي الإنساني، الطبعة الأولى، دار الأكاديمية، الجزائر 2011.
2. د/ أحمد أبو الوفا، النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني في القانون الدولي والشرعية الإسلامية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
3. د/ إسماعيل عبد الرحمن، الأسس الأولية للقانون الإنساني الدولي، بحث منشور ضمن كتاب لقانون الدولي الإنساني، دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، الطبعة الثالثة 2006، صادر عن بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة ICRC 2006.
4. د/ البقيرات عبد القادر، الاحتلال الإسرائيلي للجولان في ضوء القانون الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1995.
5. كتيب القانون الدولي الإنساني، إجابات على أسئلتك، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي، الطبعة الثالثة، مارس آذار 2005.
6. د/ محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، نادي القضاة، مصر 2001.
7. شرف علم، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، ط4، دار المستقبل العربي، القاهرة، اللجنة الدولية للصليب الأحمر. بدون سنة نشر.
8. حسين علي الدريدي ، القانون الدولي الإنساني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2012 ، الطبعة الأولى.
9. د/ ماهر صالح علاوي وآخرون، حقوق الإنسان والطفل والديمقراطية، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 2009.
- د/صلاح الدين عامر، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ملاحظة مجرمي الحرب، بحث منشور ضمن القانون الدولي الإنساني، دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، صدر عن بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة، الطبعة الثالثة 2006.

ثانياً : النصوص الدولية

1. اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949.
2. اتفاقية 1948 لمنع جريمة إبادة الأجناس والمعاقبة عليها.
3. الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1960.
4. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950.
5. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1981.
6. اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.
7. اتفاقية خطر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام (اتفاقية أوتاوا 1997)، التي وقعت في أوتاوا في 4 و3 ديسمبر/كانون الأول 1997.
8. اتفاقية لاهاي لعام 1907.
9. اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو الإنسانية أو المهينة لعام 1984.
10. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1984.

11. البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقية جنيف لعام 1977.
12. البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقية جنيف لعام 1977.
13. البروتوكول المتعلق بأسلحة الليزر المسببة للعمى الذي اعتمدته مؤتمر فينا الدبلوماسي في أكتوبر/تشرين الأول 1995.
14. العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية لعام 1966.
15. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

ثالثا : مواقع الانترنت

1. المجلة الدولية للصليب الأحمر الدولية، عدد خاص حول فتوى محكمة العدل الدولية بشأن استخدام الأسلحة النووية والقانون الدولي الإنساني، عدد 35، كانون الثاني- شباط 1997

المدجعية المؤطرة لمفهوم النظام العام في العلاقات الأسرية

محمد موحى أميدي اعمر

دكتور في الحقوق

رئيس قسم الجماعات المحلية بباشوية أبي الجعد

عمالة إقليم خريبكة

مقدمة:

لم يختلف الفقه في أمر كاختلافهم في تعريف النظام العام، فتعددت التعريفات تعددا يكاد لا ينتهي وتباينت بالتالي فكرة النظام العام من حيث نطاقها، تبعا للنزعة التي انبعثت منها هذه التعريفات إلا أن هذه التعريفات وإن اختلفت في التفاصيل إلا أنها تكاد تجمع على فكرة جوهرية ينصب عليها النظام العام في كل دولة، وإن كان مفهوم هذه الفكرة ومضمونها يختلف من دولة لأخرى،⁽⁵⁷⁾ فالنظام العام فكرة مرنة ومتطورة تختلف باختلاف الزمان والمكان، فما يعتبر متعارضا مع النظام العام في دولة ما لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنظام العام داخل نفس الدولة في فترة ما قد لا يعد أمرا متنافيا لهذه الفكرة في وقت آخر لذلك يقال إن النظام العام فكرة يكتنفها الغموض، وبالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق.

وتظهر فكرة النظام العام بشكل واضح في الروابط الأسرية نظرا لارتباطها الشديد بالحقل الديني والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالدول الإسلامية التي يعرف فيها النظام العام نوعا من الاستقرار على مستوى مفهومه وأهدافه فيما يخص النصوص القطعية التي لا خلاف فيها، وأخرى كالدول الأوربية التي يعرف فيها النظام العام تطورا كبيرا وذا حركية دائمة، لكونه يجد أساسه في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان.

لكن باعتبار بلادنا تعرف هجرة دائمة لأفرادها نحو البلدان الأوربية بالخصوص واستقرار عدد مهم منهم هناك، فإن هذا الاستقرار فرض عليهم الخضوع لقيم حضارية ومبادئ تشريعية قد لا تتسجم أو تتوافق مع القيم والمبادئ المقررة في الدولة الأصل، وكذا أن يكونوا أطرافا في روابط أسرية بأرض المهجر، الأمر الذي يحتم عليهم في حالة النزاع اللجوء إلى قضاء دولة الإقامة من أجل استصدار أحكام قضائية لإنهاء الخلافات القائمة بسبب تلك الروابط.

والمغرب باعتباره دولة إسلامية، كان مفروضا عليه أن يستقي النصوص التشريعية المنظمة للروابط الأسرية من مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة، مع الانفتاح على المنظومة الأممية لحقوق الإنسان خاصة الأوربية لكونها تعرف تواجد مجموعة من المهاجرين المغاربة يعانون من مشاكل فيما يخص روابطهم الشخصية لتعارض قانونهم الأسري مع النظام العام الأوربي.

⁽⁵⁷⁾ عمر بلمامي، أثر الاتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام، دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية، الجزء 3 رقم 1 السنة 1995، ص 190.

وفي إطار التقريب بين المرجعيات المحددة للنظام العام فإن المشرع المغربي قام بإصدار مدونة الأسرة⁽⁵⁸⁾، وذلك بما يتماشى والاتفاقيات الدولية التي صادق عليها في هذا المجال ودون الخروج عن الثوابت الشرعية في الشريعة الإسلامية مسجلا بذلك إلتفاتة نحو أوضاع الأسرة المغربية القاطنة بالخارج، والتي تتجسد في عدة مواطن وبصيغ متنوعة.

وانطلاقا مما سبق يطرح التساؤل عن دور المرجعية الإسلامية في تحديد النظام العام الأسري المغربي؟، وما مدى تأثير المرجعية الدولية والقضاء الأوربي على النظام العام المغربي؟

للإجابة عن هذه التساؤلات ساقسم هذا الموضوع إلى مبحثين وفق ما يلي:

المبحث الأول : المرجعية الإسلامية كمؤطر للنظام العام المبحث الثاني : تأثير المرجعية الدولية والقضاء الأوربي على النظام العام الأسري

المبحث الأول : المرجعية الإسلامية كمؤطر للنظام العام

منذ دخول الإسلام إلى المغرب، وهو حريص على تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة في سلوكه، ومعاملاته، إيماناً منه بصلاحيته لكل زمان ومكان، وبأنها خير دليل لحل نزاعاته ومشاكله معتبرا إياها أحسن مرشد لتوجيهه نحو السلوك السليم. ويظهر ذلك بوضوح في مجال الأحوال الشخصية التي تعتبر الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقه الإسلامي موردها الأساسي.

ولما كانت الأحوال الشخصية هي المجال الخصب للنظام العام باعتبارها ملجأ للهوية، فإنه من المنطقي أن يتأثر النظام العام ثباتا بمرجعياته والمتمثلة في الشريعة الإسلامية التي تتضمن مجموعة من المبادئ والأسس القيمية المتسمة بالثبات والاستقرار (المطلب الأول) بالإضافة إلى قواعد الفقه الإسلامي المستنبطة عن طريق الاجتهاد (المطلب الثاني).

المطلب الأول : دور الشريعة الإسلامية في ثبات النظام العام

إذا كانت الشريعة الإسلامية وحيا من الله تعالى باللفظ والمعنى أو بالمعنى دون اللفظ وهو صالح لكل زمان ومكان غير قابل للتعديل. ولما كان المغرب دولة إسلامية فإن أحكام الشريعة الإسلامية كانت مؤطرا مرجعيا لمجموعة من القوانين أبرزها مجال الأحوال الشخصية، وباعتبار هذا الأخير الميدان الخصب للنظام العام، فإنه من الطبيعي أن تؤثر أحكام الشريعة الإسلامية في تحديده، خاصة كلما تعلق الأمر بأدلة قطعية ثابتة في الكتاب والسنة، وهذا ما سأحاول إبرازه من خلال تخصيص الفقرة الأولى لمفهوم النظام العام في الشريعة الإسلامية والفقرة الثانية لبعض مظاهر ثبات النظام العام الأسري.

الفقرة الأولى: مفهوم النظام العام في الشريعة الإسلامية

تعتبر الشريعة الإسلامية هي أصل أحكام الأسرة عند المسلمين، منها تؤخذ القواعد وتستنبط الأحكام وتعرف بأنها مجموع الأحكام المأخوذة من القرآن الكريم وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وما استقر في كتب الفقه الإسلامي منذ

⁽⁵⁸⁾ ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 2004/02/05 ص 418.

تأسيس المذاهب الفقهية المختلفة وما تفرع عن أحكام القرآن والسنة ومن اجتهادات فقهية⁽⁵⁹⁾، كما عرفها أحد الفقهاء بأنها ما شرعه الله لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة المختلفة⁽⁶⁰⁾.

ويقصد بالنظام العام في الشريعة الإسلامية الأحكام الشرعية الآمرة والناهية التي ليس للأفراد أن يخالفوها، لوجود الجزاء المترتب على هذه المخالفة⁽⁶¹⁾،

وعليه وجب احترام هذه النصوص الشرعية الآمرة، والعمل على التقيد بها وتنفيذها دون أن تترك لهم حرية الاختيار في مخالفتها، فحق الله أو حق الشرع هو ما يتعلق به النفع العام، من غير أن يختص به أحد، وقد نسب هذا الحق إلى الله تعالى لعظيم شأنه، وعموم نفعه وشمول إفادته، أما حق العبد، فهو ما تعلق بمصلحة خاصة، أي مصلحة فردية، ويتميز هذا الحق بخصائص عدة، بحيث أنه لا يقبل العفو والإبراء أو الصلح ولا يجوز الاتفاق على مخالفة الأحكام التي تقره، وهو أمر نسبي تنعكس فيه حضارة البيئة، لأن مصدره الشريعة الإسلامية وهي صالحة عند تطبيقها في كل زمان ومكان⁽⁶²⁾.

ونتيجة لهذه الأهمية التي تكتسيها المرجعية الدينية في تنظيم الروابط الأسرية، فقد تم الاعتماد عليها في فترة ما قبل الحماية، على الرغم من تواجد بعض الأقليات الأجنبية المقيمة على التراب المغربي، فأحكام الشريعة الإسلامية هي التي كانت تطبق على المسلمين، وهم خاضعون لولاية القاضي الشرعي، أما الأفراد غير المسلمين، والمنتسبون إلى عقيدة واحدة فهم خاضعون لولاية قاض من نفس عقيدتهم ويكون غالبا هو القنصل فيطبق عليهم قوانينهم الشخصية، واليهود بدورهم كانوا يخضعون لولاية سلطانهم الدينية حيث كان البت في قضاياهم المختلفة المتعلقة بالأحوال الشخصية والميراث من اختصاص محاكم الحاخامات حسب أحكام الشريعة العبرية⁽⁶³⁾.

ومع ذلك فإن الفقهاء الفرنسيون خلال تلك المرحلة لم يعترفوا بأي دور للنظام العام في مجال تنازع القوانين، خاصة مادة الأحوال الشخصية، وقد برروا موقفهم هذا بالاستناد إلى اعتبارات تتمثل في ضرورة احترام مبدأ شخصية القوانين وفي عدم وجود قانون مغربي موحد ومقنن يمكن الاعتماد عليه ليحل محل القانون الأجنبي المستبعد، هذا فضلا عن طابعه العقائدي⁽⁶⁴⁾.

⁽⁵⁹⁾ عماد طارق البشير: فكرة النظام العام النظرية والتطبيق دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى 2005، مطبعة الفكر المعاصر، بيروت ص: 224

⁽⁶⁰⁾ عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية مؤسسة الرسالة 1986 القاهرة ص 38 أورده بن شويخ الرشيد، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائرية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص: كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة السنة الجامعية 2001-2002 ص 11

⁽⁶¹⁾ أبو جعفر عمر المنصوري: فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002-2003 ص 174.

⁽⁶²⁾ أبو جعفر عمر المنصوري: م.س، ص 174

⁽⁶³⁾ محمد جلال السعيد: مدخل لدراسة القانون طبعة 1993 دار الأمان الرباط ص: 230 وما بعدها.

⁽⁶⁴⁾ جميلة أوحيدة، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2004-2005، ص: 305.

وانسجاما مع موقف الفقه الفرنسي فإن المحاكم الفرنسية التي كانت موجودة أثناء تلك الحقبة، كانت تدير ظهرها لفكرة النظام العام المستمد من الشريعة الإسلامية، لكي لا يطبق أمامها، رغم اعتراف بعض الفقه الفرنسي به مراعاة لمصالح رعاياها الموجودين في المغرب وأكبر دليل على ذلك ما صرحت به إحدى المحاكم الفرنسية بالرباط في حكم لها بتاريخ 15 نونبر 1933 بأنه لا يجوز لمسلم "مراكشي" متزوج بفرنسية بأن يتزوج بزوجة أخرى رغم أن تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية حكم مسلم به، ورغم اعتراف الفقه الفرنسي آنذاك بوجوده وخاصة أن تعدد الزوجات مسموح به في المغرب، ويعد من النظام العام المغربي الذي كان يجب عليه اعتباره واحترامه وعدم الأخذ بما يخالفه⁽⁶⁵⁾.

وبذلك يتضح أن النظام العام المغربي خلال تلك المرحلة لم يكن محترما من قبل قضاة المحاكم الفرنسية في المغرب، بل كان النظام العام الفرنسي هو المطبق دائما عند إعمال هذه الفكرة.

إلا أنه عند حصول المغرب على استقلاله فقد تميز التعامل القضائي مع مفهوم النظام العام بنوع من التشدد وصل إلى حد الإفراط حيث كان كثيرا ما يعتمد هذا المفهوم (النظام العام) لرفض تنفيذ الأحكام الأجنبية.

فقد كان القضاء المغربي ينطلق من تصور معين مفاده، أن قانون الأحوال الشخصية من النظام العام، وأن أي حكم طبق تشريعا غيره يرفض تنفيذه في المغرب لمخالفته للنظام العام المغربي الذي يجد أساسه في الشريعة الإسلامية، وفي هذا الصدد ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط إلى رفض تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية حيث جاء فيه: "... بالإضافة إلى أنه (والمقصود الحكم الأجنبي) طبقا للقانون الهولندي الذي لا مرأى من أنه لا سلطة له على الحالة الشخصية لمغربيين متزوجين وفق مدونتهما الشخصية ووفق الأحكام الإلهية الشرعية"⁽⁶⁶⁾، وفي نفس الاتجاه أي اعتبار النظام العام المغربي يستمد أساسه من مبادئ الشريعة الإسلامية صرحت محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها⁽⁶⁷⁾ أنه: " حيث إن المغرب دولة ذات نظام ملكي تيوقراطي، يعتبر الملك خليفة لرسول الله، وليس دولة دين، في أن واحد للمجتمع الإسلامي وأن المغرب دولة إسلامية ليست فقط لأنها تمارس الديانة الإسلامية وتتشبث بها، بل لكونها أيضا تتحد في هويتها مع الإسلام، الذي يشكل سبب وجودها، الأمر الذي ينتج عنه في المغرب، نظرا للإتحاد التام بين المجتمع السياسي والفكر الذي يستند إليه، فإن أي مساس بالديانة الإسلامية يتضمن في نفس الوقت خدشا للنظام العام المغربي".

وتكريسا لنفس المرجعية المعتمدة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فإن المشرع المغربي اعتمد نفس المقاربة في إطار مدونة الأسرة حيث أخضع بمقتضاها جميع المغاربة ولو كانوا يحملون جنسية أخرى لأحكامها، بينما يخضع المغاربة

⁽⁶⁵⁾ أورده أبو جعفر عمر المنصوري: م.س، ص: 201.

⁽⁶⁶⁾ قرار رقم 44 ملف رقم 10/2000/6727 بتاريخ 10/04/2001 أورده. جهاد أكرم تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكدال السنة الجامعية 2005-2006 ص 79

⁽⁶⁷⁾ قرار (دون ذكر العدد والملف) صادر بتاريخ 10 فبراير 1960 أورده أحمد زوكاغي، أحكام التنازع بين القوانين في التشريع المغربي، الطبعة الثانية 2002 مطبعة الكرامة الرباط ص 102 كما جاء في قرار للمجلس الأعلى على أن: " ليس ظهير 22 نوفمبر 1957 إلّا تقنين معلق بالأحوال الشخصية والميراث المأخوذة من مقتضيات الشريعة الإسلامية " عدد 63 صادر بتاريخ 1963/01/09 أورده عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط السنة الجامعية 1999-2000 ص 16.

اليهود للقانون العبري⁽⁶⁸⁾، مما يعني أن قانون الأحوال الشخصية وبالتالي النظام العام المغربي له الولاية العامة وبإمكانه أن يستأثر بدور قانون القاضي بالنسبة لكافة العلاقات القانونية الأسرية، بحكم أن المادة الثانية من مدونة الأسرة في فقرتها الرابعة، ترجح تطبيق مقتضيات هذا القانون في حالة التنازع الداخلي في إطار العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

لذلك فليس من المستساغ أن يتخلص الأجانب من مقتضيات النظام العام المغربي، لكونه يجد مصدره في الإسلام، فالإسلام إذا كان عقيدة فهو أيضا أخلاق وحضارة، وفي هذا الوصف يمكن أن يفرض في بعض الجوانب، على الأجانب المقيمين على إقليم الدولة المغربية أو المتقاضين أمام عدالتها، وإن كانوا غير مسلمين لذلك يتعين ألا يبقى الأجانب غير المسلمين في منأى عن تدخلات النظام العام المغربي في حالة مخالفة قانونهم الوطني لأي من المبادئ الإسلامية، وإنما يكون للقاضي سلطة تقديرية في تحديد مدى توافق ذلك القانون الأجنبي مع أحد أو بعض تلك المبادئ⁽⁶⁹⁾.

الفقرة الثانية: بعض مظاهر ثبات النظام العام في العلاقات الأسرية

إذا كان ضروريا الاحتفاظ بمصطلح النظام العام كوعاء لغوي لدلالته في الشريعة الإسلامية، فإنه يجب أن لا يفصل عن أصله الاديولوجي وغموض ونسبية مفهومه في الفكر القانوني المغربي، ولا يمكن أن نبحت عن النسخة الإسلامية لهذه الفكرة إلا في النصوص الشرعية القطعية الثبوت والدلالة⁽⁷⁰⁾ المتضمنة لحكم شرعي بالواجب أو الحرام، فيكون كل حكم قضائي أجنبي أخل في محتوياته بواجب أو ارتكب حراما، ماسا بالنظام العام بالمعنى الإسلامي دون إغفال التوفيق بين ضرورات التعاون القضائي الدولي وقواعد الشريعة الإسلامية هذه⁽⁷¹⁾.

فالأحكام القطعية الدلالة أو الثابتة لا تتغير مهما تغيرت الظروف والأحوال كالتعدد والمحرمات من النساء وأنصبة الموارث وغيرها من المواضيع الأخرى.

وهكذا قد يترتب عن تطبيق هذا المفهوم استبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع الزوج المسلم من الحق في تعدد الزوجات. فالقانون المغربي يطبق بصورة كلية على العلاقة التي يكون أحد أطرافها مسلما سواء كان مغربيا أو أجنبيا، وما دام زواج مغربي بطرف أجنبي يتعين إبرامه في الشكل المغربي، فإن العدل يكون حريصا على حماية القانون المغربي، فقانون الأحوال الشخصية المغربي يرجح دوما بالنسبة للشكل والموضوع معا على حساب مقتضيات قانون الزوج الأجنبي، وذلك لأن الإسلام لا يقبل بأي امتياز لفائدة أي قانون أجنبي عندما يكون أحد معتنقيه طرفا في النزاع، لذلك إذا تم عقد الزواج أمام العدول أو

⁽⁶⁸⁾ تنص الفقرة الأخيرة من المادة 2 من مدونة الأسرة على: " ... أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية "

⁽⁶⁹⁾ جميلة أوحيدة: آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي م.س ص: 318.

⁽⁷⁰⁾ يقول الأستاذ عبد الوهاب خلق: " إن قوام فكرة النظام العام في الإسلام هو الدليل الذي يدل عليه الحكم في كل نص صريح قطعي الثبوت والدلالة أو نص مفسر ببيان من الشارع هو من النظام العام، ولا يجوز مخالفته ولا يباح للأفراد والجماعات الخروج عليه، أي أنه لا يسوغ الاجتهاد فيه " أورده محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه طبعة 1991 منشئة المعارف الإسكندرية ص 103

⁽⁷¹⁾ جمال الطاهري: النظام العام المغربي كقيد على فاعلية الأحكام القضائية الأجنبية، المجلة المغربية للدراسات الدولية، الزواج المختلط في العلاقات الأورو مغربية، أعمال الندوة الدولية المنظمة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، أيام 13 و14 و15 مارس 2002 عدد خاص السنة 2003 ص 97.

لدى ضابط الحالة المدنية وترتب على هذا تزويج امرأة أجنبية لا يسمح قانونها بتعدد الزوجات (كالقانون الفرنسي مثلاً) من مسلم متزوج، فإن هذه المرأة لا يمكنها الحصول على بطلان عقد الزواج بالمغرب في مواجهة الزوج المسلم باعتبار أن هذا الأخير له الحق وفقاً للقانون الإسلامي الذي يخضع له في المغرب في الزواج بأكثر من واحدة متى توفرت الشروط المطلوبة قانوناً⁽⁷²⁾.

ويرجح ذلك القانون المغربي على القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد في مسائل موانع الزواج كلما كان هناك طرف يعتنق الديانة الإسلامية مهما كانت جنسيته، ومن شروط صحة الزواج عدم وجود سبب من أسباب التحريم والمحرمات من النساء نوعان: محرمات على سبيل التأييد⁽⁷³⁾ وأخرى على سبيل التأقيت⁽⁷⁴⁾، فبالنسبة للأولى قال الله تعالى: " حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة "⁽⁷⁵⁾.

فمن خلال هذه الآية الكريمة يتضح أن هذا التحريم لا يتبدل مهما تغير الزمان والمكان، إذ لا يخفى على أي لبيب حكمة هذا التحريم، فالنساء اللواتي يشملهن التحريم أقرب القربيات إلى الشخص والولد جزء من أمه يتكون في رحمها وبنات الشخص قطعة منه لأنها من صلبه والأخ والأخت أهلها واحد⁽⁷⁶⁾ وإذا خالف الشخص هذا التحريم الإلهي يكون قد خالف نصاً قطعياً ثابتاً في كتاب الله، ويكون بذلك قد خالف النظام العام، فكل الدول الإسلامية تعتبره كذلك وتنص عليه قوانين أحوالها الشخصية ولا يلحقها التغيير مهما تم تعديل هذه القوانين⁽⁷⁷⁾.

وبالنسبة للمحرمات على سبيل التأقيت فقد قال عز وجل: " وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف "⁽⁷⁸⁾ ولنفس العلة في تحريم زواج الأخت على أختها وهي قطع الأرحام حرمت السنة كذلك الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها، وما دامت الرضاعة تحرم ما يحرم النسب حرم أيضاً الجمع بين المرأة وعمتها من الرضاعة وبين المرأة وخالتها من الرضاعة، كل ذلك حفاظاً على استقرار العائلة وسيادة الرحمة وعدم قطع أصول القرابة والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: " لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها "⁽⁷⁹⁾.

وهكذا متى تبين ثبوت هذه الأحكام في الكتاب والسنة والإجماع دون خلاف حول دلالتها الكلية أو الجزئية فإنه لا مجال للانفلات فيها أو الانفكاك عنها، وبذلك يمكن الحديث عن قواعد نظام عام تقرر المحارم من النساء، وهي قواعد

⁽⁷²⁾ التعدد منظم بالمواد 40 إلى 46 من مدونة الأسرة.

⁽⁷³⁾ من بين الموانع المؤبدة المحرمات بالقرابة والمحرمات بالمصاهرة والمحرمات بالرضاعة، انظر المادتين 36 و37 من مدونة الأسرة.

⁽⁷⁴⁾ من بين المحرمات على سبيل التأقيت نجد: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو المرأة وخالتها من نسب أو رضاع...

⁽⁷⁵⁾ سورة النساء الآية 23.

⁽⁷⁶⁾ بدران أبو العينين بدران " الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول 1967، دار النهضة، بيروت لبنان، ص: 80 وما بعدها.

⁽⁷⁷⁾ تنص المادة 36 من مدونة الأسرة على أن: " المحرمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أوله وفصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا ".

⁽⁷⁸⁾ سورة النساء الآية 23.

⁽⁷⁹⁾ حديث 5109، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، ص 160.

وضعية ذات مرجعية شرعية إسلامية مخالفتها تفضي إلى انفساخ عقد الزواج ووجوب التفريق بين الزوجين للحرمة أي بطلان التصرف⁽⁸⁰⁾، وهو الأمر الذي كرسه القضاء المغربي حينما ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط إلى أنه:

" إذا كان الزواج باطلا بسبب زواج المسلمة بغير مسلم كما في نازلة الحال فالمحكمة تصرح بمجرد إطلاعها عليه بتطبيق أحكام المادة 57 من مدونة الأسرة...⁽⁸¹⁾ ".

وفي قضايا الميراث قد يستبعد باسم النظام العام المغربي القانون الأجنبي الذي يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم أو يجيز التوارث بين القاتل والمقتول أو يسوي بين الذكر والأنثى في نصيب الإرث أو الزيادة أو النقص في حصص الورثة، فكل ذلك يعد من النظام العام وكل تحايل على مخالفته يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، لا تلحقه الإجازة يحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى لأن أحكام الإرث منظمة من الشارع الحكيم بتفصيل، وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار⁽⁸²⁾ لها إلى أنه:

" إذا كان تطبيق القانون الفرنسي على واقع الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث بينما تعتبرهم الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الموارث رقم 77 لسنة 1943 من أصحاب الفروض والعصابات وكانت أحكام الموارث الأساسية التي تسند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية، تعتبر حق المسلمين من النظام العام في مصر... ".

وفي أحكام التبني فإن القاضي المغربي يستبعد القانون الأجنبي الذي يجيز تبني طفل مسلم في المغرب من قبل أي شخص ولو كانوا لا ينتسبون إلى الديانة الإسلامية، فقد نقض المجلس الأعلى بتاريخ 1997/12/27 قرار محكمة الاستئناف التي قبلت تبني طفل مغربي مسلم من قبل زوجين فرنسيين وذلك بحجة مخالفة هذا التبني لقانون الأحوال الشخصية للطفل المتبنى⁽⁸³⁾، أما إذا كان الطفل غير مسلم فيمكن تبنيه من جانب هؤلاء بالاستناد إلى قواعد القانون الوطني

في هذا الصدد، ولو أنه في هذه الحالة يكون من الصعب القيام بالإجراءات المتعلقة بالتبني في المغرب عندما يتطلب القانون الأجنبي تدخل إدارة أو جهاز غير معروف أو غير مؤهل لهذه المهمة في المغرب، ويلاحظ مما تقدم أن النظام العام في المغرب كما هو الشأن في الدول الإسلامية لا يتسم بصيغة متشددة أو عدوانية بل يتميز بالانفتاح والاعتدال، فاستبعاد القانون الأجنبي ينحصر فقط في الأحكام التي تتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع المغربي والمنظمة بالنصوص القطعية.

المطلب الثاني: مدى اعتبار الفقه الإسلامي محددا للنظام العام

من المسلم به أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان مهما بلغت الإنسانية في عصرنتها وتطورها وحدائتها، لأن الحداثة الإسلامية حادثة مطلقة تجيب عن أسئلة كل العصور في تعبير عن التطور المستمر دون أن تمنع من الاستنباط

⁽⁸⁰⁾ عماد طارق البشري، م. س، ص 453.

⁽⁸¹⁾ قرار رقم 106 صادر بتاريخ 2006/06/17 ملف عدد 10/2006/30 صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط، مجلة قضاء الأسرة، العدد 3 دجنبر 2006، ص 127 إلى 129.

⁽⁸²⁾ قرار صادر بتاريخ 1975/01/27 دون ذكر العدد.

⁽⁸³⁾ قرار دون ذكر بياناته مجلة الإشعاع العدد 18 يناير 1999 ص 112.

والقياس والتحليل والتحيين التاريخي⁽⁸⁴⁾، لذلك يجب التمييز بين الجانب المعياري أي كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم والجانب التاريخي المتمثل في اجتهادات الفقهاء وفقا لمستجدات المجتمع والعصر الذي عاشوا فيه.⁽⁸⁵⁾

ونجد أن أبرز فرق بين الفقه والشرعة والأكثر تمييزا لمفهومها يظهر على مستوى خاصية الشمول الزماني أو الثبات⁽⁸⁶⁾.

فالشرعة الإسلامية باعتبارها من القواعد الواردة في آيات وأحاديث الأحكام ثابتة - كما سلف الذكر - أي صالحة أو واجبة التطبيق في كل زمان فلا يمكن تعديلها ولا تغييرها ولا إلغاؤها ولا نسخها مهما امتد الزمان وتغيرت الظروف، لأنها مكتملة ومحفوظة والكلمة النهائية للوحي.⁽⁸⁷⁾

أما الفقه الإسلامي باعتباره مجرد محاولة بشرية للنظر في نصوص القرآن والسنة وتطبيقها على الواقع فإنه متغير، لأنه يجتهد لمجتمع بعينه بظروفه وحاجياته وروابطه وملابساته ومصالحه المعنية وبالتالي فإن أي حكم انبثق من رأي فقهي ومهما كانت الدرجة العلمية والأخلاقية لصاحبه إلا ويكون تلبية لحاجيات زمانه الواقعية والعملية.⁽⁸⁸⁾

وبمجرد أن تتغير هذه الحاجات ويتطور الواقع الاجتماعي إلا ويمكن إعادة النظر في هذا الرأي الفقهي أو تعديله أو محاولة استنباط حكم جديد تبعا لما يطرأ من تغيير في معطيات الواقعة المجتهد لضبطها، فالحكم الذي يستنبطه الفقه، قد يصلح لمعالجة واقع اجتماعي في زمن معين وقد لا يصلح لمعالجة هذا الواقع في زمن لاحق وفي ظروف مغايرة⁽⁸⁹⁾.

لكن هل حقا كان الفقه الإسلامي فقها مسيرا لتطور المجتمع ومواكب لمستجدات عصره ومجيبا عن أسئلة الناس؟ علما أن الفقيه والمجتهد إنسان يعيش داخل مجتمعه بقيمه ومبادئه وأعرافه وعاداته وعوائده ونوامسه الأدبية، وكل هذا مرتبط بفكرة النظام العام، ثباتا وتطورا فكلما كان الفقه اجتهاديا مسيرا للتطور إلا وكان مفهوم النظام العام بدوره متطورا والعكس صحيح.

بالرجوع إلى بعض اجتهادات الفقه الإسلامي نجده قد تخلف عن مسايرة الواقع نتيجة لوجود تسربات ثقافية وعوائد اجتماعية موروثة تؤثر على تفسير بعض النصوص⁽⁹⁰⁾، بالإضافة إلى التمسك بالمعاني اللغوية للألفاظ التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وقصور عملية الاجتهاد على المختصين في قواعد أصول الفقه دون فتح باب الاجتهاد لإيجاد حلول تستجيب

⁸⁴ (أستاذنا الحسين بلحساني، تعديل مدونة الأسرة بين الثوابت الشرعية ومتطلبات الحداثة، ندوة مستجدات مدونة الأسرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، نونبر 2003 ص 18

⁸⁵ أحمد توفيق " الاجتهاد وأبعاده السياسية في مدونة الأسرة " مدونة الأسرة المستجدات والأبعاد، أشغال ندوة علمية، منشورات جامعة المولى إسماعيل، سلسلة منبر الجامعة عدد 5 السنة 2005 ص 10.

⁸⁶ ويظهر أيضا على مستوى الخصائص الأخرى لكن بشكل حاسم ولا يثير النقاش بحدة فالفقه ليس عالميا بدليل أن الشافعي غير بعض آرائه التي صلت لمجتمع بغداد لما قدم إلى مصر.

⁸⁷ جمال الطاهري: مدخل إلى القانون الإسلامي محاولة في رفع التداخل المفاهيمي بين الشريعة والفقه، الطبعة الأولى 2003، مطبوعات الهلال وجدة، ص 99.

⁸⁸ سيد قطب: نحو مجتمع إسلامي، دار الشروق القاهرة الطبعة 1992، ص 48.

⁸⁹ جمال الطاهري، مدخل إلى القانون الإسلامي م.س، ص 149.

⁹⁰ أحمد الخليلي: كلمة حول تأصيل المقترضات الجديدة لمدونة الأسرة، ثورة هادئة من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة سلسلة شرفات، العدد 12، منشورات الزمن 2004، ص 12

لمتطلبات الواقع المعيش⁽⁹¹⁾، إضافة إلى الخوف من التغيير الذي قد يمس ما يسمى بالهوية وبالذاتية وبالثبوت، وهو موقف حسب بعض الفقه⁽⁹²⁾ يعتبر موقف العاجز الخائف لا موقف الجسور الذي يواجه جرأة إشكالات عصره ويعمل عوض ذلك على تكثيف المبررات التي يمكن تلخيصها في نهاية الأمر بالتأمر على الإسلام.

وبهذا أصبح الفكر الفقهي مؤطرا بمفاهيم ومرجعيات يطبعها الجمود والتحجر، ومسلمات من قبيل " لم يترك الأولون ما يقوله الأخيرون " وماذا يرجى من أمة انتهت مهمتها الفكرية وحسبها الاستهلاك⁽⁹³⁾.

وإذا كان هذا هو حال الفقه الإسلامي فكيف لنا أن نتحدث عن تطور المجتمع ومسايرة متطلبات العصر في ظل مجتمع يعتبر المرجعية الدينية مصدرا رئيسا لقوانينه الوطنية، خاصة الأسرية منها وبالتالي تطور فكر النظام العام، خصوصا إذا اعتبرنا الأعراف والتقاليد الاجتماعية الموروثة التي تتمتع بقوة الصمود لا نظير لها من محددات النظام العام داخل المجتمع.

من المسلم به أن الشريعة الإسلامية وأحكامها صالحة لكل زمان ومكان، ولكن ذلك لا يتأتى إلا بفتح باب الاجتهاد وخلخلة الإعتقادات والمسلمات الخاطئة، التي لا تمت بصلة إلى روح شريعتنا السمحة تماشيا مع ما تقتضيه تقلبات الزمان والتحكم في سير الأشياء حسب ما تستلزمه مصلحة الفرد من تحديد، لأن ما يقرره عصر من أساليب وآليات لا يمكن أن تتحكم بأي حال في متطلبات العصر الموالي، إلا أن هذا التحديد لا يكون دائما بالترميم فحسب بل قد يكون بالاستدلال الذي لا يقيده سوى عدم مجافاة الأساس⁽⁹⁴⁾.

ومع ذلك فإن إخضاع الأعمال والاجتهادات البشرية للمراجعة والنقد والتقويم لا يعني بحال من الأحوال إفقادها لقيمتها وإسقاطها وإنما يعني إضافة إلى قيمتها التاريخية ودورها في فهمنا للماضي، إكسابا لعقولنا متسعا من المرونة الذهنية وبناء الملكة والأهلية التي تمكننا من استيعاب الواقع واستشراف المستقبل⁽⁹⁵⁾، إضافة إلى ذلك فالإنتاج الفقهي لا يكتسي القداسة التي هي الوحي وحده ومن ثم فهذا الإنتاج الذي هو اجتهاد بشري لا يعد أغلالا في عنق المجتمع الإسلامي، وإتباع الأحكام التي وصل إليها واجبا على أي مجتمع، إنما يجب ذلك إذا استقرت الظروف الواقعية على الشخص الذي لم يتوفر على القدرة العلمية في استنباط الأحكام من الشريعة (الاجتهاد) أما الذي وصل إلى درجة الاجتهاد فيحقق له أن يستخرج الحكم الشرعي بنفسه⁽⁹⁶⁾ يقول ابن القيم:

" إن مسائل الاجتهاد غايتها أن تكون سائغة الإتياع لا واجبة الإتياع من غير أن يلزموا بها أحدا ولا يقولوا إنها الحق دون ما خالفها هذه طريقة أهل العلم سلفا وخلفا. " ⁽⁹⁷⁾

⁽⁹¹⁾ أحمد الخليلشي: وجهة نظر الجزء الثالث الطبعة الأولى، السنة 2000، دار النشر المعرفة، الرباط، ص 54 و 57.

⁽⁹²⁾ عبد المجيد الشرفي: تحديث الفكر الإسلامي، نشر الفنك طبعة 1998، ص 78.

⁽⁹³⁾ أحمد الخليلشي: وجهة نظر، الجزء الثاني، دار الطبع المعرفة، الرباط، السنة 1998، ص 3.

⁽⁹⁴⁾ علل الفاسي، النقد الذاتي، مطبعة الدار البيضاء، السنة 1974، ص 120-121.

⁽⁹⁵⁾ بدر منشف، ضوابط الاجتهاد في المادة الأسرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 16.

⁽⁹⁶⁾ جمال الطاهري، المدخل إلى القانون الإسلامي، م س، ص: 150.

⁽⁹⁷⁾ ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد محي الدين، الجزء الأول، الطبعة الأولى 1969، المطبعة الأميرية، مصر، ص 162.

وبذلك فالاجتهاد داخل الفقه الإسلامي أضحى أمراً ضروريا خاصة وأن كثير من ضروب التعامل التي كانت تعتبر صحيحة في الماضي أصبحت مخالفة للنظام العام⁽⁹⁸⁾، لذلك فإنه يتعين إعادة قراءة الفقه على ضوء ظروف وأحوال المجتمع، واستحداث أحكام فقهية جديدة تنسجم مع مقاصد الإسلام حتى يكون الفقه الإسلامي مرآة تجسد تطور المجتمع⁽⁹⁹⁾، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ أحمد الخمليشي "...إن الذي يبدو هو أن أصول الفقه في حاجة إلى تطوير جوهري وأعمق مما تتعرض له الكتابات المتداولة..." ويضيف أيضا فيما خُص إليه "...أن التجديد في الفكر الفقهي ينطلق من توجيه كامل العناية إلى القراءة المتعمقة لنصوص الشريعة والانطلاق منها إلى صياغة الأحكام التي يحتاج المجتمع إليها، ولن يتأتى ذلك طبعاً إلا من خلال تطوير وتجديد آليات فهم أصول الفقه وخاصة باب القياس الذي يعتبر بحق الرافد الحقيقي لعملية الاجتهاد والاستنباط. هذا بالإضافة إلى توسيع مشمولات النص وتكثيرها. حتى يستوعب أكبر قدر ممكن من القضايا".⁽¹⁰⁰⁾

وفي نفس السياق فإن الواقع حولنا يتغير في كل شيء وأن التشبث بما أورده السلف لم يجدي فنحن في عصر إما أن نبدع فيه وإما أن نكون على هامش التاريخ، فالمثل الأعلى اليوم هو في الإبداع والجرأة والمغامرة، ولذا فإن هذه الثوابت التي تحكم الفكر ليست مطلقة بل هي نسبية⁽¹⁰¹⁾، إضافة إلى ذلك فإن الاتفاق على التجديد أصبح أمراً لا بد منه لأنه استجابة لمطلب ديني لقول الرسول عليه الصلاة والسلام "إن الله يبعث على رأس كل مائة سنة من يجدد للأمة أمر دينها"⁽¹⁰²⁾، وبالتالي فليس هناك مانع من إعادة تأهيل الأصول وبنائها من جديد لتساهم في رفع الحرج وتساهم أيضا في حل المشاكل المتنوعة على أن تكون مؤهلة كسابقاتها وأن لا تعطل حكماً شرعياً ولا تستبدل مصلحة شرعية بمصلحة موهومة⁽¹⁰³⁾، كما أن تغيير الأحكام في حدود المبدأ الشرعي هو إحقاق للحق وجلب للمصالح ودرء للمفاسد⁽¹⁰⁴⁾.

وانسجاماً مع ذلك قام المشرع المغربي بتعديل ترسانته القانونية وإدخال إصلاحات تشريعية همت مختلف المجالات من أبرزها ما يتعلق بالأحوال الشخصية فجاء بمقتضيات جديدة منطلقها الاجتهاد بأنواعه كالاجتهاد الانتقائي والاجتهاد الإنشائي وكل هذا بهدف إعادة النظر في الموروث الفقهي والاعتراف بأن الأحكام الفقهية ليست مقدسة بل هي استنباط الإنسان الذي قد يصيب وقد يخطأ.

وإذا كان الاجتهاد في ظل صدور مدونة الأحوال الشخصية الملغاة مرتكزاً أساساً على نقل الأحكام الفقهية الاجتهادية دون مراعاة للواقع الاجتماعي المتغير عما كان عليه وقت الإفتاء بتلك الأحكام ولعل ما يعزز هذا الطرح، ما استدلل به الأستاذ

⁽⁹⁸⁾ على سبيل المثال، نجد الرق الذي كان مباحاً وأصبح اليوم مخالفاً للنظام العام، كذلك التأمين على الحياة الذي كان مرفوضاً وأصبح اليوم مقبولاً.

⁽⁹⁹⁾ أحمد الخمليشي، وجهة نظر الجزء الثاني، م س، ص 127 ويقول أيضا في نفس الصدد "إن تعديل بعض النُكاح الجاري بها العمل والمتعلقة بوضعية المرأة في الأسرة لا يعني أنها تعطيل أحكام الله لتشريع قواعد وضعية محل أحكام الشريعة وإنما على العكس من ذلك هو محاولة تطبيق روح الشريعة وتحقيق مقاصدها في العدل بين الناس ومنع الظلم بينهم".

⁽¹⁰⁰⁾ أحمد الخمليشي، وجهة نظر، الجزء الثاني، م س، ص: 125.

⁽¹⁰¹⁾ عبد المجيد الشرفي، تحديث الفكر الإسلامي، م س، ص 78.

⁽¹⁰²⁾ عمر الجدي: التطور التشريعي بتبدل الزمان وتغير أوضاع المجتمع، مجلة دعوة الحق عدد 244، يناير 1985 ص 27-28.

⁽¹⁰³⁾ محمد بشيري، مناقشة المطالب النسائية الهادفة إلى تغيير مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص كلية الحقوق، الدار البيضاء عين الشق، السنة الجامعية 1994/1995، ص 310.

⁽¹⁰⁴⁾ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية السنة 2006، دار الفكر المعاصر بيروت ص 1145.

الخمليشي بقوله : " من ذلك ترتيب الحاضنين حيث كان يقدم النساء من جهة الأم على الأب عندما كان مفهوم الحضانة يعني بالدرجة الأولى تربية القاصر وإعداده للحياة، سيما وأنها تمتد إلى بلوغ الذكر وزواج الأنثى، فهل الحضانة بهذا المفهوم، الجدة والخالة أقدر على القيام بها عن الأب أم كان ينبغي مراعاة تطور مفهوم الحضانة لإعادة ترتيب مستحقيها، مادام هذا الترتيب اجتهدا صرفا لا نص فيه من كتاب أو سنة بالنسبة لغير الأم " .⁽¹⁰⁵⁾

فإنه خلاف ذلك في ظل تعديلات 10 شتنبر 1993 حيث حاول المشرع المغربي الخروج عن مبدأ التقيد والالتزام بالمذهب الواحد، وهذا وإن دل على شيء فإنما يدل على تغيير المستوى والوعي الفكري للمشرع الذي يؤمن بحق القاعدة الأصولية التي مفادها تغيير الفتوى بتغيير الزمان والمكان، ووعي الفرد كذلك إلى ضرورة جلب المصلحة في إطار الاجتهاد الإيجابي لا السلبي، ولأن الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي تطورت قد ساهمت في أخرى في زحزة الأحوال القديمة للأسرة، وتصوغ بذلك علامات جديدة ومحددة لأدوار وعلاقات جديدة، بدت ملامحها الأولى في العناصر التي أظهرت الانقلاب الحاصل بين ما هو قانوني في مجال الأسرة وبين ما هو واقعي متغير ومتحول⁽¹⁰⁶⁾.

وهذا ما يظهر من خلال تعديلات 10 شتنبر 1993 التي شملت بصفة عامة الفصول المتعلقة بولاية المرأة والطلاق والتعدد والحضانة⁽¹⁰⁷⁾.

أما مدونة الأسرة فقد عملت على تجاوز الثغرات القانونية في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة مستحضرة الانتقادات التي كانت في ظل التشريع القديم، والتي نصت في معظمها على القضايا ذات التنازع المرجعي والتي تعرف اختلافا على مستوى الفقه الإسلامي، ومن أهمها الولاية التي عرفت نقاشا حادا نتيجة انعدام نص قطعي فيها مما جعلها تفسر بمقتضى العرف الذي لعب دورا كبيرا في بيانها وتخصيصها وتقييدها، مما أضفى عليها صبغة النظام العام.

وانطلاقا مما سبق، فإذا كان الفقه الإسلامي بصفة خاصة والمرجعية الإسلامية بصفة عامة يعتبر محدد للنظام العام ثباتا وتطورا، فإن التساؤل المطروح، هو مدى مساهمة المرجعية الدولية في تحديد النظام العام الأسري؟

المبحث الثاني: تأثير المرجعية الدولية والقضاء الأوروبي على النظام العام الأسري

من المسلم به أن فكرة النظام العام متغيرة بحسب الزمان والمكان، لكونها تقوم على اعتبار مصالح الجماعة الأساسية، سياسية كانت هذه المصالح أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية.

ولما كانت التصورات والمفاهيم والمبادئ السائدة في المجتمع هي التي تساهم في خلق وتشكيل النظام العام الأسري فإنه من الطبيعي أن يشهد تطورا في الدول الأوروبية بعد انضمامها للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وصياغة تصور أوروبي لمفهوم النظام العام يجد أساسه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (المطلب الأول)، كما أن القضاء الأوروبي كان له دور في صياغة معالم جديدة للنظام العام (المطلب الثاني).

⁽¹⁰⁵⁾ أحمد الخمليشي، وجهة نظر، أبحاث ومقالات تتناول موضوعات قانون الأحوال الشخصية وضعية الأسرة وتطورها والاجتهاد الفقهي نظريا وتطبيقيا الفكر الإسلامي عموما، الطبعة الأولى السنة 1988، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ص 210.

⁽¹⁰⁶⁾ كنزة المريني العلوي، الأسرة المغربية توابث ومتغيرات، طبعة 1986، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ص 161.

⁽¹⁰⁷⁾ محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى 1993، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ص 9.

المطلب الأول: دور المرجعية الأممية في تحديد النظام العام

نتيجة لمصادقة معظم الدول الأوروبية المستقبلية للجانالية المغربية على مختلف الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان واضطرابها تحت ضغط سلطة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى ملائمة قوانينها الداخلية، بما فيها تلك المنظمة للروابط الأسرية مع مقتضيات وأهداف هاته الاتفاقيات، عرف النظام العام تطوراً مهماً في اتجاه تكريس مبادئ الحرية والمساواة (الفقرة الأولى) الأمر الذي كان له انعكاس على مجموعة من المؤسسات الأسرية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم النظام العام الدولي المستمد من حقوق الإنسان

لقد أصبحت المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان المبرمة في إطار منظمة الأمم المتحدة، ومنها اتفاقية الرضا بالزواج وتحديد سن الزواج لسنة 1962⁽¹⁰⁸⁾، وكذا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979⁽¹⁰⁹⁾ واتفاقية حقوق الطفل⁽¹¹⁰⁾، إضافة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽¹¹¹⁾ والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966⁽¹¹²⁾، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽¹¹³⁾ تشكل نظاماً عاماً دولياً في مجال الروابط الأسرية إذ لا يمكن للدول الأطراف تجاهلها إذ أصبحنا أمام ما يمكن تسميته بتداول وعولمة حقوق الإنسان بالشكل الذي يصعب على أي دولة التذرع بخصوصياتها الوطنية في الدفع بعدم احترامها⁽¹¹⁴⁾.

ولعل السبب في ذلك راجع إلى توحيد دول الغرب حول قضاء أوروبي تمثله المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تلزم الدول الأطراف على ملائمة تشريعاتها الداخلية وفق منطق الانضمام لهذه المعاهدات⁽¹¹⁵⁾، الأمر الذي كان له انعكاس على المفهوم القانوني والاجتماعي للأسرة، حيث توالى التعديلات المنظمة للأسرة، بمعظم الدول الغربية في اتجاه مسايرة الاتفاقيات الدولية الأوروبية لحقوق الإنسان والتي لا تؤمن إلا باحترام الحرية والحياة الخاصة وتحقيق المساواة المطلقة بين الجنسين بدءاً من إبرام عقد الزواج ومروراً بتدبير الشؤون المادية والمعنوية للأسرة وتربية الأطفال والوصاية عليهم حيث ألغي مفهوم السلطة الأبوية وتم تعويضه بمصطلح القربة إذ أصبح الرجل والمرأة متساويان في جميع الحقوق والالتزامات الأسرية

¹⁰⁸ (اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج المؤرخة في 7 نونبر 1963 والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ دجنبر 1964.

¹⁰⁹ اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 34/180 المؤرخ في 18 دجنبر 1979 وبدأ نفاذها بتاريخ 3 شتنبر 1981 طبقاً لأحكام المادة 27 منها.

¹¹⁰ اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 صادق عليها المغرب بتاريخ 14 يونيو 1993 بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-93-363 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4440 بتاريخ 19 دجنبر 1996.

¹¹¹ اعتمد ونشر أمام الملأ بقرار الجمعية العامة رقم: 217 (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

¹¹² اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة 2210 المؤرخ في ديسمبر 1966، وقد صادق عليه المغرب بموجب ظهير رقم: 1-79-186 بتاريخ 8 نونبر 1979 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 3525 بتاريخ 21 مايو 1980.

¹¹³ أبرمت هذه الاتفاقية بروما بتاريخ 4 نونبر 1950 ودخلت حيز التنفيذ في 3 شتنبر 1953- للمزيد من التفاصيل، انظر رشيد المرزكوي، النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس الرباط، لسنة 1991-1992 ص 187.

¹¹⁴ إدريس بلماحي، مكانة الاتفاقيات الدولية من زاوية القانون الدولي، ندوة الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية بتنظيم وزارة حقوق الإنسان أيام 21.20.19، أكتوبر 2002، منشورات التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، الطبعة الأولى 2002، مطبعة فضالة المحمدية، ص 15 و16.

¹¹⁵ Marie claire FORBLETS, les familles Maghrébines et la justice en Belgique anthologie juridique et immigration, RIDC anné 1997 vol 49N1, p 268.

وانتهاءً بانحلال العلاقة الزوجية حيث ثم إلغاء كل القيود المفروضة على الطلاق وأصبح من حق أي من الزوجين الذي لا يرغب في الاستمرار داخل إطار العلاقة الزوجية أن يطالب بإنهائها⁽¹¹⁶⁾.

ومفهوم النظام العام في أوروبا لم يقف عند هذا الحد بل تعداه إلى أبعد من ذلك انطلاقاً من التطور الذي بدأت تتحاه الحياة داخل المجتمع الأوروبي، من قبيل التبنى المطلق للمبادئ اللائكية من جهة وطغيان النزعة المادية ومبادئ الحرية الفردية غير المحدودة من جهة أخرى، وذلك حسب المفاهيم التي أعطيت لها في إطار الأوافق الدولية لحقوق الإنسان⁽¹¹⁷⁾، خاصة التفسير الذي تقدمه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان حيث تؤكد أن الحق في احترام الحياة الخاصة لا يعني فقط عدم تدخل الدولة في الحياة الخاصة للأفراد وإنما يشمل أيضاً الحق في إقامة علاقات مع أشخاص آخرين سيما فيما يتعلق بالمجال العائلي⁽¹¹⁸⁾.

كل هذه الأمور كان لا بد أن تنعكس سلباً على مؤسسة الأسرة في المجتمع الأوروبي حيث أدى تشبعها بالمفهوم المطلق لمبدأي الحرية والمساواة إلى تبني العديد من المؤسسات التي كانت محرمة كما هو الشأن بالنسبة للمعاشرة الحرة والزواج المثلي⁽¹¹⁹⁾، وفي هذا الإطار أصدر البرلمان الأوروبي في اجتماع له بتاريخ 08-02-1994 توصية طالب فيها الدول الأعضاء بضمان حقوق المتعاشرين مثلياً في الضمان الاجتماعي والسكن وخاصة ما يتعلق بالحق في التبنى وهو الأمر الذي عملت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على مناصرتها وتكريسه في العديد من قراراتها كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر عن هذه المحكمة والذي نقض حكماً صادراً عن محكمة القضاء الفرنسي يرفض فيه حق تبني طفل للمتزوجين مثلياً بناءً على مخالفة العلاقات الجنسية الشاذة للمصلحة الفضلى للطفل⁽¹²⁰⁾.

وهكذا يتضح أن مبدأ المساواة المطلقة الذي يجد أساسه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبروتوكول رقم 07 هو المؤطر الأساسي للنظام العام في الدول الأوروبية مما يعني أن أي مؤسسة قانونية أجنبية سيتم استبعادها لمخالفتها مبدأ المساواة المكرس بمقتضى البروتوكول رقم 07 لكونها مخالفة للنظام العام الأوروبي⁽¹²¹⁾، وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة فرساي في قرار لها تمسكت فيه بالنظام العام المستمد من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان إلى أن أي مؤسسة أجنبية لا يمكن

⁽¹¹⁶⁾ جعفر الفصلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد 4 السنة 1988، ص 229

⁽¹¹⁷⁾ محمد اليوبي، طلاق المغاربة بأوروبا وإشكالاتها الفقهية والقانونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة، وحدة التكوين والبحث في الشريعة والقانون، كلية الشريعة جامعة القرويين، فاس، السنة الجامعية 2004-2005 ص 86.

⁽¹¹⁸⁾ محمد البعدوي، وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع في أوروبا نموذجاً، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس الرباط 2000-2002 ص 73.

⁽¹¹⁹⁾ محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا دراسات قانونية وحالات شاذة سلسلة البحوث القانونية 3، الطبعة الأولى 2001، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، ص 139.

⁽¹²⁰⁾ وجاء في هذا القرار "... أن التصريح بالتوجهات الجنسية الشاذة من طرف الطاعن لا يحول دون تمسكه بحقه في عدم التمييز الذي تنص عليه المادة 14 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والذي تحميه المادة 8 من نفس المعاهدة، بضرورة احترام الحياة الخاصة والأسرية للأفراد وبالتالي منحهم الحق في التبنى". قرار (دون ذكر الرقم والعدد) أشار إليه منير الشعيبي، مدونة الأسرة أمام القضاء الأوروبي أية إمكانية للتطبيق؟، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ظهر المهرز فاس، السنة الجامعية 2005-2006، ص 85.

⁽¹²¹⁾ تنص المادة 5 من البروتوكول رقم 7 الصادر بتاريخ 11/11/1984 على أنه: "يتمتع الزوجان بالمساواة في الحقوق والمسؤوليات ذات الطابع المدني، وذلك فيما بينهما وفي علاقتهما بأبنائهما سواء عند الزواج أو عند انحلاله".

أن ترتب أثارها بفرنسا إذا كانت تحمل في طياتها مبادئ تمس التصور العام للنظام العام المستمد من الالتزامات الدولية في هذا الشأن واستدلت بكون حكم الطلاق الصادر بالمغرب المراد تنفيذه في فرنسا تطبيقاً للمادة 13 من الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981⁽¹²²⁾ معارضا لمبدأ المساواة طالما أن الطلاق يبقى خاضعاً لسلطة الزوج واعتبرت أن هذا التمييز بين الجنسين في هذا الشأن يتعارض بشكل واضح مع المبادئ الدولية القائمة على ضرورة احترام حقوق الإنسان⁽¹²³⁾.

ولقد ساءرت محكمة النقض الفرنسية محكمة فرساي بالاستناد على النظام العام الذي يجد أساسه في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽¹²⁴⁾ بعدم الاعتراف بالأحكام الصادرة عن القضاء المغربي إذ جاء في قرار لها: "...يستخلص من المادة 05 من البرتوكول المؤرخ في 22 نونبر 1984 ومن البند رقم 07 من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بحقوق الإنسان أن الزوجين يعاملان على قدم المساواة بالنسبة للحقوق والمسؤوليات عند انحلال الرابطة الزوجية الأمر الذي يترتب عليه عدم إمكانية الاعتراف في فرنسا بالطلاق الانفرادي الصادر بصورة غير حضورية"⁽¹²⁵⁾.

أما بخصوص القضاء البلجيكي فنجد أن محكمة النقض بهذا البلد قد رفضت الاعتراف بالطلاق الانفرادي الواقع بالمغرب لكونه يخالف النظام العام للدولة البلجيكية الذي يجد أساسه في المادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية والبرتوكول 7 الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1984 الملحق بهذه الاتفاقية⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²²⁾ صادق عليها المغرب بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-83-197 الصادر بتاريخ 14 نونبر 1986 المنشور بالجريدة الرسمية 3910 بتاريخ 7 أكتوبر 1987 ص 931 934 كما صادقت عليها فرنسا بتاريخ 10-06-82 ونشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 01-06-1983.

⁽¹²³⁾ Fabien cadet, l'ordre public en droit international de la famille, étude comparée, France Espagne, édition l'harmattan, collection logiques juridique 2005 p: 153.

⁽¹²⁴⁾ للمزيد من المعلومات حول تأثير الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على النظام العام الدولي الفرنسي، انظر: Estelle FOHRER, l'incidence de la convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français, Edition 1999, Bruylant, Bruxelles.

⁽¹²⁵⁾ قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية أورده أحمد زوكاغي، القضاء الفرنسي وانحلال الرابطة الزوجية بين المغاربة في فرنسا، مطبعة الكرامة الرباط 2007 ص 36.

انظر أيضاً:

Arrêt de cour de cassation n 92-13523 chambre civile 1 daté le 01/06/1994 qui «...selon l'article 5 du protocole de 22 novembre 1984 n7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités lors de la dissolution du mariage. Il s'ensuit que la répudiation intervenue au cours de l'instance en divorce introduite en France au Maroc hors la présence de l'épouse non appelé a la procédure contredit l'ordre public international »

Site www.legifrance.gouv.fr consulté le 30/03/2017

أنظر أيضاً قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17/06/1994، أورده:

Bertrand Ancel et Yves Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence française de droit internationale privé, Paris 2001, Dalloz, p 594

⁽¹²⁶⁾ قرار صادر عن محكمة النقض البلجيكية بتاريخ 29.04.2002، أورده جمال الخمار، نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة ببلجيكا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول السنة الجامعية 2007-2008 ص 96.

ولذلك فقد أدى التصور القضائي الجديد لمفهوم النظام العام الذي يركز بالأساس على مفهوم الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والبروتوكول 7 الملحق بها إلى تهميش الاتفاقيات الثنائية منها الاتفاقية المغربية الفرنسية لصالح الأولى، حيث أن القضاء الفرنسي في أغلب الأحوال يتعامل مع الاتفاقية وكأنها غير موجودة وكان غالبا ما يعتمد بعد التذكير بها، إلى الإعلان بأن القانون المغربي المختص بموجب الاتفاقية المشار إليها يتعين استبعاده أساسا لمخالفته للنظام العام الفرنسي أو لتعارضه مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية⁽¹²⁷⁾،

بل أكثر من ذلك ذهب أحد الفقهاء الفرنسيين⁽¹²⁸⁾ إلى أن الاتفاقية الثنائية التي أبرمتها فرنسا لا يمكنها أن تنهض بمثابة التزام على عاتق القضاء الفرنسي يجب الوفاء به، خاصة إذا كانت تقضي بتطبيق تشريع يخالف النظام العام.

وهكذا فإنه ليس منطقيا التذرع بالنظام العام كما هو محدد في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لذلك يميل الاعتقاد مع أحد الباحثين⁽¹²⁹⁾ فيما ذهب إليه بأن البروتوكول رقم 07 لا يمكن فرضه على المغرب لكون حقوق الإنسان المنصوص عليها عموما في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ليست إلا تعبيراً عن ثقافة إقليمية وليست دعوة بأي حال من الأحوال لعرقلة الاعتراف بالوضعيات المكتسبة تحت سلطة قانون أو انطلاقا من حكم يرجع لثقافة مختلفة، ثم إن منطلق القانون الدولي الخاص وجوهره هو في العمق إنساني يهدف إلى احترام الثقافات والاختلاف ويعمل على التنسيق بين الأنظمة القانونية المتعارضة.

انطلاقاً مما سبق ونتيجة لكل المتغيرات التي تأثر بها النظام العام في الدول الأوروبية، كان من الطبيعي أن تتأثر العديد من المؤسسات الأسرية التي لها علاقة بالروابط الأسرية المغربية القاطنة بأوروبا، خاصة وأن هذه المؤسسات تتميز بمرجعيتها الإسلامية، أو تركز انعدام المساواة بين أطراف الكيان الأسري على الأقل من وجهة النظر الأوروبية⁽¹³⁰⁾،

لذلك فإنه يتعين صياغة مفهوم واضح ومعتدل للنظام العام يسمح بتطبيق القوانين الشخصية بشكل مرضي ومتكامل ومتكافئ بين المغاربة والأجانب، كما يتعين على القضاء الأوربي أن يأخذ بعين الاعتبار اختلاف مفهوم المساواة بين الثقافة المغربية ذات المرجعية الإسلامية والثقافة الغربية ذات المرجعية العلمانية وأن استعمال النظام العام كما هو مستمد من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان قد تترتب عليه نتائج بالغة الخطورة تتمثل في ازدواجية المراكز القانونية.

⁽¹²⁷⁾ أحمد زوكاغي، حصيلة الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة في 10 غشت 1981 المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي، مجلة المناهج العدد 02، سنة 2002 ص 62.

⁽¹²⁸⁾ Huques Fulchiron. « ne répudiez point... » pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004, revu internationale de droit compare n1, 2006 p

⁽¹²⁹⁾ حسن إبراهيمي، انحلال ميثاق الزوجية والقضاء الفرنسي - الطلاق بالإرادة المنفردة نموذجاً- رصد لتطور تعامل القضاء الفرنسي مع قواعد الطلاق بالإرادة المنفردة الصادر بالمغرب، الطبعة الأولى 2009، مكتبة دار السلام الرباط، ص 83.

⁽¹³⁰⁾ هشام بركادة: وضعية الطفل المغربي في المهجر، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في الشريعة، وحدة التكوين والبحث في الشريعة والقانون، كلية الشريعة، جامعة القرويين، فاس، السنة الجامعية 2004-2005، ص 80

الفقرة الثانية : تجليات تأثير المرجعية الدولية على النظام العام الأسري

تعتبر فكرة النظام العام نسبية⁽¹³¹⁾ متغيرة بحسب الزمان والمكان لأنها تقوم على اعتبار مصالح الجماعة الأساسية، وهذه الأخيرة تتأثر بظروفها الخاصة والتي هي دائما متغيرة، وهكذا فما يخالف النظام العام في بلد معين قد لا يخالفه في بلد آخر⁽¹³²⁾، فالنظام العام يختلف من جماعة إلى أخرى ومن مكان إلى آخر على ضوء الفلسفة التي تعتمدها هذه الجماعة⁽¹³³⁾.

ولما كانت الدول متقاربة من حيث الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه بالتزامها باحترام حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا، ومصادقتها على الاتفاقيات الدولية التي غايتها الأسمى حماية كيان الأسرة وحماية حقوق الإنسان وهي أهداف تسعى كل دولة إلى تحقيقها عبر تحديث ترسانتها القانونية لملائمتها مع هذه الاتفاقيات، فإن المغرب بانضمامه إلى المنظومة الكونية لحقوق الإنسان من خلال مصادقته على العديد من الاتفاقيات التي لها علاقة بالروابط الأسرية⁽¹³⁴⁾، وأهمها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁽¹³⁵⁾ واتفاقية حقوق الطفل لسنة 1983⁽¹³⁶⁾، بل إن المغرب كان له دور فعال في إقناع الدول الغربية على إدراج مؤسسات وفق الفقه الإسلامي ضمن بنود الاتفاقية كما هو الشأن بالنسبة للكفالة التي تضمن كل الحقوق المادية والمعنوية للطفل كمؤسسة منافسة لمؤسسة التبني المعروفة في الدول الغربية⁽¹³⁷⁾.

وبذلك يكون قد التزم بالأهداف التي ترمي هذه الاتفاقية الوصول إليها، وهو ما أكدته في ديباجة دستور 1996 بتشبهت المملكة المغربية بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا، مما يعني أن المرجعية الدولية تلعب دورا كبيرا في تطور المنظومة القانونية المغربية وبالتالي تطوير فكرة النظام العام دون المساس بثوابت الشريعة الإسلامية، فهذه الاتفاقيات أصبحت تشكل نظاما عاما، بالنسبة للدول الأعضاء في مجال الروابط الأسرية لا يمكن تجاهله، ولذلك فإن الدول تحاول ملائمة تشريعها الداخلي وفق منطق الإنظام لهذه الأوافق والمغرب بدوره يسعى إلى عصنة وملائمة قوانينه مع المرجعية الدولية، وذلك من خلال تحديثها وعصنتها.

لقد كان للمشرع المغربي الجراة أثناء صياغة مدونة الأسرة في تكريس مواد الاتفاقيات الدولية باعتبار مقارنة المساواة التي من شأنها أن تعيد للأسرة المغربية وسائل نبها حتى يتسنى تحقيق الغاية المقصودة والهدف الأسمى لإنشاء أسرة محصنة

⁽¹³¹⁾ وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على المفهوم النسبي لفكرة النظام العام حيث جاء في قرار صادر بتاريخ 1987/03/24 أن: " تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الفكر الراجح في كل لحظة في فرنسا ".

- جميلة أوحيدة، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، م س، ص 289 الهامش 3

⁽¹³²⁾ من ذلك تعدد الزوجات مثلا يخالف النظام العام في فرنسا وتونس، ولا يخالفه في المغرب وكذلك زواج المثليين حيث تقره بعض الأنظمة الأوروبية لكنه يخالف النظام العام المغربي إذ تنص المادة 4 من مدونة الأسرة أن: " الزواج ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة.. " .

⁽¹³³⁾ إدريس العلوي العبدلوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، ط 1996، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 462.

⁽¹³⁴⁾ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وكذا العهد الدولي بشأن الحقوق السياسية والمدنية وكذلك العهد الدولي بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية صادق عليها المغرب بمقتضى ظهير شريف رقم 1-97-186 بتاريخ 8 نوفمبر 1979 منشور بالجريدة الرسمية عدد 3525 بتاريخ 21 ماي 1980.

⁽¹³⁵⁾ صادق عليها المغرب بمقتضى ظهير شريف رقم 1.93.361 صادر في 62-12-2000 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4866 بتاريخ 2007/1/18 ص: 226.

⁽¹³⁶⁾ ظهير شريف رقم 1.9303.63 صادر بتاريخ 1996.11.21 منشور بالجريدة الرسمية رقم 4440 بتاريخ 96.12.19 ص: 2847 .

⁽¹³⁷⁾ محمد ناصر متيوي مشكوري، الأسرة المغربية وتحديات العولمة، مجلة القانون والاقتصاد، عدد مزدوج 22/21 سنة 2006، ص 36.

تسودها المودة والرحمة⁽¹³⁸⁾، وهذا ما يتضح من خلال إلغاء العبارات التي تركز دونية المرأة وكرامتها⁽¹³⁹⁾، من قبيل الطاعة والقوامة والإجبار وكذا تكريس مبادئ المساواة في الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة وكذا ضمان أكبر قدر ممكن من الحقوق للأطفال، كما هو الشأن بالنسبة للمادة 54 من مدونة الأسرة.

ولعل هذه التعديلات تؤكد مدى تأثير المرجعية الدولية على النظام العام الأسري المغربي، لكون هذه مقتضيات في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة كانت تعد من المقدسات التي لا يمكن المساس بها⁽¹⁴⁰⁾، أي من النظام العام نظرا لاعتبار الأحوال الشخصية المجال الخصب للصراع بين ما هو تقليدي أصيل وما هو حديث عصري، وفي هذا الإطار ذهب أحد الفقهاء⁽¹⁴¹⁾ إلى أن إصلاح قانون الأسرة مؤشر على رفع الحصار على العقل وتجاوز ذلك الإحياء الذي ترسخ لدى فئة من المجتمع بوجود تنازع بين مرجعيتين دينية ودولية والتي تتمثل في العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب باعتبارها نتاجا حضاريا كونيا ساهم الجميع فيه بما في ذلك الشريعة الإسلامية.

إذا كان المغرب قد صادق على معظم الاتفاقيات الدولية فإنه تقدم بمجموعة من التحفظات أهمها تلك الواردة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁽¹⁴²⁾ لكونها مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد انتقد أحد الباحثين⁽¹⁴³⁾ ربط التحفظ بالتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمملكة المغربية مما سيطرح التساؤل عن مدى إمكانية رفع التحفظات التي أبداهها باسم الإسلام في حالة تعديل التشريع الداخلي حتى يسهل مأمورية رفع التحفظ عند التعديل.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن المغرب رفع تحفظاته على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مما يطرح التساؤل عن مدى إمكانية مواكبة التشريع المغربي لهذه الاتفاقية لكونها تتضمن بعض المقتضيات التي قد تخالف بعض الأحكام في التشريع الأسري المغربي كما هو الشأن بالنسبة لأحكام الإرث التي تجد أساسها في نصوص قطعية من الشريعة الإسلامية والتي تعتبر من النظام العام، خاصة وأن هذه الاتفاقية لا تشير إلى حق احتفاظ كل دولة عضو فيها بحقوقها في أعمال النظام العام.

⁽¹³⁸⁾ أستاذنا إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج الجزء الأول، الطبعة الأولى 2005، مطبعة الجسور، وجدة، ص 35.

⁽¹³⁹⁾ أستاذنا إدريس الفاخوري، بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، المعهد العالي للقضاء، العدد 05 شتنبر 2004، ص 155.

⁽¹⁴⁰⁾ عبد السلام حيمر، مدونة الأسرة مخاضات إعادة إنتاج وجودنا الاجتماعي، في ثورة هادئة من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، سلسلة شرفات، العدد 12، منشورات الزمن 2004، ص 209.

⁽¹⁴¹⁾ أستاذنا الحسين بلحساني، موضوع الصراع بين الخطاب المكرس للحدثة والممارسات المكرسة للتقليد حوار أجرته معه جريدة الحياة المغربية، عدد 128، بتاريخ 12.18.2004، ص 12.

⁽¹⁴²⁾ لقد تحفظت حكومة المملكة المغربية على المادة التاسعة والتي تعطي للمرأة حق نقل جنسيتها لأطفالها وهذا التحفظ قد ألغي ضمنا بمقتضى المادة السادسة من قانون الجنسية الجديدة التي تنص على أن: " يعتبر مغربيا الولد المولود من أب مغربي أو من أم مغربية" كما تحفظ المغرب على المادة 16 التي تقر المساواة التامة والمطلقة بين الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج ولدى فسخه لكونها منافية لأحكام الشريعة الإسلامية وتحفظ المغرب أيضا على أحكام المادة 29 التي تتعلق بالتحكيم في شأن النزاع المتعلق بتطبيق هذه الاتفاقية، يراجع نص التحفظات في الجريدة الرسمية عدد 4866 بتاريخ 2001/01/18.

⁽¹⁴³⁾ خالد برجوي، سلسلة دليل قانون الأسرة بالمغرب الجزء الثاني قانون الزواج بالمغرب، الطبعة الثانية 1999 دار القلم الرباط، ص 23.

لذلك فإنني أساير أحد الفقهاء⁽¹⁴⁴⁾ فيما ذهب إليه في حالة عدم التنصيص على النظام العام كآلية لتعطيل تطبيق اتفاقية إذ يرى أنه يحق للقاضي استبعاد نص الاتفاقية على اعتبار أن دخول دولة القاضي في أي اتفاق دولي لا يعني تنازلها عن تطبيق قانونها الداخلي لأن النظام العام هو تحفظ ضمني لا يحتاج إلى النص عليه في الاتفاقية، كما أن حرمان الدول الموقعة على الاتفاقية من أعمال الدفع النظام العام من شأنه أن يجعل تطبيق الاتفاقية شديد الوطأة على الدول الأطراف فيها⁽¹⁴⁵⁾.

انطلاقاً مما سبق يمكن القول أن المرجعية الدولية من محددات النظام العام، إذ كلما تقلصت المسافة بين المرجعيتين وتطور النظام العام وفقاً لمستجدات العصر وتطور المجتمع الذي يفرض بدوره إصلاحات عميقة تؤدي إلى تطور وتغيير هذه الفكرة. لذلك فإن مهمة المشرع المغربي تكمن في التوفيق بين مرجعيتين مختلفتين الأولى كونية تجد أساسها في المنظومة العلمانية والثانية مصدرها الشريعة الإسلامية وهذا الاختلاف من شأنه أن يظهر عليه بعض مظاهر عدم الانسجام والتناقض الذي يجب أن يكون في أدنى مستوياته⁽¹⁴⁶⁾.

المطلب الثاني: تأثير القضاء الأوربي في صياغة معالم جديدة للنظام العام الأسري

لقد أدى التوافد المكثف للمهاجرين على الدول الأوربية إلى خلق صعوبات تتمثل أساساً في مركزة القوانين الأجنبية الواردة في نظامها القانوني.

وأمام عجز القضاء الأوربي على مسايرة هذا الزخم من القوانين الواردة عليه وخاصة ذات المرجعية الإسلامية ومنها القانون الأسري المغربي، لجأ إلى ابتداء تقنيات جديدة من أجل إقصاء مجموعة من المؤسسات تتمثل أساساً في ابتكار ضابط المصلحة الفضلى للطفل كمكون للنظام العام (الفقرة الأولى)، والنظام العام المبني على القرب (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضابط المصلحة الفضلى للطفل كمكون للنظام العام

لقد استطاع القضاء الأوربي أن يجعل من المصلحة الفضلى للطفل ضابطاً يقفز على مختلف الاعتبارات القانونية الوطنية، إذ أنه عندما يتعلق الأمر بنزاع يهم الطفل سواء في نسبه أو حضائه أو نفقته أو تربيته، فإن الاختصاص يمكن أن يسحب من قانونه الوطني ليمنح لقانون القاضي، إذا كان هذا القانون هو الأفيد للطفل وبعبارة أخرى أنه إذا كان القانون الوطني للطفل يوفر له حماية كافية أمكن تطبيقه، أما إذا تبين أن هذا القانون يخل بمصلحة الطفل فإنه يعوض تلقائياً بقانون موطن الطفل أو قانون القاضي⁽¹⁴⁷⁾.

وضابط المصلحة الفضلى هذا يجد مرجعيته في العديد من المواثيق الدولية سواء منها المتعددة الأطراف أو الثنائية، وهكذا فقد نصت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في الفقرة الأولى من الفصل الثالث على أنه: "في جميع الإجراءات التي

⁽¹⁴⁴⁾ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، ط الأولى 1996، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، ص 625.

⁽¹⁴⁵⁾ عمر بلمامي، م س، ص 177.

⁽¹⁴⁶⁾ نعيمة البالي، ملائمة التشريع المغربي لاتفاقية حقوق الطفل، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، وحدة التكوين والبحث في الدينامية الجديدة للعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2001-2002، ص 80.

⁽¹⁴⁷⁾ موحى ولحسن ميموني، وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مجلة الملف، العدد الرابع شتنبر 2004 ص: 111.

تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى".

أما على مستوى الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب خصوصا مع بعض الدول الأوروبية، والتي تعد بمثابة آليات حضي فيها الطفل باهتمام بالغ، وظهر جليا مبدأ الحرص على حماية الأطفال في كل من الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي إلا أن ذلك قد برز بشكل أكثر جلاء في ديباجة الاتفاقية المغربية الاسبانية⁽¹⁴⁸⁾ التي نصت صراحة على أن مصلحة الأطفال تفرض عدم نقلهم أو الاحتفاظ بهم بصورة غير قانونية وإقرار علاقة هادئة منتظمة بينهم وبين أبويهم.

فمن خلال استقراء بنود هذه الأخيرة يتضح بأن مصلحة الطفل تقتضي في بعض الحالات استبعاد القانون الوطني للطفل وأن البت في طلبات إرجاع الأطفال يكون فوراً بمقتضى تدابير مؤقتة لا تمس بجوهر الحق المتعلق بالحضانة⁽¹⁴⁹⁾.

هذا وقد عمد القضاء الأوروبي إلى تبني هذا المعيار من خلال العديد من القرارات الصادرة عنه وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار⁽¹⁵⁰⁾ لها إلى أن: " القانون الأجنبي الذي يحرم مؤسسة البنوة الطبيعية مبدئيا ليس معارضا لمفهوم النظام العام الفرنسي ولكن حرمان الطفل الذي له ارتباط بفرنسا من الرعاية الأسرية هو الذي يعارض النظام العام الفرنسي"، كما ذهبت في قرار آخر⁽¹⁵¹⁾ إلى أنه: " مادام الطفل يحمل الجنسية الفرنسية وأن محل إقامته الاعتيادية يوجد في فرنسا فإن هذا وحده كاف لتأسيس البنوة الطبيعية تجاه والده الجزائري، وإن كان يمنعها قانونه الوطني حفاظا على مصلحة الطفل العليا...".

وعلى نفس النهج سار القضاء البلجيكي إلى استبعاد القانون المغربي للأسرة، لأنه يتعارض مع مصالح الطفل لكون هذا الأخير لا يعترف ببنوة الأب خارج الزواج وطبقت المحكمة القانون البلجيكي المؤرخ في 31 مارس 1987 المتعلق بالبنوة الذي ينص على مبدأ المساواة بين الطفل الشرعي والطبيعي⁽¹⁵²⁾.

ولعل الاختلاف في تحديد مفهوم المصلحة الفضلى قد يستغله القضاء الأوروبي من أجل إبعاد القانون المختص أصلا لحكم العلاقة القانونية، خصوصا فيما يتعلق بالنسب الطبيعي، حيث ينحاز القاضي لقانونه الوطني مستغلا بذلك مرونة المصطلح خصوصا وأن الفقه الأوروبي اقتنع بما فيه الكفاية بانعدام الجدوى من مراجعة القوانين الإسلامية بشأن الابن الطبيعي لأن هذه القوانين لا تحمل مسؤولية البنوة الطبيعية سوى للأم سواء كانت هذه البنوة ناتجة عن قناعة أو إكراه وهو الأمر الذي تعتبره المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مسا خطيرا بالمصلحة الفضلى للطفل وتحذر المحاكم من أي تساهل

⁽¹⁴⁸⁾ المتعلقة بالتعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال وصادق عليها المغرب بمقتضى ظهير شريف رقم 113 - 95 - 01 بتاريخ 13 / 05 / 1999 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4700 بتاريخ 17 يونيو 1999 ص: 1544

⁽¹⁴⁹⁾ المادتين 9 و10 من الاتفاقية المغربية الاسبانية

⁽¹⁵⁰⁾ قرار صادر بتاريخ 18/11/1992 (دون ذكر البيانات) أورده موحى ولحسن ميموني م س ص: 111

⁽¹⁵¹⁾ قرار صادر بتاريخ 10 فبراير 1993، أورده هشام أنصيب، ضابط الإرادة في الأحوال الشخصية وآثاره على الجالية المغربية بأوروبا الغربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، ظهر المهرز فاس، السنة الجامعية 2002-2003، ص: 44.

⁽¹⁵²⁾ قرار صادر بتاريخ 16/12/1992 أورده جمال الخمار، م س، ص: 92.

بشأنه ولا أدل على ذلك القرار الصادر عنها والذي أدين فيه فرنسا لعدم مساواتها بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي في الإرث⁽¹⁵³⁾. ولتجاوز بعض هذه المشاكل فإن الأمل يبقى معقودا على القضاء المغربي، الذي يتعين عليه ألا يتشدد في الدفع بالنظام العام ضامنا لمصلحة الطفل، خاصة عندما يتعلق الأمر بالتبني العادي، وذلك على اعتبار أن الطفل المتبنى تبنيًا بسيطًا يتمتع برعاية وكفالة من تبنائه، ويحتفظ في نفس الوقت بنسبه الأصلي الذي قد يكون معروفا وقد يكون مجهولا، كما في حالة الطفل المهمل ولا شك أن التبني بهذا المعنى ليس فيه ما يعارض النظام العام المغربي مادام أنه لا يقطع نسب الطفل.

وصفوة القول أن ضابط المصلحة الفضلى للطفل أصبح أمرا واقعا فرضته مجموعة من الأحكام القضائية، التي أصبحت تعتمد عليه من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق وأمام هذا الواقع فإنه يتعين على القضاء الوطني والأوروبي ضرورة احترام الاختلاف الموجود في الأسس المرجعية المؤسسة لقانون الأسرة وأيضا ضرورة التوفيق بين إصدار الحكم وتنفيذه، مع اختلاف المرجعية المؤسس عليها مفهوم المصلحة الفضلى للطفل، وذلك نظرا لكون قيمة القرارات القضائية لا تقف عند إصدارها بل بحصولها على الصيغة التنفيذية.

كما سار على نفس المنوال القضاء الإسباني حينما ذهبت المحكمة العليا إلى أن: " المساواة بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي مبدأ دستوري تحكمه المادة 39 من الدستور الإسباني ويجب التمسك به من طرف جميع المحاكم الإسبانية"⁽¹⁵⁴⁾، بل أكثر من ذلك ذهبت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى أنه: " يحق للزوجين الذين يوجد أحدهما في السجن أن يستفيد من التخصيص الاصطناعي حفاظا على حق الطفل في الازدياد "⁽¹⁵⁵⁾.

فمن خلال هذه القرارات يتضح أن حماية حقوق الطفل وتحقيق مصلحته الفضلى هو هدف ومكون أساسي من المكونات التي يقوم عليها النظام العام في جميع الدول بالرغم من التباين والتقاطع الواضح والمعروف بها حول مفهوم النظام العام خصوصا عندما يتعلق الأمر بقانون الأسرة.

تجدر الإشارة إلى أن مفهوم المصلحة الفضلى للطفل يبقى نسبيا وغير محدد المعالم، مما يجعل هذه المصلحة تختلف حسب تقدير كل قاض وقناعته الأمر الذي يجعلها فكرة قانونية مزاجية قد يساء استعمالها مادامت غير منضبطة، ويمكن تجسيد هذا الاختلاف في تحديد مفهوم مصلحة الطفل من خلال القضاء الفرنسي الذي يركز على المصلحة الفضلى للطفل ليقضي بضرورة الاعتراف بنسب الطفل غير الشرعي متجاهلا في ذلك كل الضوابط الأخلاقية، في حين يعتبر القضاء

⁽¹⁵³⁾ قرار صادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بتاريخ 01 / 02 / 2001 أوردته أدبية بوازيل، المصلحة الفضلى للطفل في الروابط الدولية الخاصة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، ظهر المهرار فاس، السنة الجامعية 2005-2006، ص: 42.

⁽¹⁵⁴⁾ قرار (دون ذكر البيانات) أوردته عبد المنعم فلوس، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، السنة الجامعية 1995-1996، ص 120.

⁽¹⁵⁵⁾ أوردته، سعيد أزدوفا، المفهوم الجديد للنظام العام في العلاقات الأسرية -دراسة في إطار القانون الدولي الخاص-، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2007-2008، ص: 55.

الهولندي⁽¹⁵⁶⁾ أن الاعتراف بمثل هذه البنوة، يتعين ألا يكون تلقائياً بمعزل عن المصلحة الحقيقية للطفل التي يمكن أن تنتفي في حالة ما إذا لم يتم البحث عن النتائج المتوخاة من وراء إقرار نسب غير شرعي للطفل هل سيصبح من خلاله في جو أسري سليم أم لا.

الفقرة الثانية: مبدأ النظام العام المبني على القرب

لقد أدى تزايد حركة الهجرة الوافدة على الدول الأوروبية إلى سعي قضاء هذه الدول إلى ابتكار وسائل قانونية جديدة لاستيعاب المهاجرين وإدماجهم في المجتمعات الغربية وهو ما أدى إلى ظهور فكرة النظام العام المبني على القرب الذي يعد أحدث هذه الوسائل إذ لجأ إليه القضاء الأوروبي في ثمانينات القرن الماضي⁽¹⁵⁷⁾

وهذه الآلية المستحدثة في فض النزاعات الأسرية ذات العنصر الأجنبي هي مستوحاة من النظرية الألمانية التي تؤكد على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار عند إعمال النظام العام لسلطة قانون أجنبي وإخضاعها في الأخير لقانون بلد القاضي لوجود روابط قانونية مع هذا البلد.⁽¹⁵⁸⁾

ويعتبر القضاء الفرنسي الرائد في الأخذ بمفهوم النظام العام المبني على القرب و قد لجأ إليه بشأن العديد من روابط الأحوال الشخصية وهكذا صرحت محكمة النقض في قرار لها باللجوء إلى النظام العام المؤسس على القرب ويتعلق الأمر في هذا الحكم بزوجة فرنسية قاطنة بإسبانيا فتطبيقاً للمادة 310 في فقرتها الثالثة من القانون المدني الفرنسي يعتبر القانون الإسباني هو المختص باعتباره القانون الوطني للزوج لكن هذا القانون الذي كان يجهل في تلك الفترة الطلاق تم اعتباره من طرف محكمة النقض متعارضاً مع المفهوم الفرنسي السائد للنظام العام الدولي الذي يتيح الإمكانية للزوج المستوطن بفرنسا لطلب التطليق.⁽¹⁵⁹⁾

وفي نفس الاتجاه ذهب القضاء الفرنسي في قضية تتعلق بأمر جزائري الجنسية تقطن بفرنسا تبحث عن لحقوق نسب ابنها الطبيعي الفرنسي الجنسية الذي يقطن بفرنسا لأبيه الذي يقطن بدوره بفرنسا إلى استبعاد القانون الجزائري تطبيقاً للمادة 311 وخاصة الفقرة الرابعة عشر التي تنص على أن القانون المطبق هو قانون الأم يوم ميلاد الطفل أي القانون الجزائري وهذا الأخير لا يعترف بالبنوة الطبيعية كما ذهبت محكمة الدرجة الأولى بباريس في حكم لها⁽¹⁶⁰⁾ إلى استبعاد القانون الجزائري لكون الطفل فرنسياً ويقطن بفرنسا.

⁽¹⁵⁶⁾ ذهبت المحكمة الهولندية في قرار لها صادر بتاريخ 13 / 01 / 2004 إلى رفض الاعتراف بالأبوة الطبيعية لطفل غير شرعي معتمدة على كون هذا الطفل لم يسعى إلى الاندماج في عائلة أبيه لتحقيق الحياة العائلية أو الأسرية كما هي منصوص عليها في المواد 8 و 14 من القانون الهولندي هذا فضلاً على أنه لم يحصل على تصريح بينوته لأبيه المتوفى أورده منير شعبيبي، م س، ص: 110.

⁽¹⁵⁷⁾ Ballarino Tito et Romano Gianpaolo, le principe de proximité chez Paul Lagard, quelques précisions et développement

récents, in- le D.I.P esprit et méthodes, Dalloz 2005, Paris, p 40.

⁽¹⁵⁸⁾ Paul Lagard, le principe de proximité dans le droit international contemporain, R.C.A.D.I 1986 p 25.

أورده حسن إبراهيمي م س، ص: 68

⁽¹⁵⁹⁾ Cass- civil Avril 1981, Journal du Droit International 1981 p 812 note Daniel.

⁽¹⁶⁰⁾ قرار صادر سنة 1979 أورده حسن إبراهيمي، م س، ص: 69

ويجب الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي حينما استبعد في القرار الأول القانون الإسباني باسم النظام العام المؤسس على القرب فإن أساسه في ذلك الاجتهاد القضائي في حين أن استبعاد القانون الجزائري يجد أساسه في التشريع الفرنسي.

وعلى الرغم من أن القضاء استبعد القانون الجزائري في مادة التبني بناء على نص تشريعي فإنه مع ذلك لم يستقر على هذا الاتجاه إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن : "مدونة الأحوال الشخصية المغربية التي تمنع التبني لا يخالف التصور الفرنسي للنظام العام الدولي ولو أن الطفل يقيم بفرنسا منذ صغره" ⁽¹⁶¹⁾، وما يلاحظ على القرار أعلاه إن إقامة الطفل بفرنسا تعتبر غير كافية لنزع تدخل النظام العام الدولي مادام أن الزوجين والطفل من جنسية واحدة، وهو ما يؤكد أن محكمة النقض الفرنسية لم تستند إلى النظام العام المبني على القرب لتثبيت الاختصاص للقانون الفرنسي.

وفي نفس الاتجاه قررت محكمة الاستئناف بباريس أنه: "يعتبر غير متعارض مع النظام العام القانون الذي يمنع التبني مادام أن هذا القانون يعوض ذلك خصوصا عن طريق الكفالة" ⁽¹⁶²⁾، ففي هذه الحالة الأمر يتعلق بطفل أجنبي يعيش بالخارج الأمر الذي لا يتعارض مع السياسة التشريعية المتعلقة بالتبني لعدم وجود روابط كافية للطفل مع النظام القانوني الفرنسي.

لكن بعد التردد أصبحت الخطوط الحاسمة للأخذ بمبدأ النظام العام المبني عن القرب صريحة وواضحة خاصة مع القرارات الخمس الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 فبراير 2004 ⁽¹⁶³⁾، فقد رفضت الغرفة المدنية الأولى استقبال طلاق أجنبي في فرنسا باسم النظام العام المبني على القرب إذ قررت أن الطلاق الانفرادي يعتبر متعارضا مع المبدأ الأوروبي للمساواة بين الزوجين ما دام أن الزوجين مستقرين فوق التراب الفرنسي.

وبذلك تكون محكمة النقض قد أجابت عن أمال فئة من الفقه الذي اقترح إما توسيع تمديد استيعاب كل طلاق أجنبي إذا كان الزوجان مستوطنين بفرنسا ⁽¹⁶⁴⁾ أو تبني بنود ممتازة للنظام العام تصرح بانعدام أثر كل طلاق في فرنسا في حالة وجود الإقامة الاعتيادية للزوجة في فرنسا باستثناء إذا ما قبلت هذه الأخيرة الاعتراف به ⁽¹⁶⁵⁾.

وتحت تأثير الاجتهاد القضائي في الأخذ بمبدأ الارتباط عملت بعض التشريعات في إقحامه في صلب قوانينها كما هو الشأن بالنسبة للمشرع البلجيكي وذلك من خلال قانون 16 يوليوز 2004 المعتبر بمثابة القانون الدولي الخاص البلجيكي ⁽¹⁶⁶⁾، وهكذا اشترطت المادة 57 من القانون المذكور في فقرتها الثانية للاعتراف بالطلاق ألا يكون أحد الزوجين مقيما في دولة تجهل هذه الوسيلة لإنهاء الزواج أو يحمل جنسية دولة لا تعترف بالطلاق كطريقة لانحلال الرابطة الزوجية.

¹⁶¹⁾ Cass-civil 1^{ère} chambre, 19 Octobre 1999, J.D.I n° 3 2000, p 737 note Françoise Monger.

⁽¹⁶²⁾ قرار أورده حسن ابراهيم مرجع سابق ص: 70

¹⁶³⁾ Cass-civil 17 Février 2004, n.p.01-11549 et 01-11587 et 01-11735 et 01-11618. disponible dans le site : www.legifrance.gouv.fr visité le 12/06/2018

¹⁶⁴⁾ Farage Michel, le statut familial des étrangers en France : de la loi de la résidence habituelle, l'harmattan, 2003 pp 683.

¹⁶⁵⁾ Paul Lagarde, la théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation, l'expérience française, in nouveaux itinéraires en droit hommage à François Rigaux, éd. Braylant, Bruxelles 1993, p 263-270.

¹⁶⁶⁾ www.juridat.be consulté le 25/05/2018

وتبعاً لذلك إذا كان أحد الزوجين يقطن ببلجيكا أو يحمل الجنسية البلجيكية فلا يمكن أن يعترف بالطلاق ونفس الشيء يمكن تطبيقه في حالة زوجين مغربيين مستقرين ببلجيكا وفي فترة عطلة بالمغرب وقع الزوج الطلاق فمثل هذا الطلاق لا يعترف به في بلجيكا رغم موافقة الزوجة لأن هناك قرب خاص للوضعية الزوجية في علاقتهما مع بلجيكا.⁽¹⁶⁷⁾

كما أن المشرع الإسباني نص في المادة 107 من القانون المدني الإسباني على أنه: " في جميع الأحوال يطبق القانون الإسباني إذا كان أحد الأطراف إسبانيا أو مقيماً بصفة اعتيادية في إسبانيا أو عند تقديم الدعوى من جانب أحد الزوجين دون معارضة الطرف الآخر " ⁽¹⁶⁸⁾.

وصفوة القول أن النظام العام المبني على القرب أصبح يلعب شيناً فشيناً دور إسناد إقليمي في غياب قاعدة تنازع كافية لمواجهة بعض الوضعيات المطروحة في دول الاستقبال وآلية بيد القضاء الأوربي يستعمله بصفة تحكمية لا يمكن ضبطها كما أن القرب معيار نسبي يشير صعوبة تحديد النظام القانوني الأكثر ارتباطاً بالنزاع.

وهكذا أمام هذه الوضعيات المتشعبة فإن المشرع المغربي عمل على البحث عن خيارات بديلة لتجاوز هذا الموقف والحفاظ على مصالح أفراد الجالية المغربية وضمان استقرارها وذلك من خلال إصداره مدونة الأسرة الجديدة.

خاتمة:

يتضح من خلال دراسة هذا الموضوع أن فكرة النظام العام غير مستقرة فهي تعرف تطوراً كبيراً في الدول الأوروبية التي تعتمد المنظومة الأممية لحقوق الإنسان كمرجع لها، بينما تعرف نوعاً من الاستقرار في المغرب التي تجد أساسها في المرجعية الإسلامية خاصة فيما يتعلق بالنصوص القطعية الثابتة الدلالة، كما أن القضاء يلعب دوراً مهماً في تطور فكرة النظام العام.

وفي سبيل التيسير على المغاربة المقيمين بالخارج فقد عمل المشرع المغربي على خلق قطيعة مع الماضي الذي طبع الفترة السابقة لصدور مدونة الأسرة، والذي لم يكن يستجيب لتطلعات أبنائه بالخارج، حيث حملت هذه الأخيرة في طياتها مؤشرات عن تطور موقف المشرع المغربي، متمثلة في مجموعة من المستجدات التي جاءت في إطار محاولة المساهمة في حل الإشكالات التي كان يتخبط فيها المغاربة كما جاءت بمكاسب جديدة انعكست بشكل مباشر على مفهوم النظام العام و بالضبط فيما يتعلق بالقيمة القانونية للزواج المدني و الاعتراف بالأحكام القضائية المنهية للعلاقة الزوجية استناداً لقوانين بلدان الإقامة

و مع ذلك فإن المشرع المغربي وإن حاول ما أمكن التليين من نصوص قانونه الأسري إلا أنه كان حريصاً على الحفاظ على الثوابت الأساسية التي تعتبر من صميم الهوية الوطنية وهو ما يؤدي إلى القول بأن المشرع المغربي مهما حاول مسايرة الاتفاقيات الدولية والتشريعات العلمانية فإنه لا يمكن أن يسايرها في كل ما تسعى إليه نظراً للتطور السريع الذي أضحت تعرفه هذه الأخيرة والذي أدى بها إلى سلك مسار منفرد أقل ما يمكن أن يقال عنه أنه يشكل مخالفة صريحة لقيم ومبادئ ديننا الحنيف.

⁽¹⁶⁷⁾ حسن ابراهيمي، م س، ص: 72

⁽¹⁶⁸⁾ عبد المنعم فلوس، م س، ص: 144

وما دمنا قد خالصنا إلى أن المشرع المغربي لا يمكن له أن يساير التشريعات الأسرية العلمانية في كل ما وصلت إليه فإن القضاء المغربي لن يتردد في رفض الاعتراف بآثار المؤسسات الأسرية العلمانية المخالفة للنظام العام الوطني في المغرب كما أن القضاء العلماني سيبقى متمسكا بموقفه السلبي تجاه القانون الأسري المغربي الذي لطالما استبعد تطبيقه في العديد من المرات الشيء الذي سيضع الأسرة المغربية المقيمة بالمهجر في وضع صعب.

إن كل هذه الأمور تجعلنا نستنتج أن التغيير الفاعل لا يرتبط فقط بتغيير القوانين بل كذلك بتغيير العقليات واتجاه ملائمتها مع إكراهات العولة والتي تضع المغرب أمام رهان فتح قنوات التواصل والحوار مع أوروبا من أجل إيجاد جو من التفاهم وإقامة علاقة متداخلة تقوم على تبادل المصالح المشتركة وتفهم الآخر وتقبله، كما أن القضاء باعتباره هو الذي يفعل القوانين على المستوى العملي، عليه ألا يتشدد بالدفع بالنظام العام متى كانت الأحكام الأجنبية لا تمس بالنصوص القطعية الثابتة الدلالة.

إشكالات المادة التاسعة من قانون المالية لسنة 2020 وتداعياتها على الأمن القانوني والقضائي

د. عبد الرفيع زعنون

باحث في القانون العام والعلوم السياسية، جامعة عبد الملك السعدي

مقدمة:

لجأت الحكومة إلى وضع مادة في قانون المالية لسنة 2020 تقضي بمنع الحجز على أموال وأموال الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، مع ربط أية إمكانية لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة بعدة شروط تتعلق بوجود اعتمادات مالية كافية في الميزانية وبمباشرة مسألة التنفيذ أمام الأمر بالصرف دون المحاسب العمومي.

وسينضاف هذا التقييد إلى قيود أخرى موجودة تطرح صعوبات جمة أمام تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الأشخاص المعنوية العامة، وهو ما سينعكس بشكل سلبي على التوازن المطلوب بين مختلف السلطات وعلى مكانة السلطة القضائية، بكيفية قد تحد من التجسيد الفعلي لمبدأ المشروعية في ظل إصلاحات دستورية وسياسية تشد تمتمين دعائم دولة الحق والقانون.

وفي ضوء هذا المستجد نتساءل عن الخلفيات الكامنة وراء إصرار الحكومة على إدراج هذه المقتضيات ضمن قانون المالية بدل قانون المسطرة المدنية، وعن التداعيات السلبية لهذا الإجراء على الأمن القانوني بتكريس فكرة فرسان الميزانية وعلى الأمن القضائي بتبخيس دور القضاء في حماية وإقرار الحقوق والحريات؟

والإجابة على هذه الإشكالية سنحاول في البداية تتبع محاولات الحكومة في سبيل تمرير هذا المقتضى عبر قانون المالية وإبراز العوامل التي دفعتها إلى التصدي للحجز على أموال وأموال الإدارات العمومية في ضوء التوجهات الحديثة للقضاء الإداري بالمغرب (الفرع الأول)، على أن نتقل في المحور الثاني إلى رصد التداعيات الوخيمة للمادة التاسعة من قانون المالية على استقرار المنظومة القانونية والقضائية وعلى المبادئ والحقوق المنصوص عليها في الدستور (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سياقات ومبررات إدراج منع الحجز على أموال الإدارة ضمن قانون المالية

يقضي مبدأ المشروعية المساواة بين الأشخاص في الامتثال لقواعد القانون ولأحكام القضاء بغض النظر عن موقعهم سواء كانوا طبيعيين أو اعتباريين، فمن المسلم به فقها وقضاء أن الأحكام القضائية متى أصبحت نهائية وجب تنفيذها ضد المحكوم عليه، بدون تلكؤ أو تباطؤ سيات في ذلك أن يكون خصم المتقاضي شخصا من أشخاص القانون الخاص أو شخصا

من أشخاص القانون العام¹⁶⁹، إلا أن هذه المسألة قد تثير مجموعة من الإشكالات عندما يتعلق الأمر بشخص معنوي عام، وتنبع هذه الإشكالات من طبيعة أشخاص القانون العام وطبيعة المال العام والنصوص القانونية المتعددة التي سنّها المشرع لتحديد كيديات صرف هذا المال العام¹⁷⁰.

وفي ظل غياب مساطر إجرائية خاصة بتنفيذ الأحكام الإدارية، فقد درج العمل القضائي في البداية على الإقرار باستحالة التنفيذ الجبري ضد الإدارة اعتماداً على تأويل ضيق للمسطرة المدنية وعلى بعض النظريات الفقهية، مثل نظرية اليسر التي تفترض كون الشخص المعنوي العام مليء الذمة وقادر على الوفاء بالتزاماته وبالتالي لا يجوز الحجز على أمواله¹⁷¹، وعلى كون الممتلكات وأموال الإدارة مرتبطة بخدمة المصلحة العامة وإذا تم الحجز عليها سيتأثر المرفق العام.

وأمام الرفض المتزايد لتنفيذ أحكام القضاء كان لا بد من البحث عن وسائل يستطيع بها القاضي الإداري أن يحث الإدارة على التنفيذ، وعند الضرورة أن يجبرها على ذلك عن طريق الضغط والإكراه¹⁷²، حيث سيأخذ العمل القضائي منحى مغايراً في المراحل الموالية بفرض غرامة تهديدية على الإدارة الممتنعة عن تنفيذ حكم صادر ضدها، وبالحجز على أموالها متى كان ليس من شأنه عرقلة المرفق العمومي أو تعطيل خدمات جمهور الناس به أو متى تم رصد الأموال للتنفيذ ولسداد التعويضات المعنية بالأحكام¹⁷³.

وقد تعزز هذا التوجه في ظل تحولات أصبحت تستوجب التعامل بجدية مع تمادي الإدارة في الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية، باعتبار هذه الأخيرة تشكل أسمى تعبير عن تمجيد القضاء وتكريم السلطة القضائية وفي ذات الوقت اعترافاً بحقوق المواطنين واحتراماً وتكريساً لحقوق الإنسان¹⁷⁴، الأمر الذي يفرض ضرورة إيجاد الوسائل القانونية والمادية اللازمة لتنفيذ هذه الأحكام، وذلك ببرمجة الاعتمادات اللازمة احتراماً للمشروعية ولقدسية القضاء ودولة الحق والقانون في ظل بداية توجه المحاكم نحو عدم الأخذ بإطلاقية مبدأ عدم جواز الحجز على الأموال العمومية¹⁷⁵، مادام لا يوجد أي نص قانوني يمنع حجزها بشكل صريح، بحيث إذا ثبت امتناع المؤسسة العمومية عن تنفيذ حكم قضائي بدون مبرر، فإن ملاءة الذمة تصبح غير مجدية بالنسبة للتنفيذ الذي يرغب فيه من صدر الحكم لفائدته، وفي هذه الحالة يجوز القيام بالتنفيذ الجبري على أموال المؤسسة العمومية نظراً لصبغة الإلزام التي تفرضها بحكم القانون الأحكام القضائية القابلة للتنفيذ¹⁷⁶.

¹⁶⁹ يوسف الحفناوي، تنفيذ الأحكام القضائية ضد أشخاص القانون العام على ضوء مشروع قانون المسطرة المدنية، مجلة منازعات الأعمال، العدد 15، يوليو 2016، ص 64.

¹⁷⁰ محمد قصري، آليات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في مواجهة أشخاص القانون العام، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الأول، ماي 2018، ص 37.

¹⁷¹ قرار المجلس الأعلى الصادر (محكمة النقض حالياً) بتاريخ 06/07/1992 بالملف الاجتماعي عدد 8/9902.

¹⁷² مصطفى التراب، المختصر العملي في القضاء والقانون، مطبعة الأمنية بالرباط، 2008، ص 252.

¹⁷³ قرار الغرفة الإدارية المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) عدد 557، بتاريخ 22/05/1997.

¹⁷⁴ منشور الوزير الأول عدد 37/98 بتاريخ 31 غشت 1998 موجه إلى السيد وزير الدولة والسادة الوزراء وكتاب الدولة حول تنفيذ الأحكام والقرارات النهائية.

¹⁷⁵ دورية وزير الداخلية رقم 21/ق.ت.م. 2/ بتاريخ 07 مارس 2006 موجهة إلى السادة ولاة وعمال العمالات والأقاليم وعمال المقاطعات بالمملكة حول ضبط المنازعات القضائية للجماعات المحلية وهيئاتها، ص 4.

¹⁷⁶ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 53 المؤرخ في 12/02/2007، ملف عدد 2/06/103.

ويمكن القول أن تعامل القضاء الإداري مع امتناع الإدارة عن التنفيذ مر من عدة مراحل، انطلق من مجرد اعتبار الامتناع قراراً إدارياً يتصف بعدم المشروعية مما يرتب الطعن فيه بالإلغاء، إلى إقرار تعويض عن الضرر لينتقل فيما - بعد مع تعزيز الإطار القانوني للقضاء الإداري - إلى الحكم بالتنفيذ الجبري ضد الإدارة التي تمتنع أو تماطل في التنفيذ عبر فرض الغرامة التهديدية أو الحجز التنفيذي، بحكم أن القانون المحدث للمحاكم الإدارية يحيل على قواعد المسطرة المدنية¹⁷⁷، ومن بين القرارات الصادرة في هذا الاتجاه نذكر قرار المجلس الأعلى بجواز القيام بالتنفيذ الجبري في مواجهة الإدارة مادام لم يثبت أن له تأثير على سير المرفق العام¹⁷⁸.

وإذا كان الحكم بالغرامة التهديدية لم يطرح إشكالات كثيرة، فإن مسألة الحجز على ممتلكات الشخص العام قد اختلف بشأنها العمل القضائي، حيث كان في البداية اجتهد قارئ نص على عدم جواز إيقاع الحجز على الأموال العمومية، ثم استقر بعد ذلك على إمكانية اقتصار الحجز على الحسابات الخصوصية، وفي مرحلة ثالثة أضحت توجه القضاء الإداري يجيز الحجز على الميزانية العامة للدولة لغياب أي نص يحظر الحجز على الأموال العمومية ولكون الامتناع عن التنفيذ يجعل ملاءة ذمة الإدارة كمبرر لعدم الحجز عليها مبرراً متجاوزاً، وفي مرحلة أخيرة صدرت أحكام بتصحيح الحجز على حساب الخزينة العامة للمملكة المفتوح لدى بنك المغرب¹⁷⁹، وعلى الأموال المودعة لدى الوكالات البنكية على غرار الحجز على أموال مودعة في حساب بنكي لكلية الحقوق بعين الشق بالدار البيضاء بسبب رفضها دفع تعويض لطالبتين تضررتا من تأخر الكلية في منحهما شهادة التخرج¹⁸⁰، وهو التوجه الذي سار عليه العمل القضائي باعتبار أن قاعدة منع الحجز على الأموال العامة تجب تطبيقها في الحالة التي يؤدي فيها الحجز إلى عرقلة السير العادي للمرفق العمومي، على أساس أن المبالغ المحجوزة هي مرصودة لنفقات محددة وعليها تتوقف استمراريتها في أداء خدماته¹⁸¹.

لكن وعلى الرغم من التجربة المهمة التي راكمها القضاء الإداري بالمغرب في تحصين حقوق المواطنين في مواجهة الإدارة، فإن عدم وجود مساطر إجرائية خاصة بالمحاكم الإدارية أفرز إشكالات كثيرة وخاصة على مستوى تنفيذ الأحكام في ظل مقتضيات العامة الموجودة بالمسطرة المدنية، وقد خلق هذا الفراغ القانوني عدة إشكالات مرتبطة بوجود نصوص قانونية تتذرع بها الإدارة في رفض الامتثال لأحكام القضاء وخاصة في الشق المتعلق بالتعويض، بجانب إكراهات عملية تتعلق بإشكالية برمجة بند في الميزانية خاص بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الدولة، أو بحكم ضعف الاعتمادات المخصصة لتنفيذ الأحكام في ميزانية الإدارة العمومية أو الجماعة الترابية وعدم كفايتها لأداء المستحقات المراكمة، ولذلك يتعذر على الأمر بالصرف أن يأمر بصرف نفقات لم ترصد لها اعتمادات كافية في الميزانية فيعتمد إلى تجزئتها إلى أقساط تبرمج في ميزانية السنة القادمة، وهو ما أسهم في اتساع ظاهرة امتناع الإدارة العمومية عن تنفيذ أحكام القضاء، حيث يجد أصحاب الحقوق صعوبات جمة في تنفيذ الأحكام الصادرة لصالحهم والتي قد تمتد في بعض الأحيان لسنوات طويلة.

¹⁷⁷ المادة السابعة من الظهير الشريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 1993/11/03 الصفحة 216.

¹⁷⁸ قرار المجلس الأعلى عدد 413 ملف عدد 06/756، بتاريخ 2008/05/07.

¹⁷⁹ محمد قصري، آليات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في مواجهة أشخاص القانون العام، مرجع سابق، ص 76.

¹⁸⁰ أمر قاضي المستعجلات بالمحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 251 ملف 2018-7102-251.

¹⁸¹ القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية تحت عدد 483 بتاريخ 2016/05/30 / ملف عدد 2016/7202/447.

وأفرز هذا الواقع وجود عدد كبير من الأحكام لم تجد طريقها إلى التنفيذ، فوفقا لتصريح لوزير العدل والحريات أمام لجنة التشريع بمجلس النواب بتاريخ 28 مارس 2012 فقد بلغ عدد الأحكام التي لم يتم تنفيذها 20%، ومن التطورات المهمة التي حصلت مؤخرا بخصوص إجراء التنفيذ أن أصبح الحجز يُجرى مباشرة على حساب الخزينة لدى بنك المغرب الذي أصبح أداة تنفيذ متأخرات الإدارة تحت إكراه العمل القضائي¹⁸²، في حال إحجام المصالح الأمرة بالصرف عن عدم تنفيذ القرارات والأحكام القضائية النهائية بعد تحقق المحاسب العمومي من توفر الأموال كشرط لتنفيذ الأمر القضائي¹⁸³، وهو ما أدى إلى ارتفاع الحجزات على أموال الدولة إلى مستويات قياسية حيث وصلت خلال الثلاث سنوات الأخيرة عشرة ملايين درهم، وهذا الارتفاع المذهل من شأنه -حسب وزير المالية- تهديد التوازنات المالية للدولة وللمؤسسات العمومية والجماعات الترابية إذا لم تتم برمجة كيفية تنفيذ تلك الأحكام بشكل يراعي إكراهات الميزانية العامة¹⁸⁴.

ولمواجهة هذا التطور برزت الدعوى إلى التعامل بعقلانية مع هذا التوجه القضائي بكيفية تراعي التوازن بين الصالح العام وبين تنفيذ الأحكام القضائية النهائية لفائدة الملمزم تفاديا لتعطيل تنفيذ قوانين المالية¹⁸⁵، ولهذا الغرض حاولت السلطة التنفيذية تمرير مسألة منع الحجز على أموال وأملاك الدولة ضمن مشاريع قوانين المالية سواء في الولاية السابقة أو الحالية، وكانت أول مرة تعتمد فيها الحكومة إلى إدراج هذه المقتضى في إطار القانون التنظيمي للمالية سنة 2015¹⁸⁶، غير أنها اضطرت إلى حذفه بعدما لقي معارضة قوية من قبل البرلمانين، فما كان منها إلا أن عاودت الكرة في القانون المالي لسنة 2015، من خلال المادة الثامنة التي دعت بشكل صريح إلى منع الحجز على ممتلكات الدولة في سياق مراجعة إجراءات وشروط تنفيذ الأحكام القضائية.

وبدوره تعرض هذا التعديل لرفض واسع من قبل مجلس النواب حال دون تمريره، فما كان من الحكومة إلا أن استعانت بفرق الأغلبية في مجلس المستشارين لاقتراح نفس التعديل ضمن المادة 10 مكرر، التي نصت على أنه لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تخضع الأموال والممتلكات والمركبات المخصصة للخدمات العمومية التابعة للدولة أو الجماعات الترابية للحجز، وأنه يتعين على الدائنين الحاملين لسندات أو أحكام قضائية تنفيذية ضد الدولة أو الجماعات الترابية ألا يطالبوا بالأداء إلا أمام مصالح الأمر بالصرف للإدارة أو الجماعة الترابية المعنية، وقد أثار هذا التعديل نقاشا قويا قاد إلى رفضه وإجبار الحكومة على حذفه من مشروع قانون المالية في انتظار إصدار قانون جديد لمسطرة المدنية يحدد شروط وإجراءات الحجز ضد الإدارة.

¹⁸² أم كلثوم زاوي، أي دور للحساب الجاري للخزينة في ظل تطورات تنفيذ الأحكام القضائية، مجلة الخزينة العامة للمملكة، العدد 15، شتنبر 2019، ص 55.

¹⁸³ منشور الوزير الأول رقم 1/2008 بتاريخ 4 فبراير 2008، مرجع سابق.

¹⁸⁴ عرض وزير المالية أمام لجنة المالية والتنمية الاقتصادية حول مشروع قانون المالية رقم 70.19 برسم سنة 2020، الجزء الأول، مجلس النواب، 2019، ص 190.

¹⁸⁵ محمد قصري، آليات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في مواجهة أشخاص القانون العام، مرجع سابق، ص 76.

¹⁸⁶ القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.62 بتاريخ 14 من شعبان 1436 (2 يونيو 2015)، الجريدة الرسمية عدد 6378 الصادرة بتاريخ 29 رمضان 1436 (6 يوليو 2015).

غير أن هذا الرفض لم يدفع الحكومة إلى طي هذا الملف، فقد أعادت طرحه ضمن مشروع قانون المالية رقم 73.16 لسنة 2017، من خلال المادة 8 مكرر التي اقترحت منع أية إمكانية للحجز على أموال الإدارة، ورغم أن الحكومة قد تمكنت بفضل تعبئة أغلبيةها البرلمانية من المصادقة على هذه المادة في مجلس النواب، فقد تم إسقاطها من طرف مجلس المستشارين، وهو المصير الذي لقيته بمجلس النواب في إطار القراءة الثانية لمشروع قانون المالية، حيث وجدت الحكومة نفسها مضطرة لحذف المادة في انتظار القيام بدراسة معمقة لإيجاد الحلول للإشكال المتعلق بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الدولة والجماعات الترابية، حيث تعهدت بالإتيان بمشروع قانون يعالج هذا الإشكال¹⁸⁷، لكن الحكومة لم تأت بأي جديد بهذا الخصوص لحد الآن في انتظار المصادقة على مشروع المسطرة المدنية، الذي يذهب في اتجاه مغاير ينتصر للشرعية القانونية ولحجية الأحكام القضائية.

وعلى الرغم من الرد القوي والانتقادات اللاذعة التي تلقتهما الحكومة من قبل ممثلي الأمة والأوساط المهنية والعلمية، فقد أعادت المحاولة هذه السنة بتضمين نفس المحتوى في ثانيا القانون المالي رقم 70.19 لسنة 2020 من خلال المادة التاسعة¹⁸⁸، التي تضمنت بندا يؤكد بشكل صريح أنه لا يمكن بحال من الأحوال أن تخضع أموال وممتلكات الدولة للحجز لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة مواجهتها.

ورغم أن هذه المادة حاولت عقلنة عملية تنفيذ الأحكام القضائية، حيث نصت في البند الثاني على أنه في حالة صدور حكم قضائي نهائي قابل للتنفيذ، يلزم الدولة أو جماعة ترابية أو مجموعات بأداء مبلغ معين يتعين الأمر بصرفه داخل أجل أقصاه تسعون عاما، فإنها لم تشتمل على أية ضمانات لإنصاف ذوي الحقوق بسبب وضع تقييدات مسطرية صعبة، بحيث يتعين على الدائنين الحاملين لأحكام قضائية تنفيذية نهائية ضد الدولة أو الجماعات الترابية ومجموعات ألا يطالبوا بالأداء إلا أمام مصالح الأمر بالصرف للإدارة العمومية فقط أو الجماعة الترابية المعنية، في ظل تفاقم ظاهرة لجوء أصحاب الأحكام للمحاسبين العمومية للحجز على أموال الإدارات والجماعات الترابية بسبب يُسر عملية التنفيذ حيث غالبا ما يتم اللجوء إلى الاقتطاع من الحساب البنكي للخزينة لدى بنك المغرب.

ويتمثل التقييد الثاني في ربط التعويض المادي بوجود اعتمادات مالية مفتوحة بالميزانية، على أن يتم توفير الاعتمادات اللازمة لأداء المبلغ المتبقي في ميزانيات السنوات اللاحقة، بدون تحديد أية آجال معقولة وواضحة أو وضع مقتضيات تجبر الأمر بالصرف على برمجتها، وترتيب مسؤوليته إذا رفض إدراج المبلغ ضمن الأجل المحدد مع تقييد سلطته التقديرية بدل الاكتفاء بحته على توفير الموارد اللازمة دون إقرار ضمانات وآليات عملية. وخضع مضمون هذه المادة لتعديل طفيف في إطار التوافق بين الحكومة والمعارضة بقصد تمريرها، بحيث تم الاتفاق على مبدأ عدم جواز الحجز على ممتلكات الإدارة، مع تقنين عملية تنفيذ الأحكام بمقتضيات مسطرية تربطها بالأمر بالصرف دون المحاسب، حيث أضيفت في مجلس المستشارين فقرة تمنع بشكل بات أية إمكانية للأداء التلقائي من طرف المحاسب العمومي في حالة تقاعس الأمر بالصرف

¹⁸⁷ تقرير لجنة المالية والتنمية الاقتصادية بمجلس النواب بخصوص مشروع قانون المالية رقم 73.16 برسم سنة 2017، كما أجيل من مجلس المستشارين في قراءة ثانية، شوهده بتاريخ 2 دجنبر 2019 على الرابط:

<https://bit.ly/2LkfGww>

¹⁸⁸ ظهير شريف رقم 1.19.125 صادر في 16 من ربيع الآخر 1441 (13 ديسمبر 2019) بتنفيذ قانون المالية رقم 70.19 للسنة المالية 2020، الجريدة الرسمية، عدد 6838 مكرر ، ص 11123.

عن الأداء بعد انصرام الأجل المحدد الذي أصبح 90 يوماً بدل 60 يوماً كما كان في الصيغة الأولى التي صادق عليها مجلس النواب، وفي حالة عدم كفاية الاعتمادات اللازمة لأداء المبالغ تم التأكيد على ضرورة برمجة المبالغ المتبقية في ميزانيات السنوات اللاحقة وذلك في أجل أقصاه أربع سنوات.

وما يلاحظ أن الحكومة أصرت بشكل مريب على تمرير المادة مهما كانت تكلفتها الاجتماعية وتبعاتها القانونية، انطلاقاً من حسابات خفية لم تفصح عنها بشكل واضح للرأي العام ولممثلي الأمة في ظل وجود نوع من التضارب بين مكوناتها، ونفس التذبذب ميز موقف المعارضة التي تصدت لقانون المالية ككل ووافقت على المادة التاسعة فحسب، مما يشي بحسابات سياسية وانتخابية لكون عدد كبير من البرلمانيين هم في الأصل رؤساء لمجالس الجماعات الترابية وما يعني ذلك من تخليصهم من ثقل الوفاء بالتعويضات المحكوم لها لفائدة المتضررين في ملفات ترتبط أساساً بنزع الملكية وبالاغتداء المادي.

وما يعزز الشكوك حول الخلفية السياسية لهذا التوجه أن السلطة التنفيذية وإلى حدود 2015 كان تسير في اتجاه يشجع على التعاطي الإيجابي مع الأحكام القضائية المكتسبة لقوة الشيء المقضي به، بحث المصالح الأمر بالصرف في القطاعات والمؤسسات العمومية على أداء المبلغ المحدد متى توصلت بقرار قضائي نهائي داخل لا يتعدى ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ التبليغ القضائي، وفي حالة عدم توفر الاعتمادات اللازمة أو الكفاية للتنفيذ برسم السنة الجارية فإن المصالح الأمرة بالصرف مدعوة إلى اتخاذ القرارات الضرورية لتوفير هذه الاعتمادات لتغطية المبالغ المالية المستحقة في أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ المصادقة على ميزانية السنة المالية، وإذا لم يتم الأمر بالصرف داخل أجل السالف الذكر فإنه يرخّص للمحاسبين العموميين في أداء النفقة موضوع الأوامر القضائية المتعلقة بحجز ما للمدين لدى الغير وذلك مباشرة من مبلغ الاعتمادات المرصدة للإدارة المعنية في إطار النفقات التي يمكن أداؤها دون أمر سابق بصرفها¹⁸⁹.

وأمام توالي حالات التأخر في تنفيذ الأحكام أو الحجز على الأموال العمومية وما يرتبط ذلك من إشكالات متعلقة بغياب إطار قانوني يأخذ بعين الاعتبار خصوصية التنفيذ في مواجهة الإدارة، وبجودة خدمة الدفاع عن الإدارة وتوفر الاعتمادات والمسار الإدارية ذات الصلة، فقد تقرر إحداث لجنة وزارية لمعالجة هذه المعضلة يترأسها رئيس الحكومة أو السلطة الحكومية المنتدبة من قبله لهذه الغاية، تتولى معالجة سبل الوقاية من المنازعات لتقادي القرارات والممارسات الإدارية التي من شأنها التسبب في المنازعات وتسهر على إيجاد الحلول العملية اللازمة لتسريع تنفيذ الأحكام العالقة¹⁹⁰.

ومن ضمن المسوغات التي ساققتها الحكومة لتبرير هذا التحول - من الحرص على تنفيذ أحكام القضاء إلى محاولة تعطيلها - تزايد وتيرة الأحكام المنفذة ضد الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية بكفية تهدد الوضعية المالية للإدارة العمومية، وخاصة الجماعات التي تحتضن مشاريع هيكلية كبرى، متذرعة بالفصل 77 من الدستور الذي ينص على أن من مهام البرلمان والحكومة الحفاظ على توازن مالية الدولة، وبالفصل 154 فيما يتعلق بالحرص على استمرارية المرفق العامة العمومية في أداء خدماتها ولا يمكن أن يتأتى ذلك إلا بتحسين الأموال المرصودة لتسييرها من الحجز¹⁹¹، وادعت بأن

¹⁸⁹ منشور رئيس الحكومة رقم 12/2015 حول تنفيذ الأحكام القضائية ضد أشخاص القانون العام، بتاريخ 19 غشت 2015 (3 ذي القعدة 1436)

¹⁹⁰ منشور رئيس الحكومة عدد 15/2017 حول إحداث لجنة وزارية لمعالجة إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بأشخاص القانون العام، بتاريخ

07 دجنبر 2017.

¹⁹¹ عرض وزير المالية أمام لجنة المالية والتنمية الاقتصادية حول مشروع قانون المالية رقم 70.19 برسم سنة 2020، مرجع سابق، ص 190.

الحجز قد آل إلى حدود غير مقبولة تنذر بعرقلة السير العادي المرافق العامة وإصابة المجالس المنتخبة بحالة من الشلل والإفلاس مثل الحجز على المعدات والآليات، الأمر الذي قد يجعلها عاجزة عن الاستمرار تقديم الخدمات العمومية وإشباع حاجيات المرتفقين.

وبهذا الخصوص تؤكد الحكومة أن الحجز على أموال الدولة من شأنه أن يهدد التوازنات المالية للإدارات العمومية، بحيث دق وزير المالية ناقوس الخطر بكون المبلغ العام للأحكام التي تم تنفيذها تجاوز 10 مليار درهم أما قيمة الأحكام التي لم تؤدي بعد فقد ناهزت 30 مليار درهم، ويأخذ الأمر أبعاد أكثر خطورة على المستوى التراخي حيث انتقل مجموع المبالغ المحكومة بها ضد الجماعات الترابية من 385 سنة 2011 إلى 857 مليون درهم سنة 2016¹⁹²، وخاصة في المدن الكبرى بسبب العدد الكبير من الأحكام والغرامات التهديدية الناجمة عن التأخر في التنفيذ والتي ترجع إلى عقود خلت في بعض الحالات.

لكن السؤال الذي يجب أن يطرح هو لماذا وصلت التعويضات المترتبة عن تنفيذ الأحكام إلى هذا الحد، بدون اتخاذ التدابير الضرورية والإجراءات اللازمة في حق المسؤولين بالإدارات العمومية الذين كانوا سببا في إهدار العام بخرقهم للمساطر القانونية دون أن يتعرضوا للمساءلة، وبذلك فقد سعت الحكومة إلى التأثير في الرأي العام بالتركيز على الجوانب الاجتماعية للحجز، حيث ذهب وزير المالية إلى أن الحجز على الدولة من شأنه أن يؤدي إلى توقيف أجور الموظفين¹⁹³، الذين أصبحوا مهددين في مصدر رزقهم على الرغم من كون هذه الأخيرة تُدرج ضمن النفقات الإجبارية، وإلى أن ترتيب الحجز قد ينجم عنه وقف الخدمات الأساسية التي يحتاجها المواطن وخاصة على المستوى المحلي مثل آليات جمع النفايات وسيارات الإسعاف، على الرغم من كون المحاكم الإدارية درجت على الاستجابة فقط لطلبات الحجز على أموال وأموال الجماعات الترابية التي لا يتعارض الحجز عليها مع سير المرافق العمومية بانتظام واضطراد على غرار السيارات المخصصة للتنقلات الشخصية لرؤساء تلك الجماعات¹⁹⁴.

لقد ضغطت الحكومة بقوة على أغليبتها لتمرير المادة التاسعة بعد نقاش كبير في لجنة المالية، حيث اعتبرها العديد من النواب معاكسة لمساعي تعزيز الثقة في المؤسسات ولدور القضاء في حماية الحقوق والحريات، بحكم أن شرعية الأحكام تستتبع من تنفيذها وأن عدم الالتزام بتنفيذ الأحكام القضائية يعد ضربا بالدستور ومسا بمبدأ فصل السلط ومنه فقدان الثقة في مؤسسة القضاء مما لا يخدم الاستثمار والرهان عليه¹⁹⁵، كما تمكنت من نيل تأييد مجلس المستشارين الذي صادق عليها بعد إدخال بعض التعديلات.

ويمكن القول أن الحكومة قدمت مادة معيبة بطريقة معيبة ولم تتوفق في التسويق لها، حيث تذرعت باعتبارات تقنية وانتخابية دون الأخذ في الحسبان أوجه تعارضها مع مقتضيات دولة القانون والمؤسسات، وبدون مراعاة تبعاتها الوخيمة على المستوى القضائي والحقوقى وحتى على المستوى الاقتصادي حيث ستتراكم ملفات التنفيذ وستزداد المبالغ مما قد يهدد ميزانية بعض الإدارات العمومية والجماعات الترابية في السنوات المقبلة.

¹⁹² Rapport annuel de la Cour des comptes au titre des années 2016 et 2017, volume 1, p 212.

¹⁹³ عرض وزير المالية أمام لجنة المالية والتنمية الاقتصادية حول مشروع قانون المالية رقم 70.19 برسم سنة 2020، مرجع سابق، ص 189.

¹⁹⁴ حكم المحكمة الإدارية بفاس الصادر بتاريخ 10 دجنبر 2002 تحت عدد 833.

¹⁹⁵ تقرير لجنة المالية والتنمية الاقتصادية حول مشروع قانون المالية رقم 70.19 برسم سنة 2020، مرجع سابق، ص 30.

الفرع الثاني: تبعات المادة التاسعة من قانون المالية على الأمن القانوني والقضائي

لقد طرحت المادة التاسعة من قانون المالية علامات استفهام كبيرة حول جدية الحكومة في صيانة الثوابت الدستورية، فمن المفارقات العجيبة أن الحكومات المنبثقة عن دستور جديد صيغ بنفس إصلاحية يروم إعادة تأطير علاقة المواطن بالدولة عبر مقتضيات تستهدف التقريب والإشراك والحماية، تذهب في اتجاه يهدد المكتسبات المحققة ويضرب بحقوق المواطنين عرض الحائط مقابل تغليب استعلاء الإدارة على القضاء والأفراد.

وتتجلى خطوة هذه المادة في المس بالأمن القانوني للبلاد عبر تضمين مقتضيات تشريعية ضمن قانون المالية في إطار نظرية فرسان الميزانية (Les Cavaliers Budgétaires)، وهو ما سيفتح المجال أمام السلطة التنفيذية لتمديد دورها التشريعي وتميرير بعض المقتضيات القانونية عبر قانون المالية الذي يتسم مقارنة بالقوانين العادية بخصوصية معينة من الناحية المسطرية ومن ناحية المضمون، نظرا لبعده الإجرائي لكونه يحدد بالنسبة لكل سنة مالية طبيعة ومبلغ وتخصيص مجموع موارد وتكاليف الدولة وكذا التوازن الميزانياتي والمالي الناتج عنها وتراعى في ذلك الظرفية الاقتصادية والاجتماعية¹⁹⁶.

ورغم أن وزير المالية حاول إبراز انضباط المادة التاسعة لمقتضيات المادة 14 من القانون التنظيمي لقانون المالية التي تنص على أن نفقات تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الدولة تدرج ضمن نفقات التسيير التي يتكفل قانون المالية للسنة لتحديدتها وبيان كيفية أدائها¹⁹⁷، فإن هذه المادة لا يمكن أن تبرر بأي حال التدخل في طريقة تنفيذ الأحكام القضائية فضلا عن تناقضها مع نصوص قانونية أساسية مثل قانون المسطرة المدنية والقوانين التنظيمية للجماعات الترابية، التي تنص على أنه من بين مشمولات النفقات الإلزامية التي يتوجب إدراجها ضمن الميزانية توجد النفقات المتعلقة بتنفيذ القرارات والأحكام القضائية الصادرة ضد الجهة¹⁹⁸ والعمالة أو الإقليم¹⁹⁹، والجماعة²⁰⁰، وإذا امتنع الأمر بالصرف المعني عن إصدار الأمر بصرف هذه النفقات جاز اللجوء إلى حق الحلول وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 198 من القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات²⁰¹.

وهو ما يعني أن محتوى المادة لا يمت بأية صلة لطبيعة القانون المالي فهي خارجة عن مشمولاته، فضلا عن الخلط بين المالية العامة والمالية المحلية بحيث تم إقحام الجماعات الترابية ضمن قانون المالية بكيفية متهافئة بغية شملها بمقتضى منع الحجز على أموالها وأملاكها، ولذلك فقد كان من باب أولى إدراج مثل هذه المقتضيات ضمن مدونة تحصيل الديون العمومية والمسطرة المدنية التي تؤطر الشروط والإجراءات المتعلقة بالتقاضي والتنفيذ ومن ضمنها تأطير أحكام وشروط الحجز.

¹⁹⁶ المادة 1 من القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية 130.13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.62 بتاريخ 14 من شعبان 1436 الجريدة الرسمية عدد 6370 (18 يونيو 2015).

¹⁹⁷ عرض وزير المالية أمام لجنة المالية والتنمية الاقتصادية حول مشروع قانون المالية رقم 70.19 برسم سنة 2020، مرجع سابق، ص 191.

¹⁹⁸ الفصل 196 من القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات، جريدة رسمية عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015).

¹⁹⁹ المادة 174 من القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، الجريدة الرسمية عدد 6380 الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2015.

²⁰⁰ المادة 181 من القانون التنظيمي 113.14 المتعلق بالجماعات، جريدة رسمية عدد 6380، بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015).

²⁰¹ المادة 83 مرسوم رقم 2.17.451 صادر في 4 ربيع الأول 1439 (23 نوفمبر 2017) بسن نظام للمحاسبة العمومية للجماعات ومؤسسات التعاون بين الجماعات، لجريدة الرسمية عدد 6626 بتاريخ 30 نوفمبر 2017، ص 6301.

وارتباطا بها المعطى نشير إلى أن المادة التاسعة من قانون المالية تتناقض بشكل صارخ مع التوجه العام لمشروع قانون المسطرة المدنية في حال إقراره بالصيغة الحالية، والذي يؤكد بوضوح على أنه يجب على أشخاص القانون العام تنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر القضائية القابلة للتنفيذ في مواجهتهم²⁰²، وإذا لم تسفر إجراءات التنفيذ عن أية نتيجة يجوز إجراء حجز التنفيذ على الأموال والمنقولات والعقارات الخاصة لأشخاص القانون العام خلافا للمقتضيات التشريعية المنصوص عليها في هذا الشأن، ما لم ينتج عنه عرقلة للسير العادي للمرفق العمومي²⁰³، وإذا كان مشروع المسطرة المدنية قد وسع من مجال التنفيذ بجعله ممكنا أمام المحاسب العمومي²⁰⁴، فإن المادة التاسعة قد ضيقته بالتأكيد على أنه يتعين على الدائنين الحاملين لسندات أو أحكام قضائية تنفيذية نهائية ضد الدولة ألا يطالبوا بالأداء إلا أمام مصالح الأمر بالصرف للإدارة العمومية.

وإضافة إلى ذلك فإن المادة المذكورة تعاكس التوجه العام للخطب الملكية- التي تشكل مرجعية توجيهية لمختلف المؤسسات والسلطات وفي مقدمتها السلطة التنفيذية - والتي أكدت غير مرة على ضرورة الاهتمام بتنفيذ القرارات القضائية وضمان جريان مفعولها على المحكوم ضدهم، فمن غير المفهوم أن تسلب الإدارة للمواطن حقوقه، وهي التي يجب أن تصونها وتدافع عنها وكيف لمسؤول أن يعرقل حصوله عليها وقد صدر بشأنها حكم قضائي نهائي²⁰⁵.

إن الأمن القانوني لا تكمن أهميته فقط في استقرار القواعد القانونية وإنما أيضا في تحقيق الغايات المثلى للقانون فمن خلاله يتأتى تحقيق الأمن القضائي²⁰⁶، وعلى ضوء ذلك فإن هذه المادة تطرح على المحك الجدوى من المسار القضائي برمته، فما الفائدة من إصدار مقررات قضائية حائزة لقوى الشيء المقضي به ومذيلة بالصيغة التنفيذية، بعد مسار طويل استهلك فيه الكثير من الجهد إن كانت ستظل حبيسة الرفوف ولن تؤثر في رد الحقوق لأصحابها، الأمر الذي يجعل من المسطرة القضائية عديمة القيمة بدون إنفاذ الأحكام الصادرة عنها في مواجهة الإدارة، وعلى حد تعبير العميد "ديجي" فإن الإخلال بمبدأ ضرورة احترام الأحكام يصير بمبدأ المشروعية إلى العدم²⁰⁷.

ويشكل هذا النزوع خرقا واضحا للدستور الذي يفرض المساواة بين الجميع، فكيف يستقيم تنفيذ الأحكام ضد الأفراد والحيولة دون ذلك حينما يتعلق الأمر بالإدارة، ذلك أن أحكام وقرارات القضائية النهائية هي ملزمة لكل سواء تعلق الأمر بالمواطنين أو الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية وفقا لدستور 2011 الذي ينص على أن الأحكام النهائية الصادرة عن القضاء ملزمة للجميع ويجب على السلطات العمومية تقديم المساعدة اللازمة أثناء المحاكمة، إذا صدر الأمر إليها بذلك،

²⁰²المادة 451-20 من مشروع قانون المسطرة المدنية.

²⁰³المادة 451-26 من مشروع قانون المسطرة المدنية.

²⁰⁴الفقرة الثالثة من المادة 451-23 من مشروع قانون المسطرة المدنية.

²⁰⁵ الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الأولى من الولاية التشريعية العاشرة، شوهذ بتاريخ 1 دجنبر 2019 على هذا الرابط:

<https://bit.ly/2Rvs2WL>

²⁰⁶محمد نوبري، القاضي الدستوري وضمان الأمن القانوني، تأملات في ملامح تشكل مبدأ الأمن القانوني في الاجتهاد القضائي الدستوري، ضمن: القضاء الدستوري في سياق ما بعد 2011 المرجعيات والاجتهادات (إشراف حسن طارق)، منشورات المجلة المغربية للسياسات العمومية، 2019، ص 237.

²⁰⁷حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية، الطبعة الأولى، مطابع مجلس الدفاع الوطني، القاهرة، سنة 1984، ص 7

ويجب عليها المساعدة على تنفيذ الأحكام²⁰⁸، تأسيساً على الفصل السادس من الدستور الذي ينص على أن القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة، والجميع أشخاصاً ذاتيين أو اعتباريين بما فيهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، وملزمون بالامتثال له. إن كل تدخل للسلطة التنفيذية في عمل المحاكم يمثل مساً بمبدأ الفصل بين السلطات الذي تشكل عماد دولة القانون والمؤسسات، حيث ينص الفصل الأول من دستور 2011 على أن النظام الدستوري للمملكة يقوم على أساس فصل السلطات، وتوازنها وتعاونها، فيما يؤكد الفصل 107 على كون السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية.

ويظهر بشكل جلي أن المادة التاسعة تعاكس هذه المقتضيات الدستورية لكونها تستهدف تكريس هيمنة الإدارة على سلطة المحاكم، بحيث مُنحت للإدارة المحكوم عليها سلطة فوق سلطة القضاء، وقوة فوق قراراته وأعطتها حق التصرف في تنفيذ الأحكام حسب نزواتها وميولاتها وصلاحياتها التحكيمية، سواء لتنفيذ الحكم أو تأجيل التنفيذ لسنوات دون تحديد ولا آجال²⁰⁹، أو تنفيذه بشكل جزئي بأن أن تعتمد عن طواعية متى عنَّ لها ذلك إلى التفضل بأداء ما عليها من حقوق على دفعات قد تمتد لسنوات طويلة حسب توفر الاعتمادات، بشكل يجعل الفرد في وضعية المتسول لحقوقه.

وبدل التمادي في تكريس هذا الواقع فقد كان ينتظر إقرار ضمانات موضوعية تكفل تنفيذ الأحكام ضمن مدة معقولة تكفل للمنفذ له الحصول على حقوقه داخل أجل معلوم على غرار الآجال الدقيقة المحددة لإجراءات المحاكمة والبت، بمعنى أن عدالة الحكم والتقاضي يجب أن تُستكمل بعدالة التنفيذ، بحيث في حالة كفاية المبالغ المالية يتوجب إصدار أمر بدفع تكميلي في أجل أقصاه السنة المالية الموالية، كما ورد في مشروع قانون المسطرة المدنية بالتنصيص على أنه إذا تعلق التنفيذ بأداء مبلغ مالي ولم تتوفر اعتمادات في ميزانية السنة الجارية لتنفيذه، تم هذا التنفيذ داخل أجل أقصاه تسعون يوماً من تاريخ المصادقة على ميزانية السنة الموالية²¹⁰.

إن عدم توفر الاعتمادات المالية اللازمة لتنفيذ الحكم القضائي سيشكل مبرراً للمس بحقوق المواطنين، في وقت كان من المفروض أن تعطي الإدارة المثل الأعلى في الاحتكام للقانون والامتثال لسلطة القضاء، وإلا فالمواطن سيتعرض لحيف مزدوج فهو على سبيل المثال قد انتهك حقه في الملكية عن طريق الاعتداء المادي أو نزع الملكية، وبعد صراع طويل بين دروب المحاكم وإصدار سند تنفيذي على أمل الحصول على تعويض يجبر ضرره، يصبح هذا الحكم غير ملزم للإدارة التي ستمتنع عن التنفيذ متذرعة هذه المرة بوجود نص قانوني يمنع الحجز على ممتلكاتها، وهو ما سيوتر العلاقة بين المواطن والمحاكم وسيضعف من ثقة المواطنين في حقيقة السلطة القضائية وفي دولة القانون ارتباطاً بالإصلاحات الدستورية والسياسية التي تبتغي ربط المسؤولية بالمحاسبة.

²⁰⁸ الفقرة الأولى من الفصل 126 من دستور 2011، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، صادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011)، ص. 3600

²⁰⁹ رسالة نقيب ورؤساء سابقون لجمعية هيئات المحامين إلى الحكومة والبرلمان والرأي العام حول المادة التاسعة من قانون المالية لسنة 2020،

شوهدت بتاريخ 4 دجنبر 2019 على الرابط التالي: <https://bit.ly/2PIbqy7>

²¹⁰ الفقرة الرابعة من المادة 451-20 من مشروع قانون المسطرة المدنية

وفضلاً عن هذه الآثار المباشرة، فثمة تداعيات اقتصادية من شأنها التأثير السلبي على مناخ الاستثمار العمومي، من خلال ارتفاع كلفة الدين وتردد المستثمرين في التعامل مع الإدارة ما دام أنها متحصنة بالقانون في رفض تنفيذ أحكام قد تصدر لصالحهم في أي نزاع محتمل ينشأ عن تعاملات مالية معها، كما أنها قد تؤثر سلباً على النسيج الاقتصادي بحيث من غير المعقول أن لا تقوم الإدارة حتى بتسديد ما بذمتها من ديون للمقاولات الصغرى والمتوسطة، بدل دعمها وتشجيعها، اعتباراً لدورها الهام في التنمية والتشغيل²¹¹.

وما يلاحظ أن الحكومة عبأت كل إمكانياتها لتمير هذه المادة بدون مراعاة التوجه العام للقضاء الدستوري الذي سبق أن قضى بعدم دستورية مقتضيات مشابهة حاولت الحكومة إدراجها ضمن القانون التنظيمي للمالية، حيث صرح المجلس الدستوري بعدم مطابقة المادة 5 من القانون التنظيمي للمالية رقم 7-98 للدستور التي تنص على أن كل حكم وارد في قانون أو نظام يقضي بإحداث تكاليف جديدة أو تترتب عليه تخفيضات في المداخل من شأنها الإخلال بالتوازن المالي لقانون المالية الجاري به العمل، لا يمكن أن يدخل حيز التنفيذ من الناحية المالية إلا بعد أن ينص قانون للمالية على تقييم هذه التكاليف الجديدة أو التخفيضات في المداخل وعلى الإذن فيها، معتبراً أن ما نصت عليه هذه المادة لتجنب الإخلال بالتوازن المالي للميزانية يفضي إلى تعطيل نص قانوني أقره البرلمان وصدر الأمر الملكي بتنفيذه ونشره في الجريدة الرسمية²¹²، تعارضها مع المقتضيات الدستورية التي تنص على أن القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة وأن على الجميع الامتثال له.

ونفس التوجه كرسه المجلس الدستوري بمناسبة فحص دستورية المادة 8 من قانون المالية رقم 08-40 لسنة 2009 المتعلقة بسلوك مسطرة خاصة في تحصيل الغرامات التصالحية والجزافية بشأن المخالفات في مجال السير والجولان، معتبراً أنها بحكم طبيعتها خارجة عن نطاق اختصاص قانون المالية، بل هي مرتبطة بمنظومة قانونية جديدة لم تبت بعد فيها المؤسسة التشريعية، وأنها تتضمن مقتضيات تُشعّر لوسائل جديدة ترمي إلى التثبت من مخالفات السير والجولان، كما أنها تتنافى مع روح العدالة والمبادئ العامة للقانون²¹³، وانطلاقاً من هذه الحثيات وغيرها فقد اعتبر المجلس الدستوري أن المادة الثامنة سالفة الذكر هي مخالفة للدستور²¹⁴، وقد سارت المحكمة الدستورية في نفس الاتجاه بمناسبة فحصها لدستورية بعض مواد قانون المالية رقم 68.17 لسنة 2018، حيث اعتبرت أن مشمولات قانون المالية محددة على سبيل الحصر، طبقاً للمادة السادسة من القانون التنظيمي لقانون المالية، مما يقتضي امتناع المشرع عن إقحام أي موضوع خارج ما تمت الإشارة إليه ضمن مواد قانون المالية²¹⁵. وبالنظر لتعارض المادة التاسعة من قانون المالية لسنة 2020 مع مقتضيات الدستور ينتظر أن تتصدى لها المحكمة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي بعد المصادقة على القانون التنظيمي رقم 86.15 الذي يتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133، والذي يفتح إمكانية الدفع بعدم الدستورية إذا كان من شأن القانون موضوع الدفع سيطبق

²¹¹ الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الأولى من الولاية التشريعية العاشرة، مرجع سابق.

²¹² قرار المجلس الدستوري رقم 250/98، ملف رقم: 445/98، بتاريخ 24 أكتوبر 1998، جريدة رسمية عدد 4641 بتاريخ 23 نونبر 1998، ص 3243.

²¹³ قرار المجلس الدستوري رقم: 728/08 م. د، ملف رقم: 1120/08 عن بتاريخ 29 دجنبر 2008.

²¹⁴ محمد الأعرج، رقابة المجلس الدستوري وتقنيات الرقابة على دستورية قوانين المالية، ضمن: القضاء الدستوري في سياق ما بعد 2011 المراجعة والالتزامات، مرجع سابق، ص 46.

²¹⁵ قرار المحكمة الدستورية رقم 66/17 م. د، ملف عدد 15/17، بتاريخ 23 دجنبر 2017.

في النزاع ويمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وذلك بعد تجاوز مسطرة الإحالة الاختيارية حيث تم إصدار الأمر بتنفيذ قانون المالية بتاريخ 13 دجنبر 2019 بعد يومين المصادقة عليه من طرف مجلس النواب في إطار القراءة الثانية.

ومن الآثار الوخيمة لهذه المادة كبح جماح الاجتهادات القضائية التي أصبحت أكثر جرأة في إرغام الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء، حيث أصدرت المحاكم الإدارية قرارات مهمة ضد الدولة تجبرها على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها عبر فرض الغرامة التهديدية والحجز على أموال الإدارة المتواجدة بين يدي الغير، لأنه - كما أسلفنا في الفرع الأول - فعلى الرغم من كون النظام القانوني للمحاكم الإدارية لم ينص بشكل صريح على مسطرة خاصة بتنفيذ الأحكام ضد الإدارة، فإن الإحالة على القواعد المتعلقة بالتنفيذ الجبري المنصوص عليها في الباب التاسع من القاسم التاسع من المسطرة المدنية شكلت أرضية مهمة راكم عبرها القضاء الإداري تجربة مهمة في حماية الحقوق والحريات عبر إلزام الإدارة بالامتثال لأحكام القضاء بفرض إجراءات صارمة بما فيها الحجز التنفيذي.

ولذلك فإن تضمين المادة التاسعة في قانون المالية يندرج ضمن مساعي تحجيم دور القضاء الإداري، ومن شأنه هذا المستجد دفع المواطنين الى عدم مقاضاة الدولة إذا كان الحكم المتوقع أن يرد له حقوقه لن يتم تنفيذه، مما سيزيد تعقيدا آخرًا لمساطر القضاء الإداري وسيحد من دوره في بناء علاقة متوازنة بين المواطن والإدارة تقوم على المساواة والإنصاف.

أما التذرع بالحرص على استمرارية المرفق العام فهو حق أريد به باطل، لأن الحفاظ على سير المرافق العمومية بانتظام واضطراد يجب أن ينطلق من التدبير الرشيد والفعال للموارد العمومية بقصد تحقيق الاستجابة المثلى لحاجيات المواطنين، في إطار احترام سيادة القانون وحجية الأحكام القضائية النهائية باعتبارها أهم مقومات دولة المؤسسات، التي لا شك تقوم على توازن السلط وثقة المواطنين والمشروعية الدستورية والقانونية، وعلى التزام المدبرين العموميين بأخلاقيات تدبير المرفق العام والتحلي بروح المسؤولية.

لقد أن الأوان لإقرار المسؤولية الشخصية والتأديبية للموظف العمومي الذي سبب أضرار للإدارة التي يسهر عليها سواء من خلال قرارات الفعل أو بسبب الامتناع عن التنفيذ، ففي كلتا الحالتين يتكبد المرفق العمومي خسائر مادية فادحة تستوجب مساءلته، ونشير إلى دورية وزير الداخلية التي ذهبت في اتجاه ترتيب المسؤولية التقصيرية للمسؤولين المحليين، بتنبيه رؤساء المجالس المنتخبة إلى أن أي عمل أو تصرف قد يترتب عنه إضرار بالغير ويكلف ميزانية الجماعة أعباء مالية إما بسبب مخالفة القوانين والأنظمة المعمول بها وإما بفعل التهاون والتقصير فإنهم سيحاسبون عن تلك الأخطاء طبقا للفصلين 79 و 80 من قانون الالتزامات والعقود²¹⁶، ويتعين عليهم تبعا لذلك تسديد المبالغ المالية التي أهدرت بدون موجب قانوني أو التي دفعت كتعويض لجبر الضرر الحاصل بالأغيار إلى خزينة الجماعة²¹⁷.

وفي ظل منع الحجز بموجب قانون المالية يتعين محاسبة الموظفين والأعوان على الخطأ الشخصي الذي سبب ضررا للإدارة سواء بالفعل أو بالامتناع عن تنفيذ الحكم، مما يعني إمكانية متابعة الممتنعين عن تنفيذ الأحكام القضائية النهائية

²¹⁶تنص المادة 80 من قانون الالتزامات والعقود على أن مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم. ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار، إلا عند إفسار الموظفين المسؤولين عنها.

²¹⁷دورية وزير الداخلية رقم 21 / ق.ت.م. 2 بتاريخ 07 مارس 2006، مرجع سابق.

تأديباً وحتى جنائياً في حالة العود، ويعول في هذا الصدد على دور مؤسسة الوسيط التي تتمتع بصلاحيات التوجه إلى الإدارة المعنية بتحريك مسطرة المتابعة التأديبية، وإن اقتضى الحال توصية بإحالة الملف إلى النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في القانون في حق الموظف أو العون إذا تأكد أن امتناعه عن تنفيذ حكم نهائي صادر في مواجهة الإدارة ناجم عن موقف غير مبرر²¹⁸، وعلى الرغم من غموض هذه المقتضيات وصعوبة تحريك هذه المسطرة بحكم طبيعة قرارات الوسيط التي تظل توصياته مجرد قوة اقتراحية غير ملزمة²¹⁹، فإن مجرد تشجيع هذا المسار من شأنه دفع الأمرين بالصرف في الإدارات العمومية والجماعات الترابية إلى التعامل بشكل جدي وإيجابي مع الأحكام القضائية.

وقد بدأت بوادر هذا التوجه في التبلور منذ 2018 حيث أصدر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط الأمر بغرامة تهيديدية في مواجهة قائد امتنع عن تنفيذ حكم قضائي مبرم، وتبرز أهمية هذا الاجتهاد القضائي في أنه اعتمد على نصوص غير تقليدية في التعليل على رأسها دستور 2011 وقوانين أخرى منها قانون مؤسسة الوسيط الذي اتجه إلى شخصنة امتناع الإدارة غير المبرر عبر مسؤوليها عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهتها، مع استشراف إرادة المشرع المعبر عنها في مشاريع قيد المناقشة أمام البرلمان، وهو توجه غير مألوف في الاجتهاد القضائي المغربي، وفي هذا الصدد يلاحظ أن الأمر القضائي اعتمد على المادة 587 من مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية التي تنص على إمكانية إصدار قاضي التنفيذ لغرامة تهيديدية في مواجهة شخص القانون العام المنفذ عليه أو المسؤول عن التنفيذ أو هما معا²²⁰.

ومن أجل تدقيق مختلف المقتضيات الخاصة بوسائل التنفيذ الجبري في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذه الأحكام القضائية، يتعين توحيد المنظومة التشريعية المتعلقة بمقاضاة الأشخاص المعنوية العامة من الناحية الموضوعية والمسطرية، من خلال إقرار نظام مؤسساتي وقانوني للتنفيذ يضمن حماية الحقوق والحريات الفردية ويكفل حماية فعالة للمال العمومي باعتبار تخصيصه للمنفعة العمومية ولضمان حسن سير المرفق العمومي²²¹، في ضوء المقتضيات الدستورية التي تؤكد على ضرورة تجسيد الفصل والتوازن بين السلط وعلى المساواة بين الجميع أمام القانون والقضاء.

وموازاة مع تأطير مساطر التسوية القضائية يتعين تشجيع الأمرين بالصرف في الإدارات العمومية والجماعات الترابية بشكل خاص على حل النزاعات بالطرق الحبية، وهو ما يستوجب تفعيل التوجيهات التي جاءت بها دورية وزير الداخلية الصادرة سنة 2010²²² بخصوص عقد اجتماعات للصلح بين الجماعات الترابية وذوي الحقوق قبل اللجوء إلى العدالة، وما يكلفها ذلك من أعباء مالية هي في أمس الحاجة إليها مثل مصارف الدعاوى وأتعاب المحامي²²³، مع دفع الجماعات الترابية

²¹⁸ المادة 41 من ظهير شريف رقم 1.19.43 صادر في 4 رجب (11 مارس 2019)، بتنفيذ القانون رقم 14.16 المتعلق بمؤسسة الوسيط، الجريدة الرسمية عدد 6765-25 رجب 1440 (فاتح أبريل 2019)، ص 1728.

²¹⁹ قرار محكمة النقض عدد 1296 المؤرخ في 23 نونبر 2017 في الملف الإداري عدد 2017/3/4/469، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الأول، ص 227.

²²⁰ أنس سعدون، الأحكام القضائية في المغرب سنة 2018، أحكام هامة لإلزام الإدارات العامة بتنفيذ أحكام القضاء، مجلة المفكرة القانونية، العدد 14، أبريل 2019، ص 42.

²²¹ أم كلثوم زاوي، أي دور للحساب الجاري للخزينة في ظل تطورات تنفيذ الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 55.

²²² circulaire du ministre de l'Intérieur n°D 3885 du 26 avril 2010 qui prévoit la tenue des réunions de conciliation entre la collectivité territoriale et le plaignant avant de recourir à la justice

²²³ دورية وزير الداخلية رقم 21/ق.م.ت/ بتاريخ 07 مارس 2006، مرجع سابق.

إلى احترام الاتفاقيات الودية المبرمة في إطار تنفيذ القرارات والأحكام الصادرة ضدها، عبر وضع اعتمادات كافية بالميزانية ضمن النفقات الإجبارية بقصد الوفاء بالمبالغ المحكوم بها لصالح الأفراد²²⁴.

خاتمة

لقد نجحت الحكومة في تحصين أموال وأملاك الإدارة ضد الحجز بموجب المادة التاسعة من قانون المالية رقم 70.19 بكيفية تضرب بعرض الحائط مطالب المهنيين وحقوق المتقاضين ومركزات المشروعية الدستورية والقانونية، وعلى الرغم من التأكيد على أن المراد من هذه المادة هو عقلنة الحجز بربطه بمسؤولية الأمر بالصرف وتوفر الاعتمادات المالية، فإنها في تعني المنع في نهاية المطاف بالنظر لكثرة التقييدات المسطرية ولكون البند الأخير منها ينص بوضوح على أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تخضع أموال وممتلكات الدولة والجماعات الترابية للحجز.

صحيح أن القرار ستكون له مكاسب إيجابية بالنسبة للحكومة وللمجالس المنتخبة وخاصة في المدن الكبرى ونحن على مقربة من الاستحقاقات الانتخابية، لكن تبعاته ستكون وخيمة على كافة المستويات، حيث أن إدراج مثل هذه الأمور في قانون المالية سيشكل بدون شك مدخلا لتوسيع وعاء القانون المالي السنوي بقصد تمرير قواعد موضوعية مناقضة للمنظومة القانونية، فحتى الدول التي منعت الحجز على أموال وممتلكات الإدارة فعلت ذلك بموجب قوانين خاصة كما هو الشأن بالنسبة لفرنسا عبر قانون ملكية الأشخاص العامة، وليس ضمن قانون مالي سنوي يتميز بالطابع الظرفي الذي يخضع لتقلب الحسابات السياسية والاقتصادية.

وفضلا عن ذلك فإن هذا المقتضى يشكل إخلالا بشروط ومتطلبات التوازن بين السلط، في ظل التأكيد الدستوري على تحصين وتوسيع استقلالية للسلطة القضائية، وهو ما من شأنه المس بثقة المواطنين في مؤسسة القضاء وتحجيم دورها في إقرار العدالة، حيث ستلحق أضرارا بالغة بمسئوبي الحقوق وبالحائزين على أحكام نهائية بخلق نوع من التمييز بين المتقاضين من خلال خص الإدارة بوضعية تفضيلية تجعلها لا تنضبط للأحكام القضائية، وهو ما يعني إفراغ هذه الأخيرة من طابعها الإلزامي في مواجهة الأشخاص المعنوية العامة بالرغم من كونها حائزة لقوة الشيء المقضي به ومذيلة بالصيغة التنفيذية.

وبالنظر للتبعات السلبية لهذه المادة على المستويات القانونية والحقوقية وبحكم تناقضها مع مسار الإصلاحات الجارية في سياق الارتقاء بدولة القانون والمؤسسات، يتوجب فتح حوار موسع يتوخى معالجة إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية ضد الإدارة وفق صيغ قانونية تكفل تحقيق التوازن بين استمرارية المرفق العام وتنفيذ قرارات القضاء، الأمر الذي يستوجب تدقيق المقتضيات الخاصة بالتنفيذ الجبري كالغرامة التهديدية والحجز، مع دفع الأمرين بالصرف إلى تفضيل التسوية الودية وجدولة عملية التنفيذ مع ذوي الحقوق، وهو ما يحتم إصدار قانون خاص بالإجراءات الإدارية يشتمل على شروط تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة، أو على الأقل تخصيص باب مستقل بالمسطرة المدنية لتحديد كفاءات وأجال تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد أشخاص القانون العام، مع إحداث مؤسسة قاضي التنفيذ على صعيد كل محكمة إدارية يعهد إليه بالسهر على تنفيذ الأحكام الإدارية مع تمتيعه بمختلف الضمانات الكفيلة بتيسير وتسريع عملية التنفيذ.

²²⁴ Rapport annuel de la Cour des comptes au titre des années 2016 et 2017, op.cit, p 219-220.

قائمة المراجع

أولاً : الكتب والرسائل الجامعية والمجلات العلمية

1. أم كلثوم زاوي، أي دور للحساب الجاري للخرينة في ظل تطورات تنفيذ الأحكام القضائية، مجلة الخرينة العامة للمملكة، العدد 15، شتبر 2019.
2. أنس سعدون، الأحكام القضائية في المغرب سنة 2018، أحكام هامة لإلزام الإدارات العامة بتنفيذ أحكام القضاء، مجلة المفكرة القانونية، العدد 14، أبريل 2019.
3. حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية، الطبعة الأولى، مطابع مجلس الدفاع الوطني، القاهرة، سنة 1984.
4. محمد الأعرج، رقابة المجلس الدستوري وتقنيات الرقابة على دستورية قوانين المالية، ضمن: القضاء الدستوري في سياق ما بعد 2011 المرجعيات والاجتهادات، والاجتهادات (إشراف حسن طارق)، منشورات المجلة المغربية للسياسات العمومية، 2019.
5. محمد قصري، آليات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في مواجهة أشخاص القانون العام، مجلة الوكالة القضائية للمملكة، العدد الأول، ماي 2018.
6. محمد نويري، القاضي الدستوري وضمان الأمن القانوني، تأملات في ملامح تشكل مبدأ الأمن القانوني في الاجتهاد القضائي الدستوري، ضمن: القضاء الدستوري في سياق ما بعد 2011 المرجعيات والاجتهادات (إشراف حسن طارق)، منشورات المجلة المغربية للسياسات العمومية، 2019.
7. مصطفى التراب، المختصر العملي في القضاء والقانون، مطبعة الأمنية بالرباط، 2008.
8. دستور 2011، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، صادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011).
9. القانون التنظيمي رقم 130.13 لقانون المالية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.62 بتاريخ 14 من شعبان 1436 (2 يونيو 2015)؛ الجريدة الرسمية عدد 6378 الصادرة بتاريخ 29 رمضان 1436 (6 يوليو 2015).
10. القانون التنظيمي رقم 111.14 المتعلق بالجهات. جريدة رسمية عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليو 2015).
11. القانون التنظيمي رقم 112.14 المتعلق بالعمالات والأقاليم، الجريدة الرسمية عدد 6380 الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2015.
12. القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، جريدة رسمية عدد 6380، بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليوز 2015).
13. ظهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 1993/11/03.
14. ظهير شريف رقم 1.19.125 صادر في 16 من ربيع الآخر 1441 (13 ديسمبر 2019) بتنفيذ قانون المالية رقم 70.19 للسنة المالية 2020، الجريدة الرسمية، عدد 6838 مكرر.
15. ظهير شريف رقم 1.19.43 صادر في 4 رجب (11 مارس 2019)، بتنفيذ القانون رقم 14.16 المتعلق بمؤسسة الوسيط، الجريدة الرسمية عدد 6765-25 رجب 1440 (فاتح أبريل 2019).
16. مرسوم رقم 2.17.451 صادر في 4 ربيع الأول 1439 (23 نوفمبر 2017) بسن نظام للمحاسبة العمومية للجماعات ومؤسسات التعاون بين الجماعات، الجريدة الرسمية عدد 6626 بتاريخ 30 نوفمبر 2017.

17. دورية وزير الداخلية رقم 21/ق.ت.م.2/ بتاريخ 07 مارس 2006 موجهة إلى السادة ولاية وعمال العمال والأقاليم وعمال المقاطعات بالمملكة حول ضبط المنازعات القضائية للجماعات المحلية وهيئاتها.
18. منشور رئيس الحكومة رقم 12/2015 حول تنفيذ الأحكام القضائية ضد أشخاص القانون العام، بتاريخ 19 غشت 2015 (3 ذي القعدة 1436)
19. منشور رئيس الحكومة عدد 15/2017 بتاريخ 07 دجنبر 2017 حول إحداث لجنة وزارية لمعالجة إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بأشخاص القانون العام.
20. منشور الوزير الأول عدد 37/98 بتاريخ 31 غشت 1998 موجه إلى السيد وزير الدولة والسادة الوزراء وكتاب الدولة حول تنفيذ الأحكام والقرارات النهائية
21. قرار المحكمة الدستورية رقم 66/17 م.د، ملف عدد 15/17، بتاريخ 23 دجنبر 2017.
22. قرار المجلس الدستوري رقم 250/98، ملف رقم: 445/98، بتاريخ 24 أكتوبر 1998، جريدة رسمية عدد 4641 بتاريخ 23 نونبر 1998.
23. قرار المجلس الدستوري رقم: 728/08 م. د، ملف رقم: 1120/08 عن بتاريخ 29 دجنبر 2008.
24. قرار محكمة النقض عدد 1296 المؤرخ في 23 نونبر 2017 في الملف الإداري عدد 2017/3/4/469.
25. قرار الغرفة الإدارية المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 557، بتاريخ 1997/05/22
26. قرار المجلس الأعلى عدد 413 ملف عدد 06/756، بتاريخ 2008/05/07.
27. قرار المجلس الأعلى الصادر (محكمة النقض حاليا) بتاريخ 1992/07/06 بالملف الاجتماعي عدد 8/9902.
28. القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية تحت عدد 483 بتاريخ 2016/05/30 / ملف عدد 2016/7202/447.
29. قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 53 المؤرخ في 2007/02/12، ملف عدد 2/06/103.
30. تقرير لجنة المالية والتنمية الاقتصادية حول مشروع قانون المالية رقم 70.19 برسم سنة 2020، الجزء الأول، مجلس النواب، 2019.
31. تقرير لجنة المالية والتنمية الاقتصادية بمجلس النواب بخصوص مشروع قانون المالية رقم 73.16 برسم سنة 2017، كما أحيل من مجلس المستشارين في قراءة ثانية، شهود بتاريخ 2 دجنبر 2019 على الرابط: <https://bit.ly/2LkfGww>

جمعيات حماية المستهلك وحقها في تمثيل المستهلك لدى الهيئات غير القضائية

*Consumer protection associations and their right to represent
the consumer In non-judicial bodies*

د. رزق الله المرير بن مهدي
جامعة عمار ثليجي الاغواط

د. غزالى نصيرة
جامعة عمار ثليجي الاغواط

ملخص: عرفت الجزائر تحولات اقتصادية كبيرة بدخولها نظام الاقتصاد الحر المبني على اقتصاد السوق والذي يعتمد بالأساس على القطاع الخاص، مما نتج عنه تنوع في السلع والخدمات أمام المستهلك، وبالنظر لجشع التجار والأعوان الاقتصاديين، أصدر المشرع الجزائري جملة من النصوص القانونية والتنظيمية لتوفير ضمانات قانونية كافية لحماية مصالح المستهلك، ومن بينها النص على إنشاء جمعيات لحماية المستهلك بموجب القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/18، والقانون رقم 06/12 المتعلق بالجمعيات، مشجعا عملها الجماعي سواء من خلال تبسيط الاجراءات القانونية لتكوينها، والاعتراف لها بالشخصية المعنوية ومنحها صلاحيات عديدة تساهم في حماية المستهلك، ومنحها حق تمثيل المستهلك في العديد من الهيئات، ومن خلال هذه الدراسة سنحاول دراسة الاطار القانوني لجمعيات حماية المستهلك، وكيف لها ان تمثل المستهلك لدى الهيئات الاستشارية والدولية؟

الكلمات المفتاحية: جمعية حماية المستهلك، العون الاقتصادي، المستهلك، الهيئات الاستشارية.

Abstract: Algeria has undergone major economic transformations with the advent of a free market economy based on the private sector, resulting in a diversity of goods and services to the consumer. Given the greed of economic traders and agents, the Algerian legislator issued a number of legal and regulatory texts to provide adequate legal guarantees to the consumer. In view of the greed of traders and economic agents. For the protection of consumer interests, including the provision for the establishment of consumer protection associations under Law N° 09/03 on Consumer Protection and the Suppression of Modified Fraud and supplemented by Act N° 18/09 and Law N° 12/06 concerning associations, encouraging their work either through streamlining The legal procedures for its formation, the recognition of the moral personality and granting it many powers that contribute to the protection of the consumer, and granting them the right to represent the consumer in many bodies. Through this study we will try to study the legal framework of consumer protection organizations and how to represent the consumer in non-judicial official bodies?

Keywords: Consumer Protection Association, Economic Aid, Consumer, Advisory Bodies

مقدمة:

بدخول الجزائر اقتصاد السوق المفتوح وتفتحها على الأسواق الخارجية، ونظرا لعدم كفاية أجهزة الدولة في توفير الحماية المطلوبة منها للمستهلكين، ولأن حماية المستهلك هي مسؤولية الجميع تدخل المشرع الجزائري واعترف لجمعيات حماية المستهلك بالكيان القانوني ومنحها حق التدخل الكامل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للدفاع عن المصالح الأساسية للمستهلكين، نتيجة الإهمال والقصور في حصول المستهلك على حقوقه ومن أجل حماية مصالحه كونه الطرف الضعيف في الحلقة الاستهلاكية، ظهرت جماعات منظمة غير رسمية في شكل تكتل مجموعة من الافراد لتكوين جمعيات حماية المستهلك، للاهتمام بشؤون المستهلك وحماية مصالحه المادية والمعنوية والدفاع عنها، وهو من ضمن الحقوق التي كرسها مختلف الدساتير الجزائرية، بالإضافة الى القوانين المختلفة المتعلقة بالجمعيات، وقد نص التشريع الاساسي الجزائري بموجب المادة 33 من دستور 1986 المعدل بدستور 28 نوفمبر 1996 بأن الدفاع عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون عن الطريق الفردي او عن طريق الجمعية.

ولأن تأسيس الجمعيات حق دستوري فقد كرسه مختلف الدساتير الجزائرية، فدستور 1986 فتح المجال على مصراعيه لإنشاء الجمعيات، وقد نصت المادة 41 منه على: "حرية التعبير وانشاء الجمعيات والاجتماع مضمون للمواطن"، وحسب المادة 43 منه فإن الحق في انشاء الجمعيات مضمون، والدولة تشجع ازدهار الحركة الجمعوية، ويحدد القانون شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات، ففي سنة 1987 اصدر المشرع الجزائري القانون الذي يعد الاساس القانوني لتأسيس الجمعيات بصفة عامة في الجزائر وهو القانون رقم 15/87 المتعلق بالجمعيات²²⁵، اما جمعيات حماية المستهلك فقد اعترفت المادة 23 من القانون 02/89 الصادر بتاريخ 07 فيفري 1989 الملغى²²⁶، بدور جمعيات حماية المستهلك والدفاع عن حقوق المستهلكين عن طريق رفع الدعاوى²²⁷، وفي سنة 1990 صدر القانون رقم 31/90 الذي يتعلق بالجمعيات²²⁸ الذي حسم الأمر في شأن انشاء الجمعيات، مؤكدا على حرية انشائها وتسهيل تشكيلها متخلياً عن شرط الاعتماد المنصوص عليه في القانون رقم 15/87 السالف الذكر،

كما ان المشرع الجزائري في سنة 2016 لم يتخلى عن الحق في انشاء الجمعيات بموجب دستور 2016 الذي نص في المادة 48 منه ان: "حرية التعبير، وانشاء الجمعيات، والاجتماع، مضمونة للمواطن".²²⁹، والمادة 54 منه: "حق انشاء

²²⁵ قانون رقم 15/87 مؤرخ في 25 ذي القعدة عام 1407 الموافق 21 يوليو سنة 1987، يتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 1987، الملغى.

²²⁶ قانون رقم 03/89 مؤرخ في اول رجب عام 1409 الموافق 07 فبراير سنة 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية العدد 154، الصادرة بتاريخ 08 فبراير 1989، الملغى بالقانون 03/09 المعدل والمتمم المذكور اعلاه.

²²⁷ المادة 12 من نفس القانون.

²²⁸ قانون رقم 31/90 مؤرخ في 17 جمادى الاولى عام 1411 الموافق 4 ديسمبر 1990، الجريدة الرسمية عدد 53، الصادرة بتاريخ 5 ديسمبر 1990، الملغى بموجب القانون رقم 06/12 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو 2012، الجريدة الرسمية عدد 33، الصادرة بتاريخ 15 يناير 2012.

²²⁹ قانون رقم 01/16 مؤرخ في 26 جمادى الاولى عام 1437 الموافق 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس سنة 2016.

الجمعيات مضمون. تشجع الدولة ازدهار الحركة الجموعية. يحدد القانون العضوي شروط وكيافيات انشاء الجمعيات.²³⁰،
صف الى ذلك ابقائه على حق الدفاع عن الحقوق والحريات الفردية والجماعية مضمونة اما عن من طرف الفرد او
الجمعية.²³¹

وتختلف الجمعيات حسب الهدف الذي انشأت من اجله، لكنهم جميعا يشتركون في عنصر المحافظة على المصلحة العامة، لذا سوف نقتصر في هذه الورقة البحثية على اعطاء المفهوم الفقهي والقانوني لجمعيات حماية المستهلك، وعن الشروط القانونية لتأسيسها، صف الى ذلك حقها في المستهلك لدى الهيئات الرسمية غير القضائية، من خلال معالجة الاشكالية التالية: فيما يمثل النظام القانوني لجمعيات حماية المستهلك؟ وكيف لها ان تمثل المستهلك لدى الهيئات الرسمية غير القضائية؟

ولمعالجة هذه الاشكالية اعتمدنا على المنهج التحليلي الذي يعتمد على تحليل النصوص القانونية، والذي يتخلله في بعض الاحيان المنهج المقارن من خلال تطرقنا الى مقارنة بعض النصوص القانونية الملغاة مع النصوص القانونية السارية المفعول.

وتهدف هذه الدراسة الى التعريف بجمعيات المستهلك كآلية وقائية لحماية مصالح المستهلك، وحقها في تمثيل المستهلك لدى السلطات الاستشارية والدولية، بموجب النصوص القانونية والتنظيمية التي اصدرها المشرع الجزائري لتوفير ضمانات قانونية كافية لحماية مصالح المستهلك.

المبحث الاول: مفهوم جمعيات حماية المستهلك

جمعيات حماية المستهلكين هي جمعيات ذات طابع اجتماعي لها مفهومها الخاص بها والذي يميزها عن باقي التنظيمات القانونية الاخرى، وهي تتمركز بين الفاعلين الثلاثة للسوق (المستهلكون الفرادى الذين تدافع عنهم وتمثلهم، المهنيون، والسلطات العمومية)²³²،

وهي تمثل الفعل الاجتماعي المنظم من قبل المستهلكين لتجسيد حق الاستماع لهم، وضمان جبر الضرر الذي لحق بهم من المتدخلين، وزيادة حقوق المستهلكين، عن طريق اتفاق مجموعة من الاشخاص الطبيعة او المعنوية لإنشاء جمعية قصد تحقيق هدف خيري غير مربح قد يكون عملا خيري، ثقافي، علمي، اجتماعي، حماية مجموعة من الاشخاص، او حماية مجال من مجالات البيئة...

²³⁰ المشرع الجزائري قد شدد الشروط القانونية لتأسيس الجمعيات، حيث اصبحت بموجب قانون عضوي بعد ما كان فقط بموجب قانون عادي، نظرا لأهمية القانون العضوي وخضوعه للرقابة السابقة من طرف المجلس الدستوري لإعطاء رايه، ومصادقة ثلثي اعضاء البرلمان وليس الحاضرين عليه ...، وقد تكون نية المشرع الجزائري تشديد اجراءات تأسيس الجمعيات هو الكم الهائل من الجمعيات التي تظل حبرا على ورق دون ادائها لدورها الاساسي وعدم نشاطها على ارض الواقع.

²³¹ انظر في ذلك المادة 39 من القانون رقم 01/16 مؤرخ في 26 جمادى الاولى عام 1437 الموافق 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس سنة 2016.

²³² دليل المستهلك الجزائري، وزارة التجارة، الجزائر، 2011، ص 24.

ان مفهوم جمعيات حماية المستهلكين خاص يقترن بطبيعة نشاطها والذي يميزها عن باقي الجمعيات، لأنها تسعى من خلال الاعمال التي تقوم بها الى حماية جميع اشخاص المجتمع، لان مفهوم المستهلك يشمل الاشخاص المعنوية والطبيعية المجردة من الطابع المهني وجعلها محل حماية قانونية²³³.

ويختلف مفهوم جمعيات حماية المستهلك حسب الجهة المعرفة له (المطلب الاول)، فالفقه يعطي تعريفا (الفرع الاول)، ويعرفها القانون بموجب نصوص قانونية (الفرع الثاني) الذي يشترط وجوب احترام شروط واجراءات قانونية لتأسيسها (المطلب الثاني)

المطلب الاول: التعريف الفقهي والتشريعي لجمعيات حماية المستهلك

اختلف رجال الفقه والتشريع في اعطاء تعريف موحد للجمعيات، الا انهم اتفقوا حول الهدف من انشاء الجمعيات وهو قصد تحقيق منفعة عامة (الغاية غير الربحية للجمعيات)، والجمعيات بصفة عامة في تعريفاتهم هي عبارة عن تشكيلات اجتماعية فاعلة ومنظمة تسعى الى اسس تطوعية غير ربحية لتحقيق اهداف عامة لمجموعة تعتمد اساليب الحكم الرشيد ضمن اطر قانونية تضمن الشفافية وحرية التشكيل، وهي اتفاق يضعه اكثر من اثنين من الأفراد بصفة دائمة معرفتهم او نشاطهم في خدمة هدف غير تحقيق الربح المادي .

الفرع الاول: التعريف الفقهي لجمعيات حماية المستهلك

وهي حسب تعريف الفقه: " كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة زمنية معينة او غير معينة تتألف من اشخاص طبيعية او بغرض عدم الحصول على ربح مادي"²³⁴.

وتعرف جمعيات حماية المستهلك من حيث الهدف الذي انشأت من اجله بانها: " هيئات غير حكومية، تطوعية لا تهدف الى تحقيق ارباح، يؤسسها نشطاء من افراد المجتمع المدني باختلاف ثقافتهم واختصاصاتهم، غايتها حماية حقوق المستهلك من الممارسات المخلة بحقوقه وضمان الدفاع عنها عن طريق تنويره وتوعيته بما له وما عليه من حقوق وواجبات ورفع الدعاوى القضائية نيابة عنه ضد طمع التجار وجشع المحتكرين"²³⁵.

ان لجمعيات حماية المستهلك اهمية كبيرة باعتبارها احدى مؤسسات المجتمع المدني التي تقوم بتقديم خدمات لجمهور المستهلكين، وتوفير الحماية اللازمة لهم عن طريق توعيتهم واستقبال شكواهم والتحقق فيها لدى الجهات

²³³ انظر في ذلك نص المادة 02 من القانون رقم 03/09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 08 مارس سنة 2009، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/18 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018، الجريدة الرسمية العدد 35، الصادرة بتاريخ 13 يونيو 2018، والمادة 03 من القانون رقم 02/04 مؤرخ في 5 جمادى الاولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو سنة 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 مؤرخ في 5 رمضان عام 1431، الموافق 15 اوت سنة 2010، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 18 اوت سنة 2010.

²³⁴ بوطيب بن ناصر: النظام القانوني للجمعيات في الجزائر- فراءة نقدية في ضوء القانون 06/12، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة، العدد العاشر، جانفي 2014، ص 254.

²³⁵ خيرة بن سالم: دور الجمعيات في حماية المستهلك، جغام محمد، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع عشر، افريل، ص 163.

المختصة²³⁶. وتعد جمعيات حماية المستهلك من أهم اصناف الجمعيات لأنها تعالج قضايا أكبر طائفة على الإطلاق هي طائفة المستهلكين الذين يمثلون الناس جميعا والذين تكتلوا في شكل جمعيات بعيدة عن أي تأثير سياسي، ويعود ظهورها الى عدم كفاية اجهزة الدولة في توفير الحماية المطلوبة منها للمستهلكين²³⁷.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي لجمعيات حماية المستهلك

قبل صدور القانون رقم 06/12 السالف الذكر لم يعرف المشرع الجزائري الجمعية بل اكتفى بالنص على الدور الذي تلعبه جمعيات حماية المستهلك المنشأة طبقا للقانون بموجب المادتين 12 الفقرة 2 والمادة 23 من القانون رقم 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى، لكنه بصور القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم السالف الذكر عرفها بانها: "جمعية حماية المستهلك هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف الى ضمان حماية المستهلك من خلال اعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله." طبقا لنص المادة 21 منه.

اعطى المشرع الجزائري تعريفا عاما للجمعية يصلح لجميع الجمعيات سواء كانت لحماية المستهلك او غيرها طبقا للقانون رقم 06/12 المتعلق بالجمعيات²³⁸ وهي:

"تجمع اشخاص طبيعيين و/ أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة، مشتركين في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعا ولغرض غير مربح²³⁹ من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها لا سيما في المجال المهني والاجتماعي، والعلمي، والديني، والتربوي، والثقافي، والرياضي، والبيئي، والخيري والإنساني، والزم التشريع تحديد موضوع الجمعية بدقة، وتسميتها التي يجب ان تكون لها علاقة بموضوع نشاطها، الذي يجب أن يندرج ضمن الصالح العام وأن لا يكون مخالفا للثوابت والقيم الوطنية والنظام العام والآداب العامة وأحكام القوانين والتنظيمات المعمول بها."

المطلب الثاني: الشروط القانونية لتأسيس جمعيات المستهلك

ان اول شرط اشترطه المشرع الجزائري لإنشاء الجمعيات هو الهدف من تأسيسها الذي يجب ان يكون غير مخالف للثوابت والقيم الوطنية والنظام العام والآداب العامة، واحكام القوانين والتنظيمات المعمول بها²⁴⁰، والا كان عقد تأسيسها باطلا لعدم مشروعية سبب انشاؤها طبقا لما نصت عليه المادة 97 من القانون المدني، وتأسس الجمعية من اشخاص طبيعيين و/ او معنوية، اذ تؤسس الجمعية البلدية من 10 اعضاء، الجمعية الولائية من 15 عضوا منبثقين عن بلديتين على الاقل،

²³⁶ زاهية حورية سي يوسف: دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك، مجلة الحقيقة، جامعة احمد دراية، ادرار، الجزائر، العدد 34، سبتمبر 2015، ص 287.

²³⁷ نادية طريف، فواز لجلط: دور جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن حقوق المستهلكين، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع عشر، افريل 2017، ص 178 و 179.

²³⁸ المادة 02 من القانون رقم 06/12 مؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير سنة 2012، يتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية العدد 02، الصادرة بتاريخ 15 يناير 2012.

²³⁹ لكن هذا المبدأ غير مطلق بحيث منح المشرع الجزائري بموجب المادة 29 من القانون رقم 06/12 اقامة نشاطات لتوفير بعض الارباح لاستخدامها في تحقيق اهدافها المسطرة، ويمنع اقتسام الارباح بين اعضائها او استخدامها لأغراض أخرى غير المحددة قانونا طبقا لما نصت عليه المادة 31 من نفس القانون.

²⁴⁰ انظر في ذلك المادة 04/02 من القانون رقم 06/12 المتعلق بالجمعيات السالف الذكر.

الجمعيات ما بين الولايات عدد اعضائها 21 منبثقين عن ثلاثة ولايات على الاقل، الجمعيات الوطنية عدد اعضائها 25 عضو منبثقين عن 12 ولاية على الاقل²⁴¹.

وقد اشترط القانون رقم 06/12 السالف الذكر مراعاة اجراءات شكلية لتأسيس جمعيات حماية المستهلك خلافا لما كان منصوص عليه في القانون رقم 02/89 الذي كان يلزم الاعتماد المسبق لتأسيس الجمعية، وهما التصريح التأسيسي المسبق وتسليم التسجيل، اذ يودع التصريح مرفوقا بكل الوثائق التأسيسية لدى المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للجمعيات البلدية، والولاية بالنسبة للجمعيات الولائية، والوزارة المكلفة بالداخلية بالنسبة للجمعيات الوطنية او ما بين الولايات، ويتم تسليم وصل التسجيل من قبل الهيئات التي اودع فيها²⁴²، وبمجرد تسليم التصريح التأسيسي تصبح الجمعية معتمدة قانونا ومعترف لها بالشخصية المعنوية²⁴³، الذي يترتب عليه تمتعها بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان²⁴⁴.

المبحث الثاني: تمثيل جمعيات حماية المستهلك للمستهلك لدى الهيئات الاستشارية والمنظمة الدولية للمستهلكين

بموجب النصوص القانونية والتنظيمية يحق لجمعيات حماية المستهلك تمثيل المستهلك لدى الهيئات الرسمية (الهيئات الاستشارية والمنظمات الدولية) لتفعيل دورها واعطائها صلاحية تمثيلة امام بعض الهيئات الاستشارية المختصة الساهرة على حماية صحة ومصالح المستهلك وتحسين ظروف معيشته، اذ تقوم بمتابعة ومعالجة الشكاوي المقدمة اليها واحالتها الى الجهات الرسمية المختصة، تطبيقا لحق المستهلك في سماع رايه والذي هو من اهم حقوقه الاساسية²⁴⁵ (المطلب الاول)، .

المطلب الاول: جمعيات حماية المستهلك وحققها في تمثيل المستهلك لدى الهيئات الاستشارية

لجمعيات حماية المستهلك حق تمثيل المستهلك امام وزارة التجارة باعتبارها صاحبة الاختصاص الاصيل في حماية المستهلك، من خلال المصالح التابعة لها على المستوى المركزي وهي مديرية الجودة والاستهلاك التابعة للمديرية العامة لضبط النشاطات وتنظيمها، التي تتفرع عنها المديرية الفرعية لترقية الجودة وحماية المستهلك، وكذا تمثيل المستهلك لدى الهيئات اللامركزية من خلال التعاون مع المديرية الولائية للتجارة ممثلة في المكتب المكلف بترقية الجودة والعلاقات مع الجمعيات التابعة لمصلحة الجودة وقمع الغش²⁴⁶.

²⁴¹ المادة 06 من نفس القانون رقم 06/12.

²⁴² انظر في ذلك المواد 07 و08 و09 من نفس القانون.

²⁴³ نصت على ذلك المادة 17 من القانون 06/12 السالف الذكر بان الجمعية تكتسب الشخصية المعنوية والاهلية المدنية بمجرد تأسيسها، والذي يترتب عليه حقها في القيام بالتصرف لدى الغير ولدى الادارات العمومية، وحق التقاضي.

244 المادتين 49 و50 من قانون رقم 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428، الموافق 13 مايو سنة 2007، يعدل ويتمم الامر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 13 مايو سنة 2007.

²⁴⁵ نوال بن لحرش: جمعيات حماية المستهلك في الجزائر- دور وفعالية-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، قسم القانون العام، فرع التنظيم للاقتصادي، جامعة قسنطينة-1، 2012/2013، ص 98.

²⁴⁶ نوال بن لحرش : مرجع سابق، ص 101.

كما يحق لجمعيات حماية المستهلك المشاركة في اعداد سياسة الاستهلاك بحضور ممثلي الجمعيات في الهيئات الاستشارية، وهوما يسمح لهم بالتعبير عن اهدافهم وتشجيع الحوار والتشاور مع السلطات الاستشارية كالعضوية في المجلس الوطني لحماية المستهلكين، والمجلس الوطني للتقييس، والتمثيل في المجلس الاعلى لاعتماد اجهزة تقييم المطابقة...²⁴⁷

الفرع الاول: عضوية جمعيات حماية المستهلك في المجلس الوطني لحماية المستهلكين

يمثل المستهلكين في هذه الهيئة الاستشارية ممثل واحد (01) عن كل جمعية حماية المستهلك المؤسسة قانونا حسب نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 355/12 المؤرخ في 02 اكتوبر سنة 2012 المحدد لتشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، الذي يشترط فيهم أن يكونوا حاصلين على شهادة دراسات عليا أو شهادة لها علاقة بحماية المستهلك²⁴⁸، وحسب نص المادة لم يحدد المشرع الجزائري عدد ممثلي الجمعيات بل تركه مفتوح، وهذا شيء ايجابي يعزز دور الجمعيات اذا ما استغلته جمعيات حماية المستهلك فتكون نسبة تمثيل الجمعيات في المجلس هي الاكبر بالنظر للعدد الكبير لجمعيات حماية المستهلك المؤسسة قانونا، ضف الى ذلك ان رئيس المجلس منتخب من بين ممثلي جمعيات حماية المستهلك²⁴⁹.

الفرع الثاني: عضوية جمعيات حماية المستهلك في مجلس المنافسة

يمثل المستهلك في مجلس المنافسة الذي يهتم بالدرجة الاولى بتنظيم المنافسة والتي تعود بشكل غير مباشر بالفائدة على حماية مصالح المستهلك²⁵⁰، عضوان مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلك وفقا لنص المادة 24 من القانون رقم 03/03 المتضمن قانون المنافسة²⁵¹ المعدلة بالمادة 10 من القانون رقم 12/08، وهم يمثلان ما نسبته 6/1 من تشكيلة مجلس المنافسة، وهي نسبة مقبولة ومعتبرة، لاسيما ان نائب رئيس المجلس يختار من بين ممثلان جمعيات حماية المستهلك طبقا للمادة 25 من القانون 12/08 المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03 السالف الذكر.

ضف الى حق جمعيات حماية المستهلك بتمثيل المستهلك لدى مجلس المنافسة فقد منحها القانون الحق في محاربة الممارسات المنافية، برفع الدعاوى أمام المحاكم المختصة بإبطال أي التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بالاتفاقات المنافية للممارسة أو التعسف في استخدام وضعية الهيمنة على السوق، طبقا للمادة 44 من الامر رقم 03/03 المذكور اعلاه في اخطار مجلس المنافسة باي قضية تمس الممارسات المقيدة للمنافسة والتي من شأنها ان تضر بصفة غير مباشرة بمصالح المستهلك.

²⁴⁷ ارزقي زويبر: **حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع "المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 208.

²⁴⁸ المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 355/12 المؤرخ في 16 ذي القعدة عام 1433 الموافق 02 اكتوبر سنة 2012، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، الجريدة الرسمية العدد 56، الصادرة بتاريخ 11 اكتوبر سنة 2012.

²⁴⁹ المادة 11 من نفس المرسوم.

²⁵⁰ بن قويدر زبيري: **دور الجمعيات في حماية المستهلك**، مجلة البحوث السياسية والادارية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد الثالث، المجلد الاول، ديسمبر 2106، ص 180.

²⁵¹ الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جمادي الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم قانون رقم 12/08 مؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق 25 يونيو سنة 2008، الجريدة الرسمية العدد 36، الصادرة بتاريخ 02 يوليو 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/10 مؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 18 غشت 2010.

الفرع الثالث: عضوية جمعيات حماية المستهلك في لجنة البنود التعسفية

تتكون لجنة البنود التعسفية²⁵² حسب نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المعدلة للمادة من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المذكور اعلاه من عدة اعضاء من بينهم ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود الذين يمثلون المستهلك بصفة غير مباشرة في هذه اللجنة²⁵³.

ويتم اخطار اللجنة باي شرط تعسفي وارد في العقد المبرم بين المستهلك والمهني وفقا لنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 التي تنص :
"يمكن اللجنة ان تخطر من تلقاء نفسها او تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل ادارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين او كل مؤسسة اخرى لها مصلحة في ذلك."

الفرع الرابع: عضوية جمعيات حماية المستهلك في اللجنة الوطنية للمدونة الغذائية و اجهزة التقييس

يمثل المستهلك في هذه اللجنة التي انشأت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 67/05، والتي يرأسها وزير التجارة والمشكلة من 10 وزارات، ويشترط فيه ان يكون له تكوين علمي له علاقة بمهام اللجنة، وبهذه عضوية يعتبر تمثيل المستهلك ضعيف بالنسبة للعدد الاجمالي للجنة، الامر الذي يجعل من مشاركة المستهلكين محدودة وقليل الفعالية في لجنة تهتم بجودة المواد الغذائية والسلامة الصحية للمستهلك.

كما يحق لجمعيات حماية المستهلك تمثيل المستهلك لدى المجلس الوطني للتقييس ممثل واحد عن جمعيات حماية المستهلك الذي يتكون من 28 عضوا ممثلي 21 وزارة، ممثل عن جمعيات حماية البيئة، ممثل عن الغرفة الوطنية للفلاحة، ممثل عن الغرفة الجزائرية للتجارة، و04 ممثلين عن جمعيات ارباب العمل²⁵⁴، و ما يلاحظ على تشكيلة المجلس ان تمثيل المستهلكين ضعيف ومحتشم بالنظر الى ممثلي ارباب العمل وباقي الادارات الاخرى.

كما نجد جمعيات حماية المستهلك من بين اعضاء اللجان التقنية الوطنية، والتي تشكل من ممثلي المؤسسات والهيئات العمومية، والمتعاملين الاقتصاديين، وجمعيات حماية المستهلك والبيئة وجميع الاطراف الاخرى المعنية، ولقد ترك المشرع الجزائري المجال مفتوحا لممثلي جمعيات حماية المستهلك بعدم النص على عدد الاعضاء²⁵⁵.

²⁵² هي لجنة استشارية تعمل على اكتشاف وحذف جميع البنود التعسفية وغير القانونية في العقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين.

²⁵³ ما يلاحظ قبل تعديل المادة 08 في سنة 2006 ان المشرع الجزائري كان يشترط في جمعيات حماية المستهلك من خلال تمثيلها في لجنة البنود التعسفية ان تكون الجمعية ذات طابع وطني، وفي تعديله في سنة 2008 بموجب المادة 02 لم يشترط اي طابع للجمعيات فتركه على عموم جمعيات المستهلك، صف الى انه قلص من نسبة تمثيل ممثلي الجمعيات فبعدما كانت عضوان من مجموع 07 اعضاء، اصبحت 02 عضوان من مجموع 07 اعضاء.

²⁵⁴ المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 464/05 مؤرخ في 04 ذي القعدة عام 1426 الموافق 06 ديسمبر سنة 2005، يتعلق بتنظيم التقييس وسيره، الجريدة الرسمية العدد 80، الصادرة بتاريخ 11 ديسمبر 2005.

²⁵⁵ المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 464/05.

الفرع الخامس: عضوية جمعيات حماية المستهلك في اللجان المهنية

تتمثل اللجان المهنية في اللجنة المهنية المشتركة للحليب، واللجنة المهنية للحبوب، واللجنة المهنية المشتركة للحليب هي هيئة استشارية أنشأت لدى الديوان المهني للحليب ومشتقاته بموجب المرسوم التنفيذي رقم 247/97 المؤرخ في 08 جويلية 1997 المتضمن انشاء الديوان المهني للحليب ومشتقاته، مهمتها ابداء الآراء والتوصيات التي تتعلق بالسياسة العامة لفرع الحليب، تنظيم الاسواق...، والتي تشكل من ممثلي السلطات العمومية المعنية، وممثلي المستهلكين.²⁵⁶

واللجنة المهنية للحبوب هي هيئة استشارية لدى الديوان الجزائري المهني للحبوب، مهمتها ابداء آرائها وتوصياتها في المسائل المتعلقة بالسياسة العامة للحبوب، تنظيم حملات الحصاد والدرس، وتنظيم السوق وتحديد الاسعار، تتكون من ممثلي السلطات العمومية المعنية وممثلي المستهلكين، وجميع الفئات المهنية للفرع.²⁵⁷

المطلب الثاني: تمثيل المستهلك لدى المنظمة الدولية للمستهلكين

تسعى جمعيات حماية المستهلك الى تمثيل مصالح المستهلك على المستوى الدولي، والعمل على مد يد المساعدة للدول النامية وتشجيعها على تطوير برامجها في مجال حماية المستهلك عن طريق وكالات الامم المتحدة وباي وسيلة اخرى، وتقوم كذلك على بث الاعلام المتعلق بالنصوص القانونية والتنظيمية والممارسات حول الاستهلاك عبر العالم لتربية وارشاد المستهلك على الوعي الاستهلاكي.

ومن بين الهيئات الدولية التي يحق لجمعيات حماية المستهلك تمثيل المستهلك لديها المنظمة الدولية للمستهلكين التي انشأت في افريل 1960 والتي تضم جمعيات حماية المستهلكين لمختلف الدول، بمبادرة من رئيس اتحاد المستهلكين في الولايات المتحدة الامريكية، والتي يديرها مجلس يتكون من 15 عضوا²⁵⁸ يتمتع بوضع مستشار لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي لمنظمة الامم المتحدة، ومنظمة الامم المتحدة للثقافة والعلوم، ومنظمة التغذية العالمية،

وتتمثل صلاحياتها في التصديق ومساعدة وترقية الجهود الحقيقية للتنظيم الذاتي للمستهلكين عبر العالم، والجهود الحكومية، لتطوير مصالح المستهلكين وترقية التعاون الدولي في مجال التجارب المقارنة للأموال والخدمات، وتسهيل تبادل المناهج ومخططات التجربة، والحفاظ على الروابط الوثيقة مع وكالات الامم المتحدة والمنظمات الدولية الاخرى التي تسعى الى تمثيل مصالح المستهلك على المستوى الدولي، وللمنظمة ان تقوم بعقد ملتقيات دولية لإعلام المستهلك واطلاعه على كل المواضيع المرتبطة بمصالحه.²⁵⁹

²⁵⁶ انظر في ذلك المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 247/97 مؤرخ في 03 ربيع الاول عام 1418 الموافق 08 يوليو سنة 1997، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 09 يوليو 1997، المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 157/99 مؤرخ في 07 ربيع الثاني عام 1420 الموافق 20 يوليو سنة 1999، الجريدة الرسمية العدد 49، الصادرة بتاريخ 25 يوليو 1999.

²⁵⁷ المادة 22 و 23 من المرسوم التنفيذي رقم 74/97 مؤرخ في 15 ذي القعدة عام 1417 الموافق 23 مارس سنة 1997، يحدد القانون الاساسي للديوان المهني للحبوب، الجريدة الرسمية العدد 20، الصادرة بتاريخ 07 افريل 1997.

²⁵⁸ بن قويدر زيبيري: مرجع سابق، ص 180 و 181.

²⁵⁹ نفس المرجع، ص 181.

الخاتمة:

نخلص في نهاية هذه الدراسة ان ظهور جمعيات حماية المستهلك جاء متأخرا بالمقارنة مع النقابات والأحزاب والمنظمات غير الحكومية، ويبقى حق تمثيلها للمستهلك لدى الهيئات غير القضائية محتشم بالنظر الى طبيعة الادارات التي ينحصر عملها في العمل الاستشاري وتبقى آرائها غير ملزمة مما يضعف من دورها في صنع القرارات التي من شأنها حماية المستهلك، لكن هذا لا يمنع بان تمثيل جمعيات حماية المستهلك يحقق نوع من الديمقراطية واضفاء مبدا الشفافية في صنع واتخاذ القرارات في مجال حماية المستهلك.

ومن بين النتائج المتوصل اليها:

- حسن فعل المشرع الجزائري حين تولى على شرط الاعتماد الذي كان منصوص عليه في القانون الملغى رقم 15/87، والذي اصبح بموجب القانون رقم 06/12 السالف الذكر يشترط مراعاة اجراء ان شكليان لتأسيس جمعيات حماية المستهلك وهما التصريح التأسيسي المسبق وتسليم التسجيل.
- اما التوصيات التي نقترحها لزيادة فعالية ودور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك فتتمثل في:
 - الرفع من عدد ممثلي جمعيات المستهلك في كل الهيئات الاستشارية.
 - النص على الزامية الاخذ بالآراء التي تصدرها الهيئات الاستشارية التي تسعى الى حماية المستهلك.
 - اشراك جمعيات حماية المستهلك في جميع الهيئات الحكومية المكلفة بحماية المستهلك.
 - منحها العديد من الصلاحيات كالحق في الرقابة وتسهيل عملية دخولها الى المحلات والمؤسسات الانتاجية كهيئة رقابية.

قائمة المراجع

أولاً: الرسائل والطرولات الجامعية:

1. ارزقي زوبر: حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع "المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
2. نوال بن لحرش : جمعيات حماية المستهلك في الجزائر- دور وفعالية-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، قسم القانون العام، فرع التنظيم لاقتصادي، جامعة قسنطينة-1، 2012/2013.

ثانياً: المقالات العلمية:

1. بن قويدر زبيري: دور الجمعيات في حماية المستهلك، مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد الأول، العدد الثالث، ديسمبر 2106.
2. بوطيب بن ناصر: النظام القانوني للجمعيات في الجزائر- فراءة نقدية في ضوء القانون 06/12-، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد العاشر، جانفي 2014.
3. زاهية حورية سي يوسف: دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك، مجلة الحقيقة، جامعة احمد دراية، ادرار، الجزائر، العدد 34، سبتمبر 2015.
4. خيرة بن سالم ، جغام محمد: دور الجمعيات في حماية المستهلك، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، العدد الرابع عشر، افريل 2017.
5. نادية ظريفي، فواز لجلط: دور جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن حقوق المستهلكين، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع عشر، افريل 2017.

ثالثاً: النصوص القانونية:

أ. القوانين:

1. قانون رقم 15/87 مؤرخ في 25 ذي القعدة عام 1407 الموافق 21 يوليو سنة 1987، يتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 1987، الملغى.
2. قانون رقم 03/89 مؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق 07 فبراير سنة 1989 ، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ، الجريدة الرسمية العدد 154، الصادرة بتاريخ 08 فبراير 1989، الملغى بالقانون 03/09 المعدل والمتمم.
3. قانون رقم 31/90 مؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1411 الموافق 4 ديسمبر 1990، الجريدة الرسمية عدد 53، الصادرة بتاريخ 5 ديسمبر 1990، الملغى بموجب القانون رقم 06/12 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو 2012 ، الجريدة الرسمية عدد 33، الصادرة بتاريخ 15 يناير 2012.

4. قانون رقم 02/04 مؤرخ في 5 جمادى الاولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو سنة 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 مؤرخ في 5 رمضان عام 1431، الموافق 15 اوت سنة 2010، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 18 اوت سنة 2010.
5. قانون رقم 04/04 مؤرخ في 05 جمادى الاولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يتعلق بالتقييس، الجريدة الرسمية العدد 41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو سنة 2004، المعدل والمتمم.
6. قانون رقم 05 /07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428، الموافق 13 مايو سنة 2007، يعدل ويتمم الامر رقم 58 /75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 13 مايو سنة 2007.
7. قانون رقم 03/09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 08 مارس سنة 2009، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/18 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018، الجريدة الرسمية العدد 35، الصادرة بتاريخ 13 يونيو 2018.
8. قانون رقم 05/10 مؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 18 غشت 2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003.
9. قانون رقم 06/12 مؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير سنة 2012، يتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية العدد 02، الصادرة بتاريخ 15 يناير 2012.
10. قانون رقم 01/16 مؤرخ في 26 جمادى الاولى عام 1437 الموافق 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس سنة 2016.

المراسيم التنفيذية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 464/05 مؤرخ في 04 ذي القعدة عام 1426 الموافق 06 ديسمبر سنة 2005، يتعلق بتنظيم التقييس وسيره، الجريدة الرسمية العدد 80، الصادرة بتاريخ 11 ديسمبر 2005.
2. مرسوم تنفيذي رقم 355/12 المؤرخ في 16 ذي القعدة عام 1433 الموافق 02 أكتوبر سنة 2012، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، الجريدة الرسمية العدد 56، الصادرة بتاريخ 11 أكتوبر سنة 2012.

حظر البيع بأسعار مخفضة تعسفيا

د. عيورد شيد

مخبر القانون الإقتصادي و البيئة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة وهران 2 محمد بن احمد - الجزائر

الملخص:

يطبق قانون المنافسة إذا كان التصرف يضر بالمنافسة، لذا يمنع المشرع، في المادة 12 من قانون المنافسة رقم 03-03 الصادر بتاريخ 20 جويلية 2003 المعدل والمتمم، عرض الأسعار أو ممارسات أسعار بيع مخفضة تعسفيا بالنسبة لتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى التصدي إلى المؤسسات أو المنتجات للدخول إلى السوق.

وضع المشرع لمن يخالف قواعد المنع عقوبات مختلفة، فمنها ما ينطبق به مجلس المنافسة، ومنها ما يمكن أن ينطبق به القضاء المدني، التجاري والجزائي. في هذا الاتجاه كل من القانون الفرنسي والقانون الأوروبي.

الكلمات المفتاحية:

قانون المنافسة، السوق، السعر المنخفض تعسفيا، المؤسسة، عقوبات، مجلس المنافسة.

Résumé :

Le droit de la concurrence est applicable si le comportement litigieux est susceptible d'affecter le marché. C'est pourquoi le législateur, à travers l'article 12 de la loi n°03-03 du 20 juillet 2003 relative à la concurrence, interdit les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation ou de commercialisation dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché, ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.

Il est prévu pour cette prohibition des sanctions diverses. Certaines sont prononcées par le conseil de la concurrence, elles peuvent aussi être prononcées par les juridictions civiles, commerciales et pénales. En ce sens également le droit français et le droit européen.

Les Mots clés :

Droit de la concurrence, marché, prix abusivement bas, une entreprise, sanctions, le conseil de la concurrence,

المقدمة :

لضمان "مبدأ حرية الأسعار" لكل عون اقتصادي⁽²⁶⁰⁾ يرغب في الدخول في السوق لبيع منتجاته وتقديم خدماته، نظم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 20 يونيو 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون رقم 12-08 المؤرخ في 02-07-2008⁽²⁶¹⁾، والقانون رقم 05-10 المؤرخ في 18 أوة 2010⁽²⁶²⁾، القواعد القانونية التي تحكم الممارسات السعرية الصحيحة والمشروعة في السوق بطرحه مبدأ حرية تحديد الأسعار عن طريق المنافسة ومنعه الممارسات السعرية المقيدة للمنافسة التي قد يلجأ إليها الأعوان الاقتصاديون الذين ينشطون في نفس السوق أو جزء هام منها.

هذا ما جسده المشرع في هذا الأمر في الفصل الأول المعنون "بحرية الأسعار" وفي الفصل الثاني المعنون "بالممارسات المقيدة للمنافسة" من الباب الثاني المعنون "بمبادئ المنافسة". حيث جاء النص على حظر الأعوان الاقتصاديين منتجين وموزعين من اللجوء إلى الممارسات السعرية المقيدة للمنافسة ومن بينها البيع بأسعار مخفضة تعسفيا الذي هو موضوع بحثنا.

إن المنافسة بالأسعار القائمة على قواعد السوق من عرض وطلب هي ضرورية للسير الحسن للسوق. غير أنه قد يحدث أن لا يحترم الأعوان الاقتصاديين هذه القواعد فيقومون ببيع المنتجات الكثيرة الاستهلاك بأسعار أقل من تكلفتها الحقيقية لكي يجلبون عددا كبيرا من الزبائن مما يقضي على المنافسة. وحرسا من المشرع للقضاء على هذه التلاعبات والتحايلات في خفض الأسعار ولتحقيق المساواة بين المتنافسين في السوق وضع قواعد قانونية صارمة ينظم بها البيع بأسعار مخفضة تعسفيا⁽²⁶³⁾.

يمنع المشرع الجزائري ممارسات بعض كبار التجار والمؤسسات باتفاقاتها مع غيرها وهيمنتها على السوق ببيع منتوجها بأسعار مخفضة تعسفيا. فما هو مجال تطبيق البيع بأسعار مخفضة تعسفيا، ماهي شروطه؟ وما هي الآثار المترتبة عند الإخلال بأحكامه؟.

ولالإجابة على هذا الإشكال، نتطرق في القسم الأول إلى "مجال وشروط حظر البيع بأسعار مخفضة تعسفيا" ثم نتطرق في القسم الثاني إلى "الآثار المترتبة عند الإخلال بإحكام المنع بالبيع بأسعار مخفضة تعسفيا".

القسم الأول: مجال وشروط حظر البيع بأسعار مخفضة تعسفيا:

يجب أن نتطرق إلى تعريف البيع بأسعار مخفضة تعسفيا (أ) قبل التطرق إلى مجال تطبيقه (ب) ثم إلى شروطه (ج).

²⁶⁰ تعرف المادة 3، فقرة الأولى من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 2004/06/23 المتعلق بقواعد تطبيق الممارسات

التجارية، العون الاقتصادي بأنه: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمة أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها .

²⁶¹ ج ر ج العدد 36 الصادرة بتاريخ 2008/07/02.

²⁶² ج ر ج العدد 43 الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2010.

²⁶³ الأمر رقم 03-03 الصادر بتاريخ 2003/07/20 المتعلق بالمنافسة، ج ر ج العدد 43، المعدل والمتمم بالقانون رقم 12-08 الصادر بتاريخ 2008/06/25، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 الصادر بتاريخ 2010/08/15 العدد 41 المؤرخ في 2010/08/15.

أ- تعريف السعر المنخفض تعسفياً:

تعرف المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽²⁶⁴⁾، حسب هذا النص يحظر عرض الأسعار أو ممارسات أسعار بيع مخفضة تعسفياً بالنسبة لتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى التصدي إلى المؤسسات أو لمنتجات للدخول للسوق. وفي هذا الاتجاه القانون الفرنسي، المادة L.420-5 من القانون التجاري المماثلة للمادة 12 من القانون الجزائري⁽²⁶⁵⁾.

ويقصد بالسعر المنخفض تعسفياً، السعر المنخفض بالنسبة لشعر التكلفة للسلع والخدمات أي مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق للموزع.

فيما يخص تكاليف الإنتاج يتعلق الأمر بسعر شراء المواد الأولية التي صنعت بها السلعة زائد أجر العمال الذين حققوا صناعة المنتج وكل التكاليف التي لها علاقة بصناعة السلعة. أما تكاليف التحويل يقصد بها عملية مثلاً تقطيع اللحوم التي تأتي قبل بيعها والتي تكلف الموزع. كما أن تكاليف التسويق يعني بها مصاريف التخزين ورفع السلع لنقلها من مكان إلى آخر، وكل المصاريف المتعلقة بوضع السلعة للجمهور.

ونظراً لغموض النص، ولتوضيحه يمكننا الرجوع والأخذ بما جاء به مجلس المنافسة الفرنسي في هذا الموضوع. فعرف هذا الأخير "السعر المنخفض تعسفياً بتعريف "le prix prédateur" ويقصد به "السعر الأقل من معدل الأسعار المتقلبة، أي الأسعار المتقلبة حسب الكميات المنتجة"⁽²⁶⁶⁾. وهذا ما قرره كل من القضاء الفرنسي⁽²⁶⁷⁾ والقضاء الأوروبي⁽²⁶⁸⁾ اللذان اعتبرا "أن السعر المنخفض تعسفياً غير شرعي إذا كان أقل من معدل الأسعار المتقلبة"⁽²⁶⁹⁾.

إن هذا التعريف يبدو قريب من التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة. وحسبنا ما فعل المشرع بحظره ممارسة أسعار مخفضة تعسفياً لأنها تفقد هيكل السوق المعنية توازنه مما يؤدي إلى سد طريق دخول المؤسسات إلى السوق أو إقصاءها منها حتى لا تنافسها وتبقى وحدها المهيمنة على السوق⁽²⁷⁰⁾.

²⁶⁴- تنص المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 20/07/2003 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق".

²⁶⁵- En ce sens le droit français, article L.4-20-5 du code de commerce qui interdit les « offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coût de production, de transformation ou de commercialisation dès lors que ces offres au pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché, ou d'empêcher d'accéder à un marche une entreprise ou l'un de ses produits ».

²⁶⁶- le Memento commercial, Concurrence Consommation, 2016, ed Francis LEFEBVRE, p129.

²⁶⁷- Cass.com- 4 février 1997, Bocc du 25 mars, cité par le mémento commercial, op.cit, n°422.

²⁶⁸- CJCE du 3/07/1991, JOCE, C62/86.

²⁶⁹- Cons.conc, 23/10/2002, n°02-D-64 : « dans l'hypothèse ou une entreprise pratique un prix de vente inférieur ou coût variable, la preuve de la volonté d'éviction résulte de plein droit de la mise en œuvre de cette pratique ».

²⁷⁰- Boutard labard Marie, chantal et autres, l'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, LGDJ, Paris, 2008, p261.

ب- مجال حظر تطبيق البيع بأسعار مخفضة تعسفياً:

فمن هم الأشخاص المعنيون بهذا المنع؟ وماذا يريد المشرع بحظره عروض الأسعار أو ممارسات أسعار بيع مخفضة تعسفياً، هل تخص السلع فقط أو كذلك الخدمات؟

1- الأشخاص المعنيون بالحظر

يفهم من نص المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 20 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة⁽²⁷¹⁾، أن الأشخاص المعنية بهذا الحظر هي كل الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية، أي الأشخاص بمفهوم المادة 2 من الأمر رقم 03-03 السالف الذكر المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 18 أوت سنة 2010⁽²⁷²⁾.

حسب هذه المادة يقصد بالأشخاص، الأشخاص المنتجون الذين يقومون بنشاطات الإنتاج بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية ومن يقومون بنشاطات التوزيع ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية، وكذلك النشاطات التي يقوم بها الأشخاص المعنوية العمومية والجمعيات والمنظمات المهنية.

يفهم من نص المادتين السالفتين الذكر، أن أصحاب العروض هم الموزعون للمنتجات المصنعة أو المحولة من طرفهم. كما يدخل في مجال تطبيق منع ممارسات البيع بأسعار مخفضة تعسفياً المنتجون الذين يصلون مباشرة بالمستهلك، على سبيل المثال البيع بالمراسلة وبيع الحرفيين والمنظمات والجمعيات.

كما أن المنع يطبق على المؤسسات الخاصة والمؤسسات العامة، فيما يخص نشاطاتهم الإنتاجية والتوزيعية والخاضعة لقواعد القانون التجاري⁽²⁷³⁾. ويفهم من نص المادة 12 من الأمر 03-03 أن حظر عروض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة تعسفياً موجهة "للمستهلكين".

ماذا يريد المشرع بعارة "المستهلك"؟

هل يقصد به المستهلك بمفهوم المادة 3 فقرة 1 من قانون الاستهلاك رقم 03-09 المؤرخ في 25/02/2009⁽²⁷⁴⁾ بمعنى الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتحصل على سلعة أو خدمة يستعملها نهائياً لحاجته الشخصية أو لحاجة غيره أو حيوان يتكفل بدفع مقابل أو مجاناً.

أو يمكن فهمه بما جاء به مجلس باريس في تعريفه "للمستهلك" في إطار تنظيم الأسعار المخفضة تعسفياً بأنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ليست له خبرة خاصة في الميدان الذي يتعاقد فيه لتلبية حاجته الخاصة ويستعمل لهذا الهدف وحده السلعة أو الخدمة المتحصل عليها"⁽²⁷⁵⁾.

²⁷¹ - ج ر ج، العدد 43 المؤرخ في 20 يوليو 2003.

²⁷² - ج ر ج، العدد 46 المؤرخ في 18 أوت 2010.

²⁷³ - في هذا الاتجاه القانون الفرنسي، المادة L.410-1 من قانون التجاري.

²⁷⁴ - القانون رقم 03-09 بتاريخ 25/05/2009. ج ر ج العدد 15 بتاريخ 08/03/2009.

²⁷⁵ - CA, Paris, 1re ch, Sect.H,3 juil 1998, RJDA 12/98 Bocc du 16 « la cour d'appel de Paris définit le consommateur dans le cadre de la réglementation des prix abusivement bas comme étant « la personne physique ou morale qui sans expérience

لذا نستنتج من التعريفين أن المستهلك هو الشخص الذي ليست له خبرة في موضوع العقد الذي يقبل على إبرامه للحصول على حاجته الخاصة به من سلعة أو خدمة⁽²⁷⁶⁾.

وفي هذا الإطار يرى الفقه "أن المشتري للقطاع العام لا يمكن اعتباره مستهلكا لما يقدم خدماته ليلبي حاجات غيره لأنه غالبا يتمتع بالخبرة التي لا يتمتع بها المستهلك العادي⁽²⁷⁷⁾".

2- السلع والخدمات المعنية بالخطر:

هل المشرع الجزائري باستعماله في المادة 12 من الأمر رقم 03-03 عبارات "أسعار بيع- تكاليف الإنتاج - التحويل والتسويق" يعني أن المنع للبيع بأسعار مخفضة تعسفا يخص فقط السلع دون الخدمات؟

يبدو من عمومية نص المادة 12 من الأمر رقم 03-03 أن عروض الأسعار وممارسات أسعار بيع مخفضة تعسفا يقصد بها السلع والخدمات موضوع الإنتاج والتحويل والتسويق الموجهة للمستهلك وشريطة أن تكون في مجال تنافسي⁽²⁷⁸⁾. يفهم من عبارات نص المادة 12 "بعروض الأسعار وممارسة أسعار بيع للمستهلكين" أن الحظر يتعلق بعروض البيع والإعلانات الإشهارية لأسعار بيع مخفضة تعسفا. فعبرة "بيع" تشتمل السلع وكذلك الخدمات على عكس البيع بخسارة.

لذا ممارسات البيع بأسعار مخفضة تعسفا لا يمكن خضوعها لقواعد منع إعادة البيع بخسارة ونظرا كذلك لأن هذه العملية الأخيرة تستوجب إعادة بيع السلع على حالها، بينما البيع بأسعار مخفضة تعسفا تكون السلعة المعروضة للبيع تم إنتاجها وتحويلها وتسويقها.

في هذا الاتجاه مجلس المنافسة الفرنسي الذي يعتبر المادة 5-420 L من القانون التجاري "ترمي إلى الأموال والخدمات التي كانت موضوع عملية الإنتاج والتحويل والتسويق من التجار لعرضها على المستهلك النهائي"⁽²⁷⁹⁾. وهكذا وسع كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي مجال حظر البيع بأسعار مخفضة تعسفا شريطة أن توفر بعض الشروط.

ج- شروط تطبيق حظر في البيع بأسعار مخفضة تعسفا:

يفهم من نص المادة 12 من الأمر رقم 03-03 أن الخطر يطبق إذا توفر شرطان:

particulière dans le domaine ou elle contacte agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilisé dans ce seul but le produit ou le service acquis ».

²⁷⁶- Boutard Labard M.Chantal et autres, application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, LGDJ, Paris 2008 p257 et S.

- Zouaïnia.R, Droit de la concurrence, edition Belkeise, 2012, p116 et S.

²⁷⁷- CA Paris, Cons.conc 15-11 2007 n°07-D-38.

²⁷⁸- J.B.Blaise, droit des affaires, éd lextenso, LGDJ, 2011, p476.

²⁷⁹- المادة 1-410 L من القانون الخارجي الفرنسي هي جاءت بتوسيع مجال تطبيق حظر البيع بأسعار مخفضة تعسفا بالنسبة للسلع وكذلك الخدمات.

- Conc.avis 97-A-18 du 8 juill 1997, Bocc du 17 sept, cité par mémento commercial, Concurrence Consommation, 2015 2016, ed. Francis LEFEBVRE p126.

في هذا الاتجاه، تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة 2013، ص232.

- إذا كان سعر البيع مخفضا كثيرا مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق.
- إذا كان الهدف من عملية البيع منع مؤسسة ومنتجاتها من الدخول إلى السوق.

لكن قبل التطرق إلى هذين الشرطين لابد أن نتساءل، أي سوق تعني المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة؟

1- السوق المرجعي Le marché de reference

لمعاقبة الممارسة المقيدة للمنافسة المتعلقة بالبيع بأسعار مخفضة تعسفيا لابد أن يكون لها أثر على السوق.

بمفهوم الفقه تعرف السوق بالمكان الذي يلتقي فيه العرض والطلب لمنتج أو خدمة معينة⁽²⁸⁰⁾، وتحدد السوق، حسب المادة 3 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽²⁸¹⁾، بالسلع والخدمات التي يعتبرها المستهلك تعويضية لتلبية حاجته بسبب مميزاتها أو أسعارها أو الاستعمال الذي خصصت له، وبالمناطق الجغرافية التي تلبى فيها حاجته أو تتوفر فيها هذه السلع أو الخدمات.

ويعرف مجلس المنافسة الفرنسي السوق المرجعي في إطار حظر السعر المنخفض تعسفيا "بالسوق أين يؤخذ بعين الاعتبار لتقييم أثر تقييد المنافسة للبيع بسعر مخفض تعسفيا بمكان التقاء العرض والطلب لمنتج معين"⁽²⁸²⁾.

ويفهم مما سلف أنه لتطبيق الحظر المنصوص عليه في المادة 12 من الأمر رقم 03-03 على غرار المادة L.420-5 من القانون التجاري الفرنسي "تعتبر غير شرعية الأسعار التي يكون تأثيرها على السوق المرجعي يحرم المؤسسة من المنافسة أي من المنفعة التي كان من المفروض أن تحصل عليها من هذه المنافسة القوية: يستنتج... أن مجلس المنافسة يمكنه تطبيقا لقضائه، أن متجر يبيع اللحوم أو المخبزة المتواجدان قرب متجر كبير الذي يبيع نفس المنتجات والتي لا يوجد بينهما عائق لتنتقل المستهلكين أنهم في نفس السوق وأن المستهلك له الخيار في أحد الموزعين منهما"⁽²⁸³⁾.

2- سعر البيع مخفضا تعسفيا:

يجب أن يكون سعر البيع مخفضا جدا بالنسبة لتكاليف إنتاجه وتحويله من البائع. ومعنى هذا أن نص المادة 12 من الأمر رقم 03-03 لا ينطبق على المنتجات التي يعاد بيعها على حالها وإنما يخص فقط المنتجات التي يبيعها الموزع بعدما قام بتحويلها بنفسه كطهي الخبز وتقطيعه، وقطع اللحوم والأسماك وتحضيرها⁽²⁸⁴⁾.

يقدر السعر البيع التعسفي بالنسبة لسعر التكلفة للبائع وليس بالنسبة للأسعار الممارسة من طرف المتنافسين.

تقدر التكاليف بالرجوع إلى فواتير الشراء للموزع، فيكون سعر البيع تعسفيا إذا كان "مصدر تحديد هذا السعر هدفه زعزعة السوق والضرر بأحد المتنافسين"⁽²⁸⁵⁾.

²⁸⁰ - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، منشورات بغدادي 2010، ص 45 وما بعدها.

²⁸¹ - ج ر ج العدد 43 المؤرخ في 20 يوليو 2003.

²⁸² - لامي القانون الاقتصادي 2001، رقم 1447.

²⁸³ - Daniel Mainguy et Malo Depincé, droit de la concurrence, lexis Nexis SA, 2015, p312.

²⁸⁴ - M.Malaurie-Vignal, la revente à perte, un tournement de la France, contrats conc.consom, Juin 2005, p210 et S.

²⁸⁵ - Idem.

3- استبعاد متنافس أو المنتج من السوق:

يشترط ليكون البيع بأسعار منخفضة تعسفياً محظور، أن يهدف إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجها من الدخول إلى السوق⁽²⁸⁶⁾. أي تحظر ممارسة سعر البيع مخفضاً تعسفياً إذا كان الهدف منها إقصاء أو منع مؤسسة أو أحد منتوجاتها الدخول إلى السوق.

وهذا قد يظهر، كما يرى الفقه "من ممارستها للسياسة أسعار مختلفة عن سياستها التجارية العادية بدون سبب يبرر ذلك أو إذا كان قصدها إقصاء منافس في السوق. هذا الاستبعاد يكون بين كبار الموزعين فيما بينهم كأن يمارس موزع سعر منخفض جداً ليظل محافظاً على مكانته في السوق نظراً لحصته أو قدراته المالية ولهياكله التجارية. هذه الممارسة من طبيعتها تستبعد من السوق الموزعين الذين لا يملكون لوسائل تمكنهم من مواجهة هذه الممارسة التجارية"⁽²⁸⁷⁾.

في هذا الاتجاه القانون الفرنسي، المادة L.420-5 من القانون التجاري التي تعاقب كل مساس بعون اقتصادي في حالة تنافسية مع مرتكب لممارسة البيع بسعر منخفض تعسفياً.

ويتعلق الأمر بالأشخاص المعنوية والطبيعية والمنظمات المهنية والأشخاص العامة التي تمارس نشاطات الإنتاج والتوزيع التي تخضع لقواعد القانون التجاري⁽²⁸⁸⁾ سواء ارتكبت أو ارتكب عليها ممارسات بيع بأسعار مخفضة تعسفياً.

يمكن القول أنه إذا اجتمعت الشروط المنصوص عليها في المادة 12 "إبعاد مؤسسة" أو "عرقلة أحد منتوجاتها" تحظر ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين وتعتبر ممارسات مقيدة للمنافسة بحكم دمج نص المادة 12 في الفصل الثاني المعنون "الممارسات المقيدة للمنافسة" من الباب الثاني تحت عنوان "مبادئ المنافسة" من جهة

وبحكم المادة 14 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽²⁸⁹⁾، التي تنص صراحة على أن هذه الممارسات التي خص لها المشرع نص المادة 12 لمنعها تعتبر ممارسات مقيدة للمنافسة.

وفي هذا الاتجاه القانون الفرنسي المادة L.420-5 al 1er من القانون التجاري، المماثل لنص المادة 12 من قانون المنافسة الجزائري، الذي يعتبر الممارسة منافية للمنافسة، وعليه تخضع هذه الممارسات للجزاء المقرر للممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري والجزاء المقرر للممارسات المنافية للمنافسة في القانون الفرنسي.

القسم الثاني: الآثار المترتبة عند الإخلال بأحكام المنع

يترتب عن الإخلال بأحكام منع البيع بأسعار مخفضة تعسفياً الضرر بالسوق (أ) ويترتب الجزاء اتجاه مرتكبي هذا البيع (ب).

- L.Vogel, droit de la concurrence, SAS Lawlex, Paris, 2012, p 5470 et S.

²⁸⁶ - R.Bout, Bruschi.M, Luby-Gaucher.M et Poillot-Peruzettoéd, Wolters Kluwer, Paris 2016, p1081 et S.

²⁸⁷ Cons.con 31-1-2001, n°2000-D-70, Francis, op.cit, p1084 et S.

²⁸⁸ Article L.410-1 du code de commerce français, ed 2016.

²⁸⁹ - تنص المادة 14 من الأمر رقم 03-03 الصادر بتاريخ 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة على أنه: "تعتبر الممارسات المنصوص عليها في المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أغله ممارسات مقيدة للمنافسة".

أ- الضرر بالسوق:

إن البيع بأسعار مخفضة تعسفيا هي ممارسة ضد المنافسة، فهو تصرف لا يترك مكان للمنافسة، لذا القانون يمنع⁽²⁹⁰⁾ تصرفات المؤسسات التي تعرقل حرية سير المنافسة في السوق، لأن المؤسسة المهيمنة أو المتفقة مع غيرها لاستعمالها البيع بأسعار مخفضة تعسفيا تكون في وضعية قوية اقتصاديا، وبالتالي تكون لها سلطة على السوق تمكنها من عرقلة المنافسة الفعلية في السوق المعنية.

إذا يجب أن يهدف الاتفاق أو التعسف في وضعية الهيمنة للبيع بأسعار مخفضة تعسفيا إلى تقييد المنافسة حتى يكون له تأثير على السوق المعنية.

ويقصد بممارسة بيع بأسعار مخفضة تعسفيا أن المؤسسة التي هي في وضعية هيمنة تمارس أسعار بيع أقل من سعر التكلفة لمدة زمنية كافية لإقصاء المنافسين لها سواء الموجودين في السوق المعنية أو بمنع دخولهم إليها. فبتصرفها هذا تؤثر المؤسسات على هيكل السوق وتضر بالمنافسة.

هذا ما يراه الفقه: "إن البيع بخسارة أو بأسعار مخفضة تعسفيا بشكل ممارسة مقيدة للحرية التنافسية، الهدف منها إزاحة المنافسين الآخرين والسيطرة على السوق والعودة بعد ذلك إلى السعر العادي وإن لم يكن كثر ارتفاعا كتدارك هامش الخسارة"⁽²⁹¹⁾.

أن البيع بأسعار مخفضة تعسفيا يحلق ضررا خطيرا للاقتصاد، وبالتالي للمنافسين وفي النهاية المستهلكين. وإن كان يبدو من نص المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽²⁹²⁾، وعلى غرار المادة L.420-5 من القانون التجاري الفرنسي⁽²⁹³⁾، وقضاء الاتحاد الأوروبي⁽²⁹⁴⁾، أن المؤسسة التي تمارس بيع بأسعار مخفضة تعسفيا تتعامل مباشرة مع المستهلك

²⁹⁰ - LN.Vullierme, droit de la concurrence, 2^e edition Vuibert, 2012, p207 : « l'interdiction du prix abusivement bas ne fait guère l'unanimité. Certains y décèlent un retour, au dirigisme des prix. Elle vise en réalité « les effets bilatéraux de la revente à perte ». Nécessitant une analyse du marché la preuve de sa violation est difficile à apporter ».

²⁹¹ - محمد تيورسي، فكرة النظام العامة كنقطة التقاء بين قواعد المنافسة والحرية التعاقدية، ملتقى مخر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة بلقايد، تلمسان، عام 2007، ص232.

²⁹² - تنص المادة 12 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه: "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجها من الدخول إلى السوق".

²⁹³ - Selon l'article L.420-5 du code de commerce français : « sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits... ».

²⁹⁴ - CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BVC/Commission aff.C-62/86, Rec. 1-33.59, point 72 : selon le juge « ces prix (abusivement bas) peuvent, en effet écarter du marché des entreprises, qui sont peut être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite ».

إلا أن في الواقع تسعى المؤسسة من البيع بأسعار مخفضة تعسفا إلى الاستحواد على أكبر عدد من الزبائن للمؤسسات المنافسة لها.

كما أن البيع بأسعار مخفضة تعسفا في إطار الاتفاقات أو التعسف في وضعية الهيمنة يقصى بالمؤسسات الضعيفة التي تمارس نفس النشاط الاقتصادي من سوق المنتجات المعنية، لأن هذه المؤسسات لا يمكنها أن تصف أسعارها بالأسعار المخفضة المتداولة في السوق، مما يدفع بها إلى الانسحاب من السوق المعنية أو عدم دخول منتوجها إليها⁽²⁹⁵⁾. بالتالي تحتكر السوق من المؤسسات المهيمنة أو المتفقة على البيع بأسعار مخفضة تعسفا، فتكون لها سلطة عليها بخروج منافسيها من السوق. هذا ما يؤدي بالضرر بالمستهلك الذي يوهم إليه أن هذا البيع في صالحه بينما هو خطير ومضر له لأن البيع بأسعار مخفضة تعسفا ينقص من اختيار المستهلكين ويشجع على تصاف الأسعار.

فهو مجرد بيع بتخفيض مصطنع للأسعار لمنتوج أو منتوجات معينة يصحب غالبا بزيادة في أسعار منتوجات مقابلة.

كما أن، بعد خروج منافسيها من السوق، المعنية، تسعى المؤسسات لتعويض ما فاتتها من كسب وما خاسرته من البيع بالتخفيض المبالغ فيه المصطنع، بعرضها لنفس المنتوجات بأسعار مرتفعة⁽²⁹⁶⁾.

أمام هذه الوضعية، يجد المستهلك نفسه مضطرا لاقتنائها وشراءها بالسعر المرتفع.

فبمحاربة هذه الممارسات، مجلس المنافسة وعلى غرار سلطة المنافسة في فرنسا ولجنة المنافسة في الاتحاد الأوروبي تحمي المستهلك سواء كان ضحية مباشرة أو غير مباشرة للاتفاقات أو التعسف في وضعية الهيمنة للبيع بأسعار مخفضة تعسفا. لذا وضع كل من المشرع الجزائري، الفرنسي والأوروبي نصا صريحا يمنع فيه البيع بأسعار مخفضة تعسفا، وجزاء صارما لكل من يخالف أحكام المنع.

ب- جزاء الإخلال بأحكام المنع:

الجزاء قد يكون إداريا أو قد يكون قضائيا.

1- الجزاء الإداري:

الجزاء الإداري هو الجزاء المتمثل في العقوبات المالية والأمر يوقف البيع بأسعار مخفضة تعسفا، التي ينطق بها مجلس المنافسة في الجزائر أو سلطة المنافسة في فرنسا، أو لجنة المنافسة في الاتحاد الأوروبي، لمعاقبة مرتكبي البيع بأسعار مخفضة تعسفا، كأن تقوم مؤسسة أو عدة مؤسسات ذات كيان واحد وهي في وضعية هيمنة في السوق بممارسة بيع بأسعار مخفضة تعسفا حتى تتمكن من تقوية وضعيتها في السوق المعنية أو كأن تتفق عدة مؤسسات على البيع بأسعار مخفضة تعسفا للقضاء على المنافسة أو تحديدها فيما بينهم أو اتجاه الغير في السوق.

²⁹⁵- في هذا الاتجاه، تيورسي محمد، المرجع السابق، ص233.

²⁹⁶- في هذا الاتجاه، تيورسي محمد، المرجع السابق، ص232. "تعرض بعض السلع والمنتجات للبيع بأسعار زهيدة، لكن في الوقت ذاته - بالتوازي- تعرض سلع بأسعار معقولة بل بهوامش ربح معتبر، إذن، فالعملية الأولى لا تعدو أن تكون بمثابة فخ وإغراء للزبون الذي ينساق وراء هذا العرض....".

بالنسبة للعقوبات المالية، يحدد المشرع الجزائري سقف مبلغ الغرامة المالية، في المادة 56 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽²⁹⁷⁾، المعدل والمتمم بالقانون رقم 12-08 المؤرخ في 02/07/2008 السالفين الذكر. يقدر سقف مبلغ الغرامة المالية على مرتكبي البيع بأسعار منخفضة تعسفيا المحظور 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة أو تكون في حدود غرامة تساوي على الأقل ضعف الربح الذي تحصل عليه من البيع بأسعار منخفضة تعسفيا في إطار الاتفاقات أو التعسف في وضعية الهيمنة المقيدة للمنافسة شريطة أن لا تفوق هذه الغرامة المالية أربعة أضعاف ما تحقق من ربح. وحسب نفس هذه المادة، يقدر سقف مبلغ الغرامة المالية لمرتكبي نفس المخالفة الذين لا يملكون رقم أعمال محدد بست ملايين دينار⁽²⁹⁸⁾.

أما إذا لم تكتمل السنة المالية لمؤسسة موضوع النزاع، تحسب العقوبة المالية حسب رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق في الجزائر في مدة النشاط المنجز، المادة 62 مكرر من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة والمتممة بالقانون رقم 12-08 السالفين الذكر.

يجب الإشارة إلى أن العقوبات المقررة في المادتين 56 و62 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، يجب أن تكون متناسبة ومتوازنة مع خطورة الممارسة المرتكبة⁽²⁹⁹⁾، وخاصة مع الضرر الذي لحق بالاقتصاد والفوائد المجمعة من طرف مرتكبي البيع بأسعار منخفضة تعسفيا ومدى تعاون المؤسسات المتهممة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية وأهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق⁽³⁰⁰⁾.

كما أن المشرع الجزائري يعاقب الشخص الطبيعي الذي كانت له مساهمة في ارتكاب وتنفيذ البيع بأسعار منخفضة تعسفيا عن طريق الاتفاقات أو التعسف في وضعية الهيمنة المقيدة للمنافسة بعقوبة مالية قدرها مليوني دينار⁽³⁰¹⁾.

وفي هذا الاتجاه المشرع الفرنسي الذي يحدد سقف مبلغ العقوبة المالية بالنسبة للمؤسسات بـ 10% من رقم الأعمال العالمي من غير الرسوم للسنة المالية المقفلة⁽³⁰²⁾، على غرار المشرع الأوروبي.

أما غير المؤسسات، فسقف مبلغ العقوبة المالية سبع مائة وخمسون ألف أورو (750.000 أورو)، أو ثلاث ملايين أورو حسب الأحوال، المادة 4 L.464-2a من القانون التجاري الفرنسي.

يلاحظ مما سلف أن المشرع الجزائري، الفرنسي والأوروبي وضعوا عقوبات مالية صارمة لحماية المتضررين من ممارسات البيع بأسعار منخفضة تعسفيا. لكن منحوا كذلك لمرتكبي هذه المخالفات بجانب الحقوق الكلاسيكي للدفاع حقوق حديثة تمكنهم تجنب هذه العقوبات الثقيلة أو على الأقل تخفيفها.

²⁹⁷ - الأمر رقم 03-03، السالف الذكر.

²⁹⁸ - المادة 56 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة والمتممة ج ر ج العدد 36 الصادرة بتاريخ 02/07/2008.

²⁹⁹ - Ence Sens, L.N Vullierme, droit de la concurrence, 2^e éd.Vuibert, 2014-2015, p229 et S.

³⁰⁰ - المادة 62 مكر 1 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون رقم 12-08 بتاريخ 25/06/2008 ج ر ج العدد 36 بتاريخ 02/07/2008.

³⁰¹ - المادة 57 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة ج ر ج العدد 43 المؤرخة في 20/07/2003.

³⁰² - المادة 4 L.464-2, I, a من القانون التجاري الفرنسي.

فيمكن للأطراف التبليغ على اتفاقاتهم على البيع بأسعار منخفضة تعسفا للاستفادة من إجراء الرأفة⁽³⁰³⁾، وهذا ما تنص عليه المادة 60 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، الخاصة بإجراء الرأفة التي تنص على أنه: "يمكن لمجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر...".

كما يمكن لمجلس المنافسة أو سلطة المنافسة أو لجنة المنافسة وقف الاعتداء على المنافسة في السوق بصور أمر بوقف البيع بأسعار منخفضة تعسفا لمرتكبيها في الآجال المحددة.

حسب المادة 45 فقرة 2 والمادة 58 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، يمكن لمجلس المنافسة النطق بعقوبات تهديدية في حدود مبلغ مائة ألف دينار عن كل يوم تأخير لتطبيق الأوامر والإجراءات المؤقتة في الآجال المحددة.

وفي هذا الاتجاه الوضع في فرنسا بحكم الأمر المؤرخ في 2004/12/04 الذي يسمح لسلطة المنافسة النطق بغرامات تهديدية في حدود 5% من رقم الأعمال اليومي المتوسط عن كل يوم تأخير ابتداء في الآجال المحددة لإلزامهم بتنفيذ القرار أو لاحترام التدابير التحفظية.

وفق المادة 45 فقرة 2، يستطيع مجلس المنافسة الأمر بنشر قراره أو مستخرجا منه في النشرة الرسمية للمنافسة⁽³⁰⁴⁾ أو توزيعه أو تعليقه، ويمكن على غرار سلطة المنافسة أن يكون قرار مجلس المنافسة له نشر موسع: في مجلة يومية أو خاصة، في التقرير السنوي وفي الموقع الانترنت لمجلس المنافسة.

وبهذا يتحدد دور مجلس المنافسة لترك للقضاء دوره في تسليط الجزاء.

الجزاء القضائي:

يقصد بالجزاء القضائي: جزاء القضاء المدني وجزاء القضاء الجزائي.

فيما يخص جزاء القضاء المدني، لابد من الرجوع إلى المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي بموجبها يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدية يتعلق بالبيع بأسعار منخفضة تعسفا كممارسة محظورة بموجب المادة 12 من نفس الأمر. وفي هذا الاتجاه كل من قانون المنافسة الفرنسي المادة 3-420.1 من القانون التجاري وقانون المنافسة للاتحاد الأوروبي، المادة 101 فقرة 2 TFUE.

حسب المادة 48 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة السالف الذكر، يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي متضرر من البيع بأسعار منخفضة تعسفا في إطار الاتفاقات أو التعسف في وضعية الهيمنة المحظورين رفع دعوى أمام القضاء المختص أي القضاء المدني أو التجاري.

³⁰³- يعرف الفقه إجراء الرأفة بالتخفيض أو الإعفاء من العقوبة المالية إذا اعترفت المؤسسة بارتكابها اتفاقات أو تعسف في وضعية الهيمنة المقيدة للمنافسة وقدمت معلومات خاصة بهذه الممارسات المحظورة تمكن مجلس المنافسة الخوض في التحقيق في النزاع.

³⁰⁴- Bulletin officiel algérien de la concurrence, 2016.

على غرار هذه المادة، المادة L.420-3 من القانون التجاري، الفرنسي التي تمنح للقاضي المدني بطلان العقد⁽³⁰⁵⁾، وطلب التعويض. حيث يمكن للمتضررين من البيع بأسعار مخفضة تعسفا عن طريق الاتفاقات أو التعسف في وضعية الهيمنة المحظورين، زيادة على طلب البطلان، طلب التعويض على ما لحقهم من أضرار تطبيقا للقواعد العامة، المادة 124 من القانون المدني⁽³⁰⁶⁾ الجزائري المماثلة للمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي.

أي يمكن للمتضررين من البيع بأسعار مخفضة تعسفا رفع دعوى التعويض أمام المحاكم المدنية أو التجارية على ما أصابهم من خسارة وما فاتهم من كسب لإقصاءهم من السوق جراء البيع بأسعار مخفضة تعسفا.

لكن هل يمكن للمتضررين متابعة الشخص الطبيعي جزئيا الذي باحتياله الشخصي والمؤثر يُنظم اتفاقات أو التعسف في وضعية الهيمنة للبيع بأسعار منخفضة تعسفا؟

فيما يخص المشرع الجزائري لم يأخذ به ولم ينص عليه إطلاقا وهذا على عكس ما جاء به المشرع الفرنسي الذي خص له نصا صريحا، المادة L.420-6 ق ت ف.

حسب هذا النص، يعاقب بالحبس وبالغرامة كل شخص طبيعي باحتياله الشخصي والمؤثر في تنظيم اتفاقات وتعسف في وضعية الهيمنة للبيع بأسعار مخفضة تعسفا، المحظورين بحكم المادتين L.420-1 ق ت ف و L.420-2 ق ت ف. كما أنه كذلك يعاقب جزائيا بالغرامة فقط الشخص المعنوي بحكم القانون رقم 2004-204.

الخاتمة :

وأخيرا يمكننا القول، أنه يشترط ليكون البيع بأسعار منخفضة تعسفا محظور، أن يهدف إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجها من الدخول إلى السوق.

لذا كان المشرع صارما بوضع قواعد تراقب الممارسات السعرية في السوق حتى لا تتضرر المنافسة.

³⁰⁵- البطلان المطلق الماس بالنظام العام حسب قواعد الشريعة العامة.

³⁰⁶- تنص المادة 124 ق م ج على أنه: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطاءه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

قائمة المراجع

أولاً : المراجع باللغة العربية

التشريع الجزائري حسب التسلسل التاريخي
الأوامر والنصوص القانونية

1. الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية المؤرخة في 11 يونيو 1966، العدد 49، الصفحة 702، المعدل والمتمم.
2. الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، العدد 78، الصفحة 990.
3. الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، العدد 101، الصفحة 1306، المعدل والمتمم.
4. المرسوم التشريعي رقم 08-93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم للأمر رقم 59-75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري، ج ر بتاريخ 1993/04/27، العدد 64، ص 03.
5. الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 20 يوليو 2003، العدد 43، الصفحة 25.
6. القانون رقم 02-04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 27 يونيو 2004، العدد 41، الصفحة 3.
7. القانون رقم 10-05، المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، ج ر ج العدد 44 المؤرخة في 2005/06/26، ص 24.
8. القانون رقم 12-08، المؤرخ في 25 يوليو 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2 يوليو 2008، العدد 36، الصفحة 11.
9. القانون رقم 05-10، المؤرخ في 15 غشت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة في 18 غشت 2010، العدد 46، الصفحة 10.
10. القانون رقم 06-10، المؤرخ في 15 غشت 2010، يعدل ويتمم القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 18 غشت 2010، العدد 46، الصفحة 1

المراجع باللغة العربية

11. محمد شريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، منشورات بغدادي، الرويبة، الجزائر، 2010.
12. محمد تيورسي، فكرة النظام العامة كنقطة التقاء بين قواعد المنافسة والحرية التعاقدية، ملتقى مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة بلقايد، تلمسان، عام 2007.

1. L.N Vullierme, droit de la concurrence, 2^e éd.Vuibert, 2014-2015.
2. M.Malaurie-Vignal, droit de la concurrence interne et communautaire, Armand Colin, 2005.
3. Zouainia R., droit de la concurrence ed Belkeis 2012.
4. R.Bout, Bruschi.M, Luby-Gaucher.M et Poillot-Peruzettoéd, Wolters Kluwer, Paris 2016
5. Boutard labard Marie, chantal et autres, l'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, LGDJ, Paris, 2008,
6. J.B.Blaise, droit des affaires, éd lextenso, LGDJ, 2011
7. Daniel Mainguy et Malo Depincé, droit de la concurrence, lexis Nexis SA, 2015.

الإدارة الاقتصادية التدريجية :

المراكز الجهوية للاستثمار من مرحلة التأسيس والتأصيل،

إلى مرحلة الإصلاح والتكديس.

(قداة أولية في قانون رقم 18.47)

محمد اقرقز

دكتور في القانون العام

جامعة عبد الملك السعدي بطنجة

إطار وزارة الداخلية

إذا كان الخطاب الملكي لأكتوبر 1999، والذي حدد فيه جلالة الملك التوجهات الكبرى للسلطة عبر تبني مفهوم جديد لها من خلال رسم المعالم الأساسية لفلسفة هذا المفهوم وأبعاده، فقد تم الإعلان عن بعده الاقتصادي أيضا بمبادرة ملكية تجسدت في الرسالة الملكية المتعلقة بالتدبير اللامركز للاستثمار في 09 يناير 2002، والتي تضمنت إجراءات عملية لتسريع وثيرة الاستثمار . ومنذ دخول قانون الإطار رقم 95.18 الذي يعتبر بمثابة ميثاق للاستثمار حيز التنفيذ سنة 1996³⁰⁷، والسلطات العمومية تعمل على تشجيع الاستثمار والمبادرة الخاصة من خلال جملة من الإجراءات ذات الطبيعة التنظيمية والتشريعية، فضلا عن حوافز ضريبية وجمركية. وإذا كان الوضع بداية قد فرض ضرورة تحمل سلطات اللاتركيز الإداري مهمة خدمة شروط الاستثمار، وهو ما سرع بإحداث المراكز الجهوية للاستثمار كإجراء عملي قصد تبسيط المساطر الإدارية المرتبطة به مع تخويل السادة الولاية والعمال صلاحيات مهمة في هذا المجال كمرحلة أولى. إلا أن الممارسة العملية لمدة زمنية تجاوزت 16 سنة فرضت من جديد وبإلحاح عملية إصلاح ومواكبة، بعد الوقوف على مكتسبات التجربة ومثبطاتها التطبيقية.

فالاستثمار يشكل إحدى الآليات الأساسية للفعل الاقتصادي في وقتنا الراهن،³⁰⁸ والعنصر القادر على الدفع بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية جراء تأثيراته المباشرة على هاته المجالات ولا ارتباطه المؤسساتي، الاقتصادي والاجتماعي بالدولة. كما أن هناك قناعة جماعية لدى جل الباحثين والفاعلين في مجال التنمية بأن الاستثمار له مكانة أساسية في ضمان التوازن الضروري بين الإنسان ومحيطه الثقافي والاجتماعي، وهو ما دفع جلالة الملك يعلن في خطاب سامي له بأن النموذج التنموي الوطني أصبح غير قادر على الحد من الفوارق بين الفئات ومن التفاوتات المجالية، وعلى تحقيق العدالة

³⁰⁷ ظهير شريف رقم 213.95.1 صادر في 14 من جمادى الآخرة 1416 (8 نوفمبر 1995) بتنفيذ القانون الإطار رقم 95.18 بمثابة ميثاق للاستثمارات، الجريدة الرسمية عدد 4335 بتاريخ 1995/11/29، صفحة 3030.

³⁰⁸ محمد اقرقز : الإدارة الاقتصادية الترابية اللامركزية: مؤسسة العامل بين الضبط الأمني والدور التنموي – دراسة سوسيو قانونية، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، الموسم الجامعي 2007-2008

الاجتماعية³⁰⁹. حيث أن دوره لا يقتصر فقط في المساهمة في خلق قاعدة إنتاجية في البلد المستثمر فيه، بل يهدف إلى القضاء على البطالة وإنعاش فرص الشغل التي يحدثها في إطار خلق الشروط الموضوعية لإقلاع اقتصادي قادر على التنافسية وتحقيق فائض يساعد على بلورة سياسية اجتماعية تتمحور حول ميكانيزمات تتجلى في بناء ميثاق اجتماعي جديد من شأنه تمكين المغرب من بناء مجتمع دينامي ومتماسك.³¹⁰

فمن هنا يبرز الدور الاجتماعي للاستثمار، من خلال الاهتمام بمشاريع البنية الأساسية ذات الوظيفة الاجتماعية أو ما يعرف بالاستثمار في الهيكل الاجتماعي الأساسي.

ولعالجة هذا الموضوع سوف نتطرق لنقطتين أساسيتين، عبر محورين إثنيين:

المحور الأول : الهاجس الإقتصادي للرسالة الملكية حول التدبير الاقتصادي اللامتمركز.

المحور الثاني : قراءة أولية في قانون رقم 18.47.

المحور الأول : الهاجس الاقتصادي للرسالة الملكية حول التدبير الاقتصادي اللامتمركز.

لقد ظل الهاجس الاقتصادي قطب الرحى في سياسة جلالة الملك منذ توليه العرش وذلك بهدف الحد من التهميش والإقصاء والتفكير المادي³¹¹ ولإعطاء دفعة جديدة للاستثمار تم الإعلان عن إنشاء لجنة خبراء تحت الرئاسة الفعلية لجلالته، انطلاقاً من خطابه ل 12 أكتوبر 1999، قصد الإلمام بمواطن الخلل وتجاوز الصعاب التي تواجه المستثمرين في علاقتهم بالإدارة. كما تم الربط بين تحفيز الاستثمارات الخاصة الوطنية والدولية، ومسألة تبسيط الإجراءات والمساطر الإدارية بشكل متكرر ووفق مسلسل كرونولوجي في عدة مناسبات يمكن أن نذكر منها مثلاً :

- الرسالة الملكية الموجهة الى المشاركين في ندوة دعم الأخلاقيات بالمرق العام، بتاريخ 29 أكتوبر 1999، وكذلك في خطاب افتتاح أشغال المجلس الأعلى للإنعاش الوطني والتخطيط بتاريخ 03 ماي 2000، والخطاب الملكي بمناسبة السنة التشريعية الجديدة للبرلمان بتاريخ 13 أكتوبر 2000، والذي دعا فيه لجلالته إلى إحداث شبك وحيد على مستوى الجهة مختص بالاستثمار، ثم خطاب العرش ل 30 يوليوز 2001 الذي جاء فيه :

"... فإننا نلح على ضرورة إجراء إصلاح إداري عميق وفق منهجية متدرجة ومتأنية ومتواصلة تتوخى تبسيط المساطر وجعلها شفافة، سريعة مجدية ومحفزة على الاستثمار."

ليأتي خطاب ملكي آخر بمناسبة افتتاح السنة التشريعية بتاريخ 12 أكتوبر 2001، مؤكداً على أحداث مراكز جهوية للاستثمار تمنح من خلالها صلاحيات واسعة للولاية.

³⁰⁹ الخطاب الملكي السامي بمناسبة ترؤس جلاليته لافتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية العاشرة، بتاريخ 13 أكتوبر 2017.

³¹⁰ مشروع دراسة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، حول المقاربة النيابية للنموذج التنموي الجديد للمملكة، 28 يناير 2018، ص: 17.

³¹¹ أمحمد طيب: المفهوم الجديد للسلطة : الهاجس الأمني والهاجس الاقتصادي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الدستوري وعلم السياسة ، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الدار البيضاء ، الموسم الجامعي 2003-2004.

فالرسالة الملكية حول التدبير اللامتمركز للاستثمار³¹²، جاءت لتعطي دفعة جديدة، ملموسة وقوية للاستثمار من خلال ترسيخ المفهوم الاقتصادي والقانوني للامركزية واللامركز والجهوية باعتبارها حجر الزاوية في العملية الاستثمارية، وقصد تكريس البعد الاقتصادي للمفهوم الجديد للسلطة ووضع حد لتعدد وتعقد الآليات القانونية والإدارية وتبسيطها أمام المستثمر.

"... فهذه الرسالة تتوخى أكثر من إحداث شبك واحد أو مراكز جهوية للإستثمار، بل تتضمن رسائل متعددة عن توجهنا لترسيخ اللامركزية واللامركز والجهوية التي نعتبرها القوام المؤسسي لمغرب اليوم والغد. كما أنها تجسيد للبعد الاقتصادي لمفهومنا للسلطة بإزاحة كل العوائق الإدارية أمام انطلاق حرية المبادرة الخاصة المحرك الأساسي للاستثمار وخلق الثروة وحل معضلة البطالة التي هي الهاجس الأكبر الذي يشغل بالنا وبال كل أسرة مغربية..."³¹³

فالمتمعن لمضامين الرسالة الملكية يستطيع أن يدرك عمق وأهمية التوجيهات التي تحملها على المستوى السياسي، الإداري والاقتصادي.

إنه فعلا، مسلسل من الإصلاحات النابعة عن قناعة راسخة بكون أن الإصلاح أو الإقلاع الاقتصادي رهين في بعض جوانبه بالإصلاح الإداري، وهو الأمر الذي يفيد ضرورة اصلاح العلاقات بين الإدارة ومحيطها الاقتصادي وجعلها فعالة ومجدية في خدمة الاستثمار والمستثمر. كما أنها محطات تتم عن إرادة سياسية واضحة للسلطة العليا في البلاد لتجسيد المنظور الجديد لتدبير الشأن العام الوطني والمحلي، وذلك بجعل الإطار الجهوي وخصوصا على مستوى الإدارة الترابية غير الممركزة، المجال الأنسب لتطبيق البعد الاقتصادي لهذا المفهوم ومعه تجسيد سياسة القرب من المستثمر.

المطلب الأول: المراكز الجهوية للاستثمار: بنيات جديدة في الفضاء الإداري

اعتبارا لمفهوم التدبير اللامتمركز للاستثمار، كإحدى الآليات المستعملة في مجال السياسات الاقتصادية تهدف تحفيز الاستثمار وتبسيط مكوناته، فقد عرفه أحد الباحثين بمجموع التدابير اللازمة للقضاء على جمود الإدارة الاقتصادية وتكسير الحواجز المعيقة للاستثمار وذلك عبر نقل عملية اتخاذ القرار من المركز إلى المحيط. وعليه فمفهوم التدبير اللامتمركز للاستثمار لا يعتبر مجرد اجراء تقني يسمح بتجاوز المعوقات وتحقيق الأهداف، وإنما فلسفة تدرج ضمن الأسس الكبرى للإصلاح والتحديث جعلت منه شرط وإطار للبحث عن نجاعة أكبر للعمل الإداري وإعطاء اللامتمركز مبرراته الاقتصادية.

فالأهمية البالغة والمكانة الهامة للاستثمار اقتضت وضع مقاربة مغايرة تتطلب تحديدا جديدا للأهداف المتعين على الجهاز الإداري تحقيقها بالموازاة مع اصلاح وتحسين المساطر المعتمدة . ولذلك توصلت أغلب البلدان إلى إحداث بنية استقبالية سميت "بالشباك الوحيد" أو "المخاطب الوحيد"، تسهيلا للإجراءات والعمليات الإدارية للمشروع الاستثماري وللخطوات المتبعة من قبل المستثمر.

³¹² لقد أضفي على هذه الرسالة وعلى مقتضياتها صبغة الظهير الشريف الشيء الذي جعل منها ترقى إلى مستوى قانون حسب بعض الباحثين.

³¹³ خطاب جلالة الملك محمد السادس ، بمناسبة الإعلان عن الرسالة الملكية الموجهة إلى الوزير الأول في موضوع التدبير اللامتمركز للاستثمار ، جريدة الإتحاد الاشتراكي ، العدد 6727، بتاريخ 10 يناير 2002، ص:2.

الفرع الأول : الشباك الوحيد : دراسة في بعض التجارب المقارنة .

يعد الشباك الوحيد بنية استقبالية من شأنها دعم المشاريع الاستثمارية وتطوير أجواء الاستثمار الخاص والعام. وإذا كانت الغاية المثلى والأساسية من اللجوء إلى هذه الآلية تتجسد في فعاليتها في جلب الاستثمار من خلال تبسيط مسار وانطلاق المقاول والتخفيف من حدة الحضور المكثف للإدارات، فإن مظاهر عملها وتسميتها قد اختلفت وتباينت من تجربة إلى أخرى. فهناك من أطلق عليها **مركز شكيلات المقاول** كما هو الأمر بالنسبة لكندا وفرنسا، وهناك من سماها بالشباك الوحيد مثل البرازيل إسبانيا وتونس...

ويمكن تنميط مميزات هذه الشباك حسب الشكل الوارد في الجدول التالي :

الدولة	الخصائص	نوع الشباك الوحيد
تونس + البرازيل	تجميع ممثلي مختلف الإدارات في مكان واحد	مسار بسيط
إسبانيا	وضع الملف لدى مخاطب واحد الذي يقوم بإعداد وتهيئ كل الإجراءات الإدارية عوض المستثمر	مخاطب واحد Vis-à-vis
الفلبين	سلطة مختصة بمنح كل التراخيص	سلطة واحدة Autorité Unique

وتجدر الإشارة في هذا السياق، إلى أن الشبائيك قد تتموقع في إطار وكالة وطنية للاستثمار والتنمية، كما هو الحال بالنسبة للمليزيا وسنغافورة، أو في إطار وزارة معينة كما هو الشأن بالنسبة لحالة تونس، كما قد ترتبط بالوزارة الأولى.

ورغبة في تجاوز النقاش الذي عرفه المغرب حول إحداث شبك وحيد للاستثمار أو طبيعة المخاطب الوحيد الذي يمكن أن يتعامل مع المستثمر، جاءت الرسالة الملكية حول التدبير اللامركز للاستثمار لتجيب عن هذه المسألة بإحداث مراكز جهوية للاستثمار تحت مسؤولية ولاية الجهات. حيث جاء في الفقرة الثالثة من نص الرسالة الملكية:

"... لذا قررنا أن تحدث تحت مسؤولية ولاية جلالتنا مراكز جهوية للاستثمار تتولى نوعين من المهام الرئيسية أحدهما المساعدة على إنشاء المقاولات، والآخر لمساعدة المستثمرين."

وتطبيقا لمقتضيات هذه الفقرة، تم إحداث ستة عشر (16) مركزا جهويا للاستثمار، منذ غشت 2012، بناء على قرارات مشتركة³¹⁴، وهي مراكز موضوعة تحت سلطة ولاية الجهات، وبهذه الصفة تعتبر مصالح خارجية لوزارة الداخلية.³¹⁵

³¹⁴ أنظر القرارات المشتركة لوزير الداخلية، ووزير الاقتصاد والمالية والخصوصية، والسياحة ووزير الصناعة والتجارة والطاقة والمعادن، المتعلقة بافتتاح المراكز الجهوية للاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 5093، الصادرة بتاريخ 8 رجب 1423 (الموافق ل 16 سبتمبر 2002)، ص : 2651.

³¹⁵ المادة الأولى من مرسوم رقم 727.03.2 صادر بتاريخ 2 ذي القعدة 1423، الموافق ت 26 دجنبر 2003، المتعلق بتنظيم المراكز الجهوية للاستثمار.

وتتكون هذه المراكز من شباكين:

شباك أول مكلف بالمساعدة على إنشاء المقاولات، ويعد المخاطب الوحيد بالنسبة للأشخاص الذين يرغبون في إحداث مقولة مهما يكن شكلها ويودون الاستفادة من خدماته. ويمكن أن يتوفر هذا الشباك على ملحقات على صعيد العمليات أو الأقاليم أو الجماعات حسب الحاجة وبما تسمح به الوسائل. ويضع القائمون على هذا الشباك رهن إشارة الطالبين مطبوعاً موحداً³¹⁶، يتضمن كل المعلومات القانونية والتنظيمية الضرورية لإنشاء أي مقولة.

أما الشباك الثاني فهو الشباك الخاص بمساعدة المستثمرين، حيث يتولى تزويدهم بكل ما يفيدهم من معلومات بشأن الاستثمار الجهوي، وكذا دراسة كافة طلبات الترخيص الإداري وتحضير جميع الوثائق الضرورية لإنجاز مشاريع الاستثمار في المجال الصناعي، التصنيع الفلاحي، السياحة والصناعة التقليدية....، هذا بالإضافة إلى اقتراح الحلول التوافقية لما قد ينشأ من منازعات بين المستثمرين والإدارة.

فالقوة الاقتصادية للمجالات الترابية التي تغطيها المراكز الجهوية للاستثمار فرضت العدول عن فكرة الشباك الوطني والاستعاضة عنها بفكرة الشباكين الجهويين في أفق جعلها بنية قيادية على مستوى تبسيط المساطر والإجراءات الإدارية وجذب الاستثمارات الوطنية والدولية وحسن تسويق الإمكانيات الترابية واستقبال المستثمرين.

الفرع الثاني: المراكز الجهوية للاستثمار بين البعد الجهوي للتنمية وسياسة اللاتركيز.

إن الرسالة الملكية حول التدبير اللامتمركز للاستثمار فرضت بعداً جهوياً للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، وهو البعد نفسه الذي يسائل وبإلحاح السلطات العمومية لدرجة ترهن التجربة الجهوية في وضعها المتقدم بمؤسسة الوالي أو العامل كقطب دينامي ومحرك أساسي ضمن مسلسلها التنموي.

من جانب آخر يحيلنا موضوع التدبير اللامتمركز للاستثمار، على مفهوم اللاتركيز الإداري الذي يرتبط بوجود وكيونة الدولة عبر منحها لسلطات تقريرية لممثليها على الصعيد الترابي وتجسيدها لمضامين الرسالة الملكية، صدرت العديد من النصوص القانونية التي تتضمن الاختصاصات المتعلقة بتدبير مسألة الاستثمار والتي فوضت للولاة،³¹⁷ وتهتم المجالات التالية:

1- المصادقة على مداوات المجالس الجماعية المتعلقة بعمليات اقتناء وتفويت ومعاوضة العقارات التابعة للملك البلدي الخاص، وبتدبير الملك العمومي البلدي عندما يساوي مبلغ الاقتناء أو التفويت أو المعاوضة (2.500.000) درهم أو يقل، وكيفما كان مبلغ العمليات المذكورة عندما تكون ضرورية لإنجاز استثمارات يقل مبلغها عن 200 مليون درهم في قطاعات الصناعة والتصنيع الفلاحي والمعادن والسياحة والصناعة والصناعة التقليدية والسكن.³¹⁸

³¹⁶ أنظر المرسوم رقم 350.02.2 صادر في 6 جمادى الأولى 1423، الموافق لـ 17 يوليوز 2002، بالموافقة على المطبوع الموحد لإنشاء المقاولات، الجريدة الرسمية عدد 5027 بتاريخ 5 غشت 2002، ص: 2184.

³¹⁷ جاء في الفقرة 3.7.1 من الرسالة الملكية: " وفي كل الأحوال يجب أن تنشر قرارات تفويض السلط بالجريدة الرسمية في أجل لا يتعدى خمسة وأربعين يوماً بعد نشر رسالتنا الملكية هاته بالجريدة الرسمية."

³¹⁸ مرسوم رقم 2.02.138 صادر في 20 من ذي الحجة 1422، الموافق لـ 05 مارس 2002، بتغيير وتتميم القرار الصادر في فاتح جمادى الأولى 1340، الموافق لـ 31 دجنبر 1921، بتحديد طريقة تدبير شؤون الملك البلدي، الجريدة الرسمية عدد 4984، بتاريخ 7 مارس 2002، ص: 479.

2- المصادقة على مداولات المجالس القروية المتعلقة بعمليات اقتناء عقارات وتفويتها ومعاوضتها وكذا بتدبير الملك العمومي التابع للجماعات القروية عندما يساوي مبلغ الاقتناء أو التفويت أو المعاوضة (2.500.000) درهم أو يقل عنه، وكيفما كان مبلغ العمليات المذكورة عندما تكون ضرورية لإنجاز استثمارات يقل مبلغها عن 200 مليون درهم في قطاعات الصناعة والتصنيع الفلاحي والمعادن والسياحة والصناعة والصناعة التقليدية والسكن.³¹⁹

3- مباشرة بيع العقارات من ملك الدولة الخاص عن طريق المزاد العلني عندما يتعلق الأمر بإنجاز مشاريع استثمار في قطاعات الصناعة والتصنيع الفلاحي والمعادن والسياحة والصناعة التقليدية والسكن يقل مبلغها عن 200 مليون درهم.³²⁰

4- ترتيب المؤسسات السياحية بعد استطلاع رأي لجنة استشارية تسمى " اللجنة الجهوية لترتيب المؤسسات السياحية ".³²¹

5- اتخاذ المقررات اللازمة لإنجاز مشاريع الاستثمار في قطاع المعادن والتي يقل مبلغها عن 200 مليون درهم .

6- المصادقة على صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات وكذا الاتفاقيات المبرمة من قبل الوحدات الترابية وهيئاتها في حدود مبلغ يساوي أو يقل عن عشرة ملايين درهم 10.000.000 درهم، دون التمييز بين طرق إبرامها ونقل الاعتمادات من فصل إلى فصل في ميزانيات الوحدات الترابية وهيئاتها.

7- المصادقة على مداولات مجالس الجهات ومجالس العمالات والأقاليم المتعلقة باقتناء ومعاوضة وتفويت عقارات الملك الخاص التابع للجهات والعمالات والأقاليم، وكذا بتدبير الملك العمومي التابع لها.

8- سلطة الترخيص بكراء العقارات من ملك الدولة الخاص قصد الاستثمار في قطاعات الصناعة والتصنيع الفلاحي والمعادن والصناعة التقليدية والسكن والتي يقل مبلغها عن 200 مليون درهم.

9- سلطة اتخاذ القرارات التي تدخل ضمن اختصاصات وزير التجهيز واللازمة لإنجاز مشاريع الاستثمار في قطاعات الصناعة والتصنيع الفلاحي والمعادن والسياحة والصناعة التقليدية ويقل مبلغها عن 200 مليون درهم، فيما يخص الترخيص بالاحتلال المؤقت لملك الدولة العمومي أو الترخيص بفتح واستغلال المؤسسات غير الملائمة والخطيرة.³²²

10- سلطة اتخاذ المقررات اللازمة لإنجاز مشاريع الاستثمار في قطاع المعادن التي يقل مبلغها عن 200 مليون درهم.³²³

³¹⁹ مرسوم رقم 2.02.139 صادر بتاريخ 20 من ذي الحجة 1422، الموافق ل 05 مارس 2002، يتعلق بالمصادقة على مداولات مجالس الجماعات القروية المتعلقة بملكها الخاص والعام، الجريدة الرسمية عدد 4984، بتاريخ 7 مارس 2002، ص: 480.

³²⁰ مرسوم رقم 2.02.185 صادر في 20 من ذي الحجة 1422 الموافق ل 5 مارس 2002، بتغيير وتتميم المرسوم الملكي رقم 330.66 بتاريخ 21 أبريل 1967، بسن نظام المحاسبة العمومية كما تم تعديله وتتميمه.

³²¹ مرسوم رقم 2.02.186 صادر في 20 من ذي الحجة 1422، الموافق ل 5 مارس 2002، بتغيير وتتميم المرسوم رقم 7.81.471 الصادر في 21 من ربيع الآخر 1402، الموافق ل 16 فبراير 1982، بترتيب المؤسسات السياحية.

³²² قرار لوزير التجهيز رقم 368.02 صادر في 20 من ذي الحجة 1422، الموافق ل 5 مارس 2002 المتعلق بتفويض السلط إلى ولاة الجهات، الجريدة الرسمية عدد 4984، بتاريخ 7 مارس 2002، ص: 486.

³²³ قرار لوزير الصناعة والتجارة والطاقة والمعادن رقم 369.02 صادر في 20 من ذي الحجة 1422، الموافق ل 5 مارس 2002 المتعلق بتفويض السلط إلى ولاة الجهات، الجريدة الرسمية عدد 4984، بتاريخ 7 مارس 2002، ص: 487.

11- سلطة منح رخص الاحتلال المؤقت للملك الغابوي والضروري لإنجاز مشاريع الاستثمار في قطاعي المعادن والسياحة التي يقل مبلغها عن 200 مليون درهم.³²⁴

12- سلطة تسليم رخص استغلال أماكن بيع المشروبات من الصنفين الأول والثاني إلى المؤسسات السياحية.³²⁵

وموازا مع هذه التفويضات وهدفا في دعم لاتمرکز الوصاية لفائدة الولاية صدرت دفعة أخرى بشأن تفويض الوصاية³²⁶، همت عدة مجالات كالممتلكات العقارية وتدير المرافق العمومية الجماعية والتعمير والشرطة الإدارية المتعلقة بالنظافة والوقاية الصحية والسكنية العامة وتسليم الوصول لمقاضاة الجماعات وذلك فضلا عن تسليم الأوامر بالمهمة.³²⁷ فأمام التوجهات الملكية بخصوص التدبير اللاتمرکز للاستثمار، وباقي خطابات الأخرى، يكون قد أعطى الضوء الأخضر لعهد جديد يتكامل فيه النظامين اللامركزي واللامركز بالشكل الذي يقرب الإدارة من المواطنين ويشجع على الاستثمار.

المطلب الثاني: المراكز الجهوية للاستثمار، وسؤال الحصيلة

بالفعل، لقد أحدثت المراكز الجهوية للاستثمار بهدف تحريك عجلة الاقتصاد وتحقيق مستوى من التنمية يسمح بالتخفيف من العجز ويساعد على التخفيف من البطالة والحد من تمظهراتها. علاوة على المرامي البالغة للرسالة الملكية المتعلقة بالتدبير اللاتمرکز للاستثمار على المستوى السياسي باعتبارها لبنة أساسية في تفعيل مسار سياسة اللاتركيز الإداري من زاوية الاستثمار، عبر آلية تفويض مجموعة من السلطات إلى ولاية الجهات كما سبق وأشرنا إلى ذلك أعلاه، قصد اتخاذ القرارات ومنح التراخيص اللازمة لإنجاز وتنفيذ المشاريع الاستثمارية على المستوى الترابي في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والتنمية.

وعليه، منذ قرابة ستة عشر سنة، صدرت أوامر توجيهية من أعلى سلطة في البلاد بتأسيس مراكز جهوية للاستثمار تكون في خدمة الراغبين في إنشاء مقاولات كما في خدمة الاستثمار على الصعيدين الجهوي والوطني.

واليوم بعد كل هذه السنوات، يطرح سؤال الحصيلة نفسه بإلحاح، خاصة مع صدور تقارير أبرزت جملة من الاختلالات في السير العادي للمراكز، وبروز الحاجة الملحة لإعادة تقييم المسار حتى تستعيد المراكز الجهوية للاستثمار مهمتها الأساسية التي خلقت من أجلها. سيما أن الرسالة الملكية أشارت إلى أن دور المراكز الجهوية للاستثمار لا ينحصر في القيام بمهام "الشباك الوحيد"، بل تتعداه إلى أدوار أخرى كتسهيل المعلومات ووضعها رهن إشارة الفاعلين الاقتصاديين والمساهمة في التعريف بالإمكانيات الاقتصادية للجهات التي تتمركز فيها. لكن بين سنة 2002 و2018 جرت مياه كثيرة تحت هذا الورش المهم الذي عقدت عليه آمال كبيرة.

³²⁴ قرار للوزير المنتدب لدى وزير الفلاحة والتنمية القروية والمياه والغابات رقم 370.02 صادر في 20 من ذي الحجة 1422، الموافق ل 5 مارس 2002 المتعلق بتفويض السلط إلى ولاية الجهات، الجريدة الرسمية عدد 4984، بتاريخ 7 مارس 2002، ص: 489.

³²⁵ قرار للمدير العام للأمن الوطني رقم 02 371.02 صادر في 20 من ذي الحجة 1422، الموافق ل 5 مارس 2002 المتعلق بتفويض السلط إلى ولاية الجهات، الجريدة الرسمية عدد 4984، بتاريخ 7 مارس 2002، ص: 492.

³²⁶ قرار لوزير الداخلية رقم 683.03 بتاريخ 20 مارس 2003، المتعلق بتفويض السلطة لولاية الجهات

³²⁷ محمد بوجيدة: تطور الوصاية التقليدية على الجماعات الحضرية والقروية على ضوء الميثاق الجماعي الجديد والنصوص الخاصة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "دراسات" عدد 63/62، 2005.

واليوم، يبدو الحديث عن الحصيلة كالاما منطقيا ووقفة ضرورية وملحة، خاصة مع الخروج للعلن تقارير منها ما تكلف به مكتب الدراسات الأمريكي "ماكينزي"، الذي قدم دراسة تشخيصية - نقدية حدد فيها مكامن الخلل في سير واشتغال المراكز الجهوية للاستثمار، كما وضع تصوراتته لإعادة إحياء أدوارها فيما يتعلق بمهامها الجوهرية التي أحدثت من أجلها.

ويبدو من المفيد قبل الخوض في بعض ملاحظات تقرير المجلس الأعلى ومكتب الدراسات «ماكينزي» إعادة رسم الخطوط العريضة لمهمة المراكز والأدوار التي حددت لها منذ البداية. فالمراكز الجهوية للاستثمار على مستوى بنيتها الإدارية تتكون من شباكين كما سبقت الإشارة لذلك، الأول: شباك المساعدة على خلق المقاولات، الذي يشكل المخاطب الوحيد بالنسبة إلى كل شخص يرغب في خلق مقولة. وتتحدد مهمته في تمكين المستثمرين من وثيقة موحدة تتضمن جميع المعلومات (القانونية والتشريعية) الخاصة بإحداث المقولة، كما يعمل على إعداد الوثائق الضرورية من خلال التدخل لدى الإدارات المختصة. أما الشباك الثاني: فيهم مساعدة المستثمرين، وتتحدد مهمته في تمكين المستثمرين من كل المعلومات الضرورية لإحداث المقولة على الصعيد الجهوي، وكذلك دراسة طلبات الترخيص وإعداد العقود الإدارية الضرورية لإنجاز مشاريع استثمارية في القطاعات الصناعية والغذائية والمعدنية والسياحية، وإحالتها على المصادقة من طرف والي الجهة إذا كانت قيمة الاستثمار تقل عن 200 مليون درهم أو إعداد مشاريع عقود أو اتفاقيات مع الدولة بالنسبة إلى الاستثمارات التي تتعدى 200 مليون درهم. وتعمل المراكز الجهوية كذلك على التدخل من أجل حل الخلافات بشكل ودي بين المستثمرين والإدارة.

الفرع الأول : تقرير "ماكينزي"

جاء تقرير مكتب الدراسات "ماكينزي" ليثير عددا من الاختلالات التي تعرفها المراكز الجهوية للاستثمار. وهو التقرير الذي توصلت به وزارة الداخلية، دون أن تكشف تفاصيله للرأي العام، بسبب الملاحظات التي تضمنها، والتي تثير تساؤلات حول حصيلة السنوات العشر والمجالات التي فشلت في تحقيق نجاحات بشأنها. ومع ظهور تسريبات من محتوى هذا التقرير، طرح سؤال عريض حول لماذا تم اختيار فقرات لنشرها دون نشر التقرير بأكمله.

وعلى العموم، فتقرير «ماكينزي»، الذي أوضح أن المراكز الجهوية للاستثمار كانت وسيلة فعالة لتأسيس المقاولات بفضل النشاط والحيوية التي يتمتع بها الأشخاص العاملون في هذه المراكز والسير الجيد للشباك الأول الذي يسهل الإجراءات الإدارية أمام المقاولات الجديدة، أشار نفسه إلى أن المتاعب تبدأ في المرحلة الثانية، أي بالمرور إلى الشباك الثاني الذي لا يوفر جميع الخدمات للمستثمرين، مثل الدعم والمشورة في مجال الموارد البشرية والتمويل، بالإضافة إلى ضعف التنسيق مع الموردين والشركاء الذي يطال تسليم تراخيص التأسيس. وفي هذا الإطار أشار التقرير أيضا إلى معوقات مرتبطة بالعقار، علاوة على عائق آخر يتمثل في نقص الوسائل المالية والبشرية، والتي تساهم في غياب سياسة التواصل بين مختلف الإدارات المعنية.

التقرير أشار أيضا إلى نقطة سوداء تتعلق بكون هذه المراكز لا تتكيف مع خصوصيات كل منطقة على حدة ولا تراهن على القطاعات الأساسية للتنمية المحلية ولا تشجع مشاريع من هذا القبيل، في الوقت الذي تشكل جهتان فقط الاستثناء في هذا المجال (الجهة الشرقية وجهة سوس ماسة).

وبمقابل هذه الثغرات، يقترح مكتب الدراسات الأمريكي بعض الحلول التي من شأنها دعم وتقوية أداء هاته المراكز. وأول هذه الحلول التي اقترحها هو العمل على تحويل المراكز الجهوية للاستثمار إلى مراكز جهوية للتنمية الاقتصادية، بهدف الوقوف على المؤهلات والثروات التي تتوفر عليها جهات المملكة، وحسب هاته الدراسة نفسها يجب أن تكون مراكز الاستثمار مسيرة بواسطة مجالس إدارة ذات تمثيلية تشاركية متعددة تضم كل الفاعلين المحليين من معينين ومنتخبين ومجتمع مدني وهيئات مهنية

كما يقترح المكتب أيضا إعادة النظر في الإيقاع البطيء للإدارات عبر خلق مصلحة خاصة بالعقار وتسليم تراخيص التأسيس، وهي المصلحة التي يجب أن تكون على اتصال مباشر بالإدارة المعنية. أما على مستوى نقص العنصر البشري وكفاءة العاملين، فيقترح المكتب إعادة النظر في الوسائل المعلوماتية المستعملة حاليا ووضع نظام فعال وهادف لتقييم مردودية وفعالية المستخدمين.

الفرع الثاني : تقرير المجلس الأعلى للحسابات

إن الدول السائرة في طريق النمو ملزمة من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية بفتح أسواقها الوطنية أمام الرأسمال الأجنبي، الذي يساعدها على استغلال مواردها الطبيعية والمساهمة في تحسين بنيتها التحتية وكذا تطوير مختلف القطاعات الإنتاجية وذلك من خلال المصادقة على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار، أو عن طريق إبرام عقود الاستثمار مع الرأسمال الأجنبي الذي يتطلب مناخا اقتصاديا مساعدا وبيئة تنافسية بمقومات من الشفافية تسمح على الخلق والابتكار وتحقيق ظروف الاستقرار والأمن القانوني والقضائي³²⁸. وبالرغم من كون المراكز الجهوية للاستثمار جسدت تعبيراً حقيقياً ومباشراً عن رؤية ملكية للوحة القيادة من أجل توجيه وتدبير وتشجيع الاستثمار الوطني، بناء على فلسفة عمل جوهرها ربط الاستثمار بمحيطه الجغرافي المباشر، ودعم المبادرات الترابية المحلية وإعطائها الوعاء القانوني اللازم والإطار المؤسسي والموارد البشرية المؤهلة.

إلا أنه بتوالي الوقت، وأمام تجليات الممارسة الميدانية اتضح عجز هذه المراكز عن تطوير نفسها لحد أضحت من بين العقبات التي تقف في وجه الاستثمار، حيث طغت البيروقراطية والمقاربة الإدارية الجامدة والمتصلبة التي زاد من طينها بلة، ارتباطها بوزارة الداخلية ورجالاتها واشتغالها تحت إمرة الولاية ومديرين لازالت توجههم عقلية الحنين للماضي الإداري السلطوي بعيدا عن الفهم السليم للمفهوم الجديد للسلطة وتجلياته الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية.

في ظل هذه الوضعية جاء التقرير الأخير للمجلس الأعلى للحسابات في شكل دراسة تشخيصية دياكنوستيكية ونقدية وقفت على مكامن الداء ووصفت جرعات للعلاج.

- فغياب استراتيجية مشتركة للمراكز الجهوية للاستثمار منذ إحداثها، بهدف تحديد الأهداف الموكولة لها وتحيينها على المديين المتوسط والبعيد أعاق حسن سير هذه المرافق، وأعاق أيضا إيجاد حلول مناسبة للمشاكل المطروحة سيما على

³²⁸ محمد السكتاوي : الوضعية القانونية للمستثمر الأجنبي في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في شعبة القانون الخاص، الموسم الجامعي 2008 - 2009، ص: 117.

مستوى أحداث الشبابيك الوحيدة المختصة بخلق المقاولات ومصاحبة الاستثمارات وتتبعها، وتحديد وضعيتها القانونية وكذا ضبط وحصر الموارد البشرية والمالية المرصودة لها.

- **محدودية وضع الهياكل التنظيمية** ، إذ رغم التأشير على الهياكل التنظيمية لأغلب المراكز الجهوية للاستثمار من طرف وزارة الداخلية فإن عددا لا بأس به منها لا يزال غير مفعّل، جراء مجموعة من العوامل، كغياب موارد بشرية مؤهلة قادرة على شغل الوظائف المتاحة ، عدم تطابق الوضعية الإدارية للموظفين الموجودين في المراكز الجهوية للاستثمار مع المعايير المحددة لممارسة المسؤولية، تأخير صعوبات في إطلاق طلبات عروض الترشيح.

فعلى الرغم من أن الرسالة الملكية المتعلقة بالتدبير اللامركز للاستثمار تضمنت الإشارة لذلك، إلا أنه لم تتخذ أية مبادرة في هذا الاتجاه لحد الآن. فتباين واختلاف الأوضاع القانونية لموظفي المراكز الجهوية للاستثمار، وغياب نظام أساسي خاص بالموظفين لا يسمح بالتدبير الفعال للموارد والالتزام بالأهداف المسطرة. كما لا يشجع على تعزيز الشعور بالانتماء لهذه المراكز ولوسط مهني محفز وقار. إذ يعد نقص الموارد البشرية من بين العوائق التي تمت إثارته من طرف المراكز الجهوية للاستثمار خصوصا على مستوى الأطر العليا والمهارات في المجالات التقنية والقانونية والاقتصادية. هذا مع ضرورة الإشارة كذلك إلى أن هناك غياب تحديد حقيقي للحاجيات من الأطر المتخصصة التي يجب أن تتوفر عليها هذه المرافق.

- **الدور المحدود لمديرية تنسيق الشؤون الاقتصادية في توجيه أنشطة المراكز الجهوية للاستثمار**، فإذا كانت هذه المديرية قد لعبت دورا طلائعيا في إعطاء الانطلاقة لهاته المراكز، وتعد بمثابة المخاطب والمنسق الوحيد لها على صعيد وزارة الداخلية . إلا أن عدم اذفاء الطابع الرسمي على هاته العلاقة جعل الأمر غير قادر على أن يتطور لدرجة تسمح بمساهمة هذه المديرية في عملية البرمجة الاستراتيجية، بل انحصر دورها فقط في مرحلة المتابعة الإجرائية الروتينية ، وهو الوضع الذي لم يمكن المديرية من ضمان أسلوب موحد للممارسات ودعم نوع متقدم من التعاون بين المراكز الجهوية للاستثمار.

- **اقتصار الموارد المالية للمراكز الجهوية للاستثمار على دعم من الميزانية العامة للدولة**، إذ تشكل مساهمات التسيير أو الاستثمار المرصودة من طرف الميزانية العامة ، أهم الموارد المالية لهذه المراكز، والتي لم تعرف أي تغيير ملموس خلال السنوات الأخيرة. وهو ما يدفع مسؤولي المراكز الجهوية للاستثمار إلى الإقرار بقلّة ونقص في الموارد المالية المرصودة للقيام بالمهام المنوطة بها على أحسن وجه نتيجة عدم توفرها على موارد ذاتية وخاصة بها، مع العلم أن هذه المراكز كانت تتمتع بصفة مرفق الدولة المسير بطريقة مستقلة. وقد نصت المادة الثانية من مرسوم رقم 2.03.728 على أنه " يحدد بقرار مشترك لوزير الداخلية ووزير الخوصصة والمالية لائحة الخدمات المقدمة من طرف كل مركز جهوي وتعاريفها"³²⁹

وقد نتج عن عدم صدور هذا القرار، اعتماد المراكز الجهوية للاستثمار أساسا على المساهمات المقدمة من قبل الميزانية العامة للدولة.

³²⁹ مرسوم رقم 2.03.728 الصادر في 2 ذي القعدة 1424 (26 ديسمبر 2003) بإحداث أجرة عن الخدمات المقدمة من قبل المراكز الجهوية للاستثمار.

- نقص في الربط المعلوماتي للمراكز الجهوية للاستثمار بمختلف الشركاء، إن الوضعية الراهنة لهذا الربط تعثرها عدة نقائص تؤثر سلبا على جودة الخدمات المقدمة من طرف هذه المراكز. وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه من بين ستة عشر مركزا جهويا للاستثمار، تفتقد سبعة منها لأي ربط معلوماتي مع الإدارات الشريكة في حين ستة منها تتوفر على ربط معلوماتي مع إدارة واحدة هي المكتب المغربي للملكية الصناعية. هذا، علاوة على الأعطاب المتكررة والمتواصلة لبعض الارتباطات المعلوماتية مع الشركاء التي تقف عائقا في وجه معالجة الملفات بشكل فعال وبالسرية المناسبة التي يتطلبها هذا النوع من الملفات والقضايا.

المحور الثاني : قراءة أولية في قانون رقم 18.47

إن إصلاح المراكز الجهوية للاستثمار فرصة سانحة للنهوض بالاستثمارات الجهوية، سيما وأن نطاق اختصاصاتها وصلاحياتها ذات امتداد جهوي قادر على احتضان ودعم نسيج مقاولاتي مهم يشكل 95 بالمائة من النسيج الاقتصادي الوطني، إنها المقاولات الصغرى والمتوسطة. ويندرج هذا الإصلاح في إطار التنزيل الفعلي لورش التدبير اللامركز للاستثمار، الذي يتطلع إلى مواكبة النسيج المقاولاتي وتحفيز الاستثمار الترابي.

وهو الإصلاح الذي اتضحت معالم خطوطه العريضة بعد خطاب العرش لسنة 2018، الذي جاء متضمنا انتقادا صريحا وشديد اللهجة لأداء الإدارة العمومية وموظفيها، شمل مستويات عدة منها ما هو مرتبط بالحكامة الإدارية، ومنها ما له صلة بجودة الخدمات المقدمة للمواطنين أو المرتفقين بصفة عامة. وهو الخطاب ذاته الذي تم فيه تخصيص المراكز الجهوية للاستثمار بالذكر لدلالة مزدوجة الأهمية والمكانة باعتبار ما أوضحت عليه غالبيتها كعائق ومنظومة معرقة للاستثمار عوض أن تشكل آلية لتحفيز، دعم وتشجيع للاستثمار الجهوي من خلال الوقوف على مشاكل المستثمرين وإيجاد الحلول الآتية والمرضية لها. ومن جهة ثانية على المكانة التي تحظى به هاته المؤسسات داخل رهانات صاحب الجلالة على أدوارها الريادية في انعاش الاستثمار وتبسيط المساطر والإجراءات وإعطاء صورة نموذجية لإدارة مواطنة في عبيدها الإنساني والتنموي.

فإذا كان ما تم ذكره يعتبر من بين أسباب تنزيل هذا القانون الإصلاحي، ففي المقابل تظل جملة من الأسئلة القديمة المتجددة تطرح نفسها من قبيل: هل الوالي أو العامل سيشكل إطارا فعليا لممارسة اللاتركيز تدعيما للجهوية المتقدمة، أم سيتحول إلى مركزية جديدة تشكل امتدادا لسلطة الدولة؟ وهل السلطات التي أضحت يتمتع بها الوالي ستشمل أيضا رؤساء المصالح الخارجية لجميع الوزارات ولو في مجال الاستثمار حتى يستطيعوا التقرير في عين المكان وبالسرية المطلوبة، أم أننا بصدد وضع جديد، وضع التحول من بيروقراطية المركز إلى بيروقراطية المحيط؟.

المطلب الأول : مستجدات القانون رقم 18.47

تعد المراكز الجهوية للاستثمار من بين الوسائل التي اعتمدتها السلطات العمومية من أجل تشجيع الاستثمار وطنيا ومحليا، إذ أن أدوارها لم تقتصر في القيام بمهام الشباك الوحيد بل تعدته إلى أدوار أخرى ولو لم تتضح بشكل جلي ومباشر، تمثلت وتتمثل في جمع المعلومات وتسهيلها ووضعها رهن إشارة الفاعلين الاقتصاديين، وكذلك المساهمة في التعريف بالإمكانيات الاقتصادية للجهات والعمل على تسويق ترابها. وهو الأمر الذي يتطلب سلسلة من الإصلاحات الجذرية ذات البعد الشمولي وتلامس مجالات متباينة ومختلفة مثل: المالية العمومية، الضريبة العامة، السلطة القضائية، تحديد دقيق للاختصاصات وكذلك خلق تناعم وتناسق بين روح القوانين ومنطوقها.

ولهذا، فالإصلاح المتعلق بالمراكز الجهوية للاستثمار يجب أن يكون في ظل استمرارية تطبيق مضامين الرسالة الملكية لـ 09 يناير 2002، والتي تعد إطاراً مرجعياً لاشتغال هذه المراكز، مع جعلها فاعلاً متميزاً في تسهيل وتنشيط الاستثمار ومواكبة النسيج المقاوлаты جهويًا في ظل حراك قانوني وتنظيمي مهم أصبح راهنياً ومطلباً جماهيرياً (ميثاق جديد للاستثمار، ميثاق اللاتركيز الإداري) فإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار ارتكز على ثلاثة ركائز أساسية:

- **الركيزة الأولى** تقوم على إعادة هيكلة المراكز الجهوية للاستثمار، من خلال اعتماد هيكلة تنظيمية جديدة تنبني على قطبين متكاملين هما قطب دار المستثمر وقطب تحفيز اقتصادي والعرض الترابي³³⁰، مرفوقة بقناعة تعزيز وتدعيم العنصر البشري وتأهيله.

- **الركيزة الثانية** تتمثل في إحداث لجنة جهوية موحدة للاستثمار، تستند على دمج كافة اللجان الجهوية السابقة ذات صلة بالاستثمار في لجنة جهوية موحدة، حرصاً على تحسين جودة مساطر اتخاذ القرار والمقررات وملاءمة إجراءاتها. وهي اللجنة التي جاءت قراراتها ملزمة لكافة أعضائها، وتخضع لفلسفة تحليل القرارات، ومفتوحة على آليات طعن جديدة على المستوى الوطني، وكذا على تقنية التظلم والاستعطاف.

- وفيما يخص الدعامة الثالثة، فتتمحور حول تبسيط ورقمنة المساطر والإجراءات المرتبطة بملفات الاستثمار على المستوى الجهوي والمركزي، وذلك ارتباطاً بورش اللاتركيز الإداري محلياً، ومركزيًا من خلال اعتماد مقاربات وقوانين مقارنة محفزة وحديثة أثبتت نجاعتها على المستوى الدولي وتهم جانب تبسيط المساطر والشفافية في مسلسلها التنفيذي من خلال اعتماد وأجراً قانون الزامية التنفيذ وتقنين أجل منح الرخص ومعالجة الملفات.

فحلقة الوصل بين متطلبات الجهوية المتقدمة وميثاق التدبير الإداري اللامتمركز في غايات التبسيط والتجانس والتعاون الخلاق بين جميع مكونات الوحدات الإدارية من مؤسسات عمومية وشبه عمومية وخاصة، لا ينحصر امتداده فقط في ربط ميثاق اللاتركيز الإداري، بل يجب إيصال هاته الحلقة كذلك بأهداف ميثاق اللاتركيز للاستثمارات وتموقع مراكز الاستثمار الجهوي داخل مخططات وبرامج تنزيل ورش الجهوية الذي هو ورش عميق ومتواصل زمنيًا ومستقبلاً، على أساس أن تحفيز الاستثمار لا يمكن أن يعطي ثماره بشكل كامل ما لم تكن هذه المراكز فاعلاً أساسياً في عملية التنمية الاقتصادية المستدامة وطنياً وجهوياً، وهو الأمر المرهون في جانب هام منه بتمكينها من الوسائل القانونية والمالية الكفيلة بتأهيلها من أجل الاضطلاع بأدوار طلائعية ورائدة في مواجهة التحديات والمسؤوليات الملقة على عاتقها.

المطلب الثاني : دراسة نقدية للقانون رقم 47.18

يأخذ القانون رقم 47.18 تسمية قانون إصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار³³¹، وهما موضوعان وإن كانت تجمع بينهما وحدة الهدف المتمثل في تبسيط وتسريع التدابير المتعلقة بالاستثمار ومواكبة المستثمرين، إلا أن إدراجهما في قانون واحد خلق نوعاً من عدم التوازن في هذا النص كما وكيفا.

³³⁰ أنظر المادة 18 من القانون رقم 47.18.

³³¹ أنظر الظهير الشريف رقم 1.19.18 الصادر في 7 جمادى الآخرة 1440 (13 فبراير 2019) بتنفيذ القانون رقم 47.18 المتعلق بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار وإحداث اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار. الجريدة الرسمية عدد 6754، بتاريخ 15 جمادى الآخرة 1440 (21 فبراير 2019)، ص: 834.

الفرع الأول : على المستوى الشكلي أو الكمي.

نجد أن القسم الأول من هذا القانون، والذي جاء يحمل تسمية المراكز الجهوية للاستثمار، بأبوابه الثلاث المرتبة كالتالي: أحكام عامة، المهام، أجهزة الإدارة والتسيير، ثم التنظيم المالي والإداري والذي أخذ 27 مادة من مجموع مواد القانون المتمثلة في 45 مادة. فيما كانت حصة القسم الثاني والذي خصص بالضبط والتنظيم للجان الجهوية للاستثمار من حيث اختصاصاتها، تأليفها وكيفية سيرها ثمانية (8) مواد. ليتناول القسم الثالث بالتحديد والتنظيم للجنة الوزارية للقيادة في ثلاث (03) مواد، قبل أن يخصص القسم الرابع والأخير لأحكام ختامية وانتقالية.

الفرع الثاني : على المستوى الموضوعي أو الكيفي.

في هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن مسألة الجمع بين موضوعي المراكز الجهوية للاستثمار واللجان الجهوية الموحدة للاستثمار قد أثر سلبا في إحاطته بمختلف الجوانب المرتبطة بهما، والتنبؤ بحجم الإشكالات القانونية التي قد تطرحها الممارسة العملية على مستوى تعدد المتدخلين وحجم المهام وطريقة التنظيم الزمني من حيث طريقة الاشتغال وكثافة الجدولة الزمنية. وحتى إذا كان لا بد من جمع الموضوعين معا في نص واحد، فإن موضوع التدبير اللامركزي للاستثمار يشكل الإطار الأمثل للقانون علاقة بالرسالة الملكية التأسيسية والتأصيلية لموضوع الاستثمار والتي جعلت من هذا الأخير موضوعا لها، في تناغم وتكامل لإطاره القانوني والمؤسسي على المستوى الجهوي.

يمكن أن نسجل كذلك بأن القانون لم يرد فيه أي مقتضى يعرف مفهوم الاستثمار أو يحدد المعايير التي يمكن اعتمادها لإضفاء صفة المشروع الاستثماري على الطلبات المقدمة للاستفادة من القرارات والتراخيص. أيضا وفي نفس الاتجاه لم يشر القانون إلى القطاعات المشمولة بالتدبير اللامركزي للاستثمار على غرار الرسالة الملكية للاستثمار ل 9 يناير 2002.

أيضا على مستوى أجهزة الإدارة والتسيير، فالمرشح قد نص على أن المركز يديره مجلس إدارة، يرأسه والي الجهة المعنية. إلا أن الملاحظ فيما يخص التركيبة العضوية لهذه المجالس الإدارية هو غياب كل من عمال العمالات والأقاليم ورؤساء المجالس الجماعية أو من يمثلونهم. بالرغم من مهام الإشراف التي أوكلها القانون نفسه للعمال فيما يخص تتبع وانجاز المشاريع وتنفيذ العقود وإبرام الاتفاقيات داخل دوائر نفوذهم الترابي، فضلا على أهميتهم وموقعهم داخل اللجنة الجهوية الموحدة للاستثمار.

كذلك من جهة ثانية، نجد أن المشرع قد أدرج في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة الممثلون الجهويون للإدارات العمومية المعنية بتنمية الاستثمارات والمحددة بنص تنظيمي، ضمن عضوية المجالس الإدارية. وهو الأمر الذي يتطلب بشأنه الحرص على إبداء بعض الملاحظات التي هي واقع معاش في ظل الإدارة العمومية المغربية ارتباطا بمسلسلي اللامركزية واللامركزية.

وعليه يمكن أن نسجل في هذا الصدد كون أن التنظيم الإداري للمصالح الخارجية لا يتوافق في كثير من الحالات مع مقتضيات التقطيع الترابي الجهوي، حيث لا زالت العديد من المصالح الخارجية للإدارات العمومية تفتقد إلى تمثيلات جهوية، أو أن البعض الآخر منها يمتد اختصاصه على أكثر من جهة. فكيف سيكون التعامل عمليا مع هذه الوقائع، وماهي الجهة المخولة لتمثيل القطاع الإداري الذي لا يتوفر على تمثيلية جهوية في أشغال وأعمال المجالس الإدارية؟.

أكثر من ذلك، ومن جانب آخر وعلاقة بالطابع الأفقي لمجال الاستثمار وارتباطه المبدئي بجميع القطاعات الإدارية نظرا لتشعب حاجيات ومطالب كل مشروع استثماري وتداخلها، الأمر الذي يستدعي ويتطلب حضور جميع تمثيلات الإدارة العمومية على المستوى الجهوي لأشغال المجالس الإدارية للمراكز الجهوية للاستثمار، وهو ما من شأنه أن يؤثر سلبا على فعاليتها وفعاليتها.

وكان من المتاح تفادي الوقوع في مثل هذه الثغرات عبر التركيز بالدرجة الأولى على القطاعات الإدارية والجماعات الترابية المعنية بجدول أعمال المجلس الإداري مع إمكانية الحرص ثانيا على استدعاء الإدارات والجماعات الترابية ذات الاختصاص الترابي أو القطاعي بالمشاريع الاستثمارية المسطرة بجدول أعمال المجالس الإدارية.

كذلك يمكن الوقوف ضمن المادة نفسها على مسألة تمثيلية الممثل الجهوي للمنظمة المهنية للمشغلين الأكثر تمثيلية،³³² لكنه غيب التمثيلية الجهوية للاتحاد العام لمقاولات المغرب، والتي قد يشكل حضورها قيمة مضافة وفائدة أكبر على مستوى تنوير المجلس الإداري بالوضعية العامة والظرفية الخاصة لمناخ الاستثمار على مستوى الجهة والتعريف بمؤهلات التراب المحلي وقطاعاته الواعدة وكذا الوقوف على الحدود والمثبطات المطروحة على أرض الواقع.

فقرة أولى: على مستوى توزيع الأدوار والسلطات بين الفاعلين.

بالرجوع إلى الرسالة الملكية ل 9 يناير 2002، باعتبارها الإطار القانوني العملي للاستثمار الجهوي، نجدها قد أعطت ولاية الجهات المسؤولية عن المراكز الجهوية للاستثمار من حيث تسييرها، تنظيمها وكذا إحداث شبائيك المساعدة على خلق المقاولات في عمالات الجهة أو أقاليمها وكذا جماعاتها. إلا أن هاته المهام حسب مقتضيات قانون رقم 18.47 أصبحت من اختصاص المجالس الإدارية لهذه المراكز. فالمادة (11) تنص على أن يتمتع مجلس الإدارة بجميع السط والاختصاصات اللازمة لإدارة المركز. وهو ما يفيد من جهة اقتسام وتوزيع سلطة إدارة المراكز الجهوية للاستثمار بين الولاية المسندة إليهم رئاسة المجالس الإدارية، وبين الهيئات الإدارية الأخرى التي لها ارتباط مباشر أو غير مباشر بميدان الاستثمار. ومن جهة ثانية، ووفق مقتضى الفقرة الثانية من المادة (11) نفسها، حيث تم تعزيز سلطات وصلاحيات مجموعة من الإدارات والمؤسسات العمومية الممثلة داخل المجلس الإداري من قبيل: المصادقة على برامج العمل السنوي للمركز، وكذا كفاءات تمويل برامج أنشطته، حصر المخطط التنظيمي الذي يحدد بنيات المركز التنظيمية واختصاصاتها، حصر الميزانية والبيانات التوقعية المتعددة السنوات، يحدد أجور الخدمات المقدمة للأغيار... وغيرها من الصلاحيات³³³ بالمقابل انحصرت أدوار المديرين العامين لهذه المراكز في تنفيذ قرارات المجالس الإدارية وتدبير بنيات المراكز والتعيين في مناصبها والحضور بصفة استشارية لاجتماعات المجالس الإدارية³³⁴.

ففي هذا الصدد، وعلى الرغم من انتباه المشرع المغربي لضرورة توسيع صلاحيات المراكز الجهوية للاستثمار وإلزام الإدارات والمؤسسات العمومية المعنية بالتنسيق والتعاون معها ومدها بالمعطيات اللازمة والمعلومات المطلوبة، إلا أن الأمر في

³³²نظر الفقرة السادسة من المادة العاشرة من القانون رقم 47.18.

³³³ أنظر المادة 11 من نفس القانون.

³³⁴(29) أنظر مقتضيات المادة 15 من نفس القانون.

نظرنا يظل مختلا إذ لم تتم مواكبته بتدعيم لسلطات المديرين العاملين لهذه المراكز، ومعه سينتج نوع من التأثير السلبي على مسألة الاستقلالية في اتخاذ القرارات، التي ستظل مرهونة نوعا ما بوثيرة عمل الشركاء المؤسستين الآخرين ومستوى تجاوبهم مع هذه المراكز.

وهو الوضع الذي لن يخرج بالنهاية، عن تجسيد الوضع القائم قبل التعديل الأخير وبالتالي استمرارية لنفس الصعوبات والتحديات التي عاشتها المراكز الجهوية للاستثمار في علاقتها بمحيطها المؤسستي وتعاملها مع مختلف الفاعلين، المتدخلين والمؤثرين في مجال الاستثمار على المستوى الجهوي.

- أيضا نجد المادة الثامنة (8) من هذا القانون تنص على ما يلي: " تعين الإدارات اللامركزية والهيئات العمومية المعنية بمعالجة ملفات الاستثمار ومواكبة المقاولات، بناء على طلب من رئيس مجلس إدارة المركز المعني، ممثلين عنها بمقر المركز المذكور، أو عند الاقتضاء بتمثيلياته. "

وهو الطرح الذي يتماشى وفلسفة إحداث الشباك الوحيد الخاص بمساعدة المستثمرين، إلا أن تنزيله العملي على أرض الواقع من خلال تعيين ممثلين عن كل إدارة ذات صلة وارتباط بالاستثمار بمقر المركز، على غرار ما هو عليه الوضع بالنسبة للشباك المختص بالمساعدة على خلق المقاولات، يظل أمرا تعثره الكثير من الصعوبات من الناحية التطبيقية جراء تعدد واختلاف المتدخلين في مجال الاستثمار، وكذا نتيجة تنوع متطلبات وحاجيات كل مشروع استثماري على حدة.

وعليه، فنجاح المراكز الجهوية للاستثمار في إحداث شبائك بمقراتها لمساعدة المقاولات، لا يفيد بشكل حتمي وأوتوماتيكي أن الأمر سانح وفق نفس المعطيات المتاحة حتى بالنسبة لمهمة مساعدة المستثمرين، بل يجب الأخذ في الاعتبار الاختلاف الجوهرى بين المهمتين.

فبالنسبة لمهمة خلق المقاولات، ونظرا للمعرفة والدراية المسبقة بالعدد المحدد للإدارات المعنية والمتدخلة في الإجراءات الإدارية شكلت عاملا حاسما وأمرا ممكنا واقعيا وعمليا في تعيين ممثلين لهاته الإدارات المتدخلة. هذا فضلا عن عنصر آخر مهم وحاسم في نجاح هذه المهمة، ويتمثل في الطابع الميكانيكي الروتيني للإجراءات الإدارية التي تدخل في صلب خلق المقاولات، إضافة على العدد الكبير نسبيا بخصوص الطلبات اليومية لخلق المقاولات، والذي يشفع بالتواجد المستمر لممثلي الإدارات المعنية بمقرات المراكز الجهوية للاستثمار.

ولهذه الاعتبارات كلها، يبدو منطقيا في هذا الإطار حث جميع الإدارات والمؤسسات العمومية المعنية بمجال الاستثمار على تعيين مخاطبين لها لدى مصالح المراكز الجهوية للاستثمار تعمل وتشغل انطلاقا من مقرات إدارتها بالمعالجة الأولية والمبدئية لملفات المشاريع الاستثمارية بتنسيق وتواصل مع مصالح المراكز الجهوية في شكل فريق عمل عن بعد، لكن تحيط بأشغاله روح الانسجام والتناسق المألوفة في أعمال الشباك الوحيد وفلسفته دونما الحاجة إلى اغراق المراكز الجهوية بممثلين عن مختلف هاته القطاعات الإدارية المتدخلة.

فقرة الثانية: على مستوى الإطار القانوني المنظم للجنة الجهوية الموحدة للاستثمار.

ضمن مقتضيات القسم الثاني، والذي جاء تحت مسمى اللجان الجهوية الموحدة للاستثمار، تنص المادة 28 من هذا القانون على ما يلي:

"من أجل ضمان معالجة مندمجة ومتسقة للملفات الاستثمار، يحدث على صعيد كل جهة من جهات المملكة جهازاً تقريرياً يعهد إليه بتنسيق عمل الإدارات المختصة في مجال الاستثمارات يحمل اسم 'اللجنة الجهوية الموحدة للاستثمار'.
ليأتي بعده الباب الأول من هذا القسم محددًا لاختصاصاتها في مادتين هما 29 و 30. فالمادة 29 تنص على أن : تحل اللجنة الجهوية محل اللجان التي تمارس في تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ الاختصاصات المنصوص عليها في هذه المادة، وتتولى بالرغم من جميع الأحكام التشريعية والتنظيمية المخالفة، القيام بما يلي على صعيد نفوذها الترابي:

أ) إجراء تقييم مسبق لمشاريع الاستثمار المعروضة عليها، من الجانب الاقتصادي والاجتماعي والبيئي والعمراني، وكذا فيما يتعلق بإحداث مناصب الشغل ، والتحقق عند الاقتضاء من قابليتها للاستفادة من نظام التحفيز التي تمنحها الدولة....³³⁵.

وبشأن هذه النقطة بالذات، يحق لنا أن نتساءل عن الأليات والميكانيزمات التي سيتم بموجبها نقل هاته الصلاحيات والاختصاصات المذكورة وتحويلها من اللجان التي تمارسها حالياً إلى اللجنة الجهوية الموحدة؟ هذا في ظل صمت المشرع عن هذا المقتضى.

كذلك يصح التساؤل أمام عدم تطرق المشرع لكيفية التعامل مع العديد من الإشكالات ضمن ميادين متعددة ومتنوعة والتي تم تفويض السلطات بشأنها إلى ولاية الجهات، من قبيل: الملك الغابوي، الاحتلال المؤقت للملك العمومي، الترخيص بالتنقيب عن المعادن واستغلالها. فكيف ستتم معالجة مثل هذا النوع من الطلبات داخل اللجنة الجهوية الموحدة للاستثمار، أم وفق منهجية عمل المعتمدة حالياً حيث يتم انجاز وتحضير ملفاتها التقنية من طرف الإدارات المختصة ليتم عرض القرارات المرتبطة بها لاحقاً على ولاية الجهات لإقرارها والمصادقة عليها؟

أيضاً يمكن الوقوف على الدور الحصري للجنة الجهوية الموحدة للاستثمار في البت وإبداء الرأي ودراسة الملفات الاستثمارية، دون امكانية أن ينصب جزء من مهامها على تتبع سير المشاريع والوقوف على مراحل

انجازها أو معالجة شكايات المستثمرين ومعها لعب دور مهم في كشف واستعراض حالات النزاع الممكنة والتي تنشأ بينهم وبين الإدارة، وبالتالي الحرص على القيام بالدور الاستباقي في هذا الإطار وتبني مقاربة جديدة وفعالة في حل النزاعات بطرق ودية وبديلة ، لتتجاوز بذلك العجز والإخفاق النسبي الذي سجلته المراكز الجهوية للاستثمار بخصوص هذه المسألة.

هذا فيما يتعلق بشق الاختصاصات، أما على مستوى تأليف اللجنة الجهوية الموحدة للاستثمار، فيجب الوقوف عندها وإبداء بعض الملاحظات انطلاقاً من محتوى المادة (31) من هذا القانون، والتي تنص على ما يلي: "يرأس والي الجهة اللجنة الجهوية. ويمكن له أن يفوض رئاستها إلى مدير المركز الجهوي للاستثمار المعني.

تتألف اللجنة الجهوية، حسب القضايا المدرجة في جدول الأعمال، من الأعضاء الآتي بيانهم:

- عمال العمالات أو الأقاليم التي ستنجز داخل نفوذها الترابي مشاريع الاستثمار أو ممثلوهم،
- رؤساء مجالس الجماعات التي ستنجز داخل نفوذها الترابي مشاريع الاستثمار أو أحد نواب كل واحد منهم،

³³⁵ أنظر الفقرة الثانية من المادة 29 من نفس القانون.

- مدير المركز الجهوي للاستثمار،
- المدير العام للمصالح بإدارة الجهة،
- ممثل عن ولاية الجهة المعنية،
- مدير الوكالة الحضرية المعنية أو من يمثله،
- المسؤولون الجهويون عن المصالح اللامركزية والممثلون الجهويون للمؤسسات العمومية وكل الهيئات الأخرى المعنية بمشروع أو مشاريع الاستثمار.

يمكن لرئيس اللجنة الجهوية أن يدعو المستثمر أو وكيله ليقدم إلى أعضاء اللجنة كل توضيح مفيد لدراسة ملف مشروع استثماره، على ألا يحضر مداولات اللجنة. يمكن لرئيس اللجنة أن يدعو لحضور اجتماعات اللجنة، بصفة استشارية، كل شخص يرى فائدة في مشاركته.

فبناء على مقتضيات هذه المادة، يتبين وضعية تبعية بعض أعضاء اللجنة لوالي الجهة - باعتباره رئيس اللجنة - وعلى رأسهم نجد المدير العام للمركز الجهوي للاستثمار، وهي التبعية التي من شأنها أن تؤثر على مبدأ استقلالية الرأي والموقف داخل أشغال هاته اللجنة. بل أكثر من ذلك، وبدل انتباه المشرع لهذه الاشكالية وحرصه على إيجاد حلول عملية لها، نجد ذهب في اتجاه تكريس هذا الوضع من خلال اضافة عضو جديد في نفس هذه الوضعية داخل اللجنة، هو ممثل والي الجهة المعنية.

كما كان من المفيد، وتدقيقا لمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 31 المشار إليها أعلاه، أن تتم الاستعانة بخبراء ومستشارين متخصصين في القطاعات والمشاريع الاستثمارية المطروحة للنقاش والتداول بشأنها ولو بصفة استشارية، ومعها التأسيس لثقافة جديدة، ثقافة الأخذ بأراء ذوي الدراية العلمية والعملية لأهل الاختصاص هدفا في اتخاذ قرارات ومقررات مبنية على معايير موضوعية ذات أسس متينة، فعالة وناجعة.

خاتمة عامة

فعلا، لقد صدر بالجريدة الرسمية عدد 6754 بتاريخ 15 جمادى الآخرة 1440 (21 فبراير 2019)، الظهير الشريف رقم 1.19.18 الصادر بتاريخ 13 فبراير 2019 والمتعلق بتنفيذ القانون رقم 47.18 بإصلاح المراكز الجهوية للاستثمار واللجان الجهوية الموحدة للاستثمار. ومن الطبيعي أنه بمجرد صدور القانون بالجريدة الرسمية يصبح ساري المفعول وقابل للتطبيق، إلا أن المادة 43 من هذا القانون³³⁶، أقرت بصريح العبارة على إرجاء دخوله حيز التنفيذ حتى تاريخ تنصيب أجهزة إدارة المراكز الجهوية للاستثمار وتسييرها. فهذا القانون الرامي لتأهيل المراكز الجهوية للاستثمار يأتي في إطار تفعيل مضامين الخطاب الملكي السامي بمناسبة عيد العرش لسنة 2017، ونزولا عند طلب جلالة الملك من رئيس مؤسسة المجلس الأعلى للحسابات بتقديم تصور جديد للنهوض بأوضاع هذه المراكز لكي تقوم بدورها التنموي المنوط بها في مجال الاستثمار علاوة بتنزيل ورش الجهوية المتقدمة وخدمة فلسفة ميثاق اللاتمرکز الإداري.

³³⁶تنص الفقرة الأولى من المادة 43 على ما يلي: "يدخل هذا القانون حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ تنصيب أجهزة إدارة المراكز الجهوية للاستثمار وتسييرها."

فقد جاء هذا القانون بمجموعة من المقتضيات المهمة التي تصب اتجاه اصلاح منظومة التدبير اللامتمرکز للاستثمار من خلال العمل على:

- تحويل المراكز الجهوية للاستثمار إلى مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي³³⁷.
- إدارة المراكز الجهوية من طرف مجلس إداري تحت رئاسة والي الجهة، ويسيره مدير يعين طبقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل³³⁸.

وبهذه النقطة يثار سؤال حول مدى شرعية المدراء الحاليين في تفعيل الإصلاح قبل تعيين تنصيب أجهزة إدارة المراكز الجهوية وتسييرها. حيث أن المقتضى القانوني يقر: ".... يسير المركز الجهوي مدير يعين طبقا...."، وليست هناك أية إشارة أو إحالة على المدراء الحاليين. وهو ما يستدعي ضرورة التسريع بفتح مسطرة الترشيح لمناصب المسؤولية، لياشر المدراء الجدد مسألة هيكلة المراكز، لأنه من غير المجدي مرققيا أن يشرف مدراء في نهاية ولايتهم على وضع تصور ورؤية هيكلية والإشراف على تنزيلها في بعدها المستقبلي للإصلاح المنشود تفاديا للشطط والمحابة المفترضين تحت ضغط واقع النهاية والمغادرة المرتقبة.

- بالرجوع إلى مقتضيات المادة العاشرة (10)، وخاصة الفقرة الثالثة منها، نقف على مسألة ربط المشرع لتمثيلية الإدارات الجهوية ضمن مجلس الإدارة المراكز الجهوية للاستثمار بنص تنظيمي محدد لهذا الأمر. وهو ما من شأنه أن يؤخر فعلا تأسيس هذه المجالس الإدارية ومعها عمل ومهام المراكز الجهوية للاستثمار. حيث أن الوضع مرتبط بضباية الرؤية بالنسبة للقطاعات الإدارية الجهوية، علاقة بإشكالية التنزيل الحقيقي لميثاق اللاتركيز الإداري.
- العمل على توحيد اللجان المرتبطة بالاستثمار في لجنة واحدة موحدة للاستثمار³³⁹ وهو ما سيتطلب إعادة النظر في اختصاصات العديد من الإدارات الجهوية، جراء سحب البساط من تحت أقدامها، وإلا ستصبح عبارة عن ريع إداري تفتقد لاختصاصات ومهام واضحة.
- إحداث لجنة جديدة تنظاف للبنية الإدارية المغربية ويمكن تصنيفها ضمن لجان الحكامة، إنها اللجنة الوزارية للقيادة³⁴⁰ تتولى تتبع عمل المراكز في مجال تنفيذ سياسة الدولة الرامية إلى تنمية الاستثمارات وإنعاشها جهويا، والعمل على تسوية وحلحلة الصعوبات التي قد تعترضها خلال القيام بمهامها، وكذا البت في الطعون المقدمة من طرف المستثمرين، هذا فضلا عن دراسة تقارير تقييم الأداء السنوية المتعلقة بالمراكز الجهوية التي تظل كفاءات تقييمها والمؤشرات المتعلقة بها رهينة خروج نص تنظيمي يؤطر العملية³⁴¹.

³³⁷ أنظر مقتضيات الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون 47.18.

³³⁸ المادة 9 من نفس القانون.

³³⁹ المادة 29 من نفس القانون.

³⁴⁰ المادة 40 من نفس القانون.

³⁴¹ (36) المادة 42 من نفس القانون.

وفي النهاية، يمكن القول أن كل هاته النقط المستجدة تعد اصلاحات طموحة ستمكن لا محالة من تحسين مناخ الاستثمار الجهوي، إلا أن مسألة التنزيل لا زالت مرهونة بالكثير من المعطيات القانونية والعملية كما سبقت

الإشارة لذلك. حيث أن الترقب هو سيد الموقف لحدود الساعة داخل مقرات المجالس الجهوية للاستثمار الحالية، مع هيكلية جديدة ذات قطبين للاشتغال والعمل، قطب دار الاستثمار، وقطب التحفيز الترابي.

هذا، إضافة إلى ميثاق التركيز الإداري الذي سيؤجل التنفيذ الفعلي للجن التنظيمية للمراكز الجهوية التي يتطلب إحداثها واشغالها نصوص تنظيمية هي نفسها حبيسة صدور التنظيم الإداري الجهوي للإدارات والمؤسسات العمومية عبر اعداد الوزارات الأم للتصاميم المديرية للاتمرکز الإداري.³⁴²

أخرا وليس أخيرا فإن هاته القراءة الأولية في إطارها النقدي نسبيا لا تعدو سوى مساهمة من باب الاهتمام الأكاديمي بموضوع التدبير اللاتمرکز للاستثمار من خلال الاشتغال خلال مرحلة الدراسات العميقة على موضوع الإدارة الاقتصادية الترابية من خلال جدلية الضبط الأمني والدور التنموي لمؤسسة العامل، وكذا من منطلق الاحتكاك المهني بهذا المجال، وفق مبنغى أسمى قوامه صياغة نص قانوني وتنزيل مقتضياته في الشكل المطلوب والجودة المنشودة يستحضر نواقص التجارب السابقة ويحرص على خلق التدابير والميكانيزمات القمينة بتجاوزها ومعالجة عللها وإشكالاتها العويصة. هاته الأخيرة التي يشكل الاستثمار حيز الزاوية في التخفيف من حدتها، ودعامة لرئيسية لكل إقلاع اقتصادي تنموي يروم تكريس العدالة الاجتماعية وخلق الثروة، ومعها تحقيق استراتيجية معقولة لتدبير اقتصاد الندرة وتوفير فرص الشغل.

فهذا يتطلب النجاعة والفعالية في التسيير والتدبير من خلال دعائم قانونية ومرتكزات بشرية، مالية، قضائية، عقارية وإدارية. سيما وأن الإطار المؤسسي للاستثمار أصبح يعرف في ظل الدستور الأخير لسنة 2011، ومع القوانين التنظيمية للجماعات الترابية لـ يوليو 2015، تعددا مؤسسيا داخل مجال ترابي واحد ومحدد. فعلى مستوى الاستثمار الجهوي نجد إضافة إلى المراكز الجهوية للاستثمار، هناك الوكالة الجهوية لتنفيذ المشاريع³⁴³، شركات التنمية الجهوية³⁴⁴، مجموعات الجهات ومجموعات الجماعات الترابية³⁴⁵ (*).

وعليه، فالأمر يقتضي تفعيل المقتضيات والمبادئ الدستورية والقانونية عبر ربط المسؤولية بالمحاسبة، وإعمال مبدأ التدبير الحر داخل المجالس النيابية، وكذا تشجيع البحث العلمي وربط محتوياته وبرامجه بأهداف ومبتغى إنعاش الاستثمار وتأهيل مناخه العام والخاص من خلال تيسير ولوج المستثمرين إلى العقار، وتحسين قوانينه وإعادة النظر في وعائه وتبسيط مساطر انتقاله وتداوله؛ مع تهمين العقار العمومي وحمايته. هذا دون اغفال دور مجلس المنافسة في هذا الإطار باعتباره

³⁴² أنظر مقتضيات المادة 22 من المرسوم رقم 2.17.618 الصادر في 18 من ربيع الثاني 1440 (26 ديسمبر 2018) بميثاق وطني للاتمرکز الإداري، الجريدة الرسمية عدد 6738، الصادرة في 19 ربيع الثاني 1440 (27 ديسمبر 2018)، ص: 9787.

³⁴³ (38) أنظر المادة 128 من القانون التنظيمي للجهات 111.14.

³⁴⁴ (39) أنظر المادة 145 من نفس القانون التنظيمي.

³⁴⁵ (40) أنظر المادة 148 من نفس القانون التنظيمي.

* (**) **الاستثمار الجهوي** : المراكز الجهوية للاستثمار والوكالات الجهوية لتنفيذ المشاريع: علاقة تكامل أم تقاطع، سيكون موضوع مقالنا المقبل بحول الله وقوته.

هيئة مستقلة ومؤسسة دستورية مكلفة بتنظيم المنافسة، هدفا في تكافؤ الفرص وتأصيلا لمبدأ الإنصاف ولاقتصاد شريف يقطع مع الربح بمختلف أشكاله وينبذ الاحتكار.

فبالرغم من أن مفهوم التنمية عرف ولا زال يعرف تطورات هائلة وسريعة خلال السنوات الأخيرة، إلا أن السياسات المعتمدة لتحقيقه تمر بأزمة حقيقية. وهي الإشكالية التي كانت حاضرة في الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح الدورة البرلمانية الخريفية من السنة التشريعية العاشرة، بتاريخ 13 أكتوبر 2017. حيث أكد جلالته على ضرورة تجديد النموذج التنموي استجابة لتطلعات وطموحات المواطنين. فعلى العموم، يظل الهدف الأساسي من صياغة أي نموذج تنموي العمل من جهة أولى على آليات خلق الثروة وإنتاجها، ومن جهة ثانية آليات توزيعها وضمان استفادة مختلف الفئات الاقتصادية والطبقات الاجتماعية منها. في تلاءم والأسس الاقتصادية المعتمدة، وكذا المقومات الاقتصادية في إطار الاقتصاد الاجتماعي والتضامني الذي يعد لأحد روافد التنمية في العديد من الاقتصاديات الصاعدة. هذا فضلا، على تطوير البنيات اللامركزية من جهوية وترابية وجعلها وحدات لخلق الثروة عوض أن تظل مستهلكة لها وعبئا على مالية الدولة.

الغداة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء الإداري

د. رشيد المسمودي

دكتوراه في القانون الخاص

في الواقع لا قيمة للقانون بدون تنفيذ ولا قيمة لأحكام القضاء بدون تنفيذها، ولا قيمة لمبدأ الشرعية في الدولة ما لم يقتصر بمبدأ آخر مضمونه احترام أحكام القضاء، وضرورة تنفيذها، وإلا فماذا يجدي أن يجتهد ويبتكر القاضي الإداري في إيجاد الحلول الناجعة بما يتلائم وصون الحقوق والحريات والمشروعية، إذا كانت أحكامه مصيرها الموت. فما يطمح إليه كل متقاض من رفع دعواه لدى القضاء الإداري ليس هو إغناء الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، بل استصدار حكم لصالحه يحمي حقوقه المعتدى عليها من طرف الإدارة، مع ترجمة منطوقه على أرض الواقع بتنفيذه.

إن عدم التنفيذ يضرب في الصميم حرمة وهيبة وقدسية القضاء، وتزرع الشك حول فعالية وجدوى قضاء إداري يقتصر دوره على معاينة عدم مشروعية المقررات الإدارية المطعون فيها، أو الحكم بالتعويض. إن ذلك يتعارض مع الآمال المعقودة على هذه المحاكم في بناء صرح دولة الحق والقانون، فبدون تنفيذ تصير الأحكام عديمة الجدوى والفعالية، ويفقد الناس ثقتهم في القضاء، ويدب اليأس في نفوسهم وينعدم الأمن والاستقرار، وذلك كما يقول صاحب الجلالة الحسن الثاني تغمده الله بواسع رحمته: "يجبر المرء إلى تفكير آخر هو انحلال الدولة".

وبهذا المعنى يؤكد الدكتور عصمت عبد الله الشيخ: "إن الحقيقة التي تفرض وجودها وتؤكد ثبوتها جهرًا وبيانًا، أن في إهدار الأحكام النهائية بالامتناع عن تنفيذها، يفقد الإنسان الطمأنينة والإحساس بأن مصالحه مضمونة، وهو ما ينعكس على ولائه وعطاءه لوطنه"³⁴⁶.

وإشكالية تنفيذ الأحكام الإدارية يكمن في الأساس في غياب مسطرة فعالة وناجعة لإجبار الإدارة على التنفيذ، فقانون المحاكم الإدارية، وكذلك قانون المسطرة المدنية لا يتضمنان الوسائل اللازمة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به.

³⁴⁶ - عصمت عبد الله الشيخ: الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، ص: 5.

و قد استقرت أحكام القضاء الإداري بالمغرب³⁴⁷ وفرنسا³⁴⁸ ومصر³⁴⁹، على أن عدم تنفيذ الشيء المقضي به يعتبر دائما خطأ، على أساس أن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم ينطوي على مخالفة أصل من الأصول القانونية، وهو احترام حجية الشيء المقضي به، والذي من شأنه إشاعة الطمأنينة واستقرار الأوضاع وإحاطة القضاء بسياج من الحماية، وأن امتناع الإدارة عن تنفيذ قوة الشيء المقضي به هو مخالفة قانونية صارخة لقوانين التنظيم الأساسي والإجراءات القضائية التي باحترامها يحترم النظام العام، ذلك أنه لا يليق بحكومة في بلد متحضر أن تتمتع عن تنفيذ الأحكام النهائية بغير وجه قانوني، لما يترتب عن هذه المخالفة الخطيرة من إشاعة الفوضى وفقدان الثقة في سيادة القانون.

فالمشرع المغربي في القانون رقم 41.90 من خلال الفصل 49 منه اكتفى بالقول على أنه يتم التنفيذ بواسطة كتابة ضبط المحكمة الإدارية التي أصدرت الحكم، ويمكن للمجلس أن يعهد بتنفيذ قراراته إلى محكمة إدارية. كما أن المادة 7 منه نصت على أن تطبق أمام المحاكم الإدارية القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص على خلاف ذلك. وإذا كانت الأحكام القضائية الصادرة ضد الأفراد الحائزة لقوة الشيء المقضي به تتضمن في مواجهتهم إمكانية التنفيذ الجبري المنصوص عليها بالبواب الثالث من القانون المسطرة المدنية، فإن هاته القواعد الجبرية المحالة عليها بموجب الفصل 7 من القانون رقم 41.90 لا نجد لها تطبيقا في مواجهة أشخاص القانون العام، لاعتبارات خاصة تحظر التنفيذ الجبري ضد الإدارة، تستمد جذورها من القانون العام كالفصل بين السلطات و استقلال الإدارة في مواجهة القاضي، و امتياز التنفيذ المباشر واختلاف الصيغة التنفيذية للأحكام الإدارية عن الأحكام العادية القابلة للتنفيذ الجبري، وحسن سير المرافق العامة بانتظام، وعدم تعطيل وظيفة النفع العمومي، ومن ثم يبقى تنفيذ الأحكام الإدارية مرتبط بأخلاقيات الإدارة وامتثالها طوعية للتنفيذ.

و عملية التنفيذ في مواجهة الإدارة تنطلق بصدور الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به، وتذيله بالصيغة التنفيذية الخاصة بالأحكام المدنية إعمالا للفصل 7 من القانون رقم 41.90 المحيل على قواعد المسطرة المدنية، في انتظار تدخل تشريعي وقد يذيل هذا الحكم من طرف المحكمة الإدارية المصدرة للحكم أو من طرف محكمة الاستئناف الإدارية في حالة إلغاء الحكم والتصدي للنزاع وقد ينفذ من المحكمة المصدرة للحكم عن طريق توجيه الملف التنفيذي للمفوض القضائي المختار من طرف طالب التنفيذ، تفاديا للإشكاليات القانونية المترتبة عن توجيه إنابة قضائية إلى المحكمة العادية التي يقع بدائلتها التنفيذ، أو بواسطة إنابة لمحكمة إدارية أخرى.

وبالنظر لما تتمتع به الإدارة من استقلال بسبب حظر التنفيذ الجبري ضدها فهي قد تتماطل أو تمتنع عن التنفيذ. و إذا كان المشرع الفرنسي قد سن تدابير خاصة لحمل الإدارة على التنفيذ ممثلة في نظام وسيط الجمهور³⁵⁰ الذي يتدخل لدى الإدارة المعنية بالتنفيذ لحملها على الرضوخ لقوة الشيء المقضي به داخل أجل معين، تحت طائلة تحرير تقرير خاص

³⁴⁷ - قرار المجلس الأعلى عدد4، بتاريخ 1987/11/24، منشور بقرارات الغرفة الإدارية (1966-1970)، ص:22.

³⁴⁸ L'execution force des decisions du juge administrative par la mise en de la responsabilite pecuniaire du service public EDCE1953 .P :50.

³⁴⁹ -محكمة القضاء الإداري القضية رقم 6764 لسنة 50 جلسة 1996/7/30.

³⁵⁰ - نظام الوسيط بفرنسا تقرر بموجب قانون 24 ديسمبر 1976، معدل بقانون 3 يناير 1973.

ينشر في الجريدة الرسمية، ويتم الإعلان عنه للعموم وفي فرض الغرامة التهديدية في حق الإدارة المتمتعة عن التنفيذ³⁵¹ من طرف مجلس الدولة أو المحاكم الإدارية، هذا فضلا عن إمكانية تغريم المسؤول عن الإدارة المعينة من طرف المحكمة المختصة بالشؤون المالية والميزانية، واعتبار الحكم الصادر بأداء مبلغ مالي بمثابة أمر بحوالة يقدم إلى أمين الحساب العام المختص الذي يقوم بتنفيذه بمجرد الاطلاع عليه إذا كان الأمر يتعلق بتنفيذه ضد الدولة، وحتى إذا كان الحكم صادرا في مواجهة جماعة محلية تحرر السلطة الوصية أمرا رسميا بصرف المبلغ المحكوم به، ويقيد بجدول ميزانية المصاريف تلقائيا.

وإذا كان المشرع المصري قد قرر جزاءات خاصة تحمل الإدارة على التنفيذ كتقريره للمسؤولية الشخصية للموظف المتمتع عن التنفيذ، وتقرير مسؤوليته الجنائية بموجب الدستور المصري³⁵² والفصل 123³⁵³ من قانون العقوبات المصري، فضلا عن إثارة المسؤولية السياسية أمام مجلس الوزراء عن طريق تقديم رئيس مجلس الدولة سنويا لتقرير يتضمن ما أظهرته الأحكام والبحوث من نقص في التشريع أو غموض فيه، وحالات إساءة استعمال السلطة التي تدخل فيها حالت الامتناع عن تنفيذ الأحكام أو تعطيلها.

وإذا كانت المحاكم الإدارية تعتبر محاكم عادية مندرجة في التنظيم القضائي للمملكة، مع تخصصها في المادة الإدارية، وأن القول بوحدة القضاء يعني توحيد المسطرة، وبالتالي توحيد مسطرة التنفيذ، وأن تنفيذ الأحكام الإدارية لذلك يخضع للقواعد العامة للتنفيذ، كما هي منصوص عليها بقانون المسطرة المدنية، فإنه بالرجوع إلى هاته المقترضات القانونية نلاحظ غيابا تاما لوسائل التنفيذ الجبري للأحكام الصادرة ضد الإدارة.

و أمام هذا الفراغ التشريعي لم يبق القاضي الإداري مكتوف الأيدي أمام استفحال ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، بل انطلاقا من دور القضاء الإداري كقانون قضائي يسعى إلى خلق القاعدة القانونية، وتكريسا لدوره الخلاق والمبتكر، وانطلاقا من التفسير الواسع لأحكام المادة 7 من القانون رقم 41.90 الذي ينص على تطبيق قواعد المسطرة المدنية ما لم يوجد نص مخالف، اهتدى القاضي الإداري إلى بعض الوسائل المنصوص عليها بقانون المسطرة المدنية لحمل الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها، كالغرامة التهديدية والحجز، علاوة على وسيلتين أخرتين غير منصوص عليهما قانونا، ويتعلق الأمر بالتنفيذ التلقائي ضد الإدارة في الحالة التي لا يستلزم تنفيذ الحكم أي تدخل من جانبها³⁵⁴، و بالمساءلة الشخصية للمسؤول الإداري الراض لتفويض الحكم المكتسب لقوة الشيء المقضي به.

³⁵¹ القانون الفرنسي رقم 80/539 الصادر في 16 يوليوز 1980 المعدل بالقانون 95/125 الصادر بتاريخ 1995/2/8، والقانون 388 الصادر بتاريخ 2000/5/4 الذي أقر للقضاء الإداري الحق في توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة في حالة عدم تنفيذها الأحكام الإدارية الصادرة في مواجهتها أيا كان مضمون هذه الأحكام.

³⁵² تنص المادة 72 من الدستور المصري الصادر سنة 1971 على أنه: " تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون".

³⁵³ ينص الفصل 123 على ما يلي: " يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة. كذلك يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمدا عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من إنذاره على يد محضر إذا كان تنفيذا الحكم أو الأمر داخلا في اختصاص الموظف".

³⁵⁴ قضية العراقي ضد المجلس البلدي المتعلقة بتنفيذ القرار القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

وعلى هدي ما تقدم، تتضح معالم هذا البحث كما يلي : سوف نتناول في فقرات متتالية مفهوم الغرامة التهديدية خصائصها، ومبررات تحديدها في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، وما إذا كان يجوز تحديدها لمنطوق الحكم أم بعد تسجيل امتناع الإدارة عن التنفيذ، ومبررات تحديدها بين الإدارة والمسؤول عن التنفيذ، وبين أحكام الإلغاء وأحكام القضاء الشامل، مع بيان الجهة المختصة لتحديدها، والقواعد التي تحكم تصنيفها بين اعتبارها مستقلة ومنفصلة عن التعويض، وبين إخضاعها في التصفية لأهمية الضرر ونوعه ومداه.

المبحث الأول : الغرامة التهديدية والقواعد التي تحكم تطبيقها أمام القضاء الإداري.

تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة لتنفيذ الأحكام الإدارية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، وكذا وسيلة لحمل الإدارة على تنفيذ تلك الأحكام. والقاضي الإداري وهو يقوم بتوقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة لا يعتبر تدخلا منه ضد الإدارة، ولا هو يحل محلها في شيء، ولا يمس في ذلك الفصل بين السلط، ولكنه لا يفعل سوى أن يذكر الإدارة بالتزاماتها الأساسية المتمثلة في احترام مضمون قوة الشيء المقضي به، مع إلباس هذا التذكير ثوب التحذير الرسمي، وهو التحديد بجزاء مالي.

فما مفهوم الغرامة التهديدية، وما هي خصائصها ومبررات تحديدها، من طرف القضاء الإداري على ضوء قانون إحداث المحاكم الإدارية والقواعد العامة للمسطرة المدنية. وما هو موقف المشرع الفرنسي منها، وهل تحدد بمنطوق الحكم أم بعد تسجيل امتناع الإدارة عن التنفيذ، ومن هو الشخص المعني بتحديد الإدارة أم المسؤول عن التنفيذ، وهل تحدد من طرف القضاء الإداري في غيبة الأطراف بناء على الفصل 148 من ق م م، أم بشكل تواحيي، وما هو موقف القضاء الإداري منها بين دعاوي الإلغاء، ودعاوى القضاء الشامل؟ وما هي الجهة المختصة لتحديدها وتصنيفها بين القضاء العادي والإداري؟ هاته مجموعة من التساؤلات سنحاول من خلال هذا الموضوع الإجابة عنها تباعا من خلال الفقرات المتتالية بعده.

الفقرة الأولى: مفهوم الغرامة التهديدية وخصائصها

إن الغرامة التهديدية وسيلة قانونية منحها المشرع بمقتضى المادة 448 من قانون المسطرة المدنية للدائن لتمكينه من الحصول على التنفيذ العيني متى كان الأمر يتعلق بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه لصيق بشخص المنفذ عليه، ممكن وجائز قانونا وتلزم إرادته في تنفيذه، ولا تسعف فيه إجراءات التنفيذ الجبري. ومن خصائص الغرامة التهديدية أنها تهديدية وتحذيرية وتحكمية، ولا يقضى بها إلا بناء على طلب.

وهي تهديدية تحذيرية لكونها تنبه المحكوم عليه إلى الجزاءات المالية التي سوف يتعرض لها إن هو استمر في مقاومة تنفيذ الحكم الصادر ضده، وهي تحذر المحكوم عليه إلى الالتزامات المالية التي سوف تثقل عاتقه في حالة امتناعه عن تنفيذ الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به.

وتتميز بكونها تحكمية يؤخذ في تحديدها مدى تعنت المدين في تنفيذ التزامه الوارد بمنطوق الحكم المعني بالتنفيذ، ومن جملة خصائصها أنه لا يقضي بها تلقائيا، بل بناء على المطالبة القضائية لصاحب الشأن، وهي تنقلب في نهاية الأمر إلى تعويض يحدد تبعا لطبيعة الضرر وأهميته ومداه الناتج عن الامتناع عن التنفيذ، مع الأخذ بعين الاعتبار تعنت المدين.

هاته هي الغرامة التهديدية وخصائصها، فما هي مبررات تحديدها من طرف القضاء الإداري؟

الفقرة الثانية: مبررات تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة أو المسؤول عن التنفيذ على ضوء قانون إحداث المحاكم الإدارية 41.90 والقواعد العامة للمسطرة المدنية.

بمراجعة القانون المحدث للمحاكم الإدارية لا نجده ينص على مقتضيات خاصة لمواجهة امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، لذا فالمرجع القانوني في حل الإشكال المطروح هو المادة السابعة من القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية التي تحيل مقتضياتها على قواعد المسطرة المدنية.

وهكذا ، فالقاضي الإداري المغربي يعتمد في فرض الغرامة التهديدية على نظام وحدة القضاء التي تقتضي تطبيق قواعد المسطرة المدنية على المنازعات الإدارية والمدنية على حد سواء ، ذلك أن وحدة مسطرة التقاضي تؤدي منطقياً إلى وحدة مسطرة التنفيذ ، خصوصاً وأن المحاكم الإدارية تعتبر محاكم عادية مندرجة في النظام القضائي للمملكة مع تخصصها في المادة الإدارية من جهة. و من جهة أخرى، بالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية المحال عليه بموجب المادة 7 من القانون 41.90 نجده ينص في الباب الثالث المتعلق بالقواعد العامة للتنفيذ من خلال الفصل 448 على الغرامة التهديدية كوسيلة من وسائل إجبار المحكوم عليه على التنفيذ في غياب أي نص قانوني يستثني الإدارة من هاته الوسيلة.

و الملاحظ أن كلمة المنفذ عليه الواردة بالفصل المذكور جاءت عامة مما يعني جواز تحديدها سواء ضد أشخاص القانون العام أو الخاص كلما تعلق الأمر بامتناع عن تنفيذ حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به. فكلما تعلق الأمر بالقيام بعمل أو بامتناع عنه جائز و ممكن ، ولا تسعف فيه وسائل التنفيذ الجبري ومتوقف على إرادة المحكوم عليه، جاز تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة أو المسؤول عن التنفيذ، خصوصاً وأنه لا يوجد نص مخالف لذلك. وهذه المبررات القانونية هي التي استقر عليها العمل القضائي الإداري في تحديد الغرامة التهديدية (أنظر في هذا الشأن حكم ورثة لعشيري³⁵⁵ موضوع تعليق من طرف ذ. آمال المشرفي³⁵⁶ وكذا حكم المحكمة الإدارية بوجدة³⁵⁷).

الفقرة الثالثة: الغرامة التهديدية في التشريع الفرنسي

إن القضاء الإداري الفرنسي قبل قانون 16 يونيو 1980 لم يجز على تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به، بناء على كونه لا يستطيع أن يحل محل الإدارة، أو أن يصدر لها أوامر بعمل شيء أو بالامتناع عنه أو ما يرغمها على ذلك، تحت التهديد المالي، بحجة احترام مبدأ الفصل بين السلطات، وهذا هو الاتجاه المعمول به في العمل القضائي المغربي قبل دخول قانون إحداث المحاكم الإدارية حيز التطبيق³⁵⁸.

وقد قرر مجلس الدولة³⁵⁹ في قراراته السابقة أنه: "بالنسبة للطلبات التي تهدف إلى تحديد الغرامة التهديدية فإنه لا يختص بتحديددها، وإذا حدث وأن صدرت أحكام عن المحاكم الإدارية بهذا المعنى كان مجلس الدولة يلغيها بلا رحمة"³⁶⁰.

³⁵⁵-حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 134 بتاريخ 1997/3/6.

³⁵⁶-المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 23، أبريل يونيو 1998.

³⁵⁷-حكم إداري وجدة بالملف رقم 00/10 بتاريخ 00/5/11، غير منشور، وحكم الملف 97/11 بتاريخ 97/7/21، غير منشور.

³⁵⁸-الرباط 1955/11/15 كوهين بيير ضد الدولة المغربية. قرارات محكمة الاستئناف بالرباط 1955/11/15، ص: 520.

³⁵⁹-قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 20 يوليوز 1913 قضية Commune de la curtine.

³⁶⁰-قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Gas de pesnas.

لكن بصدر القانون رقم 80/539 بتاريخ 16 يوليوز 1980، أجازت مواده من 2 إلى 6 للقاضي الإداري أن يقضي بغرامات تهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة لضمان تنفيذ الأحكام في مواجهتها. وبخصوص تحديد الشروط وقواعد الحكم بالغرامة التهديدية، تنص المادة الثانية من نفس القانون على أنه في حالة عدم تنفيذ حكم صادر من جهة الإدارة، فإن لمجلس الدولة، ولو من تلقاء نفسه، أن يقضي بغرامة تهديدية ضد الأشخاص المعنوية للقانون العام لضمان تنفيذ هذا الحكم.

إذن وعلى ضوء التشريع الفرنسي هناك شرطان للحكم بالغرامة التهديدية، أولهما أنه لا يحكم بالغرامة التهديدية إلا في حالة تسجيل امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم القابل للتنفيذ، ومن هنا فالقاضي الإداري لا يمكنه إصدار الغرامة التهديدية مع الحكم في الموضوع، وهو لا يلتجأ إلى استعمال هذه السلطة إلا بعد الحكم، بعد أن يثبت له امتناع الإدارة عن التنفيذ، وقد قصد المشرع من وراء ذلك أن يترك فرصة للإدارة قبل استخدام هذا الأسلوب الإكراهي ضدها. وثانيهما أنه لا يمكن أن يقضي بها إلا من طرف مجلس الدولة فقط، ولم يخول القانون سلطة توقيعها لجهة قضائية غيره.

وينص الفصل الرابع من القانون الفرنسي بخصوص تصفية الغرامة التهديدية أنه: "في حالة عدم التنفيذ الكلي أو التنفيذ الناقص أو المتأخر يقوم مجلس الدولة بتصفية وتحديد الغرامة التهديدية التي سبق له أن أصدرها". وتتضمن المواد من 4 إلى 6 كيفية تصفية تلك الغرامة بقولها: "وفي هاته الحالة يبقى دور القاضي بسيطاً تماماً في حالة تسوية الغرامة التهديدية إذا كان قد حددها بمبلغ نهائي، وهو لا يزيد عن إجراء عملية حسابية، وهو ما يعطي للغرامة التهديدية طابعها الإكراهي والتهديدي لحث الإدارة على التنفيذ، خصوصاً إذا كانت محددة في مبلغ مرتفع.

و في هاته الحالة وبالنظر لما يترتب عن تصفيتها بالشكل الآنف الذكر من إثراء بدون سبب، قرر قانون 16 يوليوز 1980 كحل وسط في هذا الميدان من خلال الفصل 5 منه، أن لمجلس الدولة أن يقرر أن جزءاً من الغرامة يعطى للمحكوم له و يمنح الباقي لصندوق تجهيز الهيئات المحلية.

وإذا كان قانون 19 يوليوز 1980 قد أعطى لمجلس الدولة وحده، سلطة إصدار الغرامة التهديدية ضد الإدارة في حالة امتناعها عن تنفيذ الأحكام الإدارية أياً كان مضمونها، سواء تلك الصادرة في دعاوى تجاوز السلطة أو دعاوى القضاء الشامل، فإنه بصدر القانون رقم 95/125 بتاريخ 7 فبراير 1995، المتعلق بتنظيم السلطة القضائية والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، فقد اعترف المشرع للمحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستثنائية بالحق في فرض الغرامة التهديدية، حيث تنص المادة 4/7 من هذا القانون على أن طلب تحديد هذه الغرامة التهديدية يجب أن يقدم بالنسبة للأحكام النهائية إلى الجهة القضائية التي أصدرتها.

وقد حدد المشرع الفرنسي مدة ستة أشهر للتنفيذ يمكن بعد فواتها ابتداء من تاريخ إعلان الحكم أن يتقدم المحكوم لصالحه إلى مجلس الدولة للمطالبة بفرض الغرامة التهديدية على الإدارة الممتنعة عن التنفيذ، وقصر تلك المدة إلى ثلاثة أشهر بالنسبة لأحكام المحاكم الإدارية، وقرارات محكمة الاستئناف الإدارية، لكن شرط المدة يتغاضى عن تطبيقه إذا ما ثبت أن الإدارة قد بدأت فعلاً في التنفيذ.

ومما تجدر الإشارة إليه إلى أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يفرض الغرامة التهديدية على إدارة إلا في حالة عدم التنفيذ المحقق. وعلى خلاف ذلك، فإن القاضي الإداري لا يستطيع فرضها إذا كان التنفيذ مستحيلا من الناحية القانونية³⁶¹ أو من الناحية المادية³⁶² أو في حالة ما إذا كانت الإدارة تملك فترة تستطيع خلالها أن تقوم بتنفيذ³⁶³.

وبخصوص تسديد الغرامة التهديدية، فقد نصت المادة الأولى من قانون يوليو 1980 أن الإدارة يجب عليها أن تسدد مبلغ الغرامة التهديدية المصفى بموجب الحكم الحائز لفترة الشيء المقضي به داخل شهرين من تاريخ إعلانه، وإذا لم يتم سداد المبلغ المحكوم به خلال تلك المدة، فإن الأمر لا يخلو من أن يكون الحكم صادرا في مواجهة الدولة، ففي هاته الحالة يتقدم المحكوم له إلى المحاسب المكلف بالدفع بطلب التنفيذ مرفق بصورة من الحكم الذي عليه أن يقوم بالدفع الفوري للمبلغ المحكوم به، أما إذا كان الحكم صادرا في مواجهة أشخاص اعتبارية أخرى، فإن سلطة الوصاية هي المكلفة بإصدار أمر بالدفع، وحتى إذا لم توجد لدى الإدارة اعتمادات مالية كافية للتنفيذ أجاز المشرع من خلال المادة 17 من قانون 12 أبريل لسنة 2000 مد المدة إلى أربعة أشهر لتوفير الاعتمادات اللازمة للتنفيذ، أما بالنسبة لأشخاص القانون العام الأخرى، فإن الأجل يمدد إلى شهرين تحت طائلة حلول الوصاية محلهم في السداد.

وتدعيما من المشرع الفرنسي لنظام الغرامة التهديدية، وجعله وسيلة ناجعة في ضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، فرض غرامة مالية على الموظف الذي تفضي تصرفاته إلى الحكم على أحد أشخاص القانون العام بالغرامة التهديدية، أو تلك التي تهدف تعطيل تنفيذ الأحكام المالية، كما قرر نفس العقوبة على السلطة الوصية التي ترفض أن تحل محل الشخص المعنوي العام في الدفع خلال الأجل المحدد للتنفيذ. وهو ما جعل من الغرامة التهديدية من أقوى الوسائل في ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة في القانون الفرنسي.

المبحث الثاني: هل يجوز تحديد الغرامة التهديدية بمنطوق الحكم أم بعد تسجيل امتناع الإدارة عن التنفيذ

هل يشترط في تحديد الغرامة التهديدية أولا صدور حكم في مواجهة الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، وتسجيل امتناعها عن تنفيذه ثانية، أم يجوز تحديد تلك الغرامة بمنطوق الحكم متى تعلق الأمر بعمل أو بالامتناع عنه لصيق بشخصية المنفذ عليه، ولا تسعف فيه وسائل التنفيذ الجبري؟

قد تكون الغرامة التهديدية وسيلة تابعة لامتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به، وكجزء لتقاعس الإدارة عن تنفيذ حكم صادر ضدها. ومن هنا فالعني بالأمر الذي يصطدم الحكم الصادر لصالحه بامتناع الإدارة عن تنفيذه، يمكنه اللجوء مجددا للقضاء الإداري في إطار المسطرة القضائية المنصوص عليها قانونا للمطالبة بالحكم على الإدارة الممتنعة عن التنفيذ بالغرامة التهديدية لحملها على التنفيذ، بعد أن تثبت هذا الامتناع بالوسائل القانونية. لذلك فالغرامة التهديدية هنا تكون لاحقة على الحكم الأصلي لضمان تنفيذه بعد ثبوت امتناعها أو تماطلها في التنفيذ³⁶⁴.

³⁶¹ أورده الدكتور عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص: 93..830. Raveau. Rec p: 7 Janv 1983. CE -

³⁶² نفس المرجع أعلاه، ص: 93. Mme Lanlaney. CE 27 Mas 1978 -

³⁶³ ICE 13 Sep 1996 Fereol-المشار إليه بنفس المرجع، ص: 93.

³⁶⁴ -أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 19.1.2009 تحت عدد 15 بالملف رقم 08/64 تم تأييده بقرار محكمة الاستئناف الإدارية بقرارها عدد 1370 بتاريخ 2009.6.1 بالملف عدد 2/09/80.

لكن سار العمل القضائي بمختلف المحاكم الإدارية³⁶⁵ على تحديد الغرامة التهديدية في منطوق الحكم الذي أصدره، وأن مجموع هاته الأحكام صدر الأمر فيها بإيقاف الأشغال كان تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها عن كل يوم تأخير عن التنفيذ.

وفي هاته الحالة ، لم يقرر القاضي الإداري الغرامة التهديدية لمواجهة رفض التنفيذ الحاصل فعلا، ولم ينظر واقع عدم التنفيذ للحكم بالغرامة التهديدية ، بل إن الأمر يتعلق باحتمال وقوع امتناع عن التنفيذ فالقاضي هنا يتحسب لاصطدام حكمه بمقاومة الإدارة وامتناعها عن التنفيذ. وتفرض الغرامة التهديدية كوسيلة احتياطية وسابقة لضمان التنفيذ. وهاته الوسيلة التهديدية والإكراهية يستعملها القاضي لبيان للإدارة ما سوف يتعرض له من جزاءات مالية في حالة امتناعها عن التنفيذ. و مؤدى ذلك، فتحديد الغرامة التهديدية بمنطوق الحكم وبمعزل عن تسجيل الامتناع عن التنفيذ أمر جائز، مادام أنه لا وجود لأي نص يمنعه، والغاية من تحديد تلك الغرامة التهديدية التي تعتبر ملازمة لمنطوق الحكم وأحد عناصره الأساسية، أنها تحذر الإدارة من الالتزامات المالية التي سوف تتحملها إن هي امتنعت عن التنفيذ، وهي وسيلة فعالة وذات أهمية لكونها تضمن التنفيذ بشكل سريع، وتغني عن اللجوء مجددا للقضاء للمطالبة بتحديد الغرامة التهديدية في إطار المسطرة الإجرائية، وهذه الوسيلة كما يقول ذ. أمال المشرفي بمناسبة تعليقه على حكم إدارية وجدة ، بالملف الإستعجالي عدد 98/28 الذي حدد الغرامة التهديدية بمنطوقه : " تضيي ذات فعالية ملموسة على الحكم القضائي، وعلى هيئة القضاء الإداري، وبالتالي يعطي مدلوله الحقيقي لمبدأ قوة الشيء المقضي به الذي يؤدي في نهاية الأمر إلى تعزيز دافعه لدولة الحق والقانون".

إذن نخلص مما ذكر، انه يمكن استعمال الغرامة التهديدية كوسيلة لاحقة على التنفيذ، أو كوسيلة سابقة عليه، و هاته الأخيرة تعتبر عملية وفاعلة وذات أهمية كبرى.

المبحث الثالث: تحديد الغرامة التهديدية بين الإدارة والمسؤول عن التنفيذ

تنص مقتضيات الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية المحال عليه بموجب المادة 7 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية بما يلي: "إذا رفض المنفذ عليه أداء التزام بعمل أو خالف إلتزاما بالامتناع عن عمل، أثبتته عون التنفيذ ذلك في محضره، وأخبر الرئيس الذي يحكم بغرامة تهديدية".

إن القراءة الأولية لنص المادة أعلاه في ضوء صياغته القانونية، توحى بأن المخاطب بإجراءات تنفيذ الأحكام الإدارية هو الشخص المعنوي العام دون الخاص، الذي يبقى مخاطبا بتنفيذ الأحكام العادية الصادرة في إطار القانون الخاص. و لكن أمام عمومية لفظة المنفذ عليه التي تحوي كلا من أشخاص القانون العام والخاص هل تسعف في القول بإمكانية تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الموظف المسؤول عن التنفيذ إذا ما تعلق المر بتنفيذ حكم في مواجهة الشخص المعنوي العام.

وأول مبادرة جريئة وشجاعة في العمل القضائي الإداري المغربي ذهبت في هذا المنحى، وأجازت تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة المسؤول عن تنفيذ الحكم الإداري هو الحكم الصادر عن إدارية مكناس³⁶⁶. وقد جاء في تعليقه: " أنه

³⁶⁵-حكم إدارية وجدة تحت عدد 97/11 بتاريخ 1997/7/21 غير منشور/ حكم عدد 97/01 بتاريخ 97/7/21 حكم عدد 00/10 بتاريخ 00/5/11.

³⁶⁶-حكم محكمة الإدارية بمكناس فلي قضية العيطاوي ضد رئيس جماعة تونفيت بالملف اعدد 98/110 بتاريخ 1998/4/3.

مادام قانون المسطرة المدنية المطبق أمام المحاكم الإدارية يشير في التنفيذ الجبري للأحكام إلى الغرامة التهديدية كوسيلة من وسائل إجبار المحكوم عليه على التنفيذ، ولما لم يستثن المشرع أي طرف محكوم عليه من هذه الوسيلة، فإنه لا شيء يمنع من إقرار الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة أو المسؤول الإداري نتيجة امتناعها غير المبرر عن التنفيذ". وانتهى الحكم في النهاية إلى تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة المدعي عليه شخصيا، وليس بوصفه شخصا من أشخاص القانون العام. وقد تعلق الأمر في هاته النازلة بامتناع رئيس المجلس من تنفيذ حكم بإلغاء قرار العزل من وظيفة جماعية، ومن التخلي عن القرار الملغى، وإرجاع الطاعن إلى وظيفته وتسوية وضعيته الإدارية، وقد أعطى هذا الحكم مفهوما جديدا للمنفذ عليه المعني بتحديد الغرامة التهديدية، وتوسع في مجال تطبيق تلك الغرامة ليحددها في النهاية في مواجهة المسؤول عن التنفيذ، تسعفه في ذلك القواعد العامة للقواعد العامة لقانون العام والقضاء الإداري كقانون قضائي يعتبر فيه القاضي الإداري فاعلا أساسيا في المجال الإداري وصانع رئيسي للقواعد القانونية، ومبتكر للحلول القضائية على ضوء التفسير الملائم للقواعد القانونية، لغاية إيجاد الحلول الناجعة لسد كل فراغ تشريعي في سبيل صيانة الحقوق والحريات، لترسيخ دولة الحق والقانون.

وقد عمد القاضي الإداري المغربي في هاته النازلة إلى تطبيق فكرة المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ الذي نادى بها فقهاء القانون العام في فرنسا، فقد كان للعميد هوريو فضل كبير في صياغة نظرية الخطأ الشخصي للموظف المسؤول عن عدم تنفيذ الشيء المقضي به ضد الإدارة، بمناسبة تعليقه على حكم Fabregues و حكم Delle Manrot، حيث قال: "إننا انشغلنا أكثر من اللازم بالمسؤولين عن خطأ المرفق فقط دون أن نعطي الاهتمام الكافي للمسؤولية الشخصية للموظفين، وقد حان الوقت للنظر إلى هذا الجانب الذي له فائدة هو أيضا، والذي يمكن بصفة خاصة أن تقدم جزاء لكل الأحكام الصادرة ضد الإدارة لأنه بالنسبة لرجل الإدارة المسؤول عن عدم تنفيذ الشيء المقضي به ضد الإدارة، فإن طرق التنفيذ العادية يمكن استخدامها". وموقف العميد هوريو من تنفيذ الإدارة للأحكام الصادرة ضدها يتلخص في مبدأ عام مؤداه أنه عندما يقضي ضد الإدارة للأحكام الصادرة ضدها يتلخص في مبدأ عام مؤداه أنه عندما يقضي ضد الإدارة بحكم نهائي، فإن الموظف المسؤول عن تنفيذ هذا الحكم يرتكب خطأ شخصيا إذا امتنع عن تنفيذه، ويسأل في ماله الخاص. وقد نادى العميد ديجي أيضا بالمسؤولية الشخصية للموظفين باعتبارها الوسيلة الناجعة لضمان تنفيذ الشيء المقضي به بقوله: "إنه من المفترض أن كل حكم مطبق للقانون وكل قانون يجد أساسه في المرفق العام نفسه، ومن ثم فإن الموظف بتجاهله حكم القاضي يتجاهل قانون المرفق نفسه، ويرتكب بذلك خطأ شخصيا".

كما قرر جيز: "إن الموظفين الذين يقع على عاتقهم تنفيذ الشيء المقضي به، ويرفضون دون سبب مشروع القيام به يرتكبون خطأ شخصيا يرتب مسئوليتهم"، ويرى فيدل: "إن الوسيلة الجدرية الوحيدة الجديرة بالدول القانونية، هي بلا شك الإنعقاد التلقائي للمسؤولية المالية للموظف المسؤول عن عدم تنفيذ الحكم القضائي".

وقد تبنى مجلس الدولة المصري في قرار له فكرة المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ³⁶⁷ جاء فيه: "إن امتناع الوزير عن تنفيذ الحكم ينطوي على مخالفة قانونية لمبدأ أساسي، وأصل من الأصول القانونية تمليه الطمأنينة العامة،

³⁶⁷ -حكم محكمة القضاء الإداري في القضية عدد 888 مشار إليه عند حسن عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية والإشكاليات المتعلقة بها، ص: 595.

وتقضي به ضرورة استقرار الحقوق والروابط الاجتماعية استقرار ثابتاً، ولذلك تعتبر المخالفة القانونية في هاته الحالة خطيرة وجسيمة لما تتطلب عليه من خروج سافر على القوانين، فهي عمل غير مشروع ويعاقب عليه قانوناً، ومن ثم وجب اعتبار خطأ الوزير خطأ شخصياً يستوجب مسؤوليته".

و قد ذهبت محكمة القضاء الإداري بمصر³⁶⁸ بمناسبة امتناع أحد الوزراء عن تنفيذ أحكامها إلى القول بأن: "الامتناع عن تنفيذ الحكم في أي صورة من الصور يشكل خطأ مصلحياً، وخطأ شخصياً في نفس الوقت، وصاحب الشأن كما يستطيع أنه يرفع دعواه على الإدارة أو على الموظف، يمكنه أن يرفعها عليهما معاً. وجاء في حكمها ما يلي: "إن ذات الفعل أو الترك قد يكون خطأ شخصياً وخطأ مصلحياً في الوقت ذاته، إذ يعد الخطأ الشخصي متى وقع من الموظف أثناء تأديته لوظيفته أو بمناسبة تأديتها دليلاً على خطأ مصلحي تسأل عنه الحكومة لإهمالها في الرقابة والإشراف على موظفيها، وعلى ذلك ليس في القانون ما يمنع من قيام مسؤولية الحكومة عن خطئها المصلحي المستقل بجانب مسؤولية الموظف عن خطئه الشخصي، ولا يمنع أيضاً طالب التعويض من أن يجمع بين المسؤوليتين معاً في قضية واحدة".

و هو نفس الاتجاه الذي أخذ به القضاء الإداري المغربي، حيث جاء في أمر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط، وهو يقضي بتحديد الغرامة التهديدية في حق كل من الإدارة لتقصيرها في فرض الرقابة على الموظف التابع لها الممتنع عن التنفيذ، وفي حق الموظف المكلف بالتنفيذ لامتناعه غير المبرر عن التنفيذ ما يلي: "إن ذات الفعل وهو الامتناع عن التنفيذ يشكل خطأ مرفقياً في مواجهة الإدارة لتقصيرها في فرض الرقابة على الموظف التابع لها، وخطأ شخصي في حق الموظف المسؤول عن التنفيذ لامتناعه غير المبرر عن التنفيذ، وأن الخطأ المرفقي يستغرق الخطأ الشخصي في إطار قواعد المسؤولية الإدارية، وحق الإدارة في الرجوع على الموظف المنسوب إليه الخطأ، وبالتالي يجوز الجمع بين الخطأ المرفقي والشخصي بما يترتب على ذلك من آثار قانونية بخصوص تحديد الغرامة التهديدية أو تصنيفها في دعوى واحدة. واستناداً لمقتضيات الفعل 448 من م م م المحال عليه بموجب المادة 7 من القانون 41.90 وعمومية مبناه، يجوز تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة كل من أشخاص القانون العام والخاص نتيجة امتناعهما غير المبرر عن التنفيذ لقوة الشيء المقضي به مادام أنه لا توجد وسائل قانونية بديلة من شأنها إجبارهما على التنفيذ³⁶⁹".

وفكرة المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ التي نادى بها حكم إدارية مكناس السالف الذكر، تعتبر ضماناً حقيقية لتنفيذ الأحكام الإدارية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، ذلك أن الموظف الذي سوف يدرك أنه معرض للحكم عليه بالغرامة التهديدية التي تنقلب إلى تعويض في نهاية الأمر، وبخطورة الفعل الغير المشروع المرتكب من جانبه، وبالتالي لن يستهين بقوة الشيء المقضي به للأحكام الإدارية، ويعمل على تنفيذها، أما إذا ظل لديه إحساس بأنه مغطى بنوع معين من الحصانة، وأنه في حماية الآلية الإدارية التي يعمل في ظلها، فإنه سيسخر ويستهين بقوة الشيء المقضي به، دون أن يكون معرضاً لأي عقاب، وهذا الجزء سوف يكون له أثر مانع من عرقلة عملية تنفيذ الأحكام الإدارية.

³⁶⁸-حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1950/06/29 مشار إليه في المراجع السابق.

³⁶⁹-حكم المحكمة الإدارية بالرباط بالملف 06/172/أمر قضائي رقم 172 بتاريخ 2007.5.2 بالملف 07/118.

وإذا كانت فكرة المسؤولية الشخصية للموظف قد لقيت حماسا كبيرا من طرف الفقه الإداري المغربي³⁷⁰ ، فإن هذا الحماس وهذا التطور الإيجابي الذي هجر فيه القاضي الإداري القاعدة الكلاسيكية التي سار عليها المجلس الأعلى سابقا ، والتي تنص على أن موقف الإدارة السلبي من التنفيذ يعتبر قرارا سلبيا يشكل أساسا لدعوى الإلغاء أو دعوى التعويض ، وهو اتجاه غير مرغوب فيه ، فقد اصطدم ذلك الحماس بموقف المجلس الأعلى الذي رفض فكرة الغرامة التهديدية في مواجهة المسؤول عن تنفيذ حكم الإلغاء. وقد قرر وهو يلغي حكم إدارية مكناس: " إنه إذا كانت الجماعة القروية التي ألغى قرارها بعزل الطاعن المذكور قد امتنعت عن تنفيذ الحكم المذكور ورغم سلوك المعني بالأمر الإجراءات المسطرية لحملها على التنفيذ، فإنه لا يمكن إجبارها على التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية، مادام القضاء الإداري قد اقتصر على إلغاء قرارها الذي اعتبره متسما بالشطط في استعمال السلطة، فيبقى أمام المعني بالأمر اللجوء إلى القضاء الإداري بعد الإدلاء بمحضر الامتناع عن التنفيذ لطلب التعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا التصرف، بخصوص نشاطات أشخاص القانون العام التي من شأنها الإضرار بمصالح الخواص"³⁷¹.

ولعل المجلس الأعلى في قرار هذا يميز بين تحديد الغرامة التهديدية بخصوص أحكام الإلغاء بالشطط في استعمال السلطة، وأحكام القضاء الشامل.

ولعله أيضا يسحب الاعتراف للمحاكم الإدارية في فرض الغرامة التهديدية رجوعا منه إلى القاعدة التقليدية القائمة على اعتبار دعوى التعويض هي الوسيلة الوحيدة لمعالجة ظاهرة عدم تنفيذ الأحكام الإدارية، انطلاقا من مبدأ احترام استقلال الإدارة لعدم توجيه الأوامر إليها في إطار مبدأ الفصل بين السلط.

ونعتقد أنه لا مبرر للتمييز بين أحكام دعاوى الإلغاء وأحكام القضاء الشامل فيها يخص تحديد الغرامة التهديدية، مادام أن النتيجة واحدة، وهي امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها ، وتعلق التنفيذ بإرادتها المنفردة دون إمكانية للتنفيذ الجبري، وسوف نعود لمناقشة هذا الموضوع بمناسبة التطرق للغرامة التهديدية بين دعوى الإلغاء والقضاء الشامل. كما أن مبدأ الفصل بين السلطات المبني عليه قرار المجلس الأعلى المذكور، وما يستتبعه من استقلال الإدارة لا يتخذ إلا ليضمن للموظفين العموميين حرية الحركة والتصرف ، وليس عدم الالتزام بقوة الشيء المقضي به.

وإذا كان حكم إدارية مكناس المعلن لأول مرة في تاريخ القضاء الإداري المغربي للمسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ يشكل قفزة نوعية في اتجاه تطوير القضاء الإداري ببلادنا، فإن مجموعة من التساؤلات تثار حوله بخصوص مسألة الاختصاص. فإذا كانت المسؤولية الشخصية للموظف لا تدخل ضمن حالة الاختصاص النوعي الوارد بالفصل 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، وإذا كان تحديد الغرامة في مواجهة المسؤول عن التنفيذ باعتباره مرتكبا الخطأ الشخصي سوف تؤول في النهاية إلى تعويض تبقى الجهة المختصة بتصفية التعويض في إطار طبيعة الضرر وأهميته ومداه هي محكمة القضاء العادي، وليست الإداري، فهل كان القضاء الإداري في شخص قاضي المستعجلات مختص بتحديد الغرامة التهديدية في مواجهة أشخاص القانون الخاص، المدعي بوصفه من أشخاص القانون الخاص، والمدعي عليه بوصفه الشخص المرتكب للخطأ الشخصي؟ وهل تكون المحكمة الإدارية لاحقا مختصة بتصفية تلك الغرامة التهديدية أمام عدم

- أمال المشرفي: تعليق على حكم إدارية مكناس عدد 98/110، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 26/1999. ³⁷⁰

³⁷¹ - قرار المجلس الأعلى الغرفة الإدارية عدد 235 بتاريخ 11/03/1999.

وجود نص خاص يخولها الحق في تعويض المتضررين الأخطاء الشخصية ؟ هاته الإشكالية سوف نتناولها بمناسبة مناقشة الجهة المختصة بتحديد الغرامة التهديدية وتصنيفتها.

المبحث الرابع: الغرامة التهديدية بين امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام الإلغاء لتجاوز السلطة وأحكام القضاء الشامل

ذهب المجلس الأعلى سابقا في قراره عدد 935 الصادر بتاريخ 99/3/11، وهو يلغي حكم إدارية مكناس القاضي بتحديد الغرامة التهديدية في مواجهة رئيس جماعة تونفيت شخصيا لامتناعه عن تنفيذ الحكم القاضي بإلغاء قرار العزل، وإرجاع الموظف الطاعن إلى عمله، إلى القول بما معناه أنه لا يمكن إجبار الإدارة على تنفيذ حكم الإلغاء عن طريق الغرامة التهديدية، مادام أن القضاء الإداري قد اقتصر على إلغاء قراره الذي اعتبره شططا في استعمال السلطة، وأنه يبقى أمام المعني بالأمر الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري لطلب التعويض عن الأضرار الناتجة عن الضرر من جراء عدم التنفيذ.

وفي قرار لاحق³⁷² أيد الأمر الإستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة تحت عدد 98/13 القاضي بإيقاف أشغال البناء تحت طائلة غرامة تهديدية، وقد تبنى في ذلك نفس العلل التي تواتر اجتهاده على الأخذ بها بخصوص دعاوى القضاء الشامل، وهي أن الإلجبار على تنفيذ الأمر المستأنف بواسطة الغرامة، لا يوجد ما يمنع تطبيقه في مواجهة الإدارة وفقا للفصل 448 من قانون المسطرة المدنية، الذي تحيل عليه مقتضيات المادة 7 من القانون رقم 41.90.

والمجلس الأعلى سابقا وهو يلغي الحكم المذكور لم يتناول في حكمه مدى إمكانية تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الشخص الممتنع عن التنفيذ باعتباره مرتكبا لخطأ شخصي، ولم يتطرق إلى مسألة اختصاص رئيس المحكمة بتحديد الغرامة التهديدية ضد الشخص الذاتي لفائدة شخص من أشخاص القانون الخاص، بل استبعد هذه الوسيلة كلها من دعوى الإلغاء وهو بذلك يكون قد تراجع عن المكسب القضائي الذي نادى به حكم إدارية مكناس، ورجع إلى قاعدته الأصلية التي تقضي بأن الامتناع عن تنفيذ الإدارة لا يرتب سوى المطالبة بالتعويض. والملاحظ أن المجلس الأعلى سابقا من خلال القرارات السالفي الذكر يميز في تحديد الغرامة التهديدية بين امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام الإلغاء الحائزة لقوة الشيء المقضي به، ومثيلتها الصادرة في إطار القضاء الشامل، ويجيز تحديد الغرامة التهديدية بشأن امتناع الإدارة عن تنفيذ هاته الأحكام الأخيرة، دون مثيلتها الأولى، فهل هناك من مبرر للقول بهاته التفرقة؟ عن المجلس الأعلى وهو يحدد الغرامة التهديدية بشأن أحكام القضاء الشامل يعلل ذلك بقوله: "أن الإلجبار على تنفيذ الأمر المستأنف بواسطة الغرامة التهديدية لا يوجد ما يمنع تطبيقه في مواجهة الإدارة وفق الفصل 448 من ق م م المحال عليه بموجب المادة 7 من القانون 41.90".

وفي قرار آخر ذهب المجلس الأعلى سابقا³⁷³ إلى القول بحصر نطاق الحكم بالغرامة التهديدية في الأحكام التي تقتضي التنفيذ العيني دون شمول تلك الأحكام القاضية بأداء مبالغ مالية.

إذن فما هو المانع الذي يمكن الإستناد عليه لعدم قبول تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة حينما تمتنع من تنفيذ أحكام الإلغاء، خصوصا وأنه لا يوجد أي نص صريح يمنع من ذلك، وأن مبررات تحديد الغرامة التهديدية كما هي منصوص عليها بالفصل 448 من ق م م، تشفع بذلك، إذ أن الأمر يتعلق بامتناع من تنفيذ الحكم القاضي بالإلغاء، وإرجاع

³⁷²-قرار الغرفة الإدارية عدد 453 بتاريخ 1999/04/22، قضية أحمد بن يونس ضد الوكيل القضائي.

³⁷³-قرار المجلس الأعلى عد 235 بتاريخ 1999/3/11، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 31 مارس / أبريل 1120.

الحالة إلى ما كانت عليه، وإن ذلك الامتناع لصيق بشخصية المحكوم عليه، وتلزم إرادته في تنفيذه، دونما إمكانية لإجباره على ذلك بواسطة وسائل التنفيذ الجبري المحددة بالبواب الثالث من قانون المسطرة المدنية المتعلقة بالتنفيذ الجبري للأحكام.

نعتقد أن نفس المبررات التي تدعو إلى تحديد الغرامة التهديدية في إطار القضاء الشامل المعتمدة من طرف المجلس هي نفسها المتاحة لإعمالها في إطار قضاء الإلغاء، وأنه لا داعي للفرقة بين الدعوتين معا، مادام أن وسائل التنفيذ الجبري لا تسعف في تنفيذ حكم الإلغاء، وحكم القضاء الشامل معا. وهذا ما ذهب إليه أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط³⁷⁴، حيث جاء فيه: "حيث تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة قانونية لإجبار المحكوم عليه على التنفيذ متى كان الأمر يتعلق بالقيام بعمل أو الامتناع عنه لصيق بشخص المنفذ عليه، وتلزم إرادته في تنفيذه دون أن تسعف فيه إجراءات التنفيذ الجبري، وشرط في ذلك أن يكون التنفيذ ممكنا و جائزا و امتناع المنفذ عليه غير المبرر عن التنفيذ ، سواء يتعلق الأمر بحكم صادر في إطار دعوى الإلغاء، أو القضاء الشامل مادام أن إمكانية التنفيذ الجبري غير ممكنة في حقه".

وفي الحقيقة، فإن مبدأ الفصل بين السلطات، وما يستتبعه من استقلال الإدارة وعدم توجيه أوامر لها، لم يتخذ إلا ليضمن للموظفين العموميين حرية الحركة ، وليس عدم الالتزام بقوة الشيء المقضي به. وإذا كان اتجاه حكم إدارية مكنا قد لقي حماسا لدى الفقه الإداري المغربي ، ويعتبر بحق تطورا إيجابيا يساير القضاء المقارن بمصر وفرنسا، كما سبق تناول ذلك، ويعتبر مكسبا قضائيا للقضاء الإداري، فإن المجلس الأعلى لم يسايره، ولم يتبين نظرية الغرامة التهديدية في حق المكلف بالتنفيذ في إطار المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ بدون مبرر. غير أن أحكام القضاء الإداري لاحقا ذهبت في منحى آخر ، وأقرت مبدأ تحديد الغرامة التهديدية في حق المكلف بالتنفيذ شخصيا في إطار نظرية الخطأ الشخصي ، متى كانت إمكانية التنفيذ قائمة ، وامتنع المكلف بالتنفيذ عن تنفيذ قوة الشيء المقضي به بدون مبرر. وهكذا ذهب أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط³⁷⁵ وهو يحدد الغرامة التهديدية في مواجهة الخازن الخاص لوزارة الداخلية إلى القول بما يلي : " وحيث يؤخذ من أوراق الملف ومستنداته والملف التنفيذي عدد 2/08/360، أن الخازن الخاص لوزارة الداخلية هو المنفذ لعملية الإشعار للغير الحائز بعد إشعاره بذلك من طرف إدارة الضرائب باعتباره محجوزا بين يديه، وقد صدر أمر قضائي أعلاه مشمول بالنفاذ المعجل يقضي في مواجهته برفع الحجز المضروب بين يديه، وبعد أن عبر عن استعداده لتنفيذ الحكم القضائي موضوع التنفيذ، أثار صعوبة قانونية في التنفيذ كانت محل رفض من طرف القضاء بحكم قضائي، على أساس انه المعني بالتنفيذ، و برفع الحجز، وان الحكم القضائي المذكور مشمول بالنفاذ المعجل، ولا تطبق بشأنه مقتضيات الفصل 437 من ق م م، وبعد مواصلة التنفيذ في حقه من طرف مأمور التنفيذ امتنع عن التنفيذ بعلّة أنه ينبغي إحالة ملف رفض الصعوبة على الجهة التي أصدرت الحجز، وموافاته بنسخة من رفع اليد عن الحجز ليتأتى له التنفيذ.

وحيث اعتبارا لذلك، ولما كان القابض قد أوقع حجزا بين يديه بناء على مجرد إجراء إشعار للغير الحائز، ولما صدر حكم قضائي يخاطبه برفع الحجز، وكانت الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، أو المشمولة بالنفاذ المعجل والقابلة

³⁷⁴-أمر رئيس المحكمة الإدارية الرباط 08/334 من تحت رقم 497 بتاريخ 2008/07/23 قضية الشرقاوي ضد رئيس المجلس البلدي بسوق أربعاء الغرب.

³⁷⁵-أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بالملف 08/807، تحت رقم 787 بتاريخ 08/12/114، قضية شركة بريفير ضد الخازن الخاص لوزارة الداخلية عبد الله الفاضلي.

للتنفيذ تسمو على كل قاعدة قانونية، وعلى القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية وعلى الإجراءات التنفيذية الأخرى، يكون ملزماً بالتنفيذ خصوصاً بعد رفض منازعته المتعلقة بالصعوبة في التنفيذ.

وحيث أن الالتزام بالشيء المقضي به هو مبدأ قانوني مقدس يستهدف سيادة القانون والمشروعية، وليعلو في القيمة على كل قرار أو إجراء إداري، وأنه لا قيام للدولة القانونية إلا بإعلاء مبدأ خضوع الدولة ورجالاتها للقانون وسيادة المشروعية، وأنه لا قيمة لهذا المبدأ ما لم يقترن بمبدأ تقديس واحترام أحكام القضاء ووجوب تنفيذها من طرف المسؤولين عن التنفيذ، فإنه لا حماية قضائية ولا قيمة للقانون بغير تنفيذ.

و حيث لذلك، ولما كان المطلوب ضده هو المعني بالتنفيذ في ضوء فحوى منطوق الأمر القضائي أعلاه، وكان الحكم القضائي مشمولاً بالنفاذ المعجل، ولهايتين العلتين قضى برفض طلب إثارة الصعوبة من طرف المطلوب ضده بالملف 08/937 س، يبقى امتناعه عن التنفيذ غير مبرر، مما يبرر تحديد الغرامة التهديدية في حقه بصفته مسؤولاً عن التنفيذ، خصوصاً وأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد اتخاذ الإجراء المقابل لتنفيذ الحجز، وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه برفعه، ولا تستدعي تراتبية إدارية معينة، أو برمجة للمال العام أو تعطيل وظيفة المرفق العام".

وقد سطر هذا الأمر القواعد التالية :

- تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة أشخاص القانون العام يجد مبرره القانوني في تطبيق مقتضيات الفصل 448 من ق م م المحال عليه بموجب الفصل 7 من القانون 41.90.
- يشترط في تحديد الغرامة التهديدية أن يكون الأمر يتعلق بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه لصيق الشخص المنفذ عليه، وتلزم إدارته في تنفيذه متى كان جائزاً وممكناً، وكان الامتناع غير مبرر.
- تحدد الغرامة التهديدية في إطار السلطة التقديرية للمحكمة تبعا لطبيعة العمل المعني بالامتناع، وتعت المنفذ عليه، والأضرار الناتجة عن ذلك.

وفي نفس المنحى، ذهب أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط³⁷⁶، وهو يحدد الغرامة التهديدية في حق الخازن الرئيسي مرزوقي محمد إلى القول بما يلي: " حيث يختص رئيس المحكمة الإدارية بوصفه قاضياً للتنفيذ بتحديد الغرامة التهديدية بصفته هاته و ليس بصفته قاضياً للمستعجلات، مما يبقى الدفع بعدم اختصاصه لتحديد الغرامة التهديدية بصفته قاضياً للمستعجلات بناء على شرطي توافر عناصر الاستعجال وعدم المساس بجوهر الحق غير مؤسس. و حيث أن الالتزام بالشيء المقضي به هو مبدأ قانوني مقدس يستهدف سيادة القانون والمشروعية وليعلو في القيمة على كل قرار أو إجراء إداري، وأنه لا قيام للدولة القانونية إلا بإعلاء مبدأ خضوع الدولة ورجالاتها للقانون وسيادة المشروعية، وأنه لا قيمة لهذا المبدأ ما لم يقترن بمبدأ تقديس واحترام أحكام القضاء ووجوب تنفيذها من طرف المسؤولين عن التنفيذ، فإنه لا حماية قضائية ولا قيمة للقانون بغير تنفيذ. وحيث أن المرجع القانوني في تحديد الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة ورجالاتها على التنفيذ

³⁷⁶ - أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بالملف رقم 08/65، تحت رقم 16 بتاريخ 09/01/19، قضية الساخي عائشة والمهنديز ضد الخازن الرئيسي للمملكة السيد المرزوقي.

هو مقتضيات الفصل 448 من ق م م بناء على الإحالة الواردة في الفصل 7 من القانون 41.90 على قواعد المسطرة المدنية، وأن صيغة المنفذ عليه الواردة في المادة 448 من ق م م جاءت عامة وبذلك تشمل كلا من أشخاص القانون العام والخاص، خصوصاً وأن التنفيذ في نهاية الأمر لا يجري ضد الإدارة كشخص معنوي وآلية وإدارية بقدر ما يجري ضد المسؤولين في الإدارة عن التنفيذ، وأن إمتناعهم عن التنفيذ بدون مبرر بصفتهم هاته يبرر تحديد الغرامة التهديدية في حقهم.

وحيث أن المناط في تحديد الغرامة التهديدية على مقتضى الفصل 448 من ق م م هو أن يتعلق الحكم أو الأمر المعني بالتنفيذ بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه ويشمل ذلك حتى الأداءات المالية، وأن يكون العمل المقصود بالتنفيذ مما يدخل في صلاحيات المعني بالتنفيذ، ويتطلب تدخله الشخصي لإنجازه، وأن يكون الامتناع عن التنفيذ غير مبرر، ويكتسي طابع التعت. و حيث يؤخذ من أوراق الملف التنفيذي امتناع الخزينة في شخص الخازن الرئيسي لها باعتباره محجوز بين يديه عن تنفيذ قوة الشيء المقضي به بدون مبرر، ذلك أن الأحكام القابلة للتنفيذ تعتبر بمثابة وثيقة محاسبية تلزم المحاسب العمومي بالتنفيذ باعتبارها تسمو على القاعدة القانونية، ومن ثم فلا مجال للتمسك بخرق قواعد المحاسبة العمومية، مما يرتب مسؤولية المطلوب ضده، وبالتالي يبقى طلب تحديد الغرامة التهديدية في حقه مؤسس".

والحاصل مما ذكر، أن العمل القضائي بالمحاكم الإدارية قد استقر على القول باختصاص القضاء الإداري في شخص رئيس المحكمة الإدارية للنظر في طلب تحديد الغرامة التهديدية ضد المكلف بالتنفيذ، سواء في إطار نظرية الخطأ المرفقي أو نظرية الخطأ الشخصي على حد سواء، باعتبار أن اختصاصه في ذلك مستمد من صفته كقاضي لتنفيذ الأحكام الإدارية، وأن تلك الطلبات تندرج في إطار إجراءات التنفيذ التي يرجع الاختصاص فيها للبث في إشكالات التنفيذ حولها سواء المتعلقة بالصعوبات، أو تحديد الغرامات الناتجة عن عدم التنفيذ بمؤسسة الرئيس باعتبارها المشرفة على عملية تنفيذها، ويبت في هذه الطلبات بصفته هاته كرئيس للمحكمة وكقاضي للتنفيذ، وليس قاصياً للمستعجلات.

إن العمل القضائي لمختلف المحاكم الإدارية أجاز تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة المكلف بالتنفيذ في إطار نظرية الخطأ الشخصي متى كانت إمكانية التنفيذ قائمة ومتاحة، ولا تتطلب أي تراتيب إدارية أخرى وكان المكلف بالتنفيذ يمتنع بسوء نية وبدون مسوغ واقعي أو قانوني عن التنفيذ.

وفي جميع الأحوال، يبقى تحديد الغرامة التهديدية في حق المسؤول عن التنفيذ شخصياً هو الضامن الحقيقي لتنفيذ الأحكام الإدارية، ذلك أن المكلف بالتنفيذ حينما يستشعر أنه مهدد بالتنفيذ على أمواله الشخصية في إطار تنفيذ الأحكام الإدارية، سوف يبادر إلى تنفيذ قوة الشيء المقضي به بدل أن يجنح إلى تعطيله.

وقد أيدت محكمة الاستئناف³⁷⁷ مبدأ إقرار الغرامة التهديدية في شخص المكلف بالتنفيذ في إطار نظرية الخطأ الشخصي، جاء في قرارها، وهي تؤيد أمر رئيس المحكمة الإدارية بالرباط في قضية الخازن الرئيسي المرزوقي السالفة الذكر، وتجب عن الوسيلة المتعلقة بكون الأحكام القضائية ليست وثائق محاسبية، كما وصفها الحكم، وأن الإدارة لا يمكنها أن تؤدي نفقة خارج إطار ما نص عليه المشرع: "وفي نازلة الحال، وأمام امتناع الخزينة في شخص الخازن الرئيسي

³⁷⁷ -قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1370 بتاريخ 09/06/01. الملف عدد 2/09/80، قضية الوكيل بالقضائي ضد الساخي عائشة ومن معها.

عن التنفيذ بدون مبرر قانوني رغم كون الأحكام القضائية القابلة للتنفيذ والتي تجسد قواعد القانون تعتبر بمثابة وثيقة محاسبته تفرض إلزامها ، ولهذا الاعتبار تصبح ملزمة للمحاسب العمومي لتبرير صرفه لمستحقات المنزوعة للملكية التي يفترض القانون مسبقا رصد نفقات لتغطيتها، مما يبقى معه تمسك الطرف المستأنف بخرق قواعد المحاسبة العمومية ليس له ما يبرره، ويقتضي ترتيب مسؤولية الممتنع عن التنفيذ بتطبيق الغرامة التهديدية في حقه، وترتبط على ذلك يكون الحكم المستأنف صائبا وواجب التأييد".

المبحث الخامس: الجهة المختصة بتحديد الغرامة التهديدية و تصفيتها

ينص الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية المحال عليه بموجب المادة 7 من القانون رقم 41.90 على ما معناه أنه إذا رفض المنفذ عليه تنفيذ منطوق الحكم القاضي بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه، أثبت عون التنفيذ ذلك في محضره، وأخبر الرئيس الذي يحكم بغرامة تهديدية. والصياغة القانونية لهاته المادة توحى بأن رئيس المحكمة الإدارية هو المختص بإيقاع الغرامة التهديدية على الممتنع عن تنفيذ الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به الجاري تنفيذه في مواجهته، ليس بوصفه قاضيا للمستعجلات ، واختصاصه مشروط بتوافر حالة الاستعجال وعدم المساس بجوهر الحق، ولكن بوصفه مختصا بنص القانون، واستعمال كلمة "الرئيس" دون الإشارة إلى "أو من ينييه". كذلك تطرح التساؤل حول ما إذا كان رئيس المحكمة الإدارية هو المختص الوحيد بفرض الغرامة التهديدية دون غيره، باعتباره المشرف على عملية التنفيذ بمحكمته، وصياغة الفقرة الأخيرة من المادة أعلاه، التي تخول الرئيس تحديد الغرامة التهديدية بعد إخباره بالامتناع عن التنفيذ من طرف العون المكلف بالتنفيذ، تبث على التساؤل حول ما إذا كان يجوز لرئيس المحكمة تحديد تلك الغرامة بصفة تلقائية ، ودونهما طلب من المعني بالأمر. كما أن الصيغة التي ورد بها الفصل المذكور يؤخذ منها أن هاته الغرامة التهديدية تحدد في غيبة الأطراف بناء على أمر من رئيس المحكمة الإدارية في إطار الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية . غير أننا لا نعلم بوجود تطبيقات عملية لما ذكر، وأن ما جرى به العمل القضائي الإداري عموما هو تحديدها بناء على طلب من المعني بالأمر في إطار مسطرة تواجيهية استعجالية. وقد صدر عن رئيس المحكمة الإدارية بوجدة في هذا الشأن مجموعة من الأوامر في هذا الاتجاه في إطار الفصل 149 وما يليه من قانون المسطرة المدنية، وأيدت كلها من طرف الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا³⁷⁸.

أولاً: هل تجوز المطالبة بتحديد الغرامة التهديدية بناء على امتناع الإدارة عن التنفيذ أمام محكمة الموضوع

بالفعل ، لقد صدر حكم عن المحكمة الإدارية بالرباط³⁷⁹ يقضي بتحديد الغرامة التهديدية الغرامة في مواجهة الإدارة الممتنعة عن التنفيذ، وما يهمنا الإشارة إليه في هذا الحكم، هو أن الوكيل القضائي أثار دفعا بعدم الاختصاص النوعي للبث في الطلب، وقد كان موضوع حكم مستقل صادر بتاريخ 97/03/06 قضى بانعقاد الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية كمحكمة موضوع، وقد أيد القرار من طرف الغرفة الإدارية في قرارها الصادر بتاريخ 1997/9/25 بالملف عدد 1301، ويستفاد

³⁷⁸ - أنظر بهذا الخصوص الأمر عدد 98/09 القاضي بإرجاع الماء تحت طائلة غرامة تهديدية، تم تأييده بالقرار الصادر عن المجلس الأعلى عدد 1079 بتاريخ 1998/11/26، غير منشور. والأمر عدد 98/08 القاضي بإرجاع الماء إلى سكنى ميموني تحت طائلة غرامة تهديدية أيد من طرف الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بالقرار عدد 978/1080 بتاريخ 98/11/26، غير منشور كذلك. والأمر عدد 98/13 القاضي بإيقاف أشغال البناء تحت طائلة غرامة تهديدية أيد بالقرار عدد 453 صادر بتاريخ 99/04/22، غير منشور.

³⁷⁹ - حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط في قضية ورثة لعشيري ضد الدولة المغربية تحت عدد 137.

من ذلك أنه، وكما تجوز المطالبة بتحديد الغرامة التهديدية أمام رئيس المحكمة الإدارية بشكل تواجهي بناء على الفصل 149 وما يليه من قانون المسطرة المدنية، تجوز كذلك المطالبة بتحديدها أمام محكمة الموضوع في إطار الضوابط القانونية المنصوص عليها بالفصل 3 من القانون 41.90 وقواعد المسطرة المدنية .

لكن هل يجوز المطالبة بتحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الشخص الذاتي بتقرير مسؤوليته الشخصية عن عدم تنفيذ الحكم الإداري أمام رئيس المحكمة الإدارية، (ونذكر هنا قضية عطاوي ضد رئيس جماعة تونغيت ، وقضية عبد الله الفاضلي وقضية المرزوقي السالفة الذكر). فهل استند رئيس المحكمة الإدارية وهو يحدد تلك الغرامة التهديدية إلى مقتضيات الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية، باعتبار أنه مشرف على عملية تنفيذ الأحكام الإدارية؟. وهل يجوز له ذلك، حتى ولو تعلق الأمر بخطأ شخصي يربط المسؤولية الشخصية للموظف في إطار قواعد القانون الخاص، الذي لا تختص بالث فيها المحاكم الإدارية.

نعتقد أن رئيس المحكمة بوصفه ذلك أو بصفته قاضية للمستعجلات هو جزء من المحكمة ويستمد اختصاصه من اختصاصها، وبالترتيب على ذلك، فاختصاصه العام في إطار الفصل 148 أو في إطار الفصل 149 وما يليه من قانون المسطرة المدنية، أو في إطار نصوص خاصة، مرتبط وجودا وعدما بالاختصاص النوعي الشامل لمحكمة الموضوع، وبالتالي لا يملك الاختصاص في إصدار أي إجراء أو أمر إلا إذا كان الحق المراد حمايته به، مما تختص بالث فيه نوعيا المحكمة الإدارية. وإعمالا لهذا المبدأ، وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 8 من القانون 41.90 الذي يحدد الاختصاص النوعي للقضاء الإداري، لا نجد به ما يشير لا تلميحا ولا تصريحاً إلى اختصاص القضاء الإداري بالث في المسؤولية الشخصية للموظفين، وترتيب الآثار القانونية على ذلك ، بتحديد الأضرار الناتجة عنها.

لذلك، وإن كنا نعلم إن تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الشخص الممتنع عن التنفيذ على أساس خطأ شخصي في ذلك، ينقلب في النهاية إلى التعويض في إطار الضرر الناتج عنه وطبيعته وأهميته ومداه، فمن هي الجهة القضائية المختصة بتصفية تلك الغرامة التهديدية في شكل تعويض؟ الجواب على ذلك تتنازع نظريتان.

نظرية تقول ما معناه أن الجهة القضائية المختصة بترتيب الآثار القانونية في إطار الخطأ الشخصي بناء على الفصل 80 من ق ل ع هي المحكمة العادية، بدليل أن الفصل 8 من القانون 41.90 يتحدث عن اختصاص القضاء الإداري في إطار نظرية الخطأ المرفقي وليس الخطأ الشخصي، وأن من الفقه من ينادي بتعديل الفصل 8 من القانون 41.90 أعلاه، يشمل حتى الخطأ الشخصي المرتكب في إطار الوظيفة العمومية (مشيل روس)، ونظرية أخرى وهي المعمول بها حالياً في ظل العمل القضائي الإداري بخصوص تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة المسؤول على التنفيذ شخصياً، وتبني هاته النظرية على أساس أن القضاء الإداري يستمد اختصاصه في هذا المجال من كون رئيس المحكمة الإدارية يث في طلب تحديد الغرامة التهديدية ، سواء في إطار الخطأ المرفقي أو الشخصي كقاضي للتنفيذ، وأن ولايته في هذا الإطار عامة وتشمل حتى صلاحية تحديد الغرامة التهديدية الناتجة عن الامتناع غير المبرر عن التنفيذ، سيما وأن عبارة المنفذ عليه الواردة بالفصل 488 من ق م م جاءت عامة، وتشمل بذلك كلا من أشخاص القانون العام والخاص.

والأمر يزداد تعقيدا إذا كان الامتناع عن التنفيذ يشكل خطأ شخصيا وخطأ مصلحيا في الوقت ذاته . إذ يعد خطأ شخصيا بامتناع الموظف المسؤول عن التنفيذ أو تهاونه في القيام بعملية التنفيذ، وخطأ مصلحيا لتهاون الإدارة في فرض الرقابة والإشراف على موظفيها، فمن تكون الجهة القضائية المختصة بتحديد الغرامة التهديدية وتصفياتها في نهاية الأمر على شكل تعويض، هل القضاء الإداري أو القضاء العادي؟ وهل الخطأ المرفقي يجر الخطأ الشخصي إلى القضاء الإداري، وينعقد الاختصاص بالبت في الدعوى إلى القضاء الإداري، أم أن العكس هو الصحيح، خصوصا وأن مقتضيات المادة 18 من القانون 41.90 التي تنص على المحكمة العادية المرفوعة إليها الدعوى الأصلية التي تدخل في إطار اختصاصها النوعي تبقى مختصة أيضا في كل دعوى فرعية تهدف إلى الحكم على شخص من أشخاص القانون العام، لا ترفع هذا الإشكال على اعتبار أن الأمر في هاته الحالة لا يتعلق بطلب أصلي وطلب فرعي مترتب عنه ، بل بدعوى واحدة.

ونعتقد أن حل الإشكال المطروح لا يأتي إلا بتدخل تشريعي صريح بمنح الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية بالبت في دعاوى التعويض الناتجة عن كل من الخطأ المرفقي لأشخاص القانون العام، وقد نادى بهاته الفكرة باستمرار تفاديا للإشكال المطروح مجموعة من الفقهاء، وعلى رأسهم ميشيل روسي في أكثر من مناسبة.

ثانيا: تصفية الغرامة التهديدية

إذا كانت الغرامة التهديدية تعتبر وسيلة قانونية لحمل الإدارة على التنفيذ، فكيف تتم تصفياتها بعد تسجيل امتناع المنفذ عليه على التنفيذ، هل تصفى بإجراء عملية حسابية لمبلغ الغرامة المحددة بضربه في عدد الأيام المشمولة بالامتناع عن التنفيذ، بشكل تسلب معه السلطة التقديرية للمحكمة ، باعتبار أن لها نظام خاص مستقل عن التعويض، أم تصفى تلك الغرامة التهديدية في إطار الضرر المترتب عن عدم التنفيذ تبعا لحجمه وأهميته ونوعه ومداه.

لقد تواتر العمل القضائي، واجتهاد المجلس الأعلى سابقا ولا سيما الغرفة المدنية ، على أن الغرامة التهديدية تصفى في شكل تعويض مدني بناء على الضرر وحجمه وأهميته ومداه بالنسبة للطالب³⁸⁰، وهو يركز في ذلك على نفس المقتضيات القانونية المنصوص عليها بقانون المسطرة المدنية ف 448 منه. وقد ذهبت المحكمة الإدارية بوجدة في نفس المنحى، بعد أن تقدم المدعي بطلب تعويض جزافي عن الأضرار الناتجة من جراء امتناع المجلس البلدي من تنفيذ أمر قضى عليه بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، تحت طائلة غرامة تهديدية .

وقد ذهبت المحكمة إلى القول بأن الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضى به ، يعتبر خطأ مرفقيا، ويبرر المطالبة بتصفية الغرامة التهديدية في شكل تعويض بناء على الضرر وأهميته ومداه بالنسبة للطالب ، وأكدت هذا الاتجاه في نازلة أخرى حيث أمرت بإجراء خبرة لتحديد التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ حكم يقضي بإرجاع الماء في مواجهة المكتب الوطني للماء، تحت طائلة غرامة تهديدية محددة في 500 درهم يوميا ، وقد ذهبت في نفس المنحى المحكمة الإدارية بأكادير³⁸¹ بقولها : " حيث حدد القرار الاستعجالي مبلغ الغرامة التهديدية في مبلغ 200 درهم عن

³⁸⁰-قرار المجلس الأعلى بالملف المدني عدد 56542، تحت رقم 109 بتاريخ 14 مارس 1979.

- حكم المحكمة الإدارية بأكادير تحت رقم 02/80 بتاريخ 2002/4/4 ، تحت رقم 109 بتاريخ 14 مارس 1979 ³⁸¹

كل يوم تأخير ... ونظرا لما للمحكمة من سلطة في تقدير التعويض المناسب ، فإنها تحدده في مبلغ 15000 درهم للغرامة التهديدية موضوع القرار أعلاه ..

غير أن المحكمة الإدارية بفاس ذهبت في منحى آخر³⁸² ، حيث اعتبرت أن الغرامة التهديدية تعتبر وسيلة لإكراه المدين على تنفيذ السند القضائي وليس هدفها التعويض عن الأضرار ، ولذلك اعتبرت أنه من الواجب فصلها عن التعويض ، وقد استنتجت ذلك من تنصيصات الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على تحديد الغرامة التهديدية والمطالبة بالتعويض ، لذلك فهي تنفرد بوضع قانوني مميز ، ولا ينبغي أن تؤول إلى تعويض ، وقد كانت الغرامة التهديدية التي طالب المنفذ له بتصفيتها في إطار عملية حسابية خارج قواعد التعويض عن الضرر محددة في مبلغ 500 درهم يوميا .

وقد حددتها المحكمة من جديد في مبلغ 50 درهم يوميا، معللة ذلك بأنه لا يوجد أي مانع قانوني يحول دون تدخل قضاء الموضوع لتحديد مبلغها من جديد متى كان الامتناع ناشئا في تاريخ لاحق لتاريخ السند المحدد لها، وفي النهاية قامت المحكمة بعملية حسابية لتحكم على الجهة المعنية بالتنفيذ، وهي وزارة الشبيبة والرياضة بالمبلغ الناتج عن التصفية³⁸³ ، وقد تم تبنى هذا الاتجاه بتأييده من طرف الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا .

وهذا المنحنى الجديد يثير مجموعة من التساؤلات، منها كيف يمكن للمحكمة أن تمتد رقابتها على تحديد الغرامة التهديدية المحكوم بها سابقا خارج وسائل الطعن في الأحكام، أو إذا كان هذا الاتجاه من شأنه أن يجعل الغرامة التهديدية بالفعل ذات وسيلة حقيقية لإجبار الإدارة على التنفيذ، فهل أن الغرامة التهديدية تعتبر بالفعل ذات نظام خاص مستقل عن التعويض، وكيف يكون الحل في حالة تقديم دعوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ، علاوة على طلب تصفيتها في إطار القواعد الواردة بالحكم المذكور، ألا يعتبر ذلك من قبيل الازدواج في التعويض عن نفس الضرر.

ثم إن الاتجاه الأول الذي يقول بتصفية الغرامة التهديدية في شكل تعويض بناء على الضرر وأهميته ومداه، يبعث على التساؤل التالي: إذا كانت الغرامة التهديدية المحكوم بها تصفى بناء على الضرر الناتج عن الخطأ المرفقي للإدارة الممتنعة عن التنفيذ وأهميته ومداه ، فما الجدوى من سلوك المسطرة اللازمة لتحديد المطالبة بتصفيتها، ما دام أن الاتجاه المذكور يخول اللجوء إلى القضاء مباشرة للمطالبة بالتعويض كذلك تبعا للضرر وأهميته ومداه، انطلاقا من اعتبار امتناع الإدارة عن التنفيذ خطأ مرفقيا لذلك، ومع إقرار هذا المنحنى يبقى أن تحديد الغرامة التهديدية أمر زائد لا فائدة من اللجوء إليه.

واعتقد أنه لا يمكن الجمع بين الاتجاهين معا ، باعتبار أن الغرامة التهديدية المحكوم بها تصفى في شكل تعويض بناء على الضرر وأهميته ومداه، مع اعتبار تلك الغرامة بالفعل وسيلة إكراه في إطار النظام الخاص بها، والأخذ بعين الاعتبار في احتساب التعويض تعنت المنفذ عليه، وإصراره على الامتناع عن التنفيذ كعنصر في احتساب التعويض، وكظرف مشدد للرفع من قيمته.

ويبقى الإشكال مطروحا أمام القضاء الإداري حول تصفية الغرامة التهديدية، والقواعد التي تحكم هاته التصفية، بين اعتبارها ذات نظام خاص مستقل عن التعويض، وبين اعتبار تصفيتها في إطار الضرر وأهميته ومداه. وإذا كان المجلس

- حكم المحكمة الإدارية بفاس بالملف 01/96 بتاريخ 2002/3/5 غير منشور.³⁸²

³⁸³- قرار الغرفة الإدارية عدد 1100 بتاريخ 2004/11/3، قضية الأوقاف وزارة الشبيبة والرياضة.

الأعلى سابقا (الغرفة المدنية) ، وهو يطبق نفس المقتضيات القانونية المتعلقة بالغرامة التهديدية المنصوص عليها بقانون المسطرة المدنية المطبق أمام المحاكم الإدارية في إطار الإحالة المنصوص عليها بالفصل 7 من القانون 41.90، وقد تواتر اجتهاده على اعتبار تصنيفاتها في شكل تعويض بناء على الضرر وحجمه، فإننا ننتظر موقف نفس المجلس ' محكمة النقض ' من خلال الغرفة الإدارية حول الإشكال المطروح بين الأخذ بأحد الاتجاهين أو الجمع بينهما في صيغة جديدة.

ونخلص في نهاية الأمر إلى القول بأن تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، لا يعتبر وسيلة ملائمة وناجعة لإلزام الإدارة بتنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها، لاعتبارين أساسيين :

أولهما: أن الإدارة إذا استمرت في امتناعها عن الوفاء بهذا الالتزام المالي، فلا يتوفر القاضي على أية وسيلة أخرى يجبرها على التنفيذ، إذ لا يجوز له سلوك طرق التنفيذ الجبري ضدها، ومباشرة مسطرة الحجز على الأموال العمومية باعتبارها غير قابلة للحجز، وبالتالي البيع القضائي.

وثانيها: أن الغرامة التهديدية تنقلب في نهاية الأمر إلى تعويض، وتنفيذ هذا التعويض في مواجهة الإدارة تعترضه عدة معوقات قانونية وواقعية، تتمثل في الإجراءات المعقدة والمساطر الطويلة التي تحددها قواعد المحاسبة العمومية التي تستلزم تدخل عدة سلطات: الأمر بالصرف- المحاسب- مراقب التزامات.

الخزينة العامة : إضافة إلى ذلك، فهاته المبالغ المالية تعتبر نفقات طارئة لا تدخل في الحساب عند تحديد الميزانية والاعتمادات اللازم رصدها. وأمام ضغط هذه الإكراهات المالية وتعدد المحاسبة المحيطة بالوفاء بالالتزامات المالية للإدارة، تبقى الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة وسيلة غير ناجعة وغير كافية لمواجهة ظاهرة عدم تنفيذ الإدارة للأحكام الصادرة ضدها، ويبقى الحل الأمثل والناجع هو تقرير المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ حتى تتأتى مواجهته بوسائل التنفيذ الجبرية المنصوص عليها بالباب الثالث من قانون المظطرة المدنية.

وهكذا، نخلص من دراسة موضوع هذا البحث إلى أن الوسائل القانونية المقررة لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية كما هي منصوص عليها بقواعد المسطرة المدنية، والنصوص القانونية الأخرى تضل قاصرة عن ضمان تنفيذ تلك الأحكام. وإذا كان نظام الوسيط المحدث بالقانون قد خول للوسيط دورا معيناً بتنفيذ الأحكام الإدارية من خلال معاينة الأحكام غير المنفذة ، وحث الإدارة على التنفيذ وتحريك المساطر التأديبية ضد الموظف الممتنع بدون مبرر عن التنفيذ، فضلا عن إنجاز التقرير السنوي عن وضعية التنفيذ ورفعها على جلالة الملك، فإن طبيعة الدور المخول له في التنفيذ لا يمكن بحال أن يقاوم تعنت الإدارة في التنفيذ، ولا يتوفر على الوسائل القانونية لإلزام الإدارة على الرضوخ لقوة الشيء المقضي به ، وإذا كان أسلوب تحديد الفوائد القانونية بمنطوق الأحكام يعد أسلوب آخر للضغط على الإدارة لتنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها، لما تتضمنه من التزامات مالية تبقى سارية في حقها حتى ترضخ لقوة الشيء المقضي به، ولتفادي المماطلة في التنفيذ، فهو أسلوب بدوره لا يقوى على مواجهة معضلة التنفيذ.

وإذا كان الحجز على أموال الشخص المعنوي العام يصطدم بمبدأ عدم جواز الحجز على الأموال العامة ، وعدم تعطيل وظيفة النفع العام الملقة على عاتق المرفق العمومي في ظل المرفق العمومي، وضرورة اشتغاله بانضباط وانتظام ،

وبالتالي يبقى معمولاً به في حدود الحجز على الأموال الخاصة للشخص المعنوي العام في حدود الحجز على الأموال الخاصة للشخص المعنوي العام في حدود عدم تعارضه مع سيره بانتظام ، ويبقى بالتالي وسيلة غير ضامنة لتنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة.

وان كان الامتناع عن تنفيذ قوة الشيء المقضي به أو المماثلة في تنفيذه، يعتبر خطأ مرفقياً في حق الشخص المعنوي العام الممتنع عن التنفيذ يترتب مسؤوليته عن جميع الأضرار الناتجة بالمحكوم له، فإن هاته الأحكام الصادرة بالتعويض في مواجهة الإدارة تصطدم بدورها بموقف الإدارة وتعتتها في التنفيذ، وتجعلنا نتخبط داخل حلقة مفرغة لا يمكن الخروج منها.

وإذا كانت الغرامة التهديدية المنصوص عليها بالفصل 448 من ق م م، المحال عليه بموجب الفصل 7 من القانون رقم 41.90، تخول للقضاء الإداري حق فرضها في حق الإدارة الممتنعة عن قوة الشيء المقضي به، فهي في نهاية الأمر تصفى في شكل تعويض مدني بناء على الضرر وأهميته ومداه، وتصطدم الأحكام الصادرة حولها بتعنت الإدارة في التنفيذ، وعدم وجود وسائل قانونية بديلة تجبرها على التنفيذ.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي قد قرر في هذا المجال عدة وسائل قانونية ليجبر الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها، منها إحداثه للجنة التقرير و الدراسات بمجلس النواب بالمرسوم رقم 63/766، حيث نص في المادة الثالثة منه على أن يقدم مجلس الدولة كل سنة تقرير للحكومة حول نشاطه الإداري والقضائي، مع إثارة الصعوبات التي تواجه تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة، وإحداثه بقانون 24 دسمبر 1976 لنظام الوسيط البرلماني الذي تتلخص وظيفته في تلقي الشكاوى والتظلمات المتعلقة بنشاطات الدولة والهيئات العامة والإقليمية وكل الهيئات المكلفة بنشاط مرفق عام ، ومنها الشكاوى المتعلقة بالتنفيذ، حيث تأمر الجهة الإدارية المعنية بالتنفيذ خلال مهلة يحددها لذلك، وحتى إذا لم تتمثل لهذا الأمر، فإن حالة عدم التنفيذ تلك تكون محلاً لوضع تقرير خاص عنها ينشر بالجريدة الرسمية، وإحداثه بقانون 1980 وسيلة الغرامة التهديدية.

غير أنه، وإن كانت الوسيلة الأولى والثانية يتمحور مضمونها حول إصدار التوصيات إلى الإدارة المعنية لإزالة صعوبات التنفيذ، والضغط على الإدارة من خلال التقارير المنجزة في هذا الشأن، وبالتالي تبقى قاصرة على ضمان تنفيذ الأحكام ضد الإدارة، فإن الوسيلة الثالثة وهي الغرامة التهديدية قد أحاطها المشرع الفرنسي بمجموعة من الضمانات الإجرائية تكفل فعاليتها في مجال تنفيذ الأحكام الإدارية، كإلزام سلطة الوصاية بحلول محل الهيئة المحلية في الدفع، في حالة عدم توفر الإعتمادات المالية، وتقرير المسؤولية المالية والتأديبية عن تصرفات الموظف الممتنع عن تنفيذ الأحكام المالية الصادرة في مواجهة الإدارة، أو التي تبين تصرفاته وأخطائه في الحكم على الإدارة بغرامة تهديدية، فضلاً عن الوسائل القضائية المتمثلة باعتبار التماطل في التنفيذ أو الامتناع فيه يشكل خطأ مرفقياً يترتب عليه مسؤولية الإدارة بالتعويض، مع الإشارة إلى أن نظام تنفيذ الأحكام الإدارية في فرنسا يفتقر إلى وسيلة دعوى المسؤولية الجنائية، كما هو الشأن بمصر.

وإذا كان المشرع المصري قد قرر جزاءات خاصة لحمل الإدارة على الرضوخ لقوة الشيء المقضي به ، كإقراره للمسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ، وتقرير مسؤوليته الجنائية بالدستور، وقانون العقوبات المصري ، فضلاً عن المساءلة السياسية أمام مجلس الوزراء بواسطة تقديم رئيس مجلس الدولة سنوياً لتقرير يتضمن حالة الامتناع عن تنفيذ الأحكام

الصادرة ضد الإدارة ، كما فعله المشرع الفرنسي والمغربي ، فإن المسؤولية الشخصية والمسؤولية الجنائية للموظف الممتنع عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضد الإدارة ، تغني عن تنظيم تلك الوسيلة ، وبالتالي نخلص إلى القول أن الوسائل القانونية المقررة بالتشريع المصري ، وخصوصا منها المسؤولية الجنائية تعتبر ضمانا حقيقية لتنفيذ الأحكام ضد الإدارة ، ومن شأنها أن تضع حدا لتعنت المسؤول عن التنفيذ ومماطلته في التنفيذ.

انطلاقا من هذه الخلاصة الموجزة المستمدة من القانون المقارن ، لنا أن نتساءل عن كيفية تفعيل نظام تنفيذ الأحكام الإدارية في مواجهة الإدارة ، إزاء عدم فعالية الوسائل التي يعرفها النظام القانون المغربي لإجبار الإدارة على تنفيذ ما يصدر من الأحكام ضدها ، وما هي الحلول المقترحة للتغلب عن معضلة تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضد الإدارة.

في هذا الإطار ، وفي سبيل ضمان التنفيذ الأحكام الإدارية نقترح مايلي :

- تنظيم مؤسسة قاضي التنفيذ بقانون المسطرة المدنية تكون مهمته الهيمنة على سير إجراءات التنفيذ والإشراف عليها ، والفصل في جميع المنازعات القضائية المتعلقة بالتنفيذ.

- إقرار المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع على التنفيذ بدون مبرر ، إذ يجب أن يكون الأصل في هذا الشأن هو الخطأ الشخصي للموظف المعرقل لعملية التنفيذ الممتنع عن التنفيذ بدون مبرر ، مما يترتب على ذلك من مسائلته عن ذلك في ماله الخاص ، ذلك أنه إذا أحس الموظف أنه يسأل عن الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ في ماله الخاص مما يترتب على ذلك من حجزه وبيعته ، سوف يبادر إلى التنفيذ عوض أن يعرقله.

- إعادة تنظيم الغرامة التهديدية بقانون المسطرة المدنية بالتنصيص على جواز فرضها في حق المكلف بالتنفيذ ، متى كانت إمكانية التنفيذ قائمة وغير مستحيلة ، ومتى تبين سوء نية الموظف في التنفيذ ، تكريسا للعمل القضائي الصادر في هذا المجال السالف الذكر ، مع التنصيص على أن تصفيتها في مواجهته لا يخضع لقواعد التعويض عن الضرر ، بقدر ما تجري في إطار عملية حسابية بضربها في عدد الأيام المشمولة بالإمتناع عن التنفيذ.

- التنصيص على أن الأحكام الصادرة في هذا المجال تعتبر بمثابة إذن بحوالة تقدم على غرار باقي الأحكام للمحاسب العمومي المختص لصرفها له داخل أجل أربع أشهر من تاريخ إعلانها له.

- التنصيص على المسؤولية المالية والتأديبية للموظف الممتنع عن التنفيذ.

- اعتبار الامتناع عن التنفيذ فعلا جرميا يعاقب عليه طبقا للقانون الجنائي ، مع ملائمة قواعد الميسطرة المدنية مع القانون الجنائي.

آليات حماية القطاع المصرفي السعودي من العمليات المالية غير المشروعة

Mechanisms to protect the Saudi banking sector of illegal (Illicit) financial operations

د. عيسى بن علي بن محمد عسيري

أستاذ مساعد - قسم الأنظمة والقانون

جامعة الملك خالد

الملخص

هناك جملة من الآليات والطرق التي يتوجب على المصارف والعملاء العناية والالتزام بها؛ وذلك لسلامة قطاع المصارف من العمليات المالية غير المشروعة، والتي ربما تتخذ من المصارف وسيلة لإضفاء صفة الشرعية عليها، وذلك من خلال إدراجها في العمليات المالية المصرفية، ومن أهم هذه الآليات معرفة العملاء وبياناتهم، وتقييد وتسجيل هذه البيانات والمعلومات في السجلات المصرفية، والرقابة على العملاء والعمليات المالية التي يقومون بها، وتحديث بيانات العملاء بصفة مستمرة، والإبلاغ عن العمليات المشتبه بها للجهات المختصة، وتدريب الموظفين المصرفيين على معرفة الطرق والوسائل التي تحمي المصارف من العمليات المالية غير المشروعة.

كلمات مفتاحية: الآليات- الطرق -العملاء - العناية - الطرق - الوسائل

Abstract

There are a series of mechanisms and methods that banks and customers should take care of and adhere to, in order to protect the banking sector from illicit financial transactions, which may take banks as a mean to legitimize their acts by including them in banking financial operations, the most important of these mechanisms are the identification of customers and their data, recording and registering these data and information in the banking records and control of customers and financial operations they perform, and update customers' data on an ongoing basis, reporting suspicious operations to the competent authorities and training bank staff to know ways and means that protect banks from illicit financial operations.

Keywords : mechanisms - methods - banks -adhere – customers- authorities

المقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعينه، ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا. من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، وصفيه من خلقه وخليفه، الرحمة المسداة، والنعمة المهداة إلى الخلق أجمعين. صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد : يعتبر القطاع المصرفي أحد أهم القطاعات الأساسية في الاقتصاد الحديث؛ وذلك لما يقوم به من توجيه للسياسات المالية والنقدية، وحشد وتعبئة المدخرات المحلية والأجنبية، وتمويل الاستثمار، وتشجيع التجارة، وقبول الودائع، وتنمية الأموال، والمساعدة على تنفيذ المشروعات، فهو المحرك الرئيس للاقتصاد الوطني، وقائد الإصلاح والتنمية . إن كل أعمال القطاع المصرفي متعلقة ومتصلة بالمال، الذي هو عصب الحياة لكل دولة، فهو الوسيلة التي يتم الإنفاق منها على الجوانب المختلفة، كما أنه وسيلة لتحقيق الأمان الاقتصادي والاجتماعي ، ولهذه الأهمية قامت الدول بسن الأنظمة والقوانين التي تحكم علاقات المصارف وتعاملاتها ، وتحفظ حقوقها والتزاماتها، وتضمن سلامتها من التعاملات غير المشروعة، وتجعلها محققة للأهداف والغايات المرجوة منه .

إن أخطر ما تواجه المصارف هو العمليات المالية غير المشروعة، والتي تتخذ من المصارف طريقاً لإضفاء صفة الشرعية عليها من خلال دمجها مع بقية العمليات المالية المشروعة ؛ ولذا في هذا البحث أثرت وضع آليات وطرق تؤدي إلى حماية المصارف ومنع استغلالها لغير الأهداف النبيلة والسامية من وجودها، ومانعاً من تداول هذه الأموال عن طريق المصارف ، وهو ما أسميته آليات حماية القطاع المصرفي السعودي من العمليات المالية غير المشروعة .

أهمية البحث :

- 1- يستمد البحث أهميته من أهمية القطاع المصرفي ودوره في حماية الاقتصاد والمجتمع من العمليات المالية غير المشروعة ، ووقوفه مانعاً من تداول هذه الأموال .
- 2- اشتماله على الآليات والطرق التي تمنع وتحمي المصارف من العمليات المالية غير المشروعة، والتي يجب على المصارف والعملاء الالتزام والقيام بها .
- 3- اعتباره دليلاً ومرشداً في مكافحة العمليات المالية غير المشروعة .

أهداف البحث :

- 1- إيضاح مفهوم العمليات المالية غير المشروعة .
- 2- إبراز الدور الواجب على كل من المصارف والعملاء في حماية المصارف من العمليات المالية غير المشروعة .
- 3- معرفة القوانين والاجراءات الواجب اتباعها لمنع تداول أموال غير مشروعة المصدر .

تساؤلات البحث :

- 1- ماهي العمليات المالية غير المشروعة .
- 2- ماهي الآليات والطرق التي يجب على المصارف والعملاء اتباعها لحماية المصارف من العمليات المالية غير المشروعة.

منهج البحث :

اتبعت بعد عون الله وتوفيقه في البحث ما يلي:

- 1- جمع المادة العلمية من مصادرها الأصلية .
- 2- صياغة البحث بأسلوب علمي دقيق واضح، أملاً في إضافة أكبر قدر من القيمة العلمية والفنية في البحث .
- 3- توثيق النصوص والمنقولات من مصادرها المعتمدة، وتوثيق الآراء والأفكار ونسبتها إلى أصحابها .
- 4- كتابة المواد النظامية وبيان الأنظمة التابعة لها .
- 5- الالتزام بعلامات الترقيم المتعارف عليها .
- 6- إتباع التوثيق العلمي في التهميش .

خطة البحث :

- المبحث التمهيدي : العمليات المالية غير المشروعة، وفيه مطلبان :
- المطلب الأول : مفهوم العمليات المالية غير المشروعة .
- المطلب الثاني : العلاقة بين المصارف والعمليات المالية غير المشروعة .
- المبحث الأول : الآليات الواجب على المصارف التزامها ، وفيه أربعة مطالب :
- المطلب الأول : معرفة العملاء .
- المطلب الثاني : السجلات المصرفية .
- المطلب الثالث : تدريب الموظفين وتأهيلهم .
- المطلب الرابع : الرقابة المصرفية .
- المبحث الثاني : الآليات الواجب على العملاء والمصارف التزامها، وفيه مطلبان:
- المطلب الأول : تحديث البيانات .
- المطلب الثاني : الإبلاغ عن العمليات المالية المشتبه بها .

المبحث التمهيدي العمليات المالية غير المشروعة**المطلب الأول مفهوم العمليات المالية غير المشروعة**

هي عمليات معقدة وسرية تهدف إلى إضفاء صبغة الشرعية على أموال جمعت بطرق غير مشروعة النسور (2001م)⁽³⁸⁴⁾، كالإتجار في المخدرات، والأموال المسروقة، أو الناتجة عن الاحتيال بطرقه وأساليبه المختلفة، أو عن طريق التهريب الجمركي، أو الاتجار في الأسلحة، أو الرقيق الأبيض، وغير ذلك من الطرق غير المشروعة، شحدة (2018م)⁽³⁸⁵⁾ .

كما عرفت بأنها ارتكاب أي فعل أو الشروع فيه لإخفاء أو تمويه أصل حقيقة أموال مكتسبة خلافاً للشرع أو النظام، وجعلها تبدو كأنها مشروعة المصدر، مؤسسة النقد (1433هـ)⁽³⁸⁶⁾ . إن مصادر الأموال غير المشروعة لا يمكن حصرها، كما أن

⁽³⁸⁴⁾ النسور، هشام، (2001م)، التطور التاريخي لعملية غسل الأموال وحراك الأموال، مديرية الأمن العام، الأردن، (ص1).

⁽³⁸⁵⁾ شحدة، دانة نبيل، (2018م) الوسائل الدولية في مكافحة جريمة غسل الأموال، جامعة الشرق الأوسط، (ص23).

⁽³⁸⁶⁾ قواعد مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لشركات التأمين، مؤسسة النقد العربي السعودي 1433هـ، (ص4).

العمليات المصرفية متجددة ومتطورة؛ لا سيما مع وجود التقنية الحديثة، وبالتالي فكل عملية مصرفية الغاية والغرض منها التعامل مع أموال غير مشروعة المصدر فهي عملية مالية غير مشروعة.

المطلب الثاني: العلاقة بين المصارف والعمليات المالية غير المشروعة

للمصارف أهمية كبيرة على حياة الفرد والمجتمع، وهذه الأهمية زادت مع تطور المجتمع وتقدمه وزيادة عدده، فأصبحت المصارف شيء لا تستغني عنه المجتمعات وأفرادها، لما تقوم به من وظائف وخدمات، ولما تقدمه من حفظ وإدارة للأموال، ولدورها في النمو والازدهار الاقتصادي، فكل فرد يتطلب جملة من المعاملات والعلاقات والتي تتوقف على وجود المصارف، كما أن المجتمعات محتاجة إلى مصارف تستثمر الأموال وتنميها وتعمل على إدارتها مما يؤدي إلى استقرار المجتمعات وتحقيق الرخاء الاقتصادي لها، فالمصارف لها أهمية ومكانة في النظام الاقتصادي لكل دولة.

إن المصارف من أهم الحلقات التي تدور فيها الأموال غير المشروعة؛ وذلك لما تتمتع به من تشعب العمليات المصرفية وسرعتها وتداخلها، وتقدم العمليات المصرفية، واستخدام التقنية الحديثة، ماجدة (2012م)⁽³⁸⁷⁾، مما يؤكد على دور المصارف الرئيسي في إخفاء وإبعاد الأموال غير المشروعة عن مصادرها، وإضفاء صفة المشروعية عليها، إذ أن الخدمات الإلكترونية الحديثة يمكن استخدامها بطريقة مخالفة للقانون، حيث أن غالبية تلك العمليات تتم بصورة آلية وتحتاج رقابتها إلى جهد ووقت وتكاليف سلامة، وآخرون (2012م)⁽³⁸⁸⁾. إن الغاية والغرض من إدراج العمليات المالية غير المشروعة في المصارف هو إضفاء صفة الشرعية عليها، وإخفاء المصادر غير المشروعة التي نجمت عنها هذه الأموال، مما يحقق أهداف وغايات خاصة لأصحابها، وفي المقابل الإضرار بالاقتصاد والمجتمع عن طريق نمو وازدياد الجرائم التي ينتج عنها أموال غير مشروعة. ولذا كان لزاماً على المجتمع مكافحة هذه الجرائم والأعمال، ووضع الآليات والعقوبات لمكافحتها والمنع منها.

إن الواجب على المصارف هو منع تداول هذه الأموال عن طريقها، وإخفاء مصادرها غير المشروعة، وذلك من خلال جملة من الآليات والطرق النظامية والقانونية، والتي يجب على المصارف وعمالها التقيد والالتزام بها؛ لأجل حماية الاقتصاد والمجتمع من نمو وانتشار هذه الجرائم والأموال غير المشروعة.

المبحث الثاني: الآليات الواجب على المصارف التزامها

هناك جملة من الآليات القانونية والتي يجب على المصارف التزامها واتباعها، وذلك لحمايتها من العمليات المالية غير المشروعة، وفي المطالب التالية سيتم ذكر جملة من هذه الآليات.

المطلب الأول: معرفة العملاء

تتعدد الآليات والطرق لحماية المصارف والبنوك من العمليات المالية غير المشروعة، ويأتي في مقدمتها معرفة العملاء الذي يتعاملون مع المصارف، وينتسبون إليها، فكل مصرف وفقاً للأنظمة والقوانين يتوجب عليه معرفة العملاء، سواء أكانوا طبيعيين أو اعتباريين، ومعرفة هوياتهم وبياناتهم، وتقييد وتسجيل كل هذه البيانات في السجلات المصرفية، كما يجب

(387) ماجدة، بوسعيد (2012م)، دور القطاع المصرفي في مكافحة جريمة تبييض الأموال، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، (ص7).

(388) سلامة، نعيم، وأبو الحاج، أيمن، وسعيد، موسى، وهذلول، مشهور (2012م)، البنوك وعمليات غسيل الأموال، مجلة بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد الثالث والثلاثون، (ص349).

على كل مصرف اتخاذ تدابير العناية الواجبة بالعملاء قبل البدء في فتح أي حساب، أو إقامة علاقة عمل جديدة، أو إجراء العمليات المالية، وذلك بالتعرف على هوية العميل، والتحقق منها باستخدام وثائق أو بيانات أو معلومات من مصادر موثوقة ومستقلة، وذلك على النحو التالي :

أ- الشخص الطبيعي يجب الحصول على الاسم الكامل للشخص المدون في الاثباتات الرسمية، بالإضافة إلى عنوان محل الإقامة، أو العنوان الوطني، وتاريخ ومكان الولادة، والجنسية، والتحقق من كل هذه المعلومات .

ب- الشخص الاعتباري يجب الحصول على الاسم، والشكل القانوني، وإثبات التأسيس، والصلاحيات التي تنظم وتحكم عمل الشخص الاعتباري، وأسماء كافة المديرين وكبار الإداريين لديه، والعنوان الرسمي المسجل، ومكان العمل في حال ما إذا كان مختلفاً، والتأكد والتحقق من هذه المعلومات .

كما يجب التحقق من الشخص الذي يتصرف نيابةً عن العميل، بأنه مصرح له بالتصرف بهذه الصفة، والتعرف عليه والتحقق من هويته وبياناته. وكذلك معرفة الغاية والغرض من العمليات المالية التي يقوم بها العملاء، والمستفيدين منها، وذلك بمعرفة هوياتهم وبياناتهم من مصادر موثوقة⁽³⁸⁹⁾، وعدم فتح حسابات مرقمة، أو مجهولة الأسماء، أو بأسماء وهمية⁽³⁹⁰⁾ أو مستعارة، أو إجراء عمليات مالية لأشخاص ومصادر مجهولة .

إن الواجب على المصارف إلزام الموظفين الذين يتعاملون مع العملاء ببذل المزيد من الجهد للتحقق من هويات العملاء الذين يتقدمون لفتح حسابات جديدة، مع الاحتفاظ بنسخة من كافة المستندات الثبوتية الأصلية، إضافة إلى المعلومات الكافية عن نوع وطبيعة العمل، ومكان السكن، وهذه البيانات بمثابة القاعدة الأساسية للتأكد من هوية العميل، والشرط الأول لبدء التعامل معه كعميل جديد، كما يجب على موظف المصرف في المراحل التالية مراقبة حركة حسابات العميل، ورفع التقارير في حال الشك بوجود تعاملات مالية مشبوهة، (وراق)⁽³⁹¹⁾، إن معرفة العملاء، والغايات والغرض من العمليات المالية، ومدى مشروعيتها، والأساس النظامي لها، والمستفيدين منها ونشاطاتهم، وتقييد وتسجيل كل هذه البيانات، والاحتفاظ بها، يمثل الركن الأساس في منع إدراج الأموال غير المشروعة إلى المصارف، ويحفظ عليها أمنها المالي والاقتصادي، ويحقق الأهداف والغايات من وجودها .

المطلب الثاني: السجلات المصرفية

يعتبر تقييد وتسجيل بيانات وعمليات عملاء المصارف في السجلات المصرفية مانعاً من دخول الأموال غير المشروعة، وكاشفاً لأصحابها، فكل عميل يتم تسجيل بياناته وتقييدها والتحقق منها، ثم الاحتفاظ بها، وكذلك العمليات المالية يتم

⁽³⁸⁹⁾ (اللائحة التنفيذية لنظام مكافحة غسل الأموال، المادة السابعة، الفقرة الأولى والثانية والثالثة . وانظر: قواعد مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية بموجب القرار رقم (1-39-2008) وتاريخ 2008/12/1م، المادة الثامنة . وانظر: المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسلح ، توصيات مجموعة العمل المالي (فاتف) ، فبراير 2012م، (ص12) .

⁽³⁹⁰⁾ (نظام مكافحة غسل الأموال، المادة السادسة . وانظر: قواعد مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، مؤسسة النقد العربي السعودي، ديسمبر 2008م(ص20) .

⁽³⁹¹⁾ (وراق، إسماعيل فتح الرحمن، وآمنة محمد عمر، التحديات التي تواجه القطاع المصرفي في مكافحة ظاهرة غسل الأموال، دراسة لعينة من البنوك التجارية بولاية الخرطوم، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا .

تقييدها والاحتفاظ بها، ومعرفة المستفيدين منها؛ لا سيما مع وجود التقنيات الحديثة، والتي تساعد على تسجيل البيانات والاحتفاظ بها، والرجوع إليها بكل يسر وسهولة .

إن الواجب على المؤسسات المالية والمصارف الاحتفاظ بجميع السجلات والمستندات والوثائق والبيانات لجميع التعاملات المالية، والصفقات التجارية والنقدية، سواء أكانت محلية أم خارجية؛ وذلك لمدة لا تقل عن عشر سنوات من تاريخ انتهاء العملية أو قفل الحساب، كما يجب على المؤسسات المالية والمصارف الاحتفاظ بجميع السجلات والمستندات التي حصلت عليها من خلال تدابير العناية الواجبة، وبملفات الحسابات والمراسلات التجارية، وصور وثائق الهويات الشخصية، بما في ذلك نتائج أي تحليل يجري، وذلك لمدة لا تقل عن عشر سنوات من تاريخ انتهاء علاقة العمل، أو بعد إتمام معاملة عميل ليس في علاقة عمل قائمة معها، على أن تكون هذه السجلات والمستندات والوثائق المحتفظ بها كافية للسماح بتحليل البيانات وتتبع التعاملات المالية، وتوفيرها للسلطات المختصة عند الطلب⁽³⁹²⁾ .

إن الاحتفاظ بالمستندات يعني ضرورة الالتزام بتدوين البيانات المتعلقة بهوية العملاء، وكذلك الصفقات التي تجري، والاحتفاظ بها لمدة محددة، وهو يعد بمثابة ضمان لوجود آثار للعمليات، ومبدأ مهم للغاية في تسهيل مهمة الجهات الرقابية ... حيث توجب هذه السياسة على البنك الاحتفاظ بنسخة من مستندات إثبات الشخصية التي قدمها العميل أو المودع، والاحتفاظ بقيود وسجلات خاصة حول العمليات المصرفية المشتبه بها لتمكين الجهات الرقابية في حال تبين وجود عمليات تبييض للأموال، الفاعوري، وآخرون (2002)⁽³⁹³⁾، أو عمليات مالية غير مشروعة، فالمستندات والسجلات المصرفية بمثابة الدليل على العملاء والعمليات المالية التي يقومون بها .

كما أنه وفي حالات معينة قد توجه مؤسسة النقد العربي السعودي باعتبارها الجهة الرقابية على المصارف، أو السلطات الأخرى المختصة إلى البنوك والمصارف ومحلات الصرافة بالاحتفاظ بسجلات أي من العمليات أو الحسابات لفترة أطول من الحد المنصوص عليه⁽³⁹⁴⁾؛ وذلك لحفظ المصارف من الغايات غير النبيلة، ومنع تداول الأموال غير الشرعية عن طريقها، فتقييد وتسجيل البيانات والعمليات في السجلات المصرفية سواء أكانت ورقية أو تقنية مرجعاً للاستدلال والاستظهار عن العمليات المالية وطبيعتها وصحتها .

المطلب الثالث : تدريب الموظفين وتأهيلهم

يمثل تدريب الموظفين وتأهيلهم، وتطوير قدراتهم العلمية والمهنية هدفاً رئيساً لكل المصارف، وذلك في ضوء حقيقة مفادها أن المورد البشري يمثل أبرز الأصول الاستراتيجية للمنظمة، والذي يسهم بشكل فاعل في خلق الميزات التنافسية

(392) نظام مكافحة غسل الأموال، المادة الثانية عشر . وانظر أيضاً دليل الالتزام بالأنظمة للبنوك العاملة في المملكة العربية السعودية، إدارة التفيتش البنكي، مؤسسة النقد العربي السعودي، الإصدار الأول، 1429هـ . وانظر أيضاً المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسلح ، توصيات مجموعة العمل المالي (فاتف)، (12)، فبراير 2012م . وانظر أيضاً قواعد مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الصادرة عن مجلس هيئة السوق المالية بموجب القرار رقم (39-1-2008) وتاريخ 2008/12/1م ، المادة التاسعة عشر .

(393) الفاعوري، أروى فايز ، وقطيشات، إيناس محمد (2002) جريمة غسيل الأموال، المدلول العام والطبيعة القانونية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، (ص100).

(394) قواعد مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، مؤسسة النقد العربي السعودي، (20) ديسمبر 2008م .

والمحافظة على بقائها، فكل ما كان موظفي المصرف على درجة عالية من التدريب والتأهيل، كل ما كان المصرف متميزاً ومحققاً للأهداف المقصودة .

إن تدريب الموظفين وتأهيلهم من أهم الآليات والطرق لحماية المصارف من العمليات المالية غير المشروعة، فهو الأداة التي تمكن الموظفين من فهم طبيعة ونوعية وطرق غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ويوفر لهم المعلومات الضرورية المناسبة حول المستجدات العالمية والمحلية بطرق غسل الأموال وكيفية مكافحتها، علاوة على حمايتهم من وقوعهم كضحية لمرتكبي عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب، كما أن الفهم الواضح بأساليب عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب وطرق الكشف عنها سوف يمكنهم من التعاون الإيجابي، ويحفزهم على القيام كل بدوره المسؤول تجاه حماية سمعة البنك، وعدم استخدامه كقناة لغسل الأموال وتمويل الإرهاب⁽³⁹⁵⁾ .

إن كل مصرف يتعين عليه وضع خطط وبرامج مستمرة؛ لتدريب العاملين فيه، بهدف زيادة كفاءتهم في الالتزام الدقيق بالقواعد والنظم المقررة لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وضمان اطلاعهم على التطورات الجديدة المتعلقة بالأساليب والاتجاهات العامة لعمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ونظم مكافحتها، والمستجدات المحلية والإقليمية والعالمية في هذا الشأن⁽³⁹⁶⁾ .

ولقد دعت مؤسسة النقد العربي السعودي المؤسسات المالية إلى إعداد برامج تدريبية مستمرة للموظفين المختصين لتحسين معرفتهم بمبادئ العناية الواجبة، ومعرفة العميل، وإحاطتهم بالمستجدات في مجال عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وبما يرفع من قدراتهم في التعرف على تلك العمليات وأنماطها وكيفية التصدي لها، وتدريب الموظفين على هذا النشاط ليصبح باستطاعتهم القيام بدور فعال من خلال اتخاذ التدابير الوقائية للحد من حدوثها ومكافحتها⁽³⁹⁷⁾ .

إن من أهم الآليات والطرق في حماية المصارف من العمليات المالية غير المشروعة، هو معرفة الموظفين المختصين بالطرق والأساليب التي يمكن استخدامها في هذه العمليات، ومعرفة الإجراءات والضوابط لمنعها، وذلك لا يتأتى إلا بوجود كوادر مصرفية مؤهلة وقادرة على الكشف والمعالجة والحماية للمصارف من العمليات المالية غير المشروعة .

المطلب الرابع: الرقابة المصرفية

الرقابة المصرفية تعني مجموعة الضوابط والقواعد والنظم التي تحكم وتقيّد أعمال وعمليات المنظمات المصرفية، وتنظم المهنة بهدف تحقيق الاستقرار النقدي مع أفضل معدلات للنمو الاقتصادي، وحرصاً على سلامة المراكز المالية للبنوك والمصارف، وعدم تعرضها للاستغلال من جانب عصابات الجريمة المنظمة بصفة عامة، وعصابات تبييض الأموال بصفة

⁽³⁹⁵⁾ سياسة مكافحة عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب، بنك الأردن 2016م، (ص31).

⁽³⁹⁶⁾ الضوابط الرقابية للبنوك بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، البنك المركزي المصري (ص9) .

⁽³⁹⁷⁾ قواعد مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب للبنوك ومحللات الصرافة وفروع البنوك الأجنبية العاملة بالمملكة العربية السعودية، مؤسسة النقد العربي السعودي، فبراير 2012م، (ص43) .

خاصة، توصلاً إلى جهاز مصرفي سليم قادر على المساهمة في تمويل التنمية الاقتصادية، وأخيراً حماية مصالح المدخرين والمساهمين، والمحافظة على حقوقهم، مبارك، (2004م) ⁽³⁹⁸⁾.

إن الرقابة والمتابعة على عملاء المصارف والعمليات المالية التي يقومون بها ذو أهمية في حماية المصارف من العمليات المالية غير الشرعية، فمن خلالها يتم معرفة العمليات المالية ومصادرها، والقائمين بها والمستفيدين منها، ومعرفة العلاقة النظامية والغرض منها، ولذا فالواجب على المصارف والمؤسسات المالية مراقبة المعاملات والوثائق والبيانات، وفحصها بشكل مستمر؛ لضمان توافقها مع ما لديها من معلومات عن العميل، وأنشطته التجارية، والمخاطر التي يمثلها، وعن مصادر أمواله، والمراقبة والتدقيق في جميع المعاملات التي تكون معقدة وكبيرة بشكل غير عادي، وكذلك أي نمط غير اعتيادي للمعاملات التي لا يكون لها أغراض اقتصادية أو مشروعة واضحة ⁽³⁹⁹⁾، فالرقابة والمتابعة والتدقيق هي الكاشف للعمليات المالية غير الشرعية، والتي على إثرها تتخذ بقية الإجراءات النظامية للحماية والحد من العمليات المالية غير الشرعية.

إن الرقابة والمتابعة تتطلب وجود آليات وأدوات وأجهزة قادرة على الرقابة والمتابعة، وموظفين أكفاء على درجة من العلم والخبرة والبصيرة في العمليات المالية غير الشرعية، ومعرفة الطرق والمصادر التي عن طريقها تتخذ المصارف والبنوك طريق لإضفاء صفة الشرعية عليها، فكل ما كانت المراقبة والمتابعة دقيقة، كلما كان ذلك مانعاً وحامياً من اتخاذ المصارف طريقاً للعمليات المالية غير الشرعية.

المبحث الثاني : الآليات الواجب على العملاء والمصارف التزامها

هناك جملة من الآليات القانونية المشتركة بين العملاء والمصارف، والتي يجب على كلٍ منهم التزامها واتباعها، وذلك لحماية المصارف من العمليات المالية غير المشروعة، وفي المطالب التالية سيتم ذكر جملة من هذه الآليات.

المطلب الأول: تحديث البيانات

من الآليات والطرق لحماية المصارف من العمليات المالية غير المشروعة تحديث بيانات العملاء المصرفية، ومعرفة المتغيرات والمستجدات فيها، فكل عميل قد تتغير بياناته ومعلوماته، وتتنوع عملياته المالية والأغراض منها، والمستفيدين من هذه العمليات؛ وبالتالي كان لازماً على المصارف مطالبة العملاء بتحديث البيانات بصفة دورية، أو كلما دعت الحاجة لذلك، ثم قد يكون تحديث البيانات لكل العملاء، وقد يكون لعملاء محددين متى قامت الحاجة إلى ذلك، إن تحديث بيانات العملاء من الواجبات والمسؤوليات على عملاء المصارف؛ لما في ذلك من الأهمية لمعرفة معلومات العميل المصرفي المستجدة، ولما في ذلك من حفظ وسلامة وقوة الأمن المعلوماتي لكل من العملاء والمصارف، ولذا قررت مؤسسة النقد العربي السعودي بأن على عملاء المصارف تحديث بياناتهم ومعلوماتهم الشخصية الخاصة بهم، بما في ذلك معلومات الاتصال، بحيث يكون التحديث بشكل مستمر ومتى طلب المصرف ذلك، وسيكون العميل مسؤولاً عن المعلومات التي لم يتم بتزويد المصرف بها ⁽⁴⁰⁰⁾.

⁽³⁹⁸⁾ مبارك، موسى، (2004م) آلية رقابة البنك المركزي على أعمال البنوك في ظل المعايير الدولية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، (ص17).

⁽³⁹⁹⁾ نظام مكافحة غسل الأموال، المادة الثالثة عشر.

⁽⁴⁰⁰⁾ مبادئ حماية عملاء المصارف، مؤسسة النقد العربي السعودي، يونيو 2013م، (ص7).

إن تحديث بيانات عملاء المصارف، وتقييد وتسجيل ما يستجد عليها من تغيرات، دليلاً ومرشداً عن العملاء، والعمليات المالية التي يقومون بها، ومانعاً من استخدام معلومات أو بيانات سابقة أو ملغية لإدراج عمليات مالية غير شرعية إلى المصارف.

المطلب الثاني: الإبلاغ عن العمليات المالية المشتبه بها

من الآليات الهامة لحماية المصارف من العمليات المالية غير المشروعة الإبلاغ عن العمليات المالية المشتبه بها، فإذا توفرت لدى المصرف الأسباب المعقولة للاشتباه في أن الأموال أو بعضها تمثل متحصلات جريمة، أو في ارتباطها أو علاقتها بعمليات غسل الأموال، أو أنها سوف تستخدم في عمليات مالية غير شرعية، فكل مصرف يتوجب عليه إبلاغ الإدارة العامة للتحريات المالية⁽⁴⁰¹⁾ فوراً وبشكل مباشر، وتزويدها بتقرير مفصل يتضمن جميع البيانات والمعلومات المتوافرة لديها عن تلك العملية والأطراف ذات الصلة، والاستجابة لكل ما تطلبه الإدارة العامة للتحريات المالية من معلومات إضافية، ويحظر تنبيه العميل أو أي شخص آخر بأن تقريراً بموجب النظام، أو معلومات متعلقة بذلك قد قدمت أو سوف تقدم إلى الإدارة العامة للتحريات المالية، أو أن تحقيقاً جنائياً جارٍ أو قد أجري⁽⁴⁰²⁾.

إن الإبلاغ عن العمليات المالية غير الشرعية، ومتابعة القائمين بها والمتصلين باستخدامها، وتوقيع الجزاء الشرعي والنظامي المناسب عليهم، يعد زاجراً ومانعاً من جعل المصارف ملاذاً ومكاناً للعمليات المالية غير الشرعية، ونهاياً عن إضفاء الصفة الشرعية على هذه الأموال، فالمصارف بكل إداراتها وأقسامها وموظفيها مسؤولون مسؤولية مباشرة عن الإبلاغ عن العمليات المالية غير الشرعية متى وجدت، أو كانت هناك شبهة لتواجدها.

كما أن مسؤولية الإبلاغ عن العمليات المالية غير الشرعية يقع أيضاً على عاتق عملاء المصارف، فكل عميل يجب عليه إبلاغ المصرف في حالة اكتشاف عمليات مالية مجهولة أو غير شرعية في حساباته المصرفية⁽⁴⁰³⁾.

الخاتمة

أحمد الله أولاً وآخرأً وظاهراً وباطناً على ما من به علي ووفقني له من إكمال هذا البحث، وأسأله العفو والمغفرة من الخطأ والزلل.

نتائج البحث :

- 1- يجب تظافر الجهود لمكافحة ومنع انتشار الأموال غير المشروعة المصدر .
- 2- يقع على المصارف والعملاء جملة من الآليات والالتزامات القانونية في سبيل حماية المصارف من العمليات المالية غير المشروعة .

⁽⁴⁰¹⁾ ترتبط الإدارة العامة للتحريات المالية برئيس أمن الدولة، وتتمتع باستقلالية عملية كافية، وتعمل بوصفها جهازاً مركزياً وطنياً على تلقي البلاغات والمعلومات والتقارير المرتبطة بغسل الأموال أو الجرائم الأصلية أو متحصلات الجريمة، وتحليل ودراسة هذه البلاغات والتقارير والمعلومات، وإحالة نتائج تحليلها إلى السلطات المختصة، بشكل تلقائي أو عند الطلب . انظر نظام مكافحة غسل الأموال، المادة السابعة عشر .

⁽⁴⁰²⁾ نظام مكافحة غسل الأموال، المادة الخامسة عشر والسادسة عشر . وانظر: المعايير الدولية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وانتشار التسلح، توصيات مجموعة العمل المالي (فاتف) ، فبراير 2012م، (ص18) . وانظر: القواعد التنفيذية لنظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله، مؤسسة النقد العربي السعودي ربيع الأول 1439هـ، (ص14).

⁽⁴⁰³⁾ مبادئ حماية عملاء المصارف، مؤسسة النقد العربي السعودي، يونيو 2013م، (ص7)

3- التهاون والتقصير في أي من الآليات الواجبة على المصارف والعملاء طريق لزيادة وانتشار الأموال غير المشروعة المصدر .

توصيات البحث :

- 1- إنشاء مراكز بحثية وتقنية لدراسة المستجدات من الطرق والعمليات المصرفية، ووضع القوانين والحلول لمنع تداول وإدراج الأموال غير المشروعة المصدر في المصارف .
- 2- التوعية اللازمة من خلال وسائل الإعلام بخطورة العمليات المالية غير المشروعة، وأثرها على الاقتصاد والمجتمع .
- 3- إعداد برامج علمية وتقنية تكسب موظفي المصارف القدرات اللازمة للكشف والتعامل مع العمليات المالية غير المشروعة .

إستراتيجية الدمج الاجتماعي لذوي الاحتياجات في مجال الصفقة العمومية

د. قاصدي فايز

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة
خلدون تيارت الجزائر

ملخص:

إلى جانب الوظيفة الاقتصادية والسياسية التي تقوم بها الصفقات العمومية، والمتمثلة في التنمية الاقتصادية وتلبية حاجات المواطنين في الخدمات العمومية (كالصحة، والتعليم، والإنارة، وشبكة الطرق....) يمكن للدولة أن تستعمل هذه الآلية من أجل النهوض بالتزاماتها البيئية والاجتماعية، فإذا توافرت الإرادة الحكومية أو حتى الإرادة الخاصة بالإدارة أو الهيئة العمومية فإنه يمكن للدولة إلزام الشركاء الاقتصاديين بتوظيف الفئات الأقل حقا في الوظائف كذوي الاحتياجات الخاصة.

كلمات مفتاحية: التنمية المستدامة؛ الدمج الاجتماعي؛ الصفقات العمومية؛ الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة؛ العمل

Abstract:

Besides the economic and political function of public procurement which are the economic development and meeting the needs of people in public services such as (health, education, lighting and works...), the government can use this mechanism the make its environmental and social obligations in advance.

The government can oblige economic partners to employ the less right groups in job like impairments people if there exist a relation between governmental and personal will and the administration public environment.

Keywords: Sustainable development; Social inclusion; Public transactions; Impairments People; work.

مقدمة

تعتبر ذوو الاحتياجات الخاصة فئة هامة وشريحة مؤثرة في كل مجتمع، لذا تسعى كل الدول وعلى رأسها الجزائر إلى تأمين الخدمات اللازمة، والرعاية الشاملة لأبنائها الذين ينتمون لهذه الشريحة الاجتماعية، من خلال توفير مرافق للسكن وفرص للعمل وهذا لا يكون إلا عن طريق عملية الدمج الاجتماعي. بهذا تقوم فكرة البحث على عملية إدماج وتفعيل دور ذوي الاحتياجات الخاصة داخل مجتمعهم المحلي، والأخذ بعين الاعتبار مبدأ المساواة في إتاحة الفرص وتوزيع الموارد الطبيعية بعدالة، بحيث تمكنهم من عيش حياة عادية، بتلبية الحاجات الأساسية كالغذاء والصحة والتعليم والسكن والشغل .

ونقصد بالدمج الاجتماعي المرحلة النهائية من مراحل تطوير برامج التربية الخاصة بالمعوقين، أي العمل على دمج المعوقين في الحياة الاجتماعية العادية، وتبدو عملية الدمج في مظهرين رئيسيين⁴⁰⁴:

الأول: الدمج في مجال العمل، وتوفير الفرص المهنية المناسبة للعمل كأفراد منتجين في المجتمع وتقبل ذلك اجتماعيا، وهو موضوع دراستنا.

الثاني: الدمج السكني بحيث تتاح الفرصة للمعاقين للسكن والإقامة في الأحياء السكنية العادية

لذا أصدر المشرع الجزائري مجموعة من القوانين ذات المواضيع المتعددة لأجل التكفل بهذه الشريحة وإدماجها في عالم الشغل وعلى رأسها المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية.

سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية التحدث عن مفهوم ذوي الاحتياجات الخاصة، أسبابها وتصنيفاتها في المبحث الأول، لنركز بعد ذلك في المبحث الثاني كيف يمكن للدولة أن تستعمل الصفقة العمومية كآلية تشاركية تلزم الشركاء الاقتصاديين معها بتوظيف ودمج الفئات الأقل حقا في الوظائف كذوي الاحتياجات الخاصة.

من خلال هذه المعطيات نحاول الإجابة عن الإشكالية الرئيسة التالية:

إلى أي مدى استطاعت الحماية القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة في مجال الصفقات العمومية تحقيق التنمية المستدامة؟

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف أبرزها:

- توضيح المفاهيم الخاصة بالصفقات العمومية، التنمية المستدامة، ذوو الاحتياجات الخاصة، والعلاقة بينهما.
- توضيح أهمية البعد الاجتماعي للتنمية المستدامة في مجال الصفقات العمومية.
- التأكيد على أهمية المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية في ترسيخ العلاقة بين الدولة ومواطنيها، لاسيما بالنسبة للأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة.

⁴⁰⁴ عبد الرحمن القرني، نور الدين عسلي، **فعالية استراتيجيات الجماعات المحلية في إدماج ذوي الاحتياجات الخاصة**، مجلة الإبداع الرياضي، العدد 04، أكتوبر 2011، ص 429؛ عليّة حماد الحسيني، **دمج المعاق ذهنياً بين النظرية والتطبيق**، إصدار منتدى التجمع المعني بحقوق المعاق، أسيوط، مصر، بدون ذكر سنة النشر، ص 11.

- إدراج الشروط الاجتماعية أثناء مراحل عملية إبرام الصفقة العمومية.

منهجية الدراسة: تقوم هذه الدراسة على أساس منهج وصفي تحليلي مقارنة في إطار ما يسمى " بالتكامل المنهجي".

أهمية الدراسة: يكتسي البحث أهميته من كونه إضافة علمية لباقي البحوث السابقة في مجال الاهتمام بذوي الاحتياجات الخاصة، ويساهم بإبراز دور الصفقات العمومية أثناء مرحلة التنفيذ في إدماج ذوي الاحتياجات الخاصة، وهذا ما يعبر عنه بسيادة العدل وتعني التوقف عن الاستمرار في إصدار قوانين خاصة بذوي الاحتياجات الخاصة والشروع فوراً في تطبيق القوانين العادية عليهم ومن بينها قانون الصفقات العمومية.

وستتناول كل هذا من خلال خطة الدراسة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم ذوي الاحتياجات الخاصة، أسبابها وتصنيفاتها

المطلب الأول: تعريف ذوي الاحتياجات الخاصة

المطلب الثاني: أسباب الإعاقة وتصنيفاتها

المبحث الثاني: كيفية إدماج ذوي الاحتياجات الخاصة في عقد الصفقة العمومية

المطلب الأول: تعريف الصفقة العمومية وأنواعها

المطلب الثاني: استراتيجيات الدمج الاجتماعي في مجال الصفقة العمومية

خاتمة

المبحث الأول: مفهوم ذوي الاحتياجات الخاصة، أسبابها وتصنيفاتها

سنحاول في هذا المبحث التطرق إلى مفهوم المعوق لغة واصطلاحاً ومن وجهة نظر القانون، ثم نتطرق إلى تصنيفات الإعاقة مع الإشارة بإيجاز إلى أسبابها وذلك من خلال مطلبين.

المطلب الأول: تعريف ذوي الاحتياجات الخاصة (المعوقين)

الفرع الأول/- التعريف اللغوي: المعوق لغة لفظ مشتق من الفعل عاق، وعاقه عن الشيء أي منعه وشغله عنه، فهو عائق، وعوقه عن كذا، فهذا المصطلح يطلق على كل من تعوقه قدراته الخاصة على النمو السوي إلا بمساعدة خاصة، وهو لفظ مشتق من الإعاقة، أي التأخير أو التعويق⁴⁰⁵.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي: وردت عدة تعاريف لذوي الاحتياجات الخاصة ونذكر منها:

- **تعريف الموسوعة العربية العالمية:** " بأنهم الأفراد الذين يعانون من عجز جسدي أو عقلي يؤثر على الحياة السعيدة والمنتجة"⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ خضراوي الهادي، بن قويدر الطاهر، الحماية القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة وواقعها في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، جانفي 2017، ص23.

⁴⁰⁶ عبد الرحمن القري، نور الدين عسلي، المرجع السابق، ص429.

- لقد عرفت منظمة الصحة العالمية الإعاقة على أنها: "حالة من القصور أو الخلل في القدرات الجسدية أو الذهنية ترجع إلى عوامل وراثية أو بيئية تعوق الفرد عن تعلم بعض الأنشطة التي يقوم بها الفرد السليم المشابه"⁴⁰⁷.

- كما عرفت منظمة العمل الدولية المعوق في دستور التأهيل المهني للمعاقين والذي أقرته الأسرة الدولية في سنة 1955 بأنه: "كل فرد نقصت إمكانياته للحصول على عمل مناسب والاستقرار فيه نقصا فعليا نتيجة كل هذا في إطار عاهته".
- وحسب ما جاء بالإعلان الخاص بحقوق المعوقين لسنة 1975: "المعوق هو أي شخص عاجز عن أن يؤمن بنفسه، بصورة كلية أو جزئية، ضرورات حياته الفردية و/أو الاجتماعية العادية بسبب قصور خلقي أو غير خلقي في قدراته الجسمانية أو العقلية"⁴⁰⁸.

- كما عرف أيضا: على أنه مصطلح يشمل كل الفئات التي تحتاج إلى نوع خاص من الرعاية سواء كانت جسمية أو نفسية أو اجتماعية أو تربوية وتختلف قضايا ومشكلات وطرق رعاية كل فئة من هذه الفئات لاختلاف احتياجاتهم⁴⁰⁹.

وتعرف الإعاقة Handicap بكونها فقدان أو تهميش أو محدودية المشاركة في فعاليات وأنشطة وخبرات الحياة الاجتماعية عند مستوى مماثل للعاديين وذلك نتيجة العقبات والموانع Barriers الاجتماعية والبيئية⁴¹⁰. إن الفرد الذي يعاني من إصابة تحول دون قيامه بواحدة أو أكثر من الأنشطة والمهارات الحياتية التي تساعد في التنقل والحركة، أو أنه يعتمد على الآخرين لتحقيق مهارات حياته اليومية، فإنه يصنف على أنه يعاني من إعاقة شديدة وتشمل على تلك الإصابات المتعلقة بالحواس أو الأعضاء أو العقل⁴¹¹، وقد تكون كلية أو جزئية وبسيطة وهذا نوع الأخير من الإعاقة موضوع دراستنا. تعرف الإعاقة أيضا أنها التداعيات والآثار الاجتماعية المترتبة على معاناة الفرد من إصابة أو تلف عضوي وظيفي بدني أو عقلي⁴¹².

الفرع الثالث: التعريف القانوني: أولا -/ بالنسبة للمشرع الجزائري:

على غرار التشريعات الداخلية لل دول نجد أن المشرع الجزائري اهتم بهذا العنصر الفعال في المجتمع حيث لم يترك تعريفه للفقه بل أعطاه حيزا من خلال قانون الصحة وترقيتها، وكذا القانون المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم.
1/- بالنسبة للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985⁴¹³ المتعلق بالصحة وترقيتها المعدل والمتمم نجد أن المشرع تعرض من خلال الفصل السابع من الباب الثاني منه إلى تدابير حماية الأشخاص المعوقين، ففي المادة 89 عرفت المعاق كما يلي:
:"يعد شخصا معوقا كل طفل أو مراهق أو شخص بالغ أو مسن مصاب بما يلي:

⁴⁰⁷ حليللي أمينة، جوانب الحماية القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، ع1، جانفي 2017، ص425.

⁴⁰⁸ حليللي أمينة، المكان نفسه.

⁴⁰⁹ مهدي محمد القصاص، التمكين الاجتماعي لذوي الاحتياجات الخاصة، ورقة بحثية مقدمة في المؤتمر العربي الثاني تحت عنوان "الإعاقة الذهنية بين التجنب والرعاية"، المنظم من قبل كلية الأدب، جامعة المنصورة، مصر، سنة 2004.

⁴¹⁰ مهدي محمد القصاص، المرجع السابق.

⁴¹¹ سوسن عبد الصمد السكاف، الحياة مع الإعاقة، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2012، ص16.

⁴¹² علية حماد الحسيني، المرجع السابق، ص32.

⁴¹³ القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 والمتعلق بالصحة المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 46

- إما نقص نفسي أو فيزيولوجي.
- وإما عجز ناتج على القيام بنشاط تكون حدوده عادية للكائن البشري
- وإما عاهة تحول دون حياة اجتماعية عادية".

2/- أما بالنسبة للقانون رقم 11-18⁴¹⁴ ومقارنة مع القانون السابق الذكر فقد نص المشرع في الفصل الثالث من الباب الثاني على حماية الأشخاص الذين هم في وضع صعب من خلال المادة 88 وأدرج الأشخاص المعوقون أو الذين يعيشون في ظروف مادية واجتماعية و/أو نفسية هشة تهدد صحتهم العقلية والبدنية ضمن هذا المصطلح ولكن من دون إعطاء تعريف صريح لفئة المعوقين.

2/- أما بالنسبة للقانون 09/02 المؤرخ في: 2002/05/08⁴¹⁵ المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم فقد عرف المعوق في المادة الثانية منه على أنه: "كل شخص مهما كان سنه وجنسه يعاني من إعاقة أو أكثر، وراثية أو خلقية أو مكتسبة تحد من قدراته على ممارسة نشاط أو عدة نشاطات أولية في حياته اليومية الشخصية والاجتماعية نتيجة إصابة وظائفه الذهنية أو الحركية أو العضوية الحسية".

ثانياً/- بالنسبة للمشرع المصري: فقد نص في المادة الأولى من القانون الجديد لرعاية ذوي الاحتياجات الخاصة المصري على أن: "الشخص ذو الإعاقة هو: كل من يعاني اعتلالات دائمة كلية أو جزئية تؤدي إلى قصور في قدراته البدنية أو العقلية أو الحسية قد تمنعه من تأمين مستلزمات حياته للعمل أو المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين". كما نلاحظ أن كل من المشرع الجزائري والمشرع المصري وسع في مفهوم الشخص المعاق ليشمل كل شخص أصيب بإعاقة سواء أكانت الإعاقة جزئية أو كلية، خلقية أو وراثية أو مكتسبة.

المطلب الثاني: أسباب الإعاقة وتصنيفاتها:

الفرع الأول/- أسباب الإعاقة:

لقد حظيت مسألة البحث عن أسباب الإعاقة والعوامل المؤدية إلى حدوثها باهتمام كبير من قبل الباحثين ومتخذي القرار في عدة جوانب، وهذا الاهتمام ناتج عن ارتباط تلك المسائل بشكل مباشر أو غير مباشر بقضايا التنمية والتقدم الاقتصادي والاجتماعي⁴¹⁶.

وتنقسم أسباب الإعاقة إلى سببين رئيسيين هما⁴¹⁷:

أولاً/- أسباب وراثية: محددة بالعوامل الوراثية المعروفة وغير المعروفة، وهي التي تنتقل بالوراثة من جيل إلى جيل أي من الآباء إلى الأبناء عن طريق الجينات الموجودة علي الكروموزومات في الخلايا: مثل الهيموفيليا والضعف العقلي (الاستعداد للنزف)، مرض السكر، الزُهري، والنقص الوراثي في إفرازات الغدة الدرقية والذي يؤدي إلى نقص النمو الجسمي والعقلي.

⁴¹⁴ القانون 11-18 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة، السابق ذكره.

⁴¹⁵ القانون 09/02 المؤرخ في: 2002/05/08 والمتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، الجريدة الرسمية العدد 46

⁴¹⁶ سوسن عبد الصمد السكاف، المرجع السابق، ص 17.

⁴¹⁷ تهاني محمد عثمان منيب، أولياء ذوي الاحتياجات الخاصة وسبل إرشادهم، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، بدون ذكر دار النشر، الرياض، السعودية، ص 19 وما يليها.

ثانياً/-أسباب بيئية عامة : لا توجد داخل الكائن الحي وإنما خارج نطاق جسده لكنها تسير جنباً إلى جنب مع العوامل الوراثية وتسير في علاقة تفاعلية معها، وهي تتعلق بالأوضاع الأسرية والفقر وإعاقة المرأة.

الفرع الثاني/-تصنيفات الإعاقة:

إن الإعاقة تتعدد أنواعها بتعدد حالاتها ويمكن ذكر أنواعها كالتالي⁴¹⁸:

- 1- **إعاقة عقلية:** الإعاقة العقلية. هي عبارة عن قصور في الوظائف العقلية للفرد، وتظهر أثناء فترة النمو قبل سن الثامنة عشرة، وتتمثل في الأداء العقلي المنخفض عن المتوسط العام بدرجة جوهرية.
- 2- **إعاقة حركية:** وتشمل أنواعا مختلفة من العجز أو إصابات بدنية شديدة ومزمنة تصيب الجهاز العصبي المركزي أو العظام أو العضلات أو الحالة الصحية بحيث تؤدي إلى محدودية القدرة على النشاط الحركي والتحمل الجسدي والرشاقة والتنقل بشكل مستقل، وبالتالي عدم القدرة على بالوظائف الجسمية والحركية العادية دون مساعدة أحد، وهذا وقد تعدد الإعاقة كأن يكون الشخص مصاب بعدة إعاقات في آن واحد.
- 3- **إعاقة بصرية:** وتعني فقدان البصر كلياً أو جزئياً مما يحد من قدرة الشخص على استخدام حاسة البصر بشكل وظيفي في تلقي المعلومات، والحصول على المعرفة، وفي عمليات التعلم والأداء في الحياة اليومية.
- 4- **إعاقة سمعية:** هي فقدان السمع كلياً أو جزئياً سواء كان منذ الولادة أو قبل اكتساب الكلام واللغة، أم بعد تعلم الكلام واللغة مباشرة، وهوما يحد من قدرة الشخص على استخدام حاسة السمع في التواصل مع الآخرين، أو معالجة دونها. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على أصناف المعوقين كما يلي:

- القاصرون حركياً: القصور الجراحي، والتقويمي، والعصبي، وإصابات داء المفاصل.
- القاصرون حسياً: المكفوفون، والصم البكم، والأشخاص المصابون باضطرابات النطق.
- القاصرون المزمنون عاجزون عن التنفس وأصحاب المزاج المزيفي، أو مرض السكر أو القلب.
- مختلف القاصرين بدنياً، ولا سيما ضحايا المخلفات الناتجة عن حادث عمل أو مرض مهني.

إلا أن مسألة تصنيف الإعاقة فتختص بها لجان طبية متخصصة تعترف بصفة المعوق وتحدد نسبة إعاقته⁴¹⁹.

المبحث الثاني: كيفية إدماج ذوي الاحتياجات الخاصة في عقد الصفقة العمومية

المطلب الأول/- تعريف الصفقة العمومية وأنواعها

إن من الأهمية تحديد مفهوم الصفقة العمومية لما تحضى به من خصوصية، لكونها الأداة والوسيلة التي تمكن السلطات العمومية من تنفيذ سياستها التنموية وبلوغ الأهداف المتوخاة منها، لذا وجب ضبط مصطلح الصفقات العمومية في (الفرع الأول)، ثم تبيان أنواعها في (الفرع الثاني).

⁴¹⁸ مصطفى نوري القمش، **المشكلات السلوكية الشائعة لدى الأطفال المعوقين عقلياً داخل المنزل من وجهة نظر الوالدين**، مجلة أم القرى التربوية والاجتماعية والإنسانية، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، يوليو 2006، ص 188.

⁴¹⁹ أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 180/82 المؤرخ في: 15/05/1982.

الفرع الأول/- تعريف الصفقة العمومية:

أولاً/- التعريف القانوني:

عرفت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام بأنها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بالمقابل مع المتعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال والوظائف والخدمات والدراسات"⁴²⁰

ثانياً/- التعريف القضائي:

عرف مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 2002 في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي، لبلدية ليو بيسكرة، ضد ق.أ (تحت رقم 6215 ، غير منشور) الصفقة العمومية كالتالي :

"....وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقالة أو انجاز مشروع أو إحداث خدمات..." والملاحظ من خلال التعريف المذكور أعلاه أن مجلس الدولة قد حصر مفهوم الصفقة العمومية ، على أنها عقد يجمع بين الدولة وأحد الخواص، في حين أن المشرع آنذاك حين عرف العقد الإداري بوجه عام والصفقات العمومية على وجه الخصوص، لم يحصره بين الدولة وأحد الخواص بل تعداها إلى تلك العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين.⁴²¹

ولعل اجتهد مجلس الدولة السالف الذكر، قد مهد للتعديل الوارد في الفقرة الأخير من المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010⁴²² ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، حيث ورد في الفقرة الأخيرة للمادتين: "ولا تخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم".

كما يلاحظ أيضا أن القضاء الجزائري حين تعريفه للصفقة العمومية ، من خلال قرار مجلس الدولة السالف الذكر، قد اغفل الجانب الشكلي والإجرائي الواجب مراعاته في إبرام عقود الصفقات العمومية ، تماشيا مع ما أورده المشرع في هذا الشأن.

بالإضافة إلى ما ورد في التعريف القضائي للصفقة العمومية من مصطلحات ذات الصبغة المدنية كمصطلح مقالة، أو انجاز مشروع، إذ كان ينبغي عليه أن يستعمل عوضا عنها مفهوم عقد الأشغال العامة، تماشيا مع تنظيم الصفقات العمومية، كما هو وارد في أحكام نظرية العقد الإداري. نظراً لاستقلال هذا الأخير عن العقد المدني، خصوصا من حيث طرق الإبرام والإجراءات.

⁴²⁰ ينظر المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية عدد 50.

⁴²¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247، القسم الأول، الطبعة الخامسة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 39.

⁴²² المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، (ج.ر العدد 58 المؤرخة في 2010/10/07)، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 2011/06/16، (ج.ر العدد في 2011/06/19)، والمرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 2012/01/18، (ج.ر العدد 04 المؤرخ في 2012/01/26)، والمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 2013/01/13، (ج.ر العدد 02 المؤرخة في 2013/01/13).

ثالثا- التعريف الفقهي للصفقات العمومية :

حيث عرّف الفقه الإداري العقد الإداري على أنّه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وتظهر النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص"⁴²³، وباعتبار الصفقات العمومية عقودا إدارية، فلقد عرّفها الفقيه أندري ديلوبادر على أنّها: "عقود مكتوبة بمقتضاها يلتزم المتعاقد القيام بأعمال لفائدة الإدارة العمومية مقابل ثمن محدد"⁴²⁴، وبذلك فإنّ طابع قواعد القانون العام هو الذي يُسيطر على نظرية العقود الإدارية وعلى قانون الصفقات العمومية، منها مثلا أنّ الإدارة تتعامل مع المتعاقد عند إبرام وتنفيذ الصفقة باعتبارها سلطة عامّة، ومن مظاهرها أنّ الإدارة لا تتفاوض على أساس "العقد شريعة المتعاقدين" عند إبرامها الصفقات العمومية، بل تفرض شروطا إدارية مسبقا في شكل دفاتر شروط تحدّد بنود الصفقة، وخصوصا في صفقات الأشغال، وهو المجال الذي يتجسّد فيه بوضوح خصوصيات القانون العام. وعلى الرغم من ذلك فإنّ الصفقات العمومية تنفرد بقواعد خاصّة تميّزها عنه، ومن ثمة يمكننا القول إنّ كلّ صفقة عمومية هي عقد إداري، وليس بالضرورة كلّ عقد إداري هو صفقة عمومية. وما ينبغي الإشارة إليه أنّ جانب من الفقه⁴²⁵ خلص إلى اعتبار قانون الصفقات العمومية، هو قانون مشترك من حيث طبيعة قواعده القانونية التي تجمع بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص. كما أنّ المحكمة العليا قد طبّقت أحكام القانون الخاص على بعض الصفقات خاصّة من خلال استقراء القرار المؤرّخ في 10 أكتوبر 1993، في قضية د.ج ضدّ المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة⁴²⁶.

الفرع الثاني/- أنواع الصفقات العمومية:

لقد نصت المادة التاسعة وعشرون من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي: "تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

- إنجاز الأشغال.
- اقتناء اللوازم.
- إنجاز الدراسات.
- تقديم الخدمات...."

فحسب المادة السابقة توجد أربع أنواع من الصفقات العمومية، يتمثل النوع الأول في صفقات الأشغال، أما النوع الثاني فيتمثل في صفقات اقتناء اللوازم، بينما يتعلق النوع الثالث بصفقات إنجاز الدراسات، أما النوع الرابع صفقات الخدمات⁴²⁷.

⁴²³ محمد الشافعي أبوراس، العقود الإدارية، ص35، متوافر على الرابط الإلكتروني التالي:

http://www.bibliotdroit.com/2016/11/pdf_12.html تاريخ زيارة الموقع: 2018/11/10.

⁴²⁴ DELAUBADER ANDREE, *Manuel de droit administratif*, L.G.D.J, Paris, France 1989, p309.

⁴²⁵ ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، مطبعة SARP، الجزائر، 2004، ص: 394-397.

⁴²⁶ المشار إليه في: بن احمد عبد المنعم، "الوسائل القانونية الإدارية لحماية البيئة في الجزائر"، رسالة نيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2008-2009، ص47.

⁴²⁷ ينظر المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق ذكره

1- صفقات إنجاز الأشغال:

من خلال تصفح كل القوانين الصفقات العمومية الجزائرية بداية من الأمر 67-90⁴²⁸ وانتهاء عند المرسوم لرئاسي 10-236 المعدل والمتمم، إن المشرع الجزائري، وإن نص على صفقة إنجاز الأشغال كنوع من أنواع الصفقات العمومية، إلا أنه لم يضع تعريفا لهااته الصفقة .

هو ما تفتن له في المرسوم 15-247 وإن لم يعط تعريفا مباشرا إلا أنه حدد الهدف منها ومجالها وهي العناصر المهمة في التعريف "تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية".

تشمل الصفقة العمومية لأشغال بناء أو تجديد وصيانة وتأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح وتدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها. وهو ما يتوافق عموما مع التعريفات الفقهية التي تعرف الصفقة الأشغال أو كما يصطلح عليها بمصطلح عقد إنجاز الأشغال العامة بأنه اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير، بإنشاء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقا لمنفعة عامة.

أو هو اتفاق بين الإدارة وواحد الأفراد أو الشركات للقيام بإنشاء أو ترميم أو صيانة عقار، لحساب شخص معنوي عام نظير المقابل المتفق عليه وفقا للشروط الواردة في العقد وبقصد تحقيق منفعة عامة⁴²⁹.

وحتى يكون هناك عقد أشغال لابد من توافر ثلاثة شروط أساسية وهي⁴³⁰:

- يجب أن يكون موضوع العقد عقارا.
- يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام.
- يجب أن يهدف العقد إلى تحقيق منفعة عامة

2- صفقات اقتناء اللوازم :

عرف المشرع الجزائري صفقة اقتناء اللوازم من خلال تحديد الهدف منها بقوله: "تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار وبيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد، مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد. وإذا أرفق الإيجار بتقديم خدمة، فإن الصفقة العمومية صفقة خدمات.

إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم المدرجة ضمن الصفقات العمومية ولا تتجاوز مبلغها قيمة اللوازم، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم.

⁴²⁸ الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 52 .

⁴²⁹ لعور بدر، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، - بسكرة، الجزائر، 17 ديسمبر 2015، ص 11.

⁴³⁰ راجع في ذلك : سليمان محمد الطماوي، المبرج السابق، ص 126-127 وعبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005، ص 37 .

إذا كان موضوع الصفقة العمومية خدمات ولوازم وكانت قيمة اللوازم تفوق قيمة الخدمات، فإن الصفقة تكون صفقة لوازم. يمكن أن تشمل الصفقة العمومية بلوازم مواد تجهيز منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمان، وتوضيح كفاءات تطبيق أحكام هذه الفقرة، عند الحاجة بموجب قرار من وزير المالية⁴³¹.

3- صفقات تقديم الخدمات :

يمكن تعريف عقد الخدمات على أنه "إتفاق بين الإدارة المعاقدة وشخص آخر معنوي أو طبيعي بقصد توفير خدمة معينة للإدارة المتعاقدة تتعلق بتسيير مرفق نظير مقابل مالي".

وعادة ما يكون موضوع الخدمة محل صفقة تقديم الخدمات بسيطاً ولا يتطلب إتمادات مالية كبيرة على عكس ما هو حال عليه بالنسبة لعقد الأشغال العامة وعقد اقتناء اللوازم، ذلك أن إبرام جهة الإدارة لعقد الأشغال العامة واحد ينتج عنه صرف مبالغ ضخمة، بينما عقد الخدمة لا يكلف جهة الإدارة إتمادات مالية ضخمة ناتجة عن هذا العقد كقاعدة عامة، بل هناك خدمات تستفيد منها الإدارة ولا تخضع لقانون الصفقات العمومية، في حالة ما إذا كان موضوع الخدمة بسيطاً ولا يكلف الإدارة إتمادات مالية كبيرة⁴³².

4- صفقات انجاز الدراسات :

حدد المشرع الجزائري في المادة 29 الفقرة 10 من المرسوم 15-247 الجديد أن صفقة انجاز الدراسات تهدف إلى انجاز خدمات فكرية، وفي نفس السياق يذهب الفقه إلى أن صفقة انجاز الدراسات "هي اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بإنجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل تلتزم الإدارة بدفعه تحقيقاً للمصلحة العامة".

المطلب الثاني/- إستراتيجية الدمج الاجتماعي لذوي الاحتياجات في مجال الصفقة العمومية:

ستتطرق في هذا المطلب كيفية إدراج البعد الاجتماعي للتنمية المستدامة في الصفقة العمومية بحسب التشريع الوطني والتشريع المقارن في (الفرع الأول)، لتركز بعد ذلك على شروط ادماج ذوي الاحتياجات الخاصة في مجال الصفقة العمومية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول/- إدراج البعد الاجتماعي للتنمية المستدامة في الصفقة العمومية:

بالرجوع إلى الهدف الأمثل للتنمية المستدامة، وهو تحقيق التوازن بين النظام البيئي والاقتصادي والاجتماعي بتحقيق أقصى قدر من النمو في كل نظام، وعدم التأثير على الأنظمة الأخرى تأثيراً سلبياً، إذ لا يتم تطوير نظام على حساب نظام. من هذا المنطلق تتطلب التنمية المستدامة تغييراً جوهرياً في السياسات والممارسات التي تمس المجتمع، ويظهر جلياً من خلال الأبعاد المتعددة المتداخلة والمتفاعلة للتنمية والتي أشار إليها المشرع الجزائري في ديباجة الدستور الحالي⁴³³:

⁴³¹ ينظر المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

⁴³² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 96-97.

⁴³³ القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14 المؤرخة في 2016/03/07.

"يظل الشعب الجزائري متمسكا بخياراته من أجل الحد من الفوارق الاجتماعية والقضاء على أوجه التفاوت الجهوي، ويعمل على بناء اقتصاد منتج وتنافسي في إطار التنمية المستدامة والحفاظ على البيئة".

لذا فإن العلاقة المتبادلة بين مختلف المجتمعات تتطلب الاعتراف بأن المساواة الاجتماعية لها تأثير على استمرار الرفاهية على المدى الطويل، الأمر الذي يتطلب الاعتراف بالمساهمة الفعالة والفعالية على المستوى السياسي لكل الفئات الاجتماعية بما فيها الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة في اتخاذ القرارات الحاسمة، وكذا مسؤولية الحكومة أمام الجمهور فيما يتعلق بوضع التدابير الاجتماعية التي تهدف إلى حل المشاكل التي تتعلق بالمساواة، والحد من الفوارق والتفاوت الاجتماعي في إقليم الدولة .

وبالرجوع إلى التعليمات الأوروبية CE 18/2004 الصادرة بتاريخ 31 مارس 2004 والتي تسمح بتحديد حيز واسع للفئة البعيدة عن ميدان الشغل، وإدماجها في مجال الصفقات العمومية. وتصنيفا لقانون رقم 102-2005 الصادر في 2005/02/11 الفرنسي الخاص بالمساواة في الحقوق والفرص، المشاركة والمواطنة للأشخاص المعاقين، تم إدراج الشروط الاجتماعية خاصة ك شروط تنفيذ الصفقات العمومية للأشغال العامة، ولكنها قابلة للتطبيق في الصفقات العمومية للخدمات التي تمس خاصة القطاعات القابلة لاستعمال هذا الإدماج كقطاع التنظيف، وقطاع الإطعام.

أما في ظل التشريع الجزائري فقد نص في القانون 09/02 المؤرخ في: 2002/05/08 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم السابق ذكره على أنه :

"ومن أجل ترقية تشغيل الأشخاص المعوقين وتشجيع إدماجهم واندماجهم الاجتماعي والمهني يمكن إنشاء أشكال تنظيم عمل مكيفة مع طبيعة إعاقاتهم ودرجتها وقدراتهم الذهنية والبدنية". وتطبيقا لهذا فإن المرسوم الرئاسي 247/15 الصادر في: 2015/10/15 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي يشترط على المصلحة المتعاقدة في المادة 11 منه تحديد حاجاتها مع مراعاة أهداف التنمية المستدامة.

ما يمكن التأكيد عليه أن الصفقات العمومية المسؤولة اجتماعيا تتدخل فيها عدة تحديات إنسانية، اقتصادية، اجتماعية، وهي تفرض نفسها على الجميع، ومن بينها على الأخص دمج الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة في مجال الصفقات العمومية المتعلقة بالأشغال العامة.

الفرع الثاني: شروط إدماج ذوي الاحتياجات الخاصة في عقد الصفقة العمومية

إن الصفقة العمومية في مجملها تمر بمرحلتين أساسيتين، المرحلة الأولى تمهيدية وتتمثل في مرحلة تحضير الغلاف المالي، وإعداد دفتر الشروط، بينما تتمثل المرحلة الثانية في المرحلة التنفيذية للصفقة وهي المرحلة الحاسمة التي عن طريقها تستطيع فرض المصلحة المتعاقدة شروط اجتماعية على المؤسسات المترشحة كشرط تشغيل الأشخاص الذين يتمتعون بحق الأولوية كالفئة ذات الاحتياجات الخاصة بالأخص.

حتى ولو نصت التشريعات الخاصة بالصفقات العمومية فقط على الشروط البيئية والاجتماعية في مضمونها (أولا)، إلا أن الاتفاقيات الدولية تفرض على التشريعات المحلية اتخاذ مبادرات أبعد من ذلك كأخذها بعين الاعتبار الشروط الأخلاقية (ثانيا).

أولاً- الشروط الاجتماعية:

وعليه من خلال ما سبق ذكره كيف يمكننا في الواقع إدماج مختلف أهداف التنمية المستدامة لاسيما الاجتماعية منها في صفقة عمومية واحدة وبنفس الطريقة ؟ إن كانت الأهداف البيئية والاجتماعية واضحة، إلا أنه يجب على المصلحة المتعاقدة استعمالها بحذر، على أن تكون ذات علاقة مباشرة بموضوع الصفقة، كما أن الشراء المسؤول اجتماعياً تتدخل فيه عدة تحديات، من بينها خاصة الحصول على فرص عمل، إمكانية الوصول إلى الأشخاص ذوي الإعاقة، وتقليص البطالة وبالتالي تحقيق تنمية محلية.

أ/التشريع الفرنسي:

هناك تحديات إنسانية اقتصادية واجتماعية تفرض نفسها في الواقع، وهذا ما أثبتته وبوضوح عدة قوانين جديدة منها القانون رقم 98-657 المتعلق بمحاربة الإقصاء الفرنسي المؤرخ في: 29 جويلية 1998 المعدل، والقانون المتعلق بتعزيز التماسك الاجتماعي لسنة 2005 .

بالنسبة لقانون الصفقات العمومية الفرنسي الصادر بتاريخ 2004/01/07 فقد نصّ على إمكانية الأخذ بالاعتبارات الاجتماعية أثناء اختيار العروض والأشخاص. إلا أن التطرق وبشكل صريح للتنمية المستدامة ولأول مرة كان بموجب المرسوم الرئاسي رقم 975-2006 الصادر بتاريخ 01 أوت 2006 والمتضمن قانون الصفقات العمومية الفرنسي، حيث نص على إدراج المعايير الاجتماعية في كل مرحلة من مراحل عملية إبرام الصفقة، كما نصّ على أن الصفقات العمومية يجب أن تحترم المبادئ الأساسية: حرية الوصول إلى الطلبية العامة - المساواة بين المترشحين - والشفافية في الإجراءات من أجل نجاعة الطلب العمومي والاستعمال الحسن للأموال العامة.

نص كذلك في **مادته الخامسة** على تحديد دقيق لطبيعة ومدى الاحتياجات التي يجب توفيرها من طرف المصلحة المتعاقدة قبل البدء في أي منافسة. إن هذه المرحلة تعتبر جداً أساسية لأنها تسمح باختيار الإجراء المناسب، والذي يجب أن يشمل على المبلغ المخصص للصفقة، وكذا الخصائص والخدمات التي يجب تحقيقها من أجل ضمان تنفيذ الصفقة بنجاح. وقد أكدت **المادة 14** من نفس المرسوم السابق الذكر أن النظر في التنمية المستدامة يحدث بتوافق مع تنمية اقتصادية وحماية بيئية وعدالة اجتماعية.

وحسب القانون الفرنسي رقم 102-2005 الخاص بالمساواة في الحقوق والفرص والمشاركة والمواطنة للأشخاص المعاقين، الصادر بتاريخ 11 فيفري 2005، نجد أن المادة 30 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2006 تسمح بإدماج المواصفات التقنية الموافقة لتأهيل /إدماج مهني في حالة ما إذا كان الموضوع الرئيسي للصفقة هو الإدماج.

وبالرجوع إلى التجارب في الواقع العملي للجماعات المحلية الفرنسية، فإن شروط الإدماج الاجتماعي تركز على ما هو موضح في نص المادة 14 من القانون المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، والمتعلقة بشروط تنفيذ الصفقة والتي يمكن تصورها في عدة أشكال

منصوص عليها بدفتر الشروط مثل :

- التشغيل المباشر للأشخاص الذين يواجهون صعوبات
- توفير موظفين مدمجين تحت شروط قانونية محددة في قانون العمل .
- تحديد عدد ساعات الإدماج... وكمثال بارز يتضمن تطبيق مثل هاته الشروط في الصفقات العمومية ما نص عليه ميثاق الالتزام لتعزيز الإدماج العمومي للشغل، والذي تم اعتماده في نوفمبر 2003، ميثاق آخر تم اعتماده في مارس 2007 لترقية الشغل من أجل التنمية المحلية في فرنسا⁴³⁴.

ب/التشريع الجزائري: بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية مثلاً، من خلال المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نص على أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد، مرتبطة بموضوع الصفقة، وغير تمييزية مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض على جملة من المعايير تلتزم بتطبيقها، وباستقراء هذه المعايير نجد أن كل من: النوعية والقيمة التقنية، السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال، الطابع الجمالي والتوظيفي، النجاحة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاحة المتعلقة بالتنمية المستدامة، ويمكن استعمال معايير أخرى تعتمد من طرف المصلحة المتعاقدة شرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، والتي تتناسب وإدراج البند البيئي/ الاجتماعي كمعيار وشرط لضمان حماية البيئة حسب نوع الحاجات، وعليه وفي هذا الإطار فإن المشرع الجزائري قد بسّط المعايير وصرّح بضرورة إدماج المعوقين في مجال الصفقات العمومية على عكس ما ورد في المادة 56 من القانون الملغى 10-236 مسائراً بذلك التشريعات المقارنة من خلال النص الصريح على الحماية الاجتماعية ضمن معايير اختيار المتعامل المتعاقد.

ما يمكن قوله في الأخير أن الشروط الخاصة بالإدماج الاجتماعي مطبقة حالياً كشروط تنفيذ للصفقات العمومية للأشغال العامة، ولكنها قابلة للتطبيق أيضاً في صفقات الخدمات في بعض القطاعات كقطاع التنظيف والإطعام، ولقد أكدت التعليمات رقم 126-2001 الصادرة بتاريخ 26 أوت 2001 والمتعلقة بتطبيق قانون الصفقات العمومية الفرنسي على ذلك: «إن قانون الصفقات العمومية يقدم إمكانية إدماج شروط اجتماعية إلزامية في إطار تنفيذ الصفقة العمومية، هذه الإجراءات تترجم الرغبة في إدماج انشغالات المواطنة المهمة والتي كانت إلى حد الآن مأخوذة بعين الاعتبار ولكن بشكل غير تام في قانون الطلب العمومي...»⁴³⁵.

ثانياً/-الشروط الأخلاقية :

إن الوجه الآخر للبعد الاجتماعي للشراء العمومي المسؤول هو الشراء الأخلاقي الذي يهدف إلى ترقية احترام الحقوق الاجتماعية الأساسية في إطار نهج منسق بين كل من: المصلحة المتعاقدة، المنتجين، المنظمات غير الحكومية. فإذا كانت

⁴³⁴ الهدف من وضع مثل هذه المواثيق وضع إجراءات خاصة بشروط الإدماج والتي تسمح بالحصول على تطبيق منظم تقريبا للأهداف الاجتماعية في الصفقات العمومية من قبل المصالح المتعاقدة.

⁴³⁵ «Le code des marches publics offre la possibilité de prévoir des conditions sociales ou environnementales, les obligatoires dans le cadre de l'exécution d'un marché public, ces dispositions nouvelles traduisent le souci d'intégrer dans le droit de la commande publique des préoccupations citoyennes importantes qui n'étaient jusqu'à alors qu'importamment prises en compte»

التجارة العادلة موجهة إلى خلق مسارات بديلة، فإن التجارة الأخلاقية موجهة إلى الأشخاص الفاعلين في القطاعات التقليدية لاقتصاد السوق: كالعمال والنقابات والمصانع والتجار....

وعليه فإن الشروط الأخلاقية في مجال الصفقات العمومية تتعلق بصفقات اقتناء اللوازم وشراء المواد التي تنتج بطريقة تحترم فيها القواعد الأخلاقية، وكذا صفقات تقديم خدمات والأشغال العامة مع التزام المتعامل المتعاقد باحترام هذه المبادئ. وتطبيقا لذلك، تبنى البرلمان الفرنسي سنة 1999 قانوناً⁴³⁶ يهدف إلى تشجيع احترام الطفل في العالم خاصة أثناء شراء الأدوات المدرسية، حيث يدعو المصلحة المتعاقدة والمؤسسات الاقتصادية إلى احترام هذا الهدف الأخلاقي ضمن صفقاتها العمومية وعدم شراء أدوات مدرسية مصنعة من طرف أطفال، كما أنه في فرنسا يتم تكوين مجموعة : L'éthique sur l'éthique ما يقارب خمسين (50) جمعية وعدة جماعات محلية تعمل لصالح الاستهلاك الأخلاقي، وقد سطرت المجموعة ثلاثة أهداف هي :

- * زيادة توعية المستهلكين من أجل المطالبة بمواد ذات نوعية اجتماعية جيدة.
- * زيادة ضغط المستهلكين على الإدارة العامة، المزودين للصفقات العمومية وكذا السلطات المتعاقدة.
- * إنشاء علامة اجتماعية.

إذن ما يمكن استخلاصه في الأخير وبالرجوع إلى نص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العمومي الجزائري السابق ذكره⁴³⁷، أنها تسمح للمصلحة المتعاقدة بإدراج الشروط الأخلاقية في صفقاتها العمومية حتى ولو أن نص المادة موجه لترقية تشغيل الأشخاص الذين يواجهون صعوبات معينة في الإدماج، ومحاربة البطالة وحماية البيئة.

خاتمة:

من خلال بحثنا هذا حول دمج ذوي الاحتياجات الخاصة في العمل على ضوء قانون الصفقات العمومية، فإننا ندرك مدى صعوبة إيجاد خطة إستراتيجية كاملة لذلك، ولكن يجب الاقتداء بالدول الأخرى من أجل ضمان عملية الدمج، والتي تعكس فلسفة إنسانية وتمثل نقلة أخلاقية نحو توفير التربية المناسبة لرعاية هذه الفئة ضمن البيئة المناسبة في المجتمع الجزائري والتي تؤدي إلى مرحلة التأهيل، خاصة وأن الكثير من المجتمعات المتقدمة والمهتمة بالجوانب الإنسانية تبنت مبدأ دمج ذوي الاحتياجات الخاصة مع أقرانهم العاديين.

أما عملية الدمج في مجال الصفقات العمومية فحسب وجهة نظرنا من أجل تكييف المعايير الاجتماعية المذكورة بنص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مع تحقيق تنمية محلية على أرض الواقع، لا بد من صياغة المشرع الجزائري لدفتر شروط جديد يتضمن بنود عامة بما يضمن تكريس واضح لحماية بيئية/اجتماعية حسب أنواع الصفقات (أشغال ، لوازم ، دراسات وخدمات) ووفقا لسياسة إستراتيجية مسؤولية اجتماعيا، وذلك عن طريق إقرار لمرسوم تنفيذي جديد بدلا من

⁴³⁶ Loi « Le Texier » n°99-478.

⁴³⁷ تقابلها المادة 14 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي.

القرار الوزاري المؤرخ في 21/11/1964⁴³⁸ ، والذي نجد أنه يتضمن الأحكام العامة المطبقة على صفقات الأشغال، ويحتوي في فصله الأول على كيفية إبرام الصفقة العمومية، وكذا الضمانات والوثائق الواجب تقديمها من طرف المتعاقد.

إضافة إلى ذلك يجب التنويه أنه لا يوجد في التشريع الجزائري سوى هذا الدفتر الوحيد، والمطبق فقط على صفقات الأشغال دون صفقات اللوازم والدراسات والخدمات، أضف إلى ذلك أن الدهر قد تجاوز الكثير من أحكامه، والتي أصبحت بدون سند قانوني.

وعليه نرى ضرورة تدخل المشرع الجزائري بسرعة ومراجعة هذا النوع من الدفاتر الذي أصبح لا يواكب التنمية بمفهومها الحالي.

تعزير قانونة 09-02 بمزيد من القوانين واللوائح التنظيمية استجابة لمتطلبات ذوي الاحتياجات الخاصة.

إجراء مسح شامل لعدد ذوي الاحتياجات الخاصة، وتحديد نوع الإعاقة ووضعهم الصحي بشكل دقيق يسمح بإعطاء صورة واضحة عن وضعيتهم، كما يتم تحديد ظروفهم الاقتصادية والاجتماعية.

⁴³⁸ القرار الوزاري المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية العدد 2 سنة 1965 .

قائمة المراجع

أولا : المؤلفات

1. تهاني محمد عثمان منيب، أولياء ذوي الاحتياجات الخاصة وسبل إرشادهم، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، بدون ذكر سنة النشر .
2. سوسن عبد الصمد السكاف، الحياة مع الإعاقة، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2012.
3. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2005.
4. عليّة حماد الحسيني، دمج المعاق ذهنياً بين النظرية والتطبيق، إصدار منتدى التجمع المعني بحقوق المعاق، أسيوط ، مصر، بدون ذكر سنة النشر.
5. عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247، القسم الأول، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
6. - ناصر لباد، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، مطبعة SARP، الجزائر، 2004.
7. DELAUBADER ANDREE، **Manuel de droit administratif** ، L.G.D.J ، Paris ، France 1989

ثانيا : المجلات

1. عبد الرحمن القري، نور الدين عسلي، فعالية استراتيجيات الجماعات المحلية في إدماج ذوي الاحتياجات الخاصة، مجلة الإبداع الرياضي، العدد 04، أكتوبر 2011.
2. خضراوي الهادي، بن قويدر الطاهر، الحماية القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة وواقعها في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، جانفي 2017.
3. حليلالي أمينة، جوانب الحماية القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، جانفي 2017.
4. مصطفى نوري القمش، المشكلات السلوكية الشائعة لدى الأطفال المعوقين عقليا داخل المنزل من وجهة نظر الوالدين، مجلة أم القرى التربوية والاجتماعية والإنسانية، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، يوليو 2006.

ثالثا : المدخلات

1. لعور بدرة، الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، - بسكرة، الجزائر، 17 ديسمبر 2015 .
2. مهدي محمد القصاص، التمكين الاجتماعي لذوي الاحتياجات الخاصة، ورقة بحثية مقدمة في المؤتمر العربي الثاني تحت عنوان " الإعاقة الذهنية بين التجنب والرعاية"، المنظم من قبل كلية الأدب، جامعة المنصورة، مصر، سنة 2004.

رابعاً: الأطروحات والرسائل

1. بن احمد عبد المنعم، " الوسائل القانونية الإدارية لحماية البيئة في الجزائر "، رسالة نيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2008-2009.

خامساً: مواقع الانترنت

http://www.bibliotdroit.com/2016/11/pdf_12.html

سادساً: النصوص القانونية

-التشريع الأساسي:

القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14 المؤرخة في 2016/03/07

2-النصوص التشريعية:

أ/- الأوامر :

- 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 52.

- ب/- القوانين :

- القانون رقم 85-05 المؤرخ في: 16/12/1985 والمتعلق الأمر رقم 67-90 المؤرخ في

بالصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 08 المعدل والمتمم بالقانون 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية العدد 46

- القانون رقم 02-09 المؤرخ في: 08/05/2002 والمتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، الجريدة الرسمية العدد 34.

3 - النصوص التنظيمية

أ/- المراسيم والمراسيم الرئاسية:

- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، (ج.ر العدد 58 المؤرخة في

2010/10/07)، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 16/06/2011، (ج ر العدد في 19/06/2011)، والمرسوم

الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18/01/2012، (ج ر العدد 04 المؤرخ في 26/01/2012)، والمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في

13/01/2013، (ج. ر العدد 02 المؤرخة في 13/01/2013).

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،

الجريدة الرسمية عدد 50.

ب/- المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم 82/180 المؤرخ في: 15/05/1982.

ج/- القرارات:

القرار الوزاري المؤرخ في 21/11/1964 والمتعلق بدفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء

والأشغال العمومية والنقل، جريدة. رسمية رقم 06 لسنة 1965.

الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني في مرحلة تكوين العقد الإلكتروني

د. الهرويش لمينة

أستاذة محاضرة ب

كلية الحقوق جامعة مستغانم الجزائر

د. معمر حيتالة

أستاذ محاضر أ

كلية الحقوق جامعة مستغانم الجزائر

الملخص باللغة العربية

اترث التجارة الإلكترونية على النظام القانوني للعقود التقليدية، مما أدى إلى نشوء ظاهرة التسوق الإلكتروني، وما نتج عنه من إجراءات خاصة بالتعاقد الإلكتروني الذي يعتبر المستهلك طرفاً رئيسياً في تكوينه. وبما أن المستهلك يمثل الطرف الضعيف في العملية التعاقدية تطلب الأمر توفير حماية قانونية للمستهلك في السوق الإلكترونية بسبب المخاطر وقلة الأمان، وكثرة المشاكل عبر الشبكة الإلكترونية، لذلك تم تعزيز الضمانات القانونية للمستهلك في مرحلة تكوين العقد الإلكتروني.

الكلمات المفتاحية: التجارة الإلكترونية، السوق الإلكترونية، العقد الإلكتروني، الحماية القانونية.

Summary in English:

Electronic commerce affected the legal system of traditional contracts which led to the emergence of electronic marketing and this results the appearance of producers of the electronic contracting in which the consumer is a major part in its function.

Since the consumer represents the weakest part in the contractual process it was necessary to provide legal protection to the consumer in the electronic market due to risks and lack of security, and the large number of problems through the electronic network.

Keywords: electronic commerce, electronic market, electronic contract, legal protection.

المقدمة

تعتبر التجارة الإلكترونية أحد أهم مصطلحات عصر تكنولوجيا المعلومات و المعرفة و يقصد بها ممارسة الأعمال التجارية عن طريق الوسائل الإلكترونية، خصوصا شبكة الإنترنت الداخلية والخارجية.

لقد اعتنت التشريعات المقارنة و من بينها التشريع الجزائري و التشريع الأردني في السنوات الأخيرة بتنظيم التجارة الإلكترونية عن طريق وضع قوانين و أنظمة من شأنها تحديد مفهوم التجارة الإلكترونية والفاعلين فيها من موردين ومستهلكين الكترونيين وكذا إقرار أحكام لفض النزاعات الناشئة عنها و الأحكام الجزائية المرتبطة بها.

يعتبر القانون الجزائري أحدث القوانين التي عالجت موضوع التجارة الإلكترونية عبر القانون 05-18 المؤرخ في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وقد تضمن عدة أحكام منها ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية الدولية و المفاهيم المرتبطة ببعض المصطلحات الخاصة بالتجارة الإلكترونية ، تعريف العقد الإلكتروني، شروط ممارسة التجارة الإلكترونية، الإشهار الإلكتروني و الشروط المتعلقة بالمعاملات التجارية عن طريق الاتصال الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني و هو موضوع المداخلة.

و يمكن في هذا الإطار طرح إشكالية مفادها ما هي مراحل تكوين العقد الإلكتروني و ما هي الحماية التي أقرها التشريع للمستهلك الإلكتروني عبر هذه الأحكام.

و للإجابة على هذا الإشكالية يتم تقسيم البحث إلى فصلين:

نتعرض في الفصل الأول للشروط المتطلبة لإبرام العقد الإلكتروني، وفي الفصل الثاني للحماية المدنية والجزائية التي أقرها القانون لحماية المستهلك الإلكتروني.

الفصل الأول : الشروط المتطلبة لإبرام العقد الإلكتروني

المبحث الأول: إشكالية تعريف المستهلك الإلكتروني

يعد مفهوم المستهلك من المفاهيم التي حظيت باهتمام واسع من طرف الفقهاء كما طرحت إشكالات هذا المفهوم من خلال الممارسة القضائية فتباينت الاتجاهات بين التضييق والتوسع في تحديد هذا المفهوم، كما أن الفقهاء الاقتصاديين كل يعرفه بحسب الزاوية التي ينظر للمستهلك من خلالها،

ثم نحاول إسقاط هذه التعريفات على المستهلك الإلكتروني، و عليه هل نكتفي بهذه التعريفات أم لابد من البحث عن تعريف خاص للمستهلك الإلكتروني ؟

وعليه سنتطرق من خلال هذا المحور إلى موقف القضاء في تعريفه للمستهلك، ومن جهة أخرى سنتناول موقف الفقه في تعريفه لهذا الأخير وذلك من خلال النقاط الآتية:

أولا :التعريف الفقهي للمستهلك الإلكتروني

سنتطرق في هذا العنصر إلى تعريف المستهلك عند الفقهاء الاقتصاديين، ثم نتناول تعريف المستهلك عند الفقهاء القانونيين.

أ: تعريف الفقهاء الاقتصاديين للمستهلك

لقد عرّف بعض الاقتصاديين المستهلك بأنه كل فرد يشتري سلعاً أو خدمات لاستعماله الشخصي، أو هو الشخص الذي يحوز ملكية السلعة، فالمستهلك في المفهوم الاقتصادي يشمل استهلاك الأفراد أو العائلات والاستهلاك السوقي والاستهلاك الذاتي وكذا الاستهلاك السلعي أو الخدمي⁴³⁹ كما عرّفه البعض الآخر بأنه كل من يحصل من دخله على سلع ذات طابع استهلاكي لكي يشبع حاجاته الاستهلاكية إشباعاً حالاً ومباشراً.

وبالتالي فالمستهلك هو من يقوم باستعمال السلع والخدمات لإشباع حاجاته الشخصية وحاجيات من يعولهم، ويخرج من ذلك كل من يبرم التصرفات لأغراض المهنية والحرفية⁴⁴⁰.

و إذا حاولنا إسقاط هذا التعريف في حال الاستهلاك الإلكتروني يمكن القول بأنه هو كل من يحصل على سلع وخدمات لإشباع حاجيات الشخصية وحاجيات الأفراد باستخدام وسائل إلكترونية.

ب/ تعريف الفقهاء القانونيين للمستهلك

لقد اختلف الفقهاء القانونيين في تعريف المستهلك، حيث ظهرت تجلياته في اتجاهين، اتجاه يميل إلى توسيع مفهوم المستهلك، واتجاه آخر ضيق من مفهوم المستهلك، غير أن ذلك لم يمنع الفقهاء من محاولة وضع تعريف وسط للمستهلك.

1- الاتجاه المضيق لتعريف المستهلك

يذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى تأييد هذا الاتجاه، ويكون فيه مستهلكاً كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية، ويخرج من ذلك كل من يبرم التصرفات لأغراض المهنة أو الحرفة. كما ذهب البعض إلى تعريف المستهلك وفقاً للاتجاه المضيق بأنه كل شخص يقوم بعمليات الاستهلاك التي تمكنه من الحصول على المنتجات والخدمات من أجل إشباع رغباته الشخصية أو العائلية⁴⁴¹.

من خلال التعريفات السابقة، يتضح أن هذا الاتجاه ضيق من مفهوم المستهلك وجعل هذه الصفة تلحق بمن يتحقق فيه شرطان:

- **الشرط الأول:** أن يكون المستهلك قد تحصل على المنتج أو الخدمة لغرض الشخصي.
- **الشرط الثاني:** أن يكون محل عقد الاستهلاك منتجاً أو خدمة.

يتضح لنا من خلال الشروط السالفة الذكر أن المستهلك هو كل من يشتري سلعة أو خدمة من أجل الاستهلاك، بمعنى آخر فإن المستهلك هو ذلك الشخص الذي يبرم العقود المتنوعة من شراء وإيجار وقروض وغيرها من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية دون أن يكون القصد من ذلك إعادة تسويقها.

⁴³⁹ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، الطبعة الثانية، ص 25.

⁴⁴⁰ سيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1986، ص 6.

⁴⁴¹ ووفقاً لهذا الاتجاه لا يكتسب صفة المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنية أو يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج (مهني وغير مهني)... للتفصيل أنظر: عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 80.

ويبدو هذا الاتجاه المقيد لفكرة المستهلك هو الأقرب في رأي معظم الفقهاء إلى بيان ذاتية المستهلك، فضلا عن تميزه بالبساطة والدقة القانونية، مما ييسر مسألة تطبيقه بما يوفره أمان لدى المستهلك⁴⁴²، هذا بالنسبة لتعريف المستهلك التقليدي أما بالنسبة للمستهلك الإلكتروني فإن هذا الاتجاه لم يتطرق إلى تعريفه.

2- الاتجاه الموسع لتعريف المستهلك

ساد هذا الاتجاه مع بداية ظهور الدعوة إلى حماية المستهلك، وتجسد في نداء الرئيس الأمريكي جون كينيدي من أن المستهلكين هم نحن جميعا، ووفقا لهذا الاتجاه يعد مستهلكا كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك أي بغرض اقتناء أو استعمال منتج أو خدمة سواء لاستخداماته الشخصية أو لاستعمالاته المهنية، هذا بالنسبة للمستهلك العادي أما المستهلك الإلكتروني فلم يتطرق إليه.

يهدف أصحاب هذا الاتجاه إلى مد نطاق الحماية القانونية إلى المهني حينما يقوم بإبرام تصرفات تخدم مهنته، كما هو الحال بالنسبة للطبيب الذي يشتري المعدات الطبية، والتاجر عندما يشتري أثاث معمله.

إلا أن هذا الاتجاه منتقد لأن المهنيين الذين يتعاقدون خارج مجال تخصصهم لا يحتاجون لقواعد حماية المستهلك من أجل حمايتهم بل توجد قواعد خاصة بهم، وهذه تعد من إيجابيات المفهوم الضيق للمستهلك⁴⁴³

وعليه فقد غاب تعريف المستهلك الإلكتروني في التعريفات السابقة (المضيق الموسع) إلا أن هذا الأخير لا يختلف عن المستهلك التقليدي إلا من خلال تعاقد بوسائط إلكترونية، حيث أن له كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن العقد الذي يبرمه يتم بوسيلة إلكترونية.

3- الاتجاه الوسط لتعريف المستهلك الإلكتروني

سعى الاتجاه الفقهي⁴⁴⁴ إلى التوفيق بين الاتجاهين السابقين وعرف المستهلك العادي فقط ولم يعرف المستهلك الإلكتروني حيث عرفه بأنه ذلك الشخص الذي يبرم عقود مختلفة من شراء وإيجار وغيرها من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع ومواد وخدمات وأغذية وأدوية لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية الآتية والمستقبلية دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له القدرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها⁴⁴⁵

أضفى هذا التعريف الحماية على الشخص سواء تعلق الأمر بالشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقتني خدمات أو منتجات لأجل إشباع حاجاته الضرورية والحاجيات الواردة في التعريف قد تكون شخصية كما قد تكون معنوية، فقضية الاستعمال المختلط أثارت مشكلا كبيرا في الأوساط القانونية، فمثلا شخص يشتري سيارة للاستعمال المهني، وفي نفس الوقت لنقل عائلته، فهنا هل يعتبر المقتني للمنتج مستهلكا أم لا؟

⁴⁴² عبدالله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص50.

⁴⁴³ عبد الله ذيب محمود، مرجع نفسه، ص 55.

⁴⁴⁴ غسان رابح، قانون حماية المستهلك الجديد " دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص 110.

⁴⁴⁵ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص50.

لقد حاول مجلس الإتحاد الأوروبي من خلال تقريره في 20/01/2005 الإجابة على هذا التساؤل بقوله: "أن كل شخص يتعاقد ويستخدم السلعة لأغراض مهنته لا يستفيد من القواعد الحمائية، إلا إذا كان هذا الاستخدام المهني قليل بالنظر إلى الاستخدام الشخصي"⁴⁴⁶

وقد حدد التعريف الهدف الذي يصبوا إليه المستهلك من خلال اقتناء ما هو بحاجة إليه والمتمثلة في عدم المضاربة وإعادة تسويقه، علاوة على أن هذا التعريف يدرج شرط لاكتساب وصف المستهلك وهو ألا تتوفر لديه القدرة الفنية لمعالجة وإصلاح ما تم اقتناؤه.

ثانيا : التعريف القضائي للمستهلك

لقد انتقل الخلاف الفقهي حول تحديد مفهوم المستهلك إلى القضاء، حيث ثار جدل كبير في تحديد مفهوم غير المحترف وهل يقصد به المستهلك نفسه أم لا؟ أن القانون الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 المتعلق بالشروط التعسفية في مادته 35 والتي نصت على أن "نصوص هذا القانون تتعلق فقط بالعقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين".

كذلك نجد محكمة النقض الفرنسية قد ثبتت في بعض الأحكام الاتجاه الموسع لفكرة المستهلك، حيث اتجهت إلى إضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي، وقد قضت باعتبار أحد الشركات التجارية العاملة في مجال العقارات من قبيل المستهلكين على أساس أن تعاقدتها كان خارج مجال تخصصها، وذلك بغرض الاستفادة من نصوص قانون حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية الصادرة في 10 جانفي 1978⁴⁴⁷

حيث كانت هذه الشركة قد تعاقدت على شراء جهاز إنذار بغرض حماية مواقعها، إلا أنه تبين فيما بعد أن هذا الجهاز به بعض العيوب الفنية، أقامت الشركة دعوى قضائية بطلب إبطال العقد الذي يربطها بالبائع، واعتبرت المحكمة شروط العقد تعسفية، وأن الشركة رغم أنها "مهني" تعمل في مجال العقارات، إلا أن هذا التعاقد خرج نطاق تخصصها الفني والتقني الخاص بنظام أجهزة الإنذار، وأن الشركة تعتبر في نفس حالة عدم العلم مثل أي مستهلك آخر⁴⁴⁸

يتبين لنا من هذا الحكم أن القضاء الفرنسي قد أخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك منذ عام 1987، ورغم أن القضاء ليس دوره التعريف إلا أنه ساهم في حل قضايا التعاملات الإلكترونية حيث أصبح وصف المستهلك يمثل الشخص الطبيعي والمعنوي، أما قبل ذلك فقد كان قاصراً على الشخص الطبيعي فقط، كما أن الشخص المعنوي في ذلك الحكم شخص مهني، إلا أنه تعاقد في مجال تخصصه مما يدل على أنه يجهل عيوب السلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها فينطبق عليه وصف المستهلك وبالتالي يستفيد من نصوص الحماية،⁴⁴⁹ لكن القضاء الفرنسي شهد تحولاً كبيراً، حيث أنه في سنة 1995 اتجهت محكمة النقض الفرنسية في قراراتها إلى عدم اعتباره مستهلكاً، وبالتالي عدم الاستفادة من قواعد الحماية القانونية كل من يبرم عقداً ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني، وبهذا تكون محكمة النقض الفرنسية قد تبنت المفهوم الضيق

⁴⁴⁶ عسان رابع، مرجع سابق، ص 115.

⁴⁴⁷ محمدبودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، 2006، ص 95

⁴⁴⁸ محمد مهدي الصغير، قانون حماية المستهلك "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 150

⁴⁴⁹ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 95.

للمستهلك⁴⁵⁰، و بإسقاط هذا التعريف على المستهلك الإلكتروني يمكن القول بأن هذا الأخير هو الذي يقتني ما يحتاج إليه من سلع وخدمات دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء بهدف إشباع حاجاته الشخصية والآنية والمستقبلية وذلك باستخدام وسيلة إلكترونية.

ثالثاً: التعريف التشريعي للمستهلك

شهد مصطلح المستهلك تطوراً من طرف المشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن باقي التشريعات⁴⁵¹ في العالم وذلك من خلال النصوص القانونية التي استحدثتها، فقد ورد في المادة الثالثة في فقرتها الثانية من قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أنه يعد مستهلكاً: « كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني»⁴⁵².

ويلاحظ من خلال هذا التعريف الذي جاء به المشرع أن مفهوم المستهلك يشمل كافة الأشخاص الطبيعية والمعنوية والمجردة من كل طابع مهني.

كما عرفت المادة الثالثة في فقرتها الأولى من القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المستهلك بأنه: « كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي، من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به»⁴⁵³.

أكد المشرع على إضفاء صفة المستهلك بالنسبة للشخص الذي يسعى لاقتناء السلع والخدمات بغرض إشباع حاجاته الخاصة والعائلة، كما وسع من دائرة الحماية بإدراج الشخص المعنوي واعتباره مستهلكاً حتى يستفيد من الأحكام القانونية المقررة له⁴⁵⁴، كما نستخلص أن المشرع قد أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك لأنه قد لم يشمل طائفة المهنيين بالحماية.

ومع التطورات التي يعيشها العالم اليوم في مجال التكنولوجيا والمعلومات، وما صاحبها من ظهور معاملات إلكترونية تتم في بيئة افتراضية رقمية، كان لزاماً على المستهلك أن يندمج مع هذا التيار ويسعى لتلبية احتياجاته عن طريق هذا

⁴⁵⁰ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 35
⁴⁵¹ عرف المشرع المصري المستهلك بقوله: " كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص ". راجع المادة الأولى من القانون رقم 67 لسنة 2006 بشأن قانون حماية المستهلك المصري، المؤرخ في 19 مايو 2006، الجريدة الرسمية عدد 20 مكرر، الصادرة في 20 مايو 2006.

أما المشرع الفرنسي فقد عرف المستهلك من خلال المنشور صادر في 14 يناير 1972 المتعلق بتطبيق النصوص الخاصة بضرورة وضع الأسعار كالتالي: "من يستخدم المنتجات لإشباع احتياجاته الخاصة أو احتياجات الأشخاص المسؤول عنهم، وليس لإعادة بيعها، أو تحويلها أو استخدامها في نطاق مهنته"، راجع: أحمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، مرجع سابق، ص 26.

⁴⁵² المادة 3 الفقرة الثانية من القانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010 الجريدة الرسمية عدد 46.

⁴⁵³ المادة 3 الفقرة الأولى من القانون 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، الجريدة الرسمية، عدد 35.

⁴⁵⁴ صادق صياد، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013-2014، ص 39 و 40.

الفضاء الإلكتروني، وتماشيا مع هذه المستجدات أصدر المشرع القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والذي يعرف فيه لأول مرة مصطلح المستهلك الإلكتروني بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي"⁴⁵⁵.

المبحث الثاني: تكوين العقد الإلكتروني

إن انتشار وسائل الاتصال الحديثة أدت إلى ظهور العقد الإلكتروني والذي يعرف على أنه التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات، بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في انجازها⁴⁵⁶. وهذا ما سنحاول التعرض له في الفروع التالية.

أولاً: تلقي العروض عبر الأنترنت كإيجاب إلكتروني

يعتمد المحترف لعرض مختلف منتجاته وخدماته على مختلف تقنيات شبكات الأنترنت كمواقع الويب أو على صفحات التواصل الاجتماعي مثلا، التي يقدم فيها كل البيانات والمعلومات الضرورية لمنتجاته وهذه العروض تعد بمثابة إيجاب إلكتروني.

ويعرف الإيجاب بأنه العرض الذي يتقدم به شخص معين إلى آخر أو إلى الجمهور بقصد إبرام عقد ما⁴⁵⁷، وهذا الإيجاب يتطابق مع الإيجاب الإلكتروني والاختلاف الوحيد بينها يكمن في الوسيلة المعتمدة في التعبير عن الإيجاب. وعليه يمكن تعريف الإيجاب الإلكتروني على أنه: " تعبير جازم عن الإرادة يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال -سواء كانت مسموعة أو مرئية أو كليهما- ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول"⁴⁵⁸.

وتكمن شروط الإيجاب الإلكتروني على غرار الإيجاب التقليدي في مجموعة من الشروط والتي تتمثل في كونه :
- الإيجاب الإلكتروني محدد وواضح: أي العرض الذي قدمه المحترف أو المورد الإلكتروني⁴⁵⁹ يجب أن يكون مرئيا ومقروءا ومفهوما، وأن يتضمن على الأقل المعلومات التالية⁴⁶⁰:

- ✓ رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية ورقم هاتف المورد.
- ✓ رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي.

⁴⁵⁵ اطلع على المادة 6 البند 3 من القانون 05/18 المؤرخ في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الخارجية، ج.ر عدد 28، الصادرة في 16 مايو 2018.
⁴⁵⁶ مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

www.aladalacenter.com

⁴⁵⁷ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات مصادر العقد والغدرة المنفردة)، دار الهدى للنشر، الجزائر، 2012، ص. 103.

⁴⁵⁸ رشيدة أكسوم علام، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمور، تيزي وزو، 2018، ص. 132.

⁴⁵⁹ يقصد بالمورد الإلكتروني: كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح أو توفير سلعة أو خدمة بطريق الاتصالات الإلكترونية. راجع المادة 6 فقرة 4 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة، السالف ذكره.

⁴⁶⁰ أنظر المادة 11 من المرجع نفسه.

- ✓ طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة.
- ✓ كفاءات ومصاريف وأجال التسليم.
- ✓ الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.
- ✓ شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع، وكفاءات وإجراءات الدفع.
- ✓ مدة صلاحية العرض، عند الاقتضاء.
- الإيجاب الإلكتروني بات وجازم: أي بمجرد طرحه على المستهلكين لا يجوز الرجعة فيه.
- الإيجاب الإلكتروني موجه إلى الجمهور.
- الإيجاب الإلكتروني يقوم على وجود وسيط إلكتروني: يتميز الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي بأنه لا يكون قائماً بمجرد صدوره وإنما يتعلق بعرضه وإرساله عبر شبكة الانترنت، ويكون حينها صالحاً وقابلًا لترتيب الآثار القانونية.

ثانياً: القبول الإلكتروني

تسمح الشبكة العنكبوتية للمستهلك من إمكانية الموافقة على العروض التي يقدمها المحترف وهو ما يعبر عنه بالقبول الإلكتروني، فماذا يقصد به وماهي التقنيات المعتمدة للتعبير عنه؟

أ/ مفهوم القبول الإلكتروني:

يعدّ القبول الشق الثاني المطلوب لإبرام العقد الإلكتروني، فهو لا ينتج آثاره إلاّ عند اقتران وتطابق تام بينه وبين الموجب، وإذا اختلف عدّ هذا إيجاباً جديداً وليس قبولاً. فالعقد لا يتم إلا بتطابق إرادة كلا من المتعقدان المحترف والمستهلك الإلكتروني. والقبول الإلكتروني لا يختلف ولا يخرج عن مضمون القبول بمفهومه التقليدي إلا من ناحية وسيلة التعبير عنه وهي أنه يتم بوسائل إلكترونية عن طريق شبكة الانترنت.

ويخضع القبول للشروط العامة التي يتطلّبها كل تعبير عن إرادة بما فيها أن يكون مطابقاً للإيجاب وأن يكون صريحاً واثباتاً، وعلى أن يتم خلال مدة محدّدة⁴⁶¹، إضافة إلى صدوره باستخدام وسيلة إلكترونية توفّقاً لطبيعته الإلكترونية.

ب/ تقنيات التعبير عن القبول الإلكتروني:

هناك عدة طرق للتعبير عن القبول الإلكتروني، والتي نورد منها:

- القبول عن طريق البريد الإلكتروني: يمكن للموجب له أن يعبر عن قبوله للعرض عبر البريد الإلكتروني، سواء كان الإيجاب صادراً كذلك من بريد إلكتروني للمورد أو من وسيلة أخرى، فالقبول لا يشترط شكلاً معيناً.

- القبول عن طريق مواقع الويب: يمكن للمستهلك الإلكتروني التعبير عن قبوله من خلال النقر على الأيقونة التي تحمل عبارة " موافق " والمتواجدة على الموقع المقدم للسلعة أو الخدمة، أو من خلال إدخال رقم بطاقة الدفع الإلكترونية الخاصة به لتأكيد العملية، أو من خلال ملأ بعض البيانات التي يكون قد وضعها المورد من قبل وهي تؤكد قبول المستهلك

⁴⁶¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 107.

الإلكتروني لذلك العرض. القبول عن طريق الاتصال المباشر: هنا يتم التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة أين يسمح للطرفين من رؤية بعضهما بواسطة الكاميرات المتصلة بجهاز الكمبيوتر.

وعليه إذا صدر القبول وطابق الإيجاب الذي كان قائما مطابقة تامة فإن العقد ينقذ بين المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني، وهذا لا يكون إلا اتصل القبول بعلم الموجب⁴⁶².

ثالثا: محل تعاقد المستهلك الإلكتروني

يسعى المستهلك الإلكتروني لتلبية حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية عن بعد وذلك من خلال التسوق عبر الانترنت، دون عناء النقل من محل لآخر، ويتمثل محل التعامل الذي ينصب عليه تعاقد المستهلك الإلكتروني يتمثل في المنتج والذي يشمل السلع والخدمات وهذا وفقا لقانون حماية المستهلك وقمع الغش.

وتعرف السلعة وفقا لهذا القانون أنها: " كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا"⁴⁶³، أي كل بضاعة أو منتج يمكن أن يكون موضع معاملات تجارية.

أما الخدمة فقد عرفها على أنها: " كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة"⁴⁶⁴، فهي كل مجهود مقدم من قبل المحترف ما عدا تسليم المنتج. ونوه أن شروط المحل هنا لا تختلف عن الشروط العامة والمحددة وفقا لأحكام الالتزام وهي أن يكون المنتج أو الخدمة:

- ✓ موجودا أو ممكن الوجود⁴⁶⁵.
- ✓ أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين⁴⁶⁶.
- ✓ أن يكون المحل مشروعا⁴⁶⁷: أن يكون مما يصح التعامل فيه وألا يكون مخالفا للنصوص القانونية والنظام العامة والآداب الحسنة.

فبالرجوع إلى نص المادة الثالثة من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية نجده يمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية والتي تتعلق بما يأتي:

- لعب القمار والرهان واليانصيب.
- المشروبات الكحولية والتبغ.
- المنتجات الصيدلانية.

⁴⁶²المشرع الجزائري يأخذ بنظرية العلم بالقبول في تحديد زمان انعقاد العقد وهذا وفقا لأحكام المادة 67 من القانون المدني الجزائري. وبهذا فعقد الاستهلاك ينقذ في اللحظة التي يتسلم فيها المستهلك القابل تأكيدا من المورد الموجب بوصول القبول إليه.

⁴⁶³راجع المادة 3 افقرة 17 من القانون 03/09، المتعلق بحماية وقمع الغش، السالف الذكر.

⁴⁶⁴أنظر المادة 3 فقرة 16، نفس المرجع.

⁴⁶⁵ المادة 93 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

⁴⁶⁶المادة 94 من نفس المرجع.

⁴⁶⁷المادة 96 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

-المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية.

-كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أن قانون الإستهلاك قد نص على شروط إضافية مرتبطة بالمحل وهي تتعلق بمطابقة المنتج، وسلامته، وأخرى تتعلق بسعره.

الفصل الثاني: الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني أثناء التعاقد

المبحث الأول: الحماية المدنية

أولاً: حق العدول عن إبرام العقد وتنفيذه

يرى بعض الفقهاء أن المستهلك له الحق في العدول عن إبرام العقد الإلكتروني مثلما هو مقرر في العقود التقليدية، وهو مكمل لحق التبصر فهو يشتري السلعة في هذا النمط من التعاقد في الغالب عن طريق الانترنت ولم يرها فعلياً، وإنما رأى نموذجاً لها على شاشة الحاسب الآلي، فإذا تسلم نموذجاً لها كان له حق العدول ومن ثم يستطيع إبرام العقد أو المطالبة بفسخه حماية له من أي أشكال التلاعب أو التدليس من قبل البائع.

وقد سار المشرع الفرنسي على هذا الاتجاه، إذ نص على ذلك في مختلف قوانين حماية المستهلك لسنوات 1971، 1972 و 1978 في شأن القرض الاستهلاكي، وفي قانون 6 جانفي 1988 رقم 21 لسنة 1988 الخاص بعمليات البيع عن بعد، وأخيراً في القانون رقم 659-2005 المعدل لقانون الإستهلاك حيث يحق للمستهلك وبعد تسليم المبيع رده وإرجاعه واسترداد الثمن خلال سبعة أيام محسوبة من تاريخ تسليمه المبيع دون أن يكون ملزماً بأي تبرير عند عدوله¹⁵.

وهو نفس ما نص عليه الإرشاد الأوروبي المتعلق بالعقود عن بعد، حيث كرس مبدأ حق المستهلك في العدول عن العقد المنشأ عن بعد في نفس المهلة، أما المشرع اللبناني فنص عن مهلة الحق في العدول في المادة 55 من قانون حماية المستهلك، وجعلها عشرة أيام تبدأ من تاريخ التعاقد فيما يتعلق بالخدمات، وتبدأ من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلع¹⁶.

غير أن الحق في العدول المخول للمستهلك لا يأخذ على إطلاقه فلهذه بعض الاستثناءات نص عنها الإرشاد الأوروبي في مادته الخامسة، وكذلك القانون الفرنسي للإستهلاك في مادته 20-121 فلا يجوز ممارسة الحق في العدول في الحالات الآتية:

- عقود تسليم الخدمات التي بدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل انقضاء مهلة السبعة أيام.
- عقود تسليم السلع والخدمات التي يرتبط ثمنها بتقلبات السوق المالية والتي لا يمكن للبائع مراقبتها.
- عقود تسليم السلع المصنعة وفقاً لتعليمات المستهلك، أو وفقاً لمواصفات حددها، أو تلك التي لا يمكن استعادتها بالنظر لطبيعتها، أو تعرضها للتلف، أو الهلاك السريع.
- عقود تسليم أجهزة فيديو أو برامج معلوماتية، قام المستهلك بإزالة أغلفتها.
- عقود تسليم الصحف والدوريات والمجلات.

وقد وضع المشرع اللبناني كذلك بعض الاستثناءات للحق في العدول تضمنها نص المادة 55 من قانون الاستهلاك وتتمثل في:

- الاستفادة من خدمة أو استعمال السلعة قبل انقضاء مهلة العشرة أيام.
- إذا كان الاتفاق يتناول سلعا صنعت بناء على طلبه، أو وفقا لمواصفات حددها.
- إذا كان الاتفاق يتناول أشرطة فيديو، أو أقراص مدمجة، أو برامج معلوماتية في حال جرى إزالة غلافها.
- إذا كان الشراء يتناول الصحف والمجلات والمنشورات، لاسيما الكتب.
- إذا تعييت السلعة من جراء سوء حيازتها من قبل المستهلك.

ونشير أن حق العدول في العقود المبرمة عن بعد حق انسيابي مقرر لمصلحة المستهلك، لحمايته من كل أشكال التلاعب أو التغيرير والخداع، من قبل البائع، وهذا الأخير يتوجب عليه عند إذا مارس المستهلك حقه في العدول إعادة المبالغ التي تسلمها إليه.

ثانيا : الحق في المطالبة بإبطال الشروط التعسفية:

يعد المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية الطرف الضعيف دائما في هذه العلاقة، والتي يميزها الاحتكار والهيمنة وتشمل في الغالب عنصرا أجنبيا مما يزيد من خطورتها وتشعبها¹⁷. لذلك يجب حمايته على اعتبار أن هذه العقود يجب النظر إليها على أنها عقود إذعان للمستهلك الحق في المطالبة بإبطالها أو حمايته من الشروط التعسفية فيها، وهذا مرده أن هذه العقود يصعب التفاوض في شروطها.

وقد تضمن القانون المدني الجزائري حماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية في العقود التقليدية، وهذا بمنح القاضي سلطة استثنائية بموجب نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي تنص: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع أجاز للقاضي إمكانية إهدار هذه الشروط التي يتضح له بأنها تتضمن أي من أشكال التعسف من قبل أحد المتعاقدين تجاه الآخر أو تعديل هذه الشروط بالقدر الذي يعيد التوازن بين المتعاقدين¹⁸.

كما أشار المشرع الجزائري لمفهوم الشرط التعسفي في القانون رقم 02-04، الصادر في 23-06-2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، في الفقرة الخامسة 05 من المادة الثالثة 03 والتي تنص: ".....، يعتبر شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، كما تنص المادة التاسعة والعشرين 29 من ذات القانون: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لاتقابلها حقوق و/أو امتيازات معترف بها للمستهلك،
- 2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،
- 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،
- 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط

التعاقدية،

- 5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،
- 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزامه أو عدة التزامات في ذمته،
- 7- التفرد بتغيير أجال تسليم منتج أو أجال تنفيذ خدمة،
- 8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة¹⁹.

وما يلاحظ على النصوص التي خصها المشرع لعقود الإذعان وما من شأنه أن تحمله هذه الأخيرة من شروط تعسفية جاءت لتطبق على العقود التقليدية ويمكن تعميمها لتشمل التعاقد الإلكتروني طالما أن المشرع يعترف بهذا النمط من التعاقد من خلال النص على وسائل التعاقد الإلكتروني ضمن أحكام القانون المدني كالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وكذلك ما نص عليه في القانون التجاري ونقصد بطاقتي السحب والدفع الإلكتروني.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي نجد أنه نص في المادة التاسعة 9 من قانون حماية المستهلك الصادر في 18 جانفي 1992 نص على وجوب حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وكذلك في قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد رقم 93-949 الصادر في 62 يوليو 1993 المعدل تضمن خمس أجزاء تتعلق بإعلام المستهلك وحمايته وتنظيم جمعيات المستهلكين وتطابق وأمان المنتجات والخدمات وقد نص على هذه الأمور. كما تضمن قانون التجارة الإلكترونية لدوقية لوكسمبورج نصوص لحماية المستهلك وأهمها إعلام المستهلك بالمعلومات الخاصة بالموارد وبمواصفات السلع و الخدمات والعملة التي يتم بمقتضاها السداد ومدة العرض والسعر وشروط القرض وحق المستهلك في العدول عن التعاقد والمطالبة بإبطال الشروط التعسفية في العقد.

المبحث الثاني: الحماية الجزائية

قد يقدم المورد الإلكتروني إلى استخدام بعض أساليب الغش والخداع أثناء عملية تسويقه للمنتجات التي قد يعرضها على المستهلك الإلكتروني، مما لا يسمح لهذا الأخير من إكتشاف طبيعتها المغشوشة، بسبب نقص خبراته الفنية والتقنية في هذا المجال، فيقبل على سلع غير مطابقة لحقيقتها أو غير موجودة أصلا، وهذا ما دفع بالمشرع لتكريس آليات فعالة لمواجهة جرمي الغش والخداع الإلكتروني.

أولا - جريمة الغش الإلكتروني

كل سلوك غير مشروع أو غير أخلاقي أو غير مصرح به، يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات هو من قبيل الغش والخداع الإلكتروني.

أ/ مفهوم جريمة الغش الإلكتروني

تعرف جريمة الغش بأنها: "كل فعل عمدي ينصب على سلعة معينة بشكل يخالف القواعد المقررة لها وأصول الصناعة، ومن شأن هذه المخالفة انتقاصه من خواص البضاعة أو إخفاء عيوبها أو إعطائها شكل ومظهر سلعة أخرى تختلف عنها في الحقيقة"⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ زهية حورية سبي يوسف، تجريم الغش والخداع كوسيلة لحماية المستهلك، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 1، 2007، ص. 20.

وقد عرفه آخرون بأنه: "كلّ تغيير أو تعديل أو تسوية يقع على الجوهر أو التكوين الطبيعي لمادة أو سلعة معدة للبيع ويكون من شأن ذلك إخفاء عيوبها أو اعطاء شكلا أو مظاهر سلعة أخرى تختلف عنها في الحقيقة، وذلك بقصد الاستفادة من الخواص المسلوقة أو الانتفاع بالفوائد المستخلصة والخصوص على فارق الثمن"⁴⁶⁹.

وبهذا يمكن القول أن الغش كل لجوء إلى التلاعب أو المعالجة غير المشروعة، التي لا تتفق مع التنظيم وتؤدي بطبيعتها إلى التحريف في التركيب المادي، وتعود علة تحريمه هي المحافظة على صحة الإنسان والحيوان.

ب/ أركان جريمة الغش الإلكتروني

حتى تقوم جريمة الغش الإلكتروني لابدّ من تحقق ركنيها المادي والمعنوي.

1- الركن المادي:

يتمثل الركن المادي لجريمة الغش في الأفعال الإيجابية أو السلبية التي يقوم بها المرد الإلكتروني في العالم الافتراضي، مخالفا بذلك التشريعات القانونية السارية في مجال الممارسات التجارية وكذا حماية المستهلك وقمع الغش. حيث يطرأ الغش على المنتجات المعروضة للإستهلاك، من مواد صالحة لتغذية الإنسان، أو الحيوان، أو المواد الطبية، أو المتوجات الزراعية، وقد نص المشرع على قائمة الأفعال التي تشكل الركن المادي المادة 431 من قانون العقوبات، وهي ما أكدت عليها المادة 70 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والتي نلاحظ فيها أن المشرع قد استعمل مصطلح (التزوير) بدل (الغش).

وإذا تعمد الورد الإلكتروني على الغش في المنتجات التي يقدمها لجمهور المستهلكين سواء من حيث الغش في تركيب المنتج أو في عملية التغليف، أو في عدم إرفاق المنتج بالتعليمات الخاصة باستعماله واتباعه..، فهو بذلك يخل بأحد أهم التزاماته العقدية وهي عدم احترامه لالزامية أمن المنتج التي نص عليها المشرع في المادة 10 من القانون 03/09 المتعلق بحماية وقمع الغش.

2- الركن المعنوي:

أي توافر القصد الجنائي للمورد الإلكتروني، وعلمه بما ينطوي عليه سلوكه من غش في المنتجات أو الخدمات التي يقدمها. وتخضع مسألة تحديد العلم بالغش من قبل المحترف للسلطة التقديرية للقاضي.

ثانيا: جريمة الخداع الإلكتروني

أ/ مفهوم جريمة الخداع الإلكتروني:

تعرف جريمة الخداع بأنها: " القيام بأعمال أو أكاذيب من شأنها إظهار الشيء على غير حقيقتها أو إلباسه مظهرها يخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع"، فهو الالتجاء إلى الحيلة التي تدفع بالشخص إلى التعاقد⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ خلف أحمد محمد محمود علي، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص.194.

⁴⁷⁰ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.176.

ب/ أركان جريمة الخداع الإلكتروني:

بتحقق الركن المادي والركن المعنوي، تقوم جريمة الخداع الإلكتروني.

1- الركن المادي:

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بخداع أو محاولة خداع المستهلك المتعاقد حول⁴⁷¹:

- كمية المنتجات المسلمة،
- تسليم المنتجات غير تلك المعينة مسبقاً،
- قابلية استعمال المنتج،
- النتائج المنتظرة من المنتج،
- طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتج.

ومن خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع قد وسع من واقعة الخداع فلا تشمل فقط السلع أي البضائع المادية وإنما على المنتج بصفة عامة والذي يشمل كلا من السلع والخدمات.

2/ الركن المعنوي:

ويتمثل الركن المعنوي في عملية علم الجاني وإدراكه للواقعة التي يقوم بها وهي خداع المستهلك بواسطة الوسائل الإلكترونية.

ثالثاً: صور الغش والخداع الإلكتروني

تتعدد صور الغش والخداع في العالم الافتراضي، والتي نورد منها بعض الأمثلة:

1- الغش والخداع الذي ينصب على بيانات المنتج:

إذا تعمد المورد الإلكتروني أثناء عرضه أو بيعه للمنتجات، تغيير البيانات أو المعلومات التي تتعلق بطبيعة السلعة أو تركيبها أو كميتها فهو بذلك يمس الخصائص الجوهرية للمنتج، فذا الأمر يعدّ من قبيل الغش والخداع الإلكتروني الذي يهدد أمن وسلامة المستهلك الإلكتروني.

2- تقليد المنتجات وعرضها على المواقع وصفحات الويب:

قد يسعى المحترف الإلكتروني تقديم منتجات غير أصلية، مقلداً فيها علامة تجارية مشهورة أو تصميم مشابه لسلع أخرى، وهذا بهدف خداع المستهلك الإلكتروني وتضليله ودفع للتعاقد واقتناء منتجات مقلدة.

3- إنشاء مواقع رقمية احتيالية:

⁴⁷¹ المادة 68 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق.

قد يعتمد المحترف الإلكتروني لإنشاء مواقع احتيالية تتضمن بيانات مزورة عنه، وتفاصيل غير حقيقية عن المنتج القدم، وهو بهذا يخدع المستهلك الإلكتروني ويحتال وينصب على هذا الأخير.

رابعاً: الآليات المتبعة لمواجهة جرمي الغش والخداع الإلكتروني

بالاطلاع على النصوص القانونية التي أوجدها المشرع الجزائري والمتعلقة بحماية وقمع المستهلك، وكذا قانون التجارة الإلكترونية الجديد نجد أن المشرع الجزائري قد كرس مجموعة من الآليات الإجرائية والجزائية لمواجهة جرمي الغش وخداع المستهلك الإلكتروني.

أولاً: الآليات الإجرائية لحماية المستهلك الإلكتروني

يخضع المروء الإلكتروني لنفس الإجراءات التي يخضع لها المحترف في العالم المادي والمنصوص عليها في المادة 53 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مع مراعاة طبيعة البيئة الرقمية وكذا النشاط الإلكتروني.

وباستقراء نصوص القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وبالتحديد المواد 37، 38 و 39 نجد أن المشرع قد استحدث إجراءات أخرى تتلائم مع طبيعة النشاط الإلكتروني والتي نورد منها:

أ/ غلق الموقع الإلكتروني: منح المشرع للقاضي إمكانية الأمر بغلق الموقع الإلكتروني الخاص بالمورد المقصر في التزاماته، والمخالف للتشريع المعمول به، في مجال التجارة الإلكترونية، لمدة تتراوح بين شهر إلى (6) ستة أشهر، وذلك من خلال التعامل في منتجات وعرضها للبيع على المستهلك الإلكتروني والتي تم تحديدها في المادة 3 من قانون التجارة الإلكترونية، والمتعلقة ب: لعب القمار والرهان واليانصيب المشروبات الكحولية والتبغ، المنتجات الصيدلانية، المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية، كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به.

ب/ الشطب من السجل التجاري: للقاضي سلطة الأمر بشطب المورد الإلكتروني من السجل التجاري بجانب غلق الموقع الإلكتروني، في حالة التعامل بالعتاد والأجهزة ومنتجات حساسة تخضع لتنظيم خاص، أو التعامل بمنتجات تمس بالأمن والنظام العام للدولة⁴⁷².

ج/ تعليق النفاذ إلى منصات الدفع الإلكتروني: في حالة مخلفـة المورد الإلكتروني لالتزاماته بما في ذلك من شروط التعاقد، وموعد التسليم وشروط الضمان وغيرها من المسائل التي ذكرها المشرع على سبيل المثال في المواد 11 و 12 من قانون التجارة الإلكترونية، يترتب عن ذلك تعليق النفاذ إلى منصات الدفع الإلكتروني لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر.

د/ تعليق تسجيل أسماء النطاق للمورد الإلكتروني: بالرجوع لنص المادة 42 من قانون التجارة الإلكترونية، يتضح أنه يتم تعليق أسماء النطاق للمورد الإلكتروني سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً من قبل هيئة مؤهلة لمنح أسماء النطاق في الجزائر بناءً على قرار من وزارة التجارة، إذا أقدم هذا الأخير على توفير سلع أو خدمات للمستهلك الإلكتروني من دون أن يكون له تسجيل مسبقاً في السجل التجاري.

⁴⁷² المادة 5 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف الذكر.

ثانيا العقوبات المقررة للمورد الإلكتروني

أ/ تطبيق العقوبات على المورد الإلكتروني:

نص المشرع في المادة 35 من القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية صراحة على أنه يخضع المورد الإلكتروني للتشريع والتنظيم المعمول بهما والمطبقين على الأنشطة التجارية وحماية المستهلك، وعليه فإن هذا المحترف يخضع للعقوبات المقررة في القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

وقد تم تحديد العقوبات المطبقة على المحترف وفقا للمواد من 68 إلى 85 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، أين أكد بصريح العبارة تطبيق أحكام المواد 429 و431 و432 و435 من قانون العقوبات، مع فرض عقوبة السجن المؤبد وفقا للمادة 83 الفقرة الثالثة منها من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش إذا تسبب المنتج الفاسد أو المغشوش وفاة الشخص أو عدة أشخاص.

كما حدد المشرع عقوبات مالية تطبق على المحترف المقصر والتي تتراوح ما بين خمسين ألف 50.000 د.ج ومليون 1.000.000 د.ج بحسب نوع الالتزام المخالف.

ب/ تطبيق غرامة الصلح على المورد الإلكتروني:

سمح المشرع لأعوان قمع الغش من فرض غرامة صلح على المحترف الإلكتروني، في حالة ارتكابه مخالفة تطبق عليها عقوبات مالية وبمفهوم المخالفة يستبعد تقرير غرامة الصلح في المخالفات التي تتعلق بتعويض ضرر يمس الأشخاص أو الأملاك أو حالة العود وتكرار نفس المخالفة⁴⁷³، أين يتم تحرير محضر يبلغ به المورد الإلكتروني في مدة لا تتجاوز 7 أيام، يبين فيه تاريخ وسبب المخالفة، وهوية هذا الأخير وبريده الإلكتروني، ومبلغ الغرامة المفروضة ومواعيد وكيفية الدفع، والأمر بالدفع عن طريق جميع الوسائل المناسبة مصحوبا بإشعار باستلام⁴⁷⁴.

الخاتمة

أدى التقدم والتطور في مجال المعلومات والاتصالات الإلكترونية من خلال شبكة الانترنت إلى إحداث ثورة في تكنولوجيا الاتصالات، حيث أصبحت كثير من المعلومات تتم عبر مختلف الوسائط الإلكترونية، فحاجة المستهلك إلى السلع والخدمات التي تقدم عبر مختلف هذه الوسائط وخاصة على شبكة الانترنت تدفعه إلى الإقبال عليها وإبرام تصرفات لاقتنائها، إلا أنه نظرا لأهمية مفهوم المستهلك الإلكتروني كان محل خلاف بين الفقهاء وكذا التشريعات،

إلا أن الرأي الراجح اعتبره الشخص الذي يقتني ما يحتاج إليه من سلع وخدمات دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء بهدف إشباع حاجاته الشخصية والآنية والمستقبلية وذلك باستخدام وسيلة إلكترونية، كما أن المستهلك في نطاق المعاملات الإلكترونية لا يختلف عن المستهلك الذي يتعاقد بالطرق التقليدية إلا من ناحية الوسيلة التي يتم من خلالها إبرام العقد، حيث يقوم المستهلك في مجال المعاملات الإلكترونية بالتعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات.

⁴⁷³ راجع المادة 87 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر.

⁴⁷⁴ راجع المادة 47 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع تم التوصل لمجموعة من النتائج و هي:

يعتبر المستهلك عند الفقهاء الاقتصاديين كل فرد يشتري سلعاً أو خدمات لاستعماله الشخصي، أو هو الشخص الذي يحوز ملكية السلعة.

-لقد اختلف الفقهاء القانونيين في تعريف المستهلك حيث ظهر اتجاهين، اتجاه يميل إلى توسيع مفهوم المستهلك حيث يعتبر المستهلك هو كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك سواء لاستخداماته الشخصية أو استعمالاته المهنية، واتجاه آخر ضيق من مفهوم المستهلك، حيث يكون مستهلكا كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجات شخصية وليس لأغراض مهنية. إلا أن هذا الخلاف لم يمنع الفقهاء من محاولة وضع تعريف وسط للمستهلك حيث عرفه هذا الاتجاه بأنه الشخص الذي يبرم عقود مختلفة من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع ومواد وخدمات، وذلك لإشباع حاجاته الضرورية دون أن تكون لديه نية المضاربة هذه الأشياء هذا بالنسبة للمستهلك التقليدي، غير أن الاتجاه الضيق والموسع لتعريف المستهلك لم يعرفا المستهلك الإلكتروني، إلا أن هذا الأخير لا يختلف عن المستهلك التقليدي إلا من خلال تعاقد بوسائط إلكترونية، حيث أن لها كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن العقد الذي يبرمه يتم بوسيلة إلكترونية.

-إن القضاء الفرنسي قد أخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك منذ عام 1987 حيث أصبح وصف المستهلك يشمل الشخص الطبيعي والمعنوي، أما قبل ذلك كان قاصرا على الشخص الطبيعي فقط.

-اتجهت محكمة النقض الفرنسية سنة 1995 إلى عدم اعتبار الشخص مستهلكا كل من يبرم عقدا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني، وبالتالي تكون محكمة النقض قد تبنت المفهوم الضيق للمستهلك، إلا أن القضاء لم يتطرق إلى تعريف المستهلك الإلكتروني.

-إن التشريعات المقارنة تتفق في أن المستهلك هو ذلك الشخص الطبيعي الذي يتعاقد مع المحترف خارج مجال مهنته قصد إشباع حاجاته وحاجات عائلته.

-إن معظم التشريعات ونخص بالذكر التشريعات العربية لم تتطرق إلى مصطلح المستهلك الإلكتروني وذلك لقلة التطبيقات العملية فيها من حيث الاستهلاك الإلكتروني إذ أن معظم عمليات الاستهلاك تتم بشكل تقليدي، ولذا فإن التشريعات العربية ذهبت إلى تعريف المستهلك من خلال الهدف الذي يسعى إليه وليس من خلال الوسيلة التي يستخدمها أثناء التعاقد.

-إن أغلب الاتفاقيات الدولية تتفق في تعريف المستهلك على أنه الشخص الذي يتعاقد قصد الحصول على السلع والخدمات تلبية لحاجياته أو حاجات عائلته وذلك خارج نشاطه المعتاد هذا بالنسبة للمستهلك العادي غير أن هذه الاتفاقيات لم تتطرق إلى تعريف المستهلك الإلكتروني.

-إن المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المنظمة للمستهلك لاسيما القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش عرف المستهلك من خلال عناصره والتمثلة في أنه لا بد أن تكون هناك سلعة أو خدمة واقتناؤها من طرف شخص طبيعي أو معنوي وكذا الاستهلاك النهائي للمنتج وبالتالي فالمشرع الجزائري عرّف المستهلك العادي، إلا أنه أغفل تعريف المستهلك الإلكتروني. إن مفهوم المستهلك الإلكتروني لا يخرج عن نطاق المستهلك العادي وإنما يضاف له قيد التعامل بالوسيلة الإلكترونية.

سيدرورة النصوص التشريعية المتعلقة بمهنة المدقق القانوني بالجزائر

د. حرن الله كريم

أستاذ محاضر أ

المركز الجامعي مرسلبي عبد الله الجزائر

د. سليم فايز

أستاذ محاضر أ

جامعة محمد بوقرة بومرداس - الجزائر

ملخص:

أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة لمهنة المدقق القانوني، فمنذ نشأتها؛ تم تنقيحها بعدة نصوص قانونية إلى أن تم إعادة هيكلتها في سنة 2010، لتلائم التوجهات الحديثة للاقتصاد الجزائري، حيث يعتبر القانون التجاري المصدر الأساسي المنظم للإجراءات التدقيقية، ونسعى من خلال هذا المقال إلى توفير إطار مرجعي لمجمل النصوص القانونية والتشريعية المنظمة لمهنة محافظ الحسابات بالجزائر.

الكلمات الدالة: محافظ الحسابات، القانون التجاري، القانون 91-01، القانون 10-01.

Abstract:

The Algerian legislator has attached great importance to the legal auditing profession, since its inception, has been revised by several legal and regulatory texts; until it was restructured in 2010; to suit the modern trends of the Algerian economy, where is the code of commerce the main source of audit procedures, in this article we seek to provide a framework for all legislative and regulatory texts governing the profession of the auditor in Algeria.

Key words: auditor, code of commerce, law 91-08, law 10-01.

مقدمة:

يقوم مدقق الحسابات بدور مهم في مجال الرقابة على المؤسسات الربحية؛ حيث ومنذ إعادة تنظيم المهنة بصدر القانون 01-10 المتعلق بمهنة الخبراء المحاسبين، محافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين وما تبعه من نصوص تشريعية وتنظيمية، يؤكد اهتمام المشرع الجزائري بالدور الذي يؤديه المدقق القانوني.

وبما أن المهمة الرئيسية للمدقق القانوني هي تقييم صدق وشرعية الحسابات السنوية للمؤسسات الاقتصادية، فقد ألزمه المشرع الجزائري بإعداد تقرير عام يبين رأيه حول الحسابات السنوية إما بالمصادقة عليها، أو المصادقة بتحفظ أو عدم المصادقة، كما ألزمه بإعداد تقارير خاصة تهم أطراف أخرى ما عدا المساهمين، وعليه فقد أصبح للمدقق القانوني مهام متعددة منها ما هو عام وما هو خاص، كمحاربة تحويل الأموال غير القانونية، ومكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب وكذا منع الفساد.

أولاً: طرح الإشكالية

ان إعادة هيكلة مهنة المدقق القانوني بالقانون 01-10 المؤرخ بتاريخ 11 جويلية 2010، المنظم لمهنة الخبير المحاسب محافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، والذي ألغى أحكام القانون 08-91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بمهنة الخبير المحاسب محافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، وبما ان المراسيم التنفيذية وقرارات ومقررات وزارة المالية الخاصة بالقانون 01-10 مازالت في طور الإصدار -ضمن الحدود الزمنية لدراستنا-؛ وعليه فان القانون الجديد مازال لم يغطي كل الحالات التدقيقية لا سيما اذا ما تم مقارنته بإصدارات المعايير الدولية للتدقيق ورقابة الجودة والفحص وعمليات التأكيد الأخرى والخدمات ذات العلاقة، بينما يلاحظ أن القانون 08-91 السابق بكل ما تبعه من مراسيم تنفيذية وقرارات وزارية قد غطى عدة جوانب تدقيقية هامة، لاسيما عند عرضه للاجتهادات المهنية لمحافظ الحسابات، والتي استمر تطبيقها بعد صدور القانون 01-10 الجديد، لكونها شاملة وتضم إجراءات عامة لا تتغير بتغير المؤسسة محل التدقيق، وعليه تظهر إشكالية دراستنا في تحديد النظام القانوني والتشريعي المنظم للمهنة بالجزائر منذ نشأتها، ففيما تتمثل مجمل النصوص التشريعية المنظمة لمهنة المدقق القانوني بالجزائر؟

ثانياً: سبب اختيار الموضوع

إن سبب اختيارنا لهذا الموضوع، جاء لتسليط الضوء على مجمل النصوص القانونية والتشريعية المنظمة للمهنة منذ نشأتها الى غاية حدود الدراسة الزمنية، مع التركيز على القانون التجاري باعتباره المصدر الأساسي الذي تستند عليه المهنة منذ نشأتها.

ثالثاً: حدود الدراسة

للموضوع حدود موضوعية، زمنية ومكانية، حيث تتمثل الحدود الموضوعية في سرد مجمل النصوص التشريعية للخبير المحاسب ومحافظ الحسابات فقط دون التطرق لمهنة المحاسب القانوني، باعتبار هذا الأخير غير ممارس للتدقيق القانوني، وان المهنة تقتصر فقط الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات، حيث يطلق على هذين الاخيريتين مصطلح المدقق القانوني.

أما الحدود المكانية والزمنية، فتتمثل في سرد التشريعات والقوانين الصادرة بالجزائر دون التطرق للتشريعات الدولية، وهذا منذ نشأة المهنة بالأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الى غاية التشريعات الصادرة حتى منتصف شهر ديسمبر 2019.

رابعاً: المنهج المستخدم

لأجل بلوغ حدود الموضوع، فقد استندنا على المنهج التاريخي، القائم على جمع القوانين والتعليق عليها، حيث أن هذا المنهج يفيد في التعريف بالمهنة في الحاضر بناء على الماضي، ليتم التنبؤ بمستقبلها، لذلك فإننا سنقوم بجمع مختلف النصوص القانونية والتشريعية والتنظيمية المنظمة لمهنة المدقق القانوني سواء كان خبير حسابات أو محافظ حسابات، ثم نقدم ملخص عن مضمونها، لنصل لنتائج عامة-الغرض من إصدار النص التشريعي القانوني-، واقتراحات قانونية مستقبلية.

خامساً: الدراسات السابقة

لقد مر هذا الموضوع بعدة دراسات سابقة، لا يمكن حصرها لكثرتها، فكل دراسة تهتم بمجال التدقيق القانوني سواء تعلق الأمر بمهنة الخبير المحاسب أو محافظ الحسابات، لا بد وأن تتطرق للجانب القانوني المنظم للمهنة، إلا أن هناك دراسات قدمت خصيصاً لسرد النصوص القانونية والتشريعية المنظمة للمهنة، فحسب ما توفر لنا من مراجع، تتمثل هذه الدراسات في:

دراسة (دحموش فايزة، 2001-2002⁴⁷⁵)، بعنوان النظام القانوني لمحافظ الحسابات، حيث ركزت الدراسة على التطور التاريخي للمهنة، والأسباب والظروف التاريخية لنشأتها، لغرض الوصول للمشاكل القانونية المحيطة بالمهنة من التزامات ومسؤوليات.

دراسة (Djouimaa Lamri, 2014⁴⁷⁶)، بعنوان تاريخ محافظة الحسابات بالجزائر، تطرقت الدراسة الى النصوص التنظيمية والتشريعية الصادرة ابتداء من صدور القانون التجاري بموجب الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الى غاية صدور المقرر المؤرخ في 26 مارس 2013 المحدد لشروط المساحنة والمرافق الصحية والتجهيزات التي يجب توفرها في المحل المهني للخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، كما ركزت الدراسة على مواد القانون التجاري.

سادساً: ما يميز الدراسة الحالية عن الدراسات السابقة

تعتبر الدراستين السابقتين، من أهم الدراسات التي بني عليها الموضوع، حيث أن هذا الأخير يتضمن التعديلات الواردة حتى شهر جويلية 2017، والتي تضمنت آخر تشريع في اطار الحدود الزمنية للموضوع.

⁴⁷⁵ دحموش فايزة، النظام القانوني لمحافظ الحسابات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص إدارة ومالية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001-2002.

⁴⁷⁶ Djouimaa Lamri, historique du commissariat aux comptes en Algérie, revue périodique l'Auditeur N°2 - Le commissaire aux comptes ...! le partenaire légal-, revue édité par la chambre nationale des commissaires aux comptes, Octobre 2014, p 13-15.

سابعاً: هيكل الدراسة

تم تقسيم المقال الى ثلاثة مطالب، كالتالي:

- **المطلب الأول:** سنتطرق فيه الى الفترة قبل سنة 1991؛
- **المطلب الثاني:** سنتطرق فيه الى الفترة بعد سنة 1991؛
- **المطلب الثالث:** سنتطرق فيه الى الفترة بعد سنة 2010.

المطلب الأول: الفترة قبل سنة 1991

خلال هذه الفترة؛ كانت مهنة محافظ الحسابات منظمة عبر الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، والذي تضمن تعديلاً عبر التشريعات التالية:

الفرع الأول: القانون 20-87 المؤرخ في 23 ديسمبر 1987 المتضمن قانون المالية لسنة 1988:⁴⁷⁷ اذ تضمن تغييرات من خلال مواده من المادة 158 حتى المادة 167 للمواد 427، 428، 430، 440، 501، 503، 509، 517، 531، و 536 على التوالي، حيث تعلق هذه التغييرات بوسائل الدفع الآتي والآجل.

الفرع الثاني: المرسوم التشريعي رقم 08-93 المؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدل ويتمم الامر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري:⁴⁷⁸ حيث تضمن المرسوم تعديل جذري للقانون التجاري من خلال تعديل عدة مواد وإضافة أخرى، تتمحور حول المؤسسات الاقتصادية العمومية، مع تحديد المؤسسات التجارية ذات الأسهم وذات المسؤولية المحدودة.

الفرع الثالث: الامر رقم 23-96 المؤرخ في 09 جويلية 1996 يتعلق بالوكيل المتصرف القضائي:⁴⁷⁹ حيث ألغى هذا الامر المادة 238 من القانون التجاري من خلال مادته 38، اذ تضمنت المادة شروط وكيفيات ممارسة مهنة الوكيل المتصرف القضائي والذي من الممكن ممارستها من طرف محافظ الحسابات.

الفرع الرابع: الامر رقم 27-96 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم للأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري:⁴⁸⁰ وقد تضمن هذا التعديل تقديم مفهوم جديد للتاجر من خلال مادته الاولى، أما مادته الثالثة فقد تضمنت تنظيم للأمر رقم 59-75 يحدد العلاقة بين التجار، وقد تضمن أيضاً تغييرات عديدة منها ما هو متعلق بضرورة مسك سجل تجاري وفقاً للقانون المعمول به.

⁴⁷⁷ القانون 20-87 المؤرخ في 23 ديسمبر 1987 المتضمن قانون المالية لسنة 1988، صادر بالجريدة الرسمية رقم 54 بتاريخ 28 ديسمبر 1987.

⁴⁷⁸ المرسوم التشريعي رقم 08-93 المؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدل ويتمم الامر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، صادر بالجريدة الرسمية رقم 27 بتاريخ 27 أبريل 1993.

⁴⁷⁹ الامر رقم 23-96 المؤرخ في 09 جويلية 1996 يتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، صادر بالجريدة الرسمية رقم 43 بتاريخ 10 جويلية 1996.

⁴⁸⁰ الامر رقم 27-96 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم للأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، صادر بالجريدة الرسمية رقم 77 بتاريخ 11 ديسمبر 1996.

كما تضمنت مادته السادسة تنميط للأمر 59-75 والمذكورة بالمادة 10 مكرر بالنص التالي: "يلزم كل الأشخاص المعنويون التجاريون بالقيام أو بتكليف شخص آخر للقيام بالتحقيق في حساباتهم وحواصلهم والتصديق عليها حسب الأشكال التي نص عليها القانون، والقيام بعملية النشر المنصوص عليها قانوناً تحت مسؤوليتهم المدنية والجزائية".⁴⁸¹

الفرع الخامس: القانون 02-05 المؤرخ في 06 فيفري 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري:⁴⁸² وقد تضمن القانون من خلال مادته الثانية تعديل المواد 146، 169، و170 والتي تعلقن بالإيجار سواء للعمارات أو المحلات، كما تم إنشاء الفصل الثامن مكرر في عوارض الدفع، والذي تضمن عمليات التحويل وبطاقات الدفع والسحب.

الفرع السادس: قرار وزير التعليم العالي المؤرخ في 11 جويلية 1981: نود الإشارة فقط أن القوانين والتشريعات الجزائرية كانت تصب لصالح مهن الخبير المحاسب؛ بالتحديد كيفية تنظيم التكوين المهني للخبراء المحاسبين، لأجل ذلك فقد صدر قرار وزير التعليم العالي المؤرخ في 11 جويلية 1981، المتضمن إجراء الامتحان النهائي للحصول على شهادة الخبير المحاسب، حيث تنص مادته الأولى: "يجرى الامتحان النهائي للحصول على شهادة خبير محاسب لكل مترشح حائز شهادة الليسانس في العلوم المالية أو بصفة استثنائية للقسمين التمهيديين الأول والثاني للخبير المحاسب (النظام القديم). بالإضافة الى ذلك يجب أن يكون المترشح قد اتم تدريباً مهنيًا".⁴⁸³

الفرع السابع: مقرر وزير التعليم العالي المؤرخ في 20 أكتوبر 1981: تبع قرار وزير التعليم العالي المؤرخ في 11 جويلية 1981 صدور مقرر وزير التعليم العالي المؤرخ في 20 أكتوبر 1981 المحدد لتاريخ الامتحان النهائي للخبير المحاسب،⁴⁸⁴ حيث حددت مواد المقرر تاريخ الاختبار الكتابي للامتحان النهائي للخبير المحاسب، وكذا توقيت ومكان إجراء الاختبارات الشفهية.

الفرع الثامن: المرسوم رقم 312-81 المؤرخ في 21 نوفمبر 1981: وفي نفس الجريدة الرسمية -العدد 47 بتاريخ 24 نوفمبر 1981-، فقد أصدر مجلس المحاسبة المرسوم رقم 312-81 المؤرخ في 21 نوفمبر 1981 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمراجعين التابعين لمجلس المحاسبة، "حيث تم أحداث سلك للمراجعين لدى مجلس المحاسبة يتولى تسييره مجلس المحاسبة، اذ يكون المراجعون في وضعية العمل الفعلي لدى الأقسام التقنية".⁴⁸⁵

الفرع التاسع: المرسوم رقم 313-81 المؤرخ في 21 نوفمبر 1981: وفي نفس الجريدة الرسمية أيضا -العدد 47 بتاريخ 24 نوفمبر 1981-، فقد أصدر مجلس المحاسبة المرسوم رقم 313-81 المؤرخ في 21 نوفمبر 1981 يتضمن القانون الأساسي الخاص

⁴⁸¹ المادة 06 من الامر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم للأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، نفس المرجع، ص 05.

⁴⁸² القانون 02-05 المؤرخ في 06 فيفري 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، صادر بالجريدة الرسمية رقم 11 بتاريخ 09 فيفري 2005.

⁴⁸³ قرار مؤرخ في 11 جويلية 1981، يتضمن إجراء الامتحان النهائي للحصول على شهادة خبير محاسب، صادر في الجريدة الرسمية رقم 43، بتاريخ 27 أكتوبر 1981، ص 1507.

⁴⁸⁴ صادر بالجريدة الرسمية رقم 47، بتاريخ 24 نوفمبر 1981، ص 1945.

⁴⁸⁵ المواد 01 و02 من مرسوم مجلس المحاسبة رقم 312-81 المؤرخ في 21 نوفمبر 1981 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمراجعين التابعين لمجلس المحاسبة، صادر بالجريدة الرسمية رقم 47، بتاريخ 24 نوفمبر 1981، ص 1647.

بالمدققين الماليين التابعين لمجلس المحاسبة، حيث تم "احداث سلك للمدققين الماليين لدى مجلس المحاسبة يتولى تسييره رئيس مجلس المحاسبة، حيث يكون المدققون الماليون في وضعية العمل الفعلي لدى الأقسام التقنية التابعة لمجلس المحاسبة".⁴⁸⁶

الفرع العاشر: تنظيم التكوين المهني للخبراء المحاسبين: في اطار كيفية تنظيم التكوين المهني للخبراء المحاسبين، فقد صدر المرسوم رقم 72-84 المؤرخ في 18 أبريل 1972، المتعلق بالتكوين المهني للخبراء المحاسبين،⁴⁸⁷ فطبقا لمادته الأولى فقد تم حصر الأشخاص المخول لهم للترشح لتربص الخبير المحاسب، وكذلك حقوقهم وواجباتهم .

وقد تبعه القرار الوزاري المشترك بين وزارة التعليم العالي والبحث العلمي وبين وزارة المالية، بتاريخ 04 ماي 1972 والمتعلق بالمؤسسات المكلفة بتحضير دبلوم الخبير المحاسب، حيث "كلف المعهد التكنولوجي للمالية والمحاسبة والمدرسة العليا للتجارة بصفة خصوصية بإعطاء الدروس المتعلقة بتحضير الامتحان الاولي (للسنة الأولى والثانية)".⁴⁸⁸

وفي هذا الاطار، صدر الامر رقم 71-82 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المتضمن تنظيم مهنة المحاسب والخبير المحاسب،⁴⁸⁹ فبعدما تم تنظيم التكوين للحصول على شهادة الخبير المحاسبة، فقد تضمن الامر، التركيز على ضرورة الترخيص من وزارة المالية لممارسة مهنة الخبير المحاسب، وعلى ضرورة تحلي المهنيين بالأمانة، وقد تضمن الامر قسم خاص باختصاص الخبراء المحاسبين والمحاسبين، وقسم خاص بشروط الدخول للمهنة، وأيضا تضمن تشكيل المجلس الأعلى للمحاسبة وتحديد اختصاصاته.

وقد عدل هذا الامر بمرسوم وزارة المالية رقم 83-367 المؤرخ في 28 ماي 1983، فحسب المادة الأولى منه: "تحل تسمية المجلس الأعلى للتقنية الحسائية محل تسمية المجلس الأعلى للمحاسبة".⁴⁹⁰

المطلب الثاني: الفترة بعد سنة 1991

تميزت هذه الفترة بصدر القانون 91-08 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بمهنة الخبير المحاسب محافظ الحسابات والمحاسب المعتمد صادر بالجريدة رقم: 20 بتاريخ 01 ماي 1991، فخلال هذه الفترة تم الاهتمام أكثر بمهنة محافظ الحسابات، مقارنة بمهنة الخبير المحاسب، باعتبار الخبير المحاسب يمارس بصفة آلية مهام محافظ الحسابات، وقد تبع صدور هذا القانون النصوص التشريعية التالية:

⁴⁸⁶ المواد 01 و 02 من مرسوم مجلس المحاسبة المرسوم رقم 81-313 المؤرخ في 21 نوفمبر 1981 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالمدققين الماليين التابعين لمجلس المحاسبة، صادر بالجريدة الرسمية رقم 47، بتاريخ 24 نوفمبر 1981، ص 1650.

⁴⁸⁷ صادر بالجريدة الرسمية رقم 33، بتاريخ 25 أبريل 1972، ص 486.

⁴⁸⁸ المادة 01 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 04 ماي 1972 المتعلق بالمؤسسات المكلفة بتحضير دبلوم الخبير المحاسب، صادر بالجريدة الرسمية رقم 56، بتاريخ 14 جويلية 1972، ص 850.

⁴⁸⁹ صادر بالجريدة الرسمية رقم 107، بتاريخ 30 ديسمبر 1971، ص 1852.

⁴⁹⁰ المادة 01 من المرسوم رقم 83-367 المؤرخ في 28 ماي 1983 يعدل الامر رقم 71-82 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 والمتضمن تنظيم مهنة المحاسب والخبير المحاسب، صادر بالجريدة الرسمية رقم 22، بتاريخ 31 ماي 1983، ص 1531.

الفرع الأول: مرسوم تنفيذي 20-92 مؤرخ في 13 جانفي 1992، يحدد تشكيل مجلس النقابة الوطنية للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين ويضبط اختصاصه وقواعد عمله:⁴⁹¹

بموجب هذا المرسوم التنفيذي، تم تحديد تشكيل مجلس النقابة الوطنية للخبراء المحاسبين، ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين، فحسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي، يتكون المجلس من تسعة أعضاء تنتخبهم الجمعية العامة من بين الأعضاء المسجلين قانونا في جدول النقابة الوطنية، وحسب المادة 08 من نفس المرسوم التنفيذي، تتمثل اختصاصات مجلس النقابة الوطنية في حماية المصالح المعنوية والمادية لأعضاء النقابة، وتمثيلها لدى السلطات العمومية ولدى جميع السلطات وإزاء الغير، بالإضافة الى مهام أخرى كتحصيل الاشتراكات المهنية التي تقررها الجمعية العامة، وبالنسبة لقواعد عمل مجلس النقابة، فإنه يجتمع مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر، بناء على استدعاء من رئيسه، كما يمكنه أن يجتمع في دورات غير عادية.

الفرع الثاني: قرار مؤرخ في 07 نوفمبر 1994 يتعلق بسلم آتاع محافظي الحسابات: يحدد هذا القرار نظام الأجور الذي يطبق على محافظي الحسابات في اطار المهام العادية التي تسند اليهم طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما،⁴⁹² اذ "يتقاضى محافظو الحسابات أتعابا عن الاعمال التي ينجزونها خلال السنة المالية، في اطار مهامهم العادية ومع احترام العنايات المهنية، يحيب مبلغها حسب سلم الأتعاب".⁴⁹³

الفرع الثالث: مرسوم تنفيذي رقم 96-136 مؤرخ في 15 أفريل 1996، يتضمن قانون أخلاقيات مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد: حدد هذا المرسوم "القواعد الأخلاقية المهنية المطبقة على أعضاء النقابة الوطنية للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين الذين يدعون في صلب هذا النص عضو النقابة او المهني،"⁴⁹⁴ حيث بناء على هذا المرسوم تم ضبط واجبات المهني في أداء مهنته وفي علاقاته مع زبائنه وموكليه، في علاقاته بالنقابة، في علاقاته بزملائه، وواجباته المتعلقة بتأطير المتدربين.

إضافة الى واجبات المهني، حقوق المهني في ممارسة مهامه، كالحق في التعاون، والحق في الحصول على مقابل الاتعاب.

كما تطرق المرسوم التنفيذي لأحكام مختلفة تتمثل في حالات التنافي المهنية، وضبط المخالفات.

الفرع الرابع: مرسوم تنفيذي رقم 96-318 مؤرخ في 25 سبتمبر 1996 يتضمن احداث المجلس الوطني للمحاسبة، وتنظيمه: حدد هذا المرسوم التنفيذي مهام وصلاحيات المجلس الوطني للمحاسبة، اذ يعتبر "المجلس جهاز استشاري ذو طابع وزاري مشترك ومهني مشترك، ويقوم بمهمة التنسيق والتلخيص في مجال البحث وضبط المقاييس المحاسبية

⁴⁹¹ صادر بالجريدة الرسمية رقم 03، بتاريخ 15 جانفي 1992، ص ص 82-84.

⁴⁹² المادة 01 من القرار المؤرخ في 07 نوفمبر 1994 يتعلق بسلم آتاع محافظي الحسابات، صادر بالجريدة الرسمية رقم 14 بتاريخ 12 مارس 1995، ص 33.

⁴⁹³ نفس المرجع، المادة 02، بتصرف، ص 33.

⁴⁹⁴ المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 96-136 مؤرخ في 15 أفريل 1996، يتضمن قانون أخلاقيات مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، صادر بالجريدة الرسمية رقم 24، بتاريخ 17 أفريل 1996، ص 05.

والتطبيقات المرتبطة بها، وبهذه الصفة يمكن المجلس ان يطلع على كل المسائل المتعلقة بمجال اختصاصه، بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالمالية، ويمكن أن تستشير لهجان المجالس المنتخبة والهيئات والشركات أو الأشخاص الذين تهمهم أشغاله.⁴⁹⁵

الفرع الخامس: مرسوم تنفيذي رقم 96-431 مؤرخ في 30 نوفمبر 1996، يتعلق بكيفيات تعيين محافظي الحسابات في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومراكز البحث والتنمية وهيئات الضمان الاجتماعي والدواوين العمومية ذات الطابع التجاري وكذا المؤسسات العمومية غير المستقلة:⁴⁹⁶ بموجب هذا المرسوم التنفيذي، تم إلزام المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومراكز البحث والتنمية وهيئات الضمان الاجتماعي والدواوين العمومية ذات الطابع التجاري وكذا المؤسسات العمومية غير المستقلة، بتعيين محافظ أو محافظي حسابات، من بين المهنيين المسجلين في جدول المنظمة الوطنية للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين.

الفرع السادس: مرسوم تنفيذي رقم 97-457 مؤرخ في 01 ديسمبر 1997، يتضمن تطبيق المادة 11 من القانون 91-08 المؤرخ في 27 أبريل 1991 والمتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد:⁴⁹⁷ في هذا الإطار نذكر بمضمون المادة 11 من القانون 91-08، حيث تنص المادة على ان "تتأكد المنظمة الوطنية من النوعية المهنية والتقنية للأشغال التي ينجزها أعضائها ضمن احترام أخلاقيات المهنة والقوانين والتنظيمات المعمول بها، اذ تقدر المنظمة الوطنية في حدود التشريع المعمول به الصلاحية المهنية للإجازات والشهادات التي يقدمها كل مترشح يطلب تسجيله في أحد أصناف هذه المنظمة. ولهذا، تنشر المنظمة الوطنية مقاييس تقدير الاجازات والشهادات التي تخول الحق لممارسة المهنة وتحدد كيفيات تطبيق هذه الفقرة عن طريق التنظيم. وهذه المقاييس ليس لها صلاحية مهنية واحدة.⁴⁹⁸

الفرع السابع: مرسوم تنفيذي رقم 97-458 مؤرخ في 01 ديسمبر 1997، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 92-20 المؤرخ في 13 جانفي 1992 الذي يحدد تشكيل مجلس النقابة الوطنية للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين ويضبط اختصاصاته وقواعد سيره: من خلال هذا المرسوم التنفيذي تم تعديل وتتميم المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 92-20 المؤرخ في 13 جانفي 1992، حيث "يدير النقابة الوطنية لمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، المحدث بمقتضى القانون 91-08 المؤرخ في 27 أبريل 1991، مجلس يتكون من عشرة أعضاء، تسعة أعضاء

⁴⁹⁵ المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 96-318 مؤرخ في 25 سبتمبر 1996 المتضمن احداث المجلس الوطني للمحاسبة، وتنظيمه، صادر بالجريدة الرسمية رقم 56، بتاريخ 29 سبتمبر 1996، ص 18.

⁴⁹⁶ صادر بالجريدة الرسمية رقم 74، بتاريخ 01 ديسمبر 1996، ص 14.

⁴⁹⁷ صادر بالجريدة الرسمية رقم 80، بتاريخ 07 ديسمبر 1997، ص 22.

⁴⁹⁸ المادة 11 من القانون 91-08 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بمهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، صادر بالجريدة رقم 20 بتاريخ 01 ماي 1991، بتصرف، ص ص 652-657.

تنتخبهم الجمعية العامة من بين المهنيين المسجلين قانونا في جدول النقابة الوطنية وعضوا واحدا يمثل السلطات العمومية.⁴⁹⁹

كما تم تتميم المادة 03 بالفقرة "يعين الوزير المكلف بالمالية ممثل السلطات العمومية"، كما تم تعديل المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 92-20، وتتميم المادة 10 بفقرة إضافية.

الفرع الثامن: مقرر رقم 103/SPM/94 المؤرخ في 02 فيفري 1994 المتعلق بالاجتهادات المهنية لمحافظ الحسابات: تتكون الاجتهادات المهنية من جهة، "من اجتهادات محاسبية معرفة والمستعملة في مراجعة الحسابات، ومن جهة أخرى الاجتهادات الغير محاسبية، المتعلقة بالأحكام القانونية والقضائية. في كل الاحوال يقيم محافظ الحسابات، طبقا لفهمه للمهمة، حجم العمل الذي يجب القيام به. يحدد الوسائل الضرورية ويقع اختياره على العناصر المتعلقة بالمراقبة.⁵⁰⁰

وقد طرحت الاجتهادات المهنية على شكل توصيات، تتضمن التوصية الاولى الاجتهادات الدنيا في إطار قبول التوكيل والدخول الى الوظيفة، أما التوصية الثانية فقد خصت ملف العمل الدائم والسنوي.

وقد تطرقت التوصية الثالثة للاجتهادات المتعلقة بالتقرير حول الحسابات الاجتماعية، أما التوصية الرابعة فقد تطرقت للإجراءات الدنيا حول موضوع تصريحات الاعمال الاجرامية.

أما التوصية الخامسة فقد تطرقت للطريقة التي يتبعها محافظ الحسابات، بدءا من عرض الاسباب وصولا لمراقبة الحسابات، وتطرقت أيضا التوصية السادسة الى الاجراءات الدنيا الخاصة بمراقبة الحسابات، وقد خصت مراجعة حسابات الميزانية وحساب النتائج.

الفرع التاسع: القرار المؤرخ في 28 مارس 1998 الذي يحدد كفايات نشر مقاييس تقدير الاجازات والشهادات التي تخول الحق في ممارسة مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد: بموجب المادة 02 من القرار، تم انشاء لجنة تحت اشراف مجلس النقابة الوطنية، تقوم بتحديد مقاييس تقدير الاجازات والشهادات وكذا شروط الخبرة المهنية في الميدانين المحاسبي والمالي التي تخول الحق في ممارسة مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد.⁵⁰¹

الفرع العاشر: مقرر مؤرخ في 24 مارس 1999 يتضمن الموافقة على الاجازات والشهادات وكذا شروط الخبرة المهنية التي تخول الحق في ممارسة مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد: عملا بأحكام المادة 03 من القرار المؤرخ في 28 مارس 1998، يهدف هذا المقرر الى الموافقة على مقاييس تقدير الاجازات والشهادات وكذا شروط الخبرة المهنية

⁴⁹⁹ المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 97-458 مؤرخ في 01 ديسمبر 1997، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 92-20 المؤرخ في 13 جانفي 1992 الذي يحدد تشكيل مجلس النقابة الوطنية للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين ويضبط اختصاصاته وقواعد سيره، صادر بالجريدة الرسمية رقم 80، بتاريخ 07 ديسمبر 1997، ص 23.

⁵⁰⁰ المادة 03 من المقرر رقم 103/SPM/94 المؤرخ في 02 فيفري 1994 المتعلق بالاجتهادات المهنية لمحافظ الحسابات، تم اصدار المقرر في كتاب صادر عن وزارة المالية، المديرية العامة للمحاسبة، المجلس الوطني للمحاسبة، مجموعة النصوص التشريعية القانونية المتعلقة بضبط مهنة المحاسبة، منشورات الساحل، الجزائر، 2002، ص 54.

⁵⁰¹ المادة 02 من القرار المؤرخ في 28 مارس 1998 الذي يحدد كفايات نشر مقاييس تقدير الاجازات والشهادات التي تخول الحق في ممارسة مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، صادر بالجريدة الرسمية رقم 30، بتاريخ 13 ماي 1998، ص 08.

في الميدانين المحاسبي والمالي والتي تخول الحق في ممارسة مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد التي حدتها اللجنة الخاصة.⁵⁰²

الفرع الحادي عشر: مرسوم تنفيذي رقم 351-01 مؤرخ في 10 نوفمبر 2001، يتضمن تطبيق أحكام المادة 101 من القانون رقم 11-99 المؤرخ في 23 ديسمبر 1999 والمتضمن قانون المالية لسنة 2000 والمتعلقة بكيفيات مراقبة استعمال إعانات الدولة أو الجماعات المحلية للجمعيات والمنظمات: بناء على المادة 03 من المرسوم التنفيذي، "يؤهل لمراجعة حالة النفقات الخاصة بالإعانات الممنوحة للجمعيات، محافظو الحسابات المسجلون بصفة منتظمة في جدول المنظمة الوطنية للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين.

حيث "يتعين على الهيئة الإدارية للجمعية، بعد مصادقة الجمعية العامة للمنخرطين، تعيين محافظ للحسابات مسجل في قائمة المهنيين لمدة ثلاث سنوات مالية متتالية قابلة للتجديد مرة واحدة، قصد الشروع في مراجعة حسابات نفقات الإعانات الممنوحة للجمعية".⁵⁰³

الفرع الثاني عشر: مرسوم تنفيذي رقم 421-01 مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 20-92 المؤرخ في 13 جانفي 1992، المعدل والمتمم، الذي يحدد تشكيل مجلس النقابة الوطنية للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين ويضبط اختصاصاته وقواعد عمله:⁵⁰⁴ من خلال هذا المرسوم التنفيذي تم تعديل وتتميم المادة 02، الفقرة الأولى من المادة 03، المادة 04، المواد 05، 07، 08، 17، 18، 19 و 20 من المرسوم التنفيذي رقم 20-92 المؤرخ في 13 جانفي 1992.

الفرع الثالث عشر: المادة 12 من قانون المالية التكميلي لسنة 2005: يتعين على الجمعيات العامة للشركات ذات المسؤولية المحدودة أن تعين، ابتداء من السنة المالية 2006 ولمدة ثلاث سنوات مالية، محافظ حسابات أو أكثر يتم اختيارهم من بين المهنيين المسجلين في جدول المنظمة الوطنية لمحافظي الحسابات.

وفي حالة عدم تعيين محافظي الحسابات من قبل الجمعية العامة، أو في حالة وجود مانع أو رفض أحد أو عدد من المحافظين المعيّنين، يتم تعيينهم أو تعويضهم بأمر من رئيس المحكمة المختصة في مقر الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

يعاقب الميسرون الذين لم يقوموا بتنصيب محافظ أو محافظي الحسابات في وظيفته أو في وظيفتهم، بغرامة من 100.000 دج إلى 1.000.000 دج.⁵⁰⁵

⁵⁰² المادة 01 من المقرر المؤرخ في 24 مارس 1999 يتضمن الموافقة على الاجازات والشهادات وكذا شروط الخبرة المهنية التي تخول الحق في ممارسة مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، صادر بالجريدة الرسمية رقم 32، بتاريخ 02 ماي 1999، ص 04.

⁵⁰³ المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 351-01 مؤرخ في 10 نوفمبر 2001، المتضمن تطبيق أحكام المادة 101 من القانون رقم 11-99 المؤرخ في 23 ديسمبر 1999 والمتضمن قانون المالية لسنة 2000 والمتعلقة بكيفيات مراقبة استعمال إعانات الدولة أو الجماعات المحلية للجمعيات والمنظمات، صادر بالجريدة الرسمية رقم 67، بتاريخ 11 نوفمبر 2001، ص 16.

⁵⁰⁴ صادر بالجريدة الرسمية رقم 80، بتاريخ 26 ديسمبر 2001.

⁵⁰⁵ المادة 12 من قانون المالية التكميلي لسنة 2005، صادر بالجريدة الرسمية رقم 52، بتاريخ 26 جويلية 2005، ص 05.

الفرع الرابع عشر: مقرر مؤرخ في 13 ماي 2006 يعدل ويتمم المادة 03 من المقرر المؤرخ في 24 مارس 1999، والمتضمن الموافقة على الاجازات والشهادات وكذا شروط الخبرة المهنية التي تخول الحق في ممارسة مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد:⁵⁰⁶ من خلال المادة 02 من المقرر تم تعديل وتتميم الفقرة الاولى من المادة 03 من المقرر المؤرخ في 24 مارس 1999، حيث تتعلق هذه المادة بشهادات التعليم العالي التي يمكن من خلالها التسجيل كمحافظ حسابات.

المطلب الثالث: الفترة بعد سنة 2010

بصدور القانون 01-10 المنظم لمهن الخبير المحاسب، محافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 42، بتاريخ 11 جويلية 2010، فقد تم الغاء القانون 08-91 السابق، ومن خلال هذا المطلب سنتطرق للنصوص التشريعية المتعلقة بهذه الفترة.

الفرع الأول: المراسيم التنفيذية الصادرة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم سبعة (07)، بتاريخ 02 فيفري 2011 : مباشرة بعد صدور القانون 01-10، فقد تبعه صدور عدة نصوص تشريعية قانونية منظمة للمهنة تابعة، وهي كالتالي:

أولاً: مرسوم تنفيذي رقم 24-11 مؤرخ في 24 جانفي 2011، يحدد تشكيلة المجلس الوطني للمحاسبة وتنظيمه وقواعد سيره؛⁵⁰⁷

ثانياً: مرسوم تنفيذي رقم 25-11 مؤرخ في 07 جانفي 2011، يحدد تشكيلة المجلس الوطني للمصف الوطني للخبراء المحاسبين وصلاحياته وقواعد سيره؛⁵⁰⁸

ثالثاً: مرسوم تنفيذي رقم 26-11 مؤرخ في 27 جانفي 2011، يحدد تشكيلة المجلس الوطني للغرفة الوطنية لمحافظي الحسابات وصلاحياته وقواعد سيره؛⁵⁰⁹

رابعاً: مرسوم تنفيذي رقم 28-11 مؤرخ في 27 جانفي 2011، يحدد تشكيلة اللجنة الخاصة المكلفة بتنظيم انتخابات المجالس الوطنية للمصف الوطني للخبراء المحاسبين والغرفة الوطنية لمحافظي الحسابات والمنظمة الوطنية للمحاسبين المعتمدين وصلاحياته وقواعد سيره؛⁵¹⁰

خامساً: مرسوم تنفيذي رقم 29-11 مؤرخ في 27 جانفي 2011، يحدد رتبة ممثلي الوزير المكلف بالمالية لدى المجالس الوطنية للمصف الوطني للخبراء المحاسبين والغرفة الوطنية لمحافظي الحسابات والمنظمة الوطنية للمحاسبين المعتمدين وصلاحياتهم؛⁵¹¹

⁵⁰⁶ صادر بالجريدة الرسمية رقم 41، بتاريخ 21 جوان 2006، ص 21.

⁵⁰⁷ صادرة بالجريدة الرسمية رقم 07 في 02 فيفري 2011، ص 04.

⁵⁰⁸ صادرة بالجريدة الرسمية رقم 07 في 02 فيفري 2011، ص 07.

⁵⁰⁹ صادرة بالجريدة الرسمية رقم 07 في 02 فيفري 2011، ص 10.

⁵¹⁰ صادرة بالجريدة الرسمية رقم 07 في 02 فيفري 2011، ص 16.

⁵¹¹ صادرة بالجريدة الرسمية رقم 07 في 02 فيفري 2011، ص 20.

سادسا: مرسوم تنفيذي رقم 30-11 مؤرخ في 27 جانفي 2011، يحدد شروط وكيفية الاعتماد لممارسة مهنة الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد؛⁵¹²

سابعا: مرسوم تنفيذي رقم 31-11 مؤرخ في 27 جانفي 2011، يتعلق بالشروط والمعايير الخاصة بمكاتب الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد؛⁵¹³

ثامنا: مرسوم تنفيذي رقم 32-11 مؤرخ في 27 جانفي 2011، يتعلق بتعيين محافظي الحسابات.⁵¹⁴

ان كل المراسيم التنفيذية الواردة أعلاه، قد صدرت في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم سبعة (07)، بتاريخ 02 فيفري 2011، حيث تم تحديد تشكيلة المجلس الوطني للمحاسبة، وتشكيلة المجلس الوطني للمصف الوطني للخبراء المحاسبين، وكذا تشكيلة المجلس الوطني للغرفة الوطنية لمحافظي الحسابات، مع تحديد تشكيلة اللجنة الخاصة المكلفة بتنظيم انتخابات المجالس الوطنية للمصف الوطني للخبراء المحاسبين والغرفة الوطنية لمحافظي الحسابات والمنظمة الوطنية للمحاسبين المعتمدين.

ان المراسيم التنفيذية السابقة ساهمت في تطبيق القانون 01-10، من حيث تحديد الشروط الجديدة لمنح الاعتماد كخبير محاسب او كمحافظ حسابات.

الفرع الثاني: مرسوم تنفيذي رقم 72-11 مؤرخ في 16 فيفري 2011، يحدد الشهادات الجامعية التي تمنح حق المشاركة في مسابقة الالتحاق بمعهد التعليم المتخصص لمهنة المحاسب: اشترط المرسوم التنفيذي على المترشحين للتكوين للحصول على شهادة الخبير المحاسب أو محافظ الحسابات التي ينظمها معهد التعليم المتخصص لمهنة المحاسب، "أن يكونوا حائزين على شهادة جامعية أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها، قصد قبولهم للمشاركة في مسابقة الالتحاق بالتكوين".⁵¹⁵

الفرع الثالث: مرسوم تنفيذي رقم 73-11 مؤرخ في 16 فبراير 2011، يحدد كيفية ممارسة المهمة التضامنية لمحافظات الحسابات: سمح هذا المرسوم للأجهزة التداولية للهيئات "تعيين أكثر من محافظ حسابات، بحسب حجمها وأهمية نشاطاتها على الخصوص".⁵¹⁶

الفرع الرابع: مرسوم تنفيذي رقم 202-11 مؤرخ في 26 ماي 2011، يحدد معايير تقارير محافظ الحسابات وأشكال وأجال ارسالها:⁵¹⁷ من خلال هذا المرسوم التنفيذي، فقد تم اضافة تقارير خاصة مثل الاتفاقيات المنظمة واستمرارية

⁵¹² صادرة بالجريدة الرسمية رقم 07 في 02 فيفري 2011، ص 20.

⁵¹³ صادرة بالجريدة الرسمية رقم 07 في 02 فيفري 2011، ص 22.

⁵¹⁴ صادرة بالجريدة الرسمية رقم 07 في 02 فيفري 2011، ص 23.

⁵¹⁵ المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 72-11 مؤرخ في 16 فيفري 2011، يحدد الشهادات الجامعية التي تمنح حق المشاركة في مسابقة الالتحاق بمعهد التعليم المتخصص لمهنة المحاسب، صادر بالجريدة الرسمية رقم 11 بتاريخ 20 فيفري 2011، ص 05.

⁵¹⁶ المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 73-11 مؤرخ في 16 فبراير 2011، يحدد كيفية ممارسة المهمة التضامنية لمحافظات الحسابات، صادر بالجريدة الرسمية رقم 11، بتاريخ 20 فيفري 2011، ص 06.

⁵¹⁷ صادر بالجريدة الرسمية العدد 30 بتاريخ 01 جوان 2011، ص 19.

الاستغلال، يبدي محافظ الحسابات رأيه حولها، إضافة لتقريره العام الذي يبدي فيه رأيه اما بالمصادقة او المصادقة بتحفظ او عدم المصادقة، للتقرير العام الذي يبديه محافظ الحسابات

الفرع الخامس: مرسوم تنفيذي رقم 11-393 مؤرخ في 24 نوفمبر 2011، يحدد شروط وكيفيات سير التربص المهني واستقبال ودفع أجر الخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات والمحاسبين المعتمدين:⁵¹⁸ ان هذا المرسوم التنفيذي قد نظم سير التربص المهني للخبراء المحاسبين ومحافظي الحسابات.

الفرع السادس: مرسوم تنفيذي رقم 13-10 مؤرخ في 13 جانفي 2013، يحدد درجة الأخطاء التأديبية المرتكبة من طرف الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد خلال ممارسة وظيفتهم وكذا العقوبات التي تقابلها: ان الخطأ المهني الذي يعرض لعقوبة تأديبية، "هو كل تقصير في احترام قواعد الواجبات المهنية والاخلاقية، وكل اهمال صادر عن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، عن شخص طبيعي أو شركة مسجلة في جدول المصف الوطني للخبراء المحاسبين والغرفة الوطنية لمحافظي الحسابات."⁵¹⁹

الفرع السابع: قرار مؤرخ في 26 مارس 2013، يحدد شروط المساحة والمرافق الصحية والتجهيزات التي يجب توفرها في المحل المهني للخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد:⁵²⁰ حدد هذا القرار المساحة الدنيا المخصصة للمهني ومساعديه، حسب عدد وحجم الاعمال، بالإضافة الى ضرورة توفر المرافق الصحية والتجهيزات الضرورية لممارسة النشاط.

الفرع الثامن: قرار وزارة المالية المؤرخ في 24 جوان 2013، يحدد محتوى معايير تقارير محافظ الحسابات:⁵²¹ تضمن القرار ملحق لمحتوى معايير التقارير التي يتعين على محافظ الحسابات التقيد بها في إطار ممارسة مهامه.

الفرع التاسع: قرار وزارة المالية المؤرخ في 12 جانفي 2014، يحدد كيفيات تسليم تقارير محافظ الحسابات:⁵²² أكد القرار على ضرورة تسليم محافظ الحسابات لتقريره على الأقل قبل 15 يوم من انعقاد اجتماع الجمعية العامة العادية أو غير العادية أو هيئة التداول المؤهلة، بالموازاة أكد القرار على ضرورة توفير مختلف الوثائق الضرورية لإعداد تقارير محافظ الحسابات تحت تصرفه قبل خمسة وأربعين (45) يوما على الأقل من تاريخ انعقاد الجمعية العامة العادية أو هيئة التداول المؤهلة.

الفرع العاشر: صدور المعايير الجزائرية للتدقيق: تعتبر المعايير الدولية للتدقيق بمثابة مقياس الأداء المهني. فالمعايير تعتبر بمثابة النموذج (أو النمط) الذي يستخدم في الحكم على نوعية العمل الذي يقوم به مدقق الحسابات، وتحدد معايير

⁵¹⁸ صادر بالجريدة الرسمية رقم 65، بتاريخ 30 نوفمبر 2011، ص 17.

⁵¹⁹ المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 13-10 مؤرخ في 13 جانفي 2013، يحدد درجة الأخطاء التأديبية المرتكبة من طرف الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد خلال ممارسة وظيفتهم وكذا العقوبات التي تقابلها، صادر بالجريدة الرسمية رقم 03 بتاريخ 16 جانفي 2013، ص 18.

⁵²⁰ صادر بالجريدة الرسمية رقم 48، بتاريخ 29 سبتمبر 2013، ص 15.

⁵²¹ صادر بالجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 30 أبريل 2014، ص 12.

⁵²² صادر بالجريدة الرسمية العدد 24، بتاريخ 30 أبريل 2014، ص 22.

التدقيق المسؤولية التي يتحملها المدقق نتيجة قيامه بالفحص، فمن الضروري أن يتم الفحص وفق معايير متعارف عليها وذلك حتى لا يتحمل المدقق مسؤولية في حالة ظهور أي غش أو تلاعب بعد ذلك.⁵²³

ان سعي الجزائر نحو مواكبة المستجدات الدولية في مجال التدقيق، لغرض التوافق مع الممارسات الدولية، أدى الى تكييف المعايير الدولية للتدقيق بما يتناسب والبيئة المحاسبية الجزائرية، وعليه فقد تم اصدار اثنا عشر (12) معيار جزائري للتدقيق ضمن المقررات أدناه، في انتظار صدور مقررات اخرى تتضمن بقية المعايير الجزائرية للتدقيق، وتتمثل هذه المقررات فيما يلي:

- **أولاً:** مقرر وزير المالية رقم 002 المؤرخ في 04 فيفري 2016 يتضمن المعايير الجزائرية للتدقيق - 560 - 505 - 210 (NAA) (580)
- **ثانياً:** مقرر وزير المالية رقم 150 مؤرخ في 11 أكتوبر 2016 يتضمن المعايير الجزائرية للتدقيق - 510 - 500 - 300 (NAA) (700)
- **ثالثاً:** مقرر وزير المالية رقم 23 مؤرخ في 15 مارس 2017 يتضمن المعايير الجزائرية للتدقيق - 610 - 570 - 520 (NAA) (620).

الفرع الحادي عشر: القرارات الوزارية المشتركة بين وزارة المالية ووزارة التعليم العالي والبحث العلمي:

تتمثل هذه القرارات فيما يلي:

- **أولاً:** قرار وزاري مشترك مؤرخ في 07 مارس 2017، يحدد قائمة الشهادات الجامعية التي تمنح حق المشاركة في مسابقة الالتحاق بمعهد التعليم المتخصص لمهنة المحاسب؛⁵²⁴
- **ثانياً:** قرار وزاري مشترك مؤرخ في 07 مارس 2017، يحدد عدد وطبيعة ومعامل وبرنامج الاختبارات وكذا تشكيل لجنة الاختبارات والقبول بمعهد التعليم المتخصص لمهنة المحاسب؛⁵²⁵
- **ثالثاً:** قرار وزاري مشترك مؤرخ في 07 مارس 2017، يحدد كيفية سير التكوين وكذا برنامج التكوين المتخصص قصد الحصول على شهادة الخبير المحاسب وشهادة محافظ الحسابات.⁵²⁶

تم صدور الثلاثة قرارات الوزارية المشتركة بين وزارة المالية ووزارة التعليم العالي والبحث العلمي، في الجريدة الرسمية رقم 45 بتاريخ 30 جويلية 2017، وقد تمحورت حول الشهادات الجامعية التي تمنح الحق في الالتحاق بمعهد التعليم المتخصص لمهنة المحاسب، حيث تم اشتراط على الأقل بكالوريا زائد ثلاث (03) سنوات، اذ يتكفل معهد التعليم المتخصص لمهنة المحاسب بتنظيم المسابقة على شكل اختبارات كتابية للقبول واختبارات شفوية للقبول النهائي، كما تم اصدار ملحق يتضمن المواد والحجم الساعي والمعاملات الخاصة بسير التكوين.

⁵²³ خالد راغب الخطيب، التدقيق على الاستثمار في الشركات متعددة الجنسيات في ضوء معايير التدقيق الدولية، دار البداية ناشرون وموزعون، عمان، 2009، ص 40.

⁵²⁴ صادر بالجريدة الرسمية رقم 45، بتاريخ 30 جويلية 2017.

⁵²⁵ صادر بالجريدة الرسمية رقم 45، بتاريخ 30 جويلية 2017.

⁵²⁶ صادر بالجريدة الرسمية رقم 45، بتاريخ 30 جويلية 2017.

الخاتمة:

من خلال عرضنا لمجمل النصوص التشريعية المنظمة لمهنة المدقق القانوني بالجزائر، فإننا نستنتج ونوصي بما يلي:

أولاً: النتائج:

يقتصر نشاط التدقيق القانوني بالجزائر على الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات، حيث يعتبر هذا الأخير كل شخص يمارس بصفة عادية وباسمه الخاص وتحت مسؤوليته مهمة المصادقة على صدق وشرعية الحسابات السنوية للمؤسسات الاقتصادية، حيث عرفه القانون التجاري في المادة 715 مكرر 04 على أنه الشخص الذي يدقق في صحة المعلومات المقدمة في تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة، وفي الوثائق المرسلة الى المساهمين حول الوضعية المالية للمؤسسة وحساباتها، ويصادق على انتظام الجرد، وحسابات المؤسسة والموازنة، وصحة ذلك، ويتحقق اذا ما تم احترام مبدأ المساواة بين المساهمين، حيث يجوز له أن يجر طيلة السنة التحقيقات او الرقابات التي يراها مناسبة كما يمكنه استدعاء الجمعية العامة للانعقاد في حالة الاستعجال.

وقد مرت مهنة محافظ الحسابات في الجزائر بتعديلات جذرية بصور القانون 01-10 المؤرخ في 29 جوان 2010، الذي خصص للمهنة هيئة مستقلة تتمثل في الغرفة الوطنية لمحافظي الحسابات.

ان مجمل النصوص التنظيمية والتشريعية الصادرة بعد القانون 01-10 والمتعلقة به، قد ساهمت في ضبط الاجتهادات المهنية لمحافظ الحسابات، من خلال تحديد مهامه، تحديد شروط ممارسة المهنة، مؤهلاته، مسؤوليات وطرق عمله، كما ضمنت حقوق المهتمين بخدماته، بالتركيز على مهمة التبليغ الى وكيل الجمهورية عن كل المخالفات والتجاوزات الملاحظة دون التدخل في التسيير، وعليه فان المشرع الجزائري المتمثل في وزارة المالية قد وسع المهمة الرقابية لمحافظي الحسابات لتمس المخالفات الاقتصادية.

ان تقنين المهنة وتوضيحها، ستمكن محافظي الحسابات من بذل العناية المهنية اللازمة إذا تم اتباع القوانين بدقة، حيث يبقى تقرير محافظ الحسابات وفقاً للمرسوم التنفيذي رقم 202-11 المؤرخ في 26 ماي 2011، المحدد لمعايير تقارير محافظ الحسابات وأشكال وأجال ارسالها، أهم وسيلة لإثبات التزاماته، مع المحافظة على السر المهني والحياد.

وفقاً للشهادات الجامعية المؤهلة لامتحان مهنة محافظ الحسابات، ووفقاً للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 07 مارس 2017، المحدد لكيفية سير التكوين وكذا برنامج التكوين المتخصص قصد الحصول على شهادة الخبير المحاسب وشهادة محافظ الحسابات، يعتبر محافظ الحسابات مختص في الجانب المحاسبي والمالي، وبذلك فانه يساهم في تحسين جودة المعلومات المالية، وتقديم أكثر شفافية للاقتصاد الوطني مما يؤدي الى اتخاذ القرارات الصائبة وبالتالي تحقيق التنمية الاقتصادية.

ان التغير المستمر في مجمل النصوص التشريعية القانونية المنظمة للمهنة مع تنوعها كالقانون التجاري والقانون 01-10 ووجود عدة مراسيم تنفيذية وقرارات، سيؤدي الى صعوبة متابعتها.

وفي الأخير فإننا نؤكد أن النصوص التشريعية القانونية قد حققت الكثير من الايجابيات للمهنة، حيث تهدف الى توحيدها مع الممارسات الدولية عبر اصدار معايير جزائية للتدقيق تعتبر كمرجع يستند عليه محافظ الحسابات مثلما هو معمول به دوليا.

ثانيا: التوصيات:

يوصي المقال باستحسان الإسراع في اصدار مقررات وزير المالية الخاصة بالمعايير الجزائية للتدقيق، وهذا حتى يتسنى تطبيقها دفعة واحدة لتوسيع ممارسات التدقيق القانوني في مجالات الفحص ورقابة الجودة وعمليات التأكيد الأخرى والخدمات ذات العلاقة.

خرجوا التكوين المهني في الجزائر: أية مدافقة مالية ؟

Persons graduating from professional formation in Algeria: Any accompaniment financial?

محمد بن قوامال

أستاذة محاضرة أ بجامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم
الجزائر - كلية الحقوق والعلوم السياسية

الملخص :

تتولى الدولة الجزائرية اهتماما كبيرا بتطوير برامجها و خططها التدريبية بما يحقق ملائمة مخرجات وحداتها التدريبية مع احتياجات سوق العمل باعتبار ذلك عنصرا أساسيا في التنمية، وانطلاقا من الأهداف الإستراتيجية أولت الدولة الجزائرية إعداد و تصميم و تطوير البرامج و الخطط التدريبية اهتماما كبيرا لضمان مساهمة للتقدم الملموس في قطاع التكوين المهني وسمحت لهؤلاء الخريجين بإنشاء مؤسسات صغيرة لتجسيد خبراتهم على أرض الواقع، و ربطته بأجهزة المرافقة و الدعم المالي و أهمها الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر التي تساهم بالتمويل المالي، إلا أن ما تم ملاحظته هو أن هذه المرافقة ناقصة جدا ولا تتوافق مع متطلبات و تطلعات خرجي التكوين المهني .

الكلمات المفتاحية : التكوين المهني-الشباب -سوق العمل - المبادرة الشخصية -المؤسسات الصغيرة -الدعم المالي .

Abstract :

The Algerian State is very interested in developing its training programs and plans in order to ensure that the outputs of its training units are in line with the needs of the labor market as a key element of development, and based on the strategic objectives, the Algerian State has placed great emphasis on the preparation, design and development of training programs and plans to ensure that they are consistent with the tangible progress in the sector. The professional formation allowed these graduates to establish small enterprises to embody their experience on the ground, and to link it with the financial services and support, the most important of which is the National Microcredit Management Agency. However, what has been observed is that the escorts are very inadequate and do not comply with the requirements and aspirations of graduates of professional formation.

Keywords: professional formation -Youth-labour market- individual initiative-Small Enterprises- financial support

المقدمة :

شكل التكوين المهني اليوم رهاناً لاكتساب الخبرة العملية والكفاءات الضرورية لممارسة النشاط المهني أو التكيّف معه، غايته الأولى تحسين القابلية للتشغيل لدى طالبيه وتحسين كفاءات المؤسسات، ووفق هذا التصوّر يجد التكوين المهني سبيل تطبيقه ضمن علاقاته بالأهداف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية للسياسات العمومية سواء كانت مرتبطة بالسياسات الاقتصادية، بمنظومات التشغيل و المنظومات التربوية، ولما كانت غاية خرجوا التكوين⁵²⁷ المهني هي خلق مناصب شغل خاصة بهم من أجل استثمار مواهبهم وخبراتهم التي اكتسبوها من خلال هذا التكوين، تبرز المؤسسات الصغيرة كآلية لتجسيد حرفهم التي اكتسبوها على أرض الواقع، ولكن تبقى هذه المؤسسات الصغيرة تحتاج إلى دعم و مرافقة مالية، وهنا يبرز دور الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر، فما مدى تكفل القرض المصغر بتطلعات خرجي التكوين المهني في المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية من خلال التوفير لهم المرافقة المالية اللازمة لمشاريعهم الصغيرة الحرفية.

أولاً : مرافقة خرجوا التكوين المهني من طرق أجهزة المرافقة و الدعم الممثلة في "**"ANGEM:"**

يعتبر التحصيل العلمي بمفهومه الواسع حلقة أو حلقة ضمن سلسلة الحلقات الأخرى المترابطة مع بعضها البعض و المؤدية إلى تحقيق مستقبل واضح المعالم، فالتحصيل العلمي المهني يعتبر بمثابة المفتاح الذي يفتح باب التفوق و الرقي ليس بالنسبة للفرد فحسب، بل حتى بالنسبة للمجتمع نظراً للضرورة الملحة واحتياجات سوق العمل الذي أضحى يشكو من ندرة حادة في المادة الخاصة من مختصين و المؤهلين، وهنا يتخلل⁵²⁸ التكوين المهني لإعطاء خرجيه الشهادة المهنية الاحترافية أي: اعتماد متخصص في مجال ما يحصل الدارس عليها نتيجة عملية تقييم مدى الإتقان أو الكفاءة في إدراك المحتوى الذي تم تصميمه بناءً على احتياجات سوق العمل المتخصصة في مجال الاعتماد، فهو مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى إعداد الأفراد للعمل سواء كأجراء أو مستقلين بالاعتماد على الأعمال المهنية العامة و باكتساب خبرات خاصة، وتوفق القوة العاملة مع المتغيرات التي تحدث في الاقتصاد والمجتمع، وكل ذلك من أجل مقاومة البطالة، كما انه يزود العاملين بالمهارات للرق بأدائهم إلى مستوى أعلى يتماشى مع روح المبادرة لإنشاء مؤسسات صغيرة تستغل فيها خبرات الطاقات الشابة خريجة هذا التكوين المهني، وذلك من خلال أجهزة الدعم و المرافقة التي سطرته الدولة لذلك، و منها الوكالة الوطنية لدعم تسيير القرض المصغر، فماذا نعني بها ؟و ما هي مظاهر مرافقتها لهؤلاء الشباب خريجوا التكوين المهني، هذا ما سنتعرف عليه من خلال ما يلي :

1/- مفهوم الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر

. تم إنشاء الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر بموجب المرسوم التنفيذي رقم 14-04 المؤرخ في 22 جانفي 2004 المعدل و هي وكالة ذات طابع خاص تتمثل في شبكة لامركزية تضم 49 تنسيقية ولائية (منها تنسيقيتين بالجزائر العاصمة)، موزعة عبر كافة أرجاء الوطن وهي مدعمة بخلايا المرافقة على مستوى الدوائر، وبالتالي يعتبر جهاز القرض المصغر برنامجاً يعتمد

⁵²⁷ مقدار أصيلة، التكوين المهني و دوره في تنمية الموارد البشرية في الجزائر، مذكرة ليسانس في تيير الموارد البشرية، الملحق الجامعية مغنية، 2013/2014، ص21.

⁵²⁸ مقدار وهاب، القاء محاضرة بعنوان، " دور الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر في مرافقة حاملي الفكر المقاولاتي"، جلسة تحسيسية حول جهاز القرض المصغر بمناسبة الأسبوع العالمي للمقاولاتية، سطيف، يوم 19 نوفمبر 2019، ص1.

على السياسة الاجتماعية الهادفة إلى مكافحة البطالة و الأوضاع المتردية للمجتمع و هو موجه إلى أشخاص بدون عمل و لكنهم قادرون على القيام بنشاط معيشي مصغر بواسطة دعم مالي قليل و بشروط مرنة و مريحة، و على هذا يعتمد هذا الجهاز على منح قروض⁵²⁹ في آجال سريعة تتكون من مبالغ صغيرة (تصل إلى غاية 1000000 دج)، يتم تسديدها على المدى القصير أو الطويل و تكون مرفوقة بمساعدة الدولة و التي تتمثل في تخفيض نسبة الفوائد مع ضمان يتكفل به صندوق الضمان المشترك للقروض المصغرة.

و يعتمد جهاز القرض المصغر في تمويل المشاريع على: المساهمة الشخصية للمستفيد و سلفة بدون فائدة من الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر و مساهمة البنك في شكل قرض بنكي. و يهدف هذا البرنامج إلى الإدماج الإقتصادي و الاجتماعي للمواطنين المستفيدين عبر أحداث الأنشطة المنتجة للسلع و الخدمات، من خلال توسيع الإمكانات الممنوحة للمواطنين لمباشرة مشاريعهم و إنشاء نشاطات مختلفة من أجل الخروج النهائي من وضعية البطالة و الفقر، و بالتالي فهو موجه إلى عدة فئات من أهمهم :

حاملو شهادات التكوين المهني. والحرفيين، وبهذه الصفة فإن⁵³⁰ الوكالة تسيير القرض المصغر وفق التشريع و القانون المعمول به، تمنح سلف بدون فائدة، تقوم بدعم و نصح المستفيدين و تبلغهم بالمساعدات التي تقدم لهم، تضمن متابعة الأنشطة التي ينجزها المستفيدون مع الحرص على احترام دفتر الشروط الذي يربط هؤلاء المستفيدين بالوكالة و تساعدهم عند الحاجة لدى المؤسسات و الهيئات المعنية بتنفيذ مشاريعهم، وفق مظاهر المرافقة التي تظهر من خلال الأنماط و امتيازات يكفلها القانون المنظم لها، فما هي؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال ما يلي :

2/- مظاهر مرافقة الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر لخرجي التكوين المهني :

إن مظاهر المرافقة تظهر من خلال الأنماط و الامتيازات التي تمنحها هذه الوكالة لهؤلاء الشباب خرجوا التكوين المهني والذين يحاولون تجسيد خبراتهم ميدانيا من خلال المشروعات الصغيرة

- إن الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر باعتبارها أهم البرامج أو الآليات التي تقدم الدعم أو التمويل المالي للمرأة الحرفية للقيام بمشروعها المصغر، تعمل وفق أنماط معينة و تقدم مجموعة من الامتيازات و المساعدات، و لكن لا يمكن الحصول على هذه الأنماط والامتيازات إلا بتوفر بعض الشروط في المستفيدين من خدماتها و بطبيعة الحال، هذه الشروط تمس خرجوا التكوين المهني⁵³¹ كبلوغهم سن 18 سنة فما فوق، عدم امتلاك دخل أو امتلاك مداخيل غير ثابتة و غير منظمة، إثبات مقر الإقامة، امتلاك شهادات تثبت الكفاءة المهنية أو وثيقة معادلة معترف بها، أو التمتع بمهارة مهنية مؤكدة تتوافق مع النشاط المرغوب انجازه، عدم الاستفادة من مساعدة أخرى لإنشاء النشاطات، القدرة على دفع المساهمة الشخصية حسب الحالة من التكلفة الإجمالية للمشروع، الاشتراك في صندوق الضمان

⁵²⁹ مغني ناصر، القرض المصغر إستراتيجية لخلق مناصب الشغل في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في علم الاقتصاد، جامعة المسيلة 2015/2016، ص11

⁵³⁰ الموقع الرسمي للوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر www.angem.dz

⁵³¹ راجع المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 15-04 المؤرخ في 22 جانفي 2004، الذي يحدد شروط الإعانة المقدمة للمستفيدين من القرض المصغر و مستواها، الجريدة الرسمية العدد 6 لعام 2004.

المشارك للقروض الصغيرة في حالة طلب المقاول لطلب بنكي، الالتزام بتسديد القروض و نسبة لفوائد للبنك حسب الجدول الزمني، الالتزام بتسديد مبلغ السلفية بدون فوائد للوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر، وبعد تحقق هذه الشروط يمكن فقط الحصول على الامتيازات و الخدمات أو الإعانات المطلوبة وفق الأنماط المقررة قانونا و ذلك حسب ما يلي:

للمرافقة المالية لخرجي التكوين المهني: ANGEM/-الأنماط التي يمنحها

تعتمد الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر في برنامج تمويلها على صيغتين من التمويل انطلاقا من سلفة صغيرة لتأمين لقمة العيش (سلفية بدون فوائد تمنحها الوكالة والتي لا تتجاوز 100.000 دج إلى قروض معتبرة لا تتجاوز 1000.000 دج، و التي تستدعي تركيبا ماليا مع إحدى البنوك. تسمح كل صيغة، بحكم خصوصياتها، بتمويل أنشطة محددة كما يستقطب أيضا فئة معينة من السكان فيؤدي ذلك إلى نوع من التخصص في المشاريع مما يزيد من رفع فعالية هاتين الصيغتين والمتمثلتين في:

- تمويل شراء المواد الأولية: قرض بقيمة 100.000 دج بدون فوائد موجه لشراء المادة الأولية يتم تسديده على مدى 24 إلى 36 شهرا.

- التمويل الثلاثي بنك مقترض و ANGEM:

قرض بقيمة لا تتعدى 1000.000 دج من أجل اقتناء عتاد صغير و مادة أولية اللازمة لإنشاء مؤسسة و يتم تسديده على مدى 12 إلى 60 شهرا (من سنة إلى 5 سنوات)، المساهمة الشخصية 1 بالمائة قرض بدون فوائد 29 بالمائة، قرض بنكي سبعون بالمائة، تخفيض على الفوائد من 5 إلى 20 بالمائة من نسبة الفائدة التجارية للبنوك حسب الحالات، وتجدر الملاحظة انه ابتداء من 22 فيفري 2011، اتخذ مجلس الوزراء قرارات هامة تقتضي تثمين دعم إنشاء النشاطات، ويتعلق الأمر بمجموعة من التعديلات المقترحة، تخص صيغ التمويل في إطار الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر، وشملت التعديلات بالخصوص النقاط التالية:

-رفع قيمة القروض بدون فوائد من المخصص⁵³² لاقتناء المواد الأولية من 30.000 إلى 100.000 دج، إلغاء المساهمة الشخصية لصاحب المشروع و التي كانت 10 بالمائة، حيث أصبحت الوكالة تتكفل ب 100 بالمائة من قيمة المشروع .
-رفع قيمة القرض الموجه لاقتناء أدوات صغيرة أو كذا المادة الأولية الضرورية لمباشرة النشاط من 400.000 إلى 1 مليون دج في التمويل الثلاثي.

-تخفيض المساهمة الشخصية المفروضة على طالب القرض المصغر إلى 1 بالمائة بالنسبة لنمط التمويل الثلاثي .
-رفع نسبة تخفيض المواد التجارية التي تطبقها البنوك على القرض البنكي إلى 95 بالمائة في المناطق الخاصة و الجنوب و الهضاب العليا .

-رفع السلفة بدون فوائد الموجهة إلى تكملة القرض البنكي في حالة اقتناء الأدوات البسيطة و المواد الأولية إلى 29 بالمائة من تكلفة النشاط .

⁵³² سليمان ناصر، عواطف محسن، دور القرض الحسن المصغر في تمويل الأسر المنتجة دراسة تقييمية لأنشطة الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في علم الاقتصاد، جامعة ورقلة، 2015/2016، ص 4.

ب/- الامتيازات التي تمنحها لخرجي التكوين المهني: ANGEN

من أهم الامتيازات التي يمنحها القرض المصغر لخرجي التكوين المهني من خلال الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر هي الخدمات المالية والغير المالية، وكذا الأنشطة الممولة من طرف الوكالة وهذا ما سنبينه من خلال ما يلي :

-الخدمات المالية : تتمثل في القرض البنكي و الذي يتم ضمانه من ⁵³³ طرف صندوق الضمان المشترك للقروض المصغرة، ويمنح بنسب منخفضة تقع على عاتق المستفيد (من بالمائة 5 إلى 20 بالمائة من نسبة الفائدة المحددة من طرف البنك) ، بينما تتحمل الخزينة العمومية نسبة الفائدة المنخفضة و التي تختلف حسب قيمة الاستثمار و موطنه ، كما تمنح الوكالة سلفة بدون فائدة لشراء المواد الأولية المقدرة ب100 بالمائة من التكلفة الإجمالية للمشروع ، و التي لا يمكن أن تفوق مئة ألف دينار جزائري ، وقد تصل إلى قيمة هذه السلفة إلى 250.000 دج ، على مستوى ولايات الجنوب ، كما يمكن تأجيل تسديد القرض البنكي الأصلي لمدة ثلاث سنوات ، و يمنح اجل أقصاه سنة للمستفيدين لتسديد فائدة القرض البنكي ، بالإضافة إلى ذلك يمكن ⁵³⁴ الاستفادة من التخفيضات الجبائية و التكوينات في مجال تسيير المؤسسة و المشاركة في الصالونات و المعارض التي تنظمها الوكالة .

-الخدمات غير المالية :من أهم ما تقدمه الوكالة لخرجي التكوين المهني ⁵³⁵ الدعم و المرافقة و المساعدة على إنشاء الأنشطة ، تكوين المقاولين ، اختبار المصادقة على المكتسبات المهنية ، التكوين في مجال التعليم المالي العام ، التكوين حسب برنامج كيفية تسيير المؤسسة و حسب برنامج كيفية التسيير الأحسن للمؤسسة ، أما بالنسبة لأهم الأنشطة الممولة من قبل الوكالة هي صناعة العجائن الغذائية ، الكسكس ، الخبر ، الحلويات التقليدية والعصرية ، تعليب السمك ، وكذا الألبسة :

كالألبسة الجاهزة ، خياطة الملابس ، الحياكة ، صنع الأغذية المنزلية ، الصناعة الجلدية كالأحذية التقليدية ، الصناعة الخشبية كالأثاث و المنتجات الخشبية ، صناعة السلال ، الصناعة المعدنية والحدادة ، وفي مجال الفلاحة ، نجد أن الوكالة تمول تربية الماشية (إنتاج اللحوم والحليب ، تربية الدواجن ، الأرانب والنحل) ، فلاحة الأرض كإنتاج البذور ، الفواكه والخضر ، مشتلة الزهور و نباتات الزينة ، الصناعة التقليدية كالنسيج و الزرابي التقليدية ، خياطة الملابس التقليدية ، الرسم على الحرير و القطيفة و الزجاج ، أدوات الزينة ، الفخار ، المنتجات المصنوعة بالزجاج ، النقش على الخشب ، و بالنسبة للخدمات فنجد أن الوكالة تمول الإعلام الآلي ، الحلاقة و التجميل ، الأكل السريع ، تصليح السيارات ومختلف التجهيزات ، وكذا في مجال المباني والأشغال العمومية فإنها تمول أشغال البناء ، و الأعمال المتعلقة بالمباني ، الدهن ، السباكة ، النجارة ، صناعة حجر البناء ووفقا لما سبق تكون خرجوا التكوين المهني و منهم الحرفيون قد أخذوا نصيبهم في هذا المجال .

⁵³³ بوبريدعة نهلة ، الإطار القانوني لدعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة قسنطينة ، 2011/2012 ، ص46.

⁵³⁴ مغني ناصر ، المرجع السابق ، ص7

⁵³⁵ حفاف سمية ، دور القرض المصغر في دعم و تمويل المشاريع الحرفية للمرأة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في علم الاقتصاد ، جامعة ورقلة ، 2013/2014 ، ص25

ثانيا : واقع مرافقة خرجوا التكوين المهني من طرق أجهزة المرافقة و الدعم الممثلة "ANGEM"

إن واقع مرافقة خرجوا التكوين المهني من طرق أجهزة الدعم الممثلة في الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر تظهر من خلال الموقوفات التي يواجهها الوكالة وبطبيعة الحال تؤثر بصورة سلبية على المرافقة الحقيقية لخريجي التكوين المهني وهي تتعلق⁵³⁶ إما بالإطار التنظيمي العام للتمويل المصغر، والجهاز المشرف عليه أو بالفئة المستهدفة و هنا نقصد : "خرجوا التكوين المهني"، وهذا ما سيظهر من خلال ما يلي :

1/ الإطار التنظيمي العام للتمويل المصغر، والجهاز المشرف عليه :

إن الجزائر لا تتوفر على نظام مالي خاص بمنح القرض المصغر، وأن النظام الموجود مرتبط بالبنوك المالية في ظل عدم وجود مؤسسات مالية مختصة في الإقراض المصغر، وما ينتج عن ذلك من بيروقراطية وغياب الشفافية وانعدام المتابعة للمشاريع الموجهة للشباب منهم: "خريجو التكوين المهني".

- بالإضافة إلى ارتباط التمويل المصغر في الجزائر بالبنوك العمومية، فإن هذه⁵³⁷ الأخيرة لا تولي الاهتمام الكافي للتمويل المصغر نظرا لتركيز خبراتها في الأنشطة الأخرى (المعتادة عليها)، كما عانت الوكالة من عدم مرونة الإجراءات البنكية وثقلها مما أثر سلبا على العديد من المشاريع .

- غياب البنوك الخاصة التي تشجع التنافس والتي تقدم هذا النوع من التمويل، مما يلغي عنصر التحفيز لمنح مثل هذه القروض.

- تعقد وغموض النصوص التشريعية والتنظيمية (كثرة التعديلات).

- صعوبة الإجراءات الإدارية والتنفيذية، مما جعل معالجة الملفات واعتماد المشاريع تتم ببطء.

- عدم توفر مراكز أو هيئات تعمل على توفير و نشر المعلومات و الإحصائيات، أما من حيث نموذج التسيير، فتتبع الوكالة منذ إنشائها سنة 2004 نموذج⁵³⁸ تسيير مركزي يعتمد أساسا على المديرية العامة، ويتم وضع التنسيق التي استحدثت تدريجيا بعد إنشاء الوكالة بهدف تسيير الجهاز فحسب، إلا أن هذا النموذج بدا يظهر محدوديته بعد سنوات قلائل من إنشاء هذه الوكالة، بسبب التوسع الذي عرفته هذه الأخيرة، حيث برزت العديد من الاختلالات والتأخيرات في عملية التكفل التي يشرف عليها الجهاز مما أدى إلى تمديد الأجل في معالجة ملفات المستفيدين من القرض المصغر، فضلا عن ضعف القدرات والكوادر البشرية التي تقع عليها مسؤولية النهوض بالبناء المؤسساتي ورفع مستوى قدرات العاملين في هذا القطاع .

2/- الفئة المستهدفة (خرجوا التكوين المهني):

يتميزون بنقص الكفاءة المهنية و التسييرية و تتمثل أساسا في أن الكثير من المستفيدين من للقروض المصغرة الطالبين لها، كما أن ترجيح النشاط التجاري و الخدمي (الذي لا يتطلب مناصب شغل كثيرة) على حساب الاستثمار المنتج المولد لمناصب الشغل، بالإضافة إلى وجود نسبة معتبرة من عدم سداد السلف والقروض في آجالها المحددة، حيث تشير

⁵³⁶ عمران عبد الحكيم، برامج التمويل المصغر و دورها في القضاء على البطالة، ملتقى دولي حول إستراتيجية القضاء على البطالة و تحقيق التنمية المستدامة، جامعة المسلة، نوفمبر 2011، ص20.

⁵³⁷ آيت عياش سمير، ناصر المهدي، القروض الصغيرة و دورها في محاربة البطالة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في علم الاقتصاد، جامعة خميس مليانة، 2015/2016، ص24.

⁵³⁸ مقداد وهاب، المرجع السابق، ص25.

الإحصائيات إلى أن نسبة التحصيل في الآجال المحددة بلغت 50.6 % من مجموع القروض المقدمة. من المستحيل من الناحية التقنية للهيئات المالية تلبية كل الطلب على القروض المصغرة أو مواءمة كل الجمهور، فنوعية الأنشطة التي يمكن تمويلها بالقروض المصغرة ليست دائما مرغوبة من قبل الراغبين في إنشاء المشاريع المصغرة.

الخاتمة :

- تنتهج الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر في تسيير برنامجها نظام غير ممرکز يعتمد على التواجد الجوّاري من خلال خلايا المرافقة المتواجدة عبر كل دوائر الوطن، ولكن الحقيقة أن هذه المرافقة هي ناقصة جدا خصوصا بالنسبة لخريجي⁵³⁹ التكوين المهني، حيث يلجئ خريجو التكوين المهني إلى الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر لسد احتياجاتهم المالية في إنشاء و توسع نشاطهم، ولكن هنا يستمدون بواقع مر تبرزه النتائج التالية :
- نقص متابعة الوكالة للنساء المستفيدات من القروض الممنوحة .
- إن الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر تقدم المساعدات المالية و الامتيازات الجبائية لخريجو التكوين المهني، إلا أنهم يعانون من معوقات متعلقة بالجهاز المشرف وعدم⁵⁴⁰ مرافقة و متابعة المستفيدين .
- وعليه فإننا نقترح التوصيات التالية :
- ضرورة وضع إطار تنظيمي جيد للتمويل المصغر في الجزائر والمحافظة عليه، كذا وضع نظام رقابي لمراقبة خريجو التكوين المهني المستفيدين من القرض المصغر .
- حث البنوك الشركاء على إيلاء الاهتمام الكافي بالقروض المصغرة، واستحداث⁵⁴¹ مؤسسات مالية مختصة في الإقراض المصغر.
- تشجيع البنوك الخاصة للمشاركة في التمويل المصغر، وذلك من خلال سن وتفعيل التشريعات والقوانين والأنظمة المحفزة على ذلك.
- تبسيط وتسهيل الإجراءات الإدارية والتنفيذية الخاصة بتأسيس المشروع المصغر و المدة التي تستغرق فيها منح القروض.
- نصح و توجيه خريجو التكوين المهني على إنشاء المشروع المصغر من بداية فكرة المشروع إلى مرحلة الانجاز.
- إلغاء التمويل الثلاثي والاقتصار فقط على التمويل الأحادي من الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر مع رفع سقفه، حتى يتسنى للأفراد خاصة الحصول على القرض المصغر بدون فوائد، والذين يخرجون عادة من وجود الفوائد البنكية ولو كانت ضئيلة في التمويل الثلاثي، واضفاء صفة التمويل الإسلامي.

مقداد أصيلة، المرجع السابق، ص55. ⁵³⁹

⁵⁴⁰ صافر فاطمة، دور و أهمية المرافقة في إنشاء المشروعات الصغيرة والمتوسطة في التشريع الجزائري، مجلة القانون، العدد السابع، 2016، ص3.

⁵⁴¹ مشعيب أنشي، واقع و آفاق المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2007/2008، ص35.

تنفيذ الجزاءات الجبائية المالية المقدرة للجرائم الجمركية

-دراسة مقارنة-

د. مداح حاج علي

أستاذ محاضر قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية -

جامعة ابن خلدون تيارت/ الجزائر

مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي

ملخص:

طبقا للقواعد العامة للتنفيذ الجزائي، فإن تنفيذ العقوبات السالبة للحرية هو من اختصاص النيابة العامة، أما في مادة القانون الجنائي الجمركي، فإن تنفيذ الجزاءات الجبائية أو المالية المحكوم بها يعود لإدارة الجمارك. وقد تم من خلال نصوص قانون الجمارك تزويد هذه الأخيرة بمجموعة من الامتيازات: فمن جهة، تم إقرار عدة ضمانات (ضمانات التنفيذ) لفائدة هذه الأخيرة، والتي من خلالها ستنتم عملية تحصيل الجزاءات الجبائية المحكوم بها بكل سهولة. ومن جهة أخرى، فإنه قد تم إقرار مجموعة طرق للتنفيذ والعهود بها لإدارة الجمارك، وهي تلعب دورا فعالا خلال عملية تحصيل الجزاءات الجبائية المحكوم بها. ومن خلال هذه الدراسة، سنعالج كلا من الأحكام المتعلقة بضمانات تنفيذ العقوبات الجبائية والأحكام المتعلقة بطرق تنفيذها.

Résumé :

Selon les règles générales de l'exécution pénale, l'exécution des peines privatives de liberté appartient au ministère public. Mais en matière de droit pénal douanier, l'exécution des sanctions fiscales revient à l'administration des douanes. Cette dernière a été, d'après les dispositions du code des douanes, munis de plusieurs privilèges : d'une part, plusieurs garantis ont été prévues au profit de celle-ci, par les quelles la perception des sanctions fiscales prononcées sera facilement effectué. D'autre part, plusieurs voies d'exécution ont été établies et confiés à l'administration des douanes, et elles jouent un rôle plus efficace lors de l'opération du recouvrement des sanctions fiscales prononcées. D'après cette étude, on va traiter bien les dispositions concernant les garantis de l'exécution des sanctions fiscales que celles concernant les voies de leur exécution.

مقدمة:

إذا ما صدر حكم بالإدانة عن إحدى الجرائم الجمركية، وجب بعد ذلك تنفيذه من أجل اقتضاء الجزاءات التي قضى بها، خصوصا منها الجزاءات المالية أو الجبائية، والمتمثلة أساسا في الغرامة الجمركية والمصادرة الجمركية. وإذا كانت القواعد العامة للتنفيذ الجزائي تقضي بأن تنفيذ القرارات القضائية الجزائية يعود كمبدأ عام لاختصاص النيابة العامة، فإن إدارة الجمارك هي التي تعود إليها مهمة متابعة تنفيذ العقوبات المالية (الجبائية)⁵⁴²، وقد تم إقرار هذا المبدأ بشكل صريح في المقطع 01 من المادة 293 من قانون الجمارك الجزائري الذي نص على أنه "تحصل العقوبات المالية المستحقة لإدارة الجمارك من طرف هذه الأخيرة". وقد تولت النصوص الجمركية وضع الأحكام الخاصة بعملية التنفيذ هذه، وهذه الأحكام منها يتعلق بالضمانات (suretés) المقررة لتنفيذ العقوبات الجبائية (المبحث الأول)، ومنها ما يتعلق بطرق تنفيذ هذه العقوبات (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ضمانات تنفيذ العقوبات الجبائية

تملك إدارة الجمارك لضمان تنفيذ العقوبات المالية مجموعة من الوسائل الخاصة بها لوحدها⁵⁴³، وهذه الوسائل أو التدابير إنما تهدف أساسا إلى تسهيل تحصيل هذه العقوبات. وأول هذه الضمانات هو "التضامن (الجمركي)"، وتضاف إليه بعد ذلك ضمانات أخرى كثيرة. وعلى هذا الأساس، نتعرض فيما يلي للتضامن الجمركي (المطلب الأول)، ونعقب ذلك بالضمانات الأخرى المقررة لتنفيذ العقوبات المالية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التضامن الجمركي

الحقيقة أن نظام التضامن يجد مكانه الأصيل في القانون المدني، وبالتحديد عند دراسة أوصاف الالتزام. فقد استقرت القوانين المدنية المختلفة على التمييز بين الالتزام البسيط الذي تكون فيه الرابطة القانونية محققة ونفاذا فوري وله محل واحد وكل من طرفيه واحد لا يتغير، والالتزام الموصوف الذي تكون فيه الرابطة معلقة في وجودها أو زوالها على شرط أو أجل أو قد يكون محله متعددا أو قد يكون أشخاصه متعددين⁵⁴⁴. وتعدد أشخاص الالتزام يعني أن يتعدد الدائنون أو أن يتعدد المدينون أو أن يتعدد الدائنون والمدينون معا، وفي جميع الأحوال سيثور التساؤل عن قيام أو عدم قيام التضامن فيما بين الدائنين وفيما بين المدينين، وعندما يقضى بقيام التضامن فإنه سيكون في الحالة الأولى تضامنا إيجابيا ويكون في الحالة الثانية تضامنا سلبيا. والتضامن السليبي، باعتباره يقوم بين المدينين، يعني أن يحمل أي منهم عناء الوفاء بكامل الالتزام إذا ما طالبه الدائن بذلك، وعلى هذا الأساس فإن هذا التضامن يمنح للدائن ضمانا جد معتبر ضد إعسار أحد المدينين المتضامين، مادام بإمكانه مطالبة أي منهم بدفع كامل الدين وما دام كل واحد منهم ضامنا لإعسار الآخرين⁵⁴⁵. ونظام التضامن السليبي لم يكن دوما حكرا على الالتزامات الناشئة عن المعاملات المالية بين الأشخاص، فقد تم استخدام

⁵⁴² V. ROZENN CREN, « Poursuites et sanctions en droit pénal douanier », thèse de doctorat en droit privé spécialité droit pénal, Université Panthéon-Assas (France), novembre 2011, p 313.

⁵⁴³ CHRISTOPHE SOULARD, « Guide pratique du contentieux douanier », Lexis Nexis-LITEC, 2008, p 314.

⁵⁴⁴ أنظر في هذا الشأن: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوجيز في النظرية العامة للالتزام"، منشأة المعارف الإسكندرية"، طبعة 2004، ص 1032.

⁵⁴⁵ FRANÇOIS TERRÉ, PHILLIPE SIMLER et YVES LEQUETTE, « Droit civil », -Les obligations-, DALLOZ, 7^e édition, 1999, p 1040.

هذا النظام في فترة ما في مجال عقوبة الغرامة الجزائية المقررة في القانون العام، وبذلك انتقل نظام التضامن من القانون المدني إلى القانون الجزائي⁵⁴⁶: فقد كانت المادة 55 من قانون العقوبات الفرنسي القديم (لسنة 1810) في إحدى مراحلها تنص على أن "كل الأفراد المحكوم عليهم من أجل جنائية واحدة أو جنحة واحدة ملزمون بالتضامن في الغرامات ورد الأشياء والتعويضات المدنية والمصاريف". وكذلك كانت الفقرة 05 من المادة 04 من قانون العقوبات الجزائري قبل تعديلها بقانون 23/06⁵⁴⁷ تنص على أنه "يعتبر الأشخاص المحكوم عليهم بسبب نفس الجريمة متضامنين في الغرامة ورد الأشياء...". لكن مكانة التضامن في الغرامات الجزائية المقررة في القانون العام قد عرفت نوعا من التلاشي، فبموجب الإصلاح الذي حدث في فرنسا عن طريق قانون 1975/07/11 فقد تم حصر التضامن الوارد في المادة 55 سابقة الذكر في رد الأشياء والتعويضات فقط، فلم يصبح منذ ذلك الحين شاملا للغرامات⁵⁴⁸. وذات الأمر حصل في الجزائر، حيث أصبحت الفقرة 05 من المادة 04 سابقة الذكر، بعد تعديلها بقانون 23/06، تحصر التضامن فقط في رد الأشياء والتعويضات والمصاريف دون الغرامة. ولا يختلف الأمر كثيرا في قانون العقوبات المصري، فقد نصت المادة 44 منه على أنه "إذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد لجريمة واحدة فاعلين كانوا أو شركاء، فالغرامات يحكم بها على كل واحد منهم على انفراد، خلافا للغرامات النسبية فإنهم يكونون متضامنين في الالتزام بها ما لم ينص في الحكم على خلاف ذلك". فما يلاحظ على المشرع المصري أنه قد جعل من عدم التضامن في الغرامات الجزائية (العادية) هو القاعدة العامة، ثم نص على التضامن في الغرامات النسبية كاستثناء على القاعدة العامة وجعل من هذا التضامن جوازا حيث يكون بإمكان القاضي عدم الحكم به⁵⁴⁹. والحقيقة أن استبعاد التضامن من مجال الغرامات الجزائية يزيد حتما من إظهار الفارق بينهما وبين التعويض، فهذا الأخير يحكم به بالتضامن بين المسؤولين ولا يتعدد بتعددتهم في حين أن الغرامة الجزائية باعتبارها غير خاضعة للتضامن ستتعدد بتعدد المسؤولين.

وبالنسبة للقانون الجنائي الجمركي فقد تبنى نظام التضامن في صورته السلبية، على اعتبار أن التضامن في مجال العقوبات الجمركية (الجبائية) يهدف إلى السماح للدولة بمطالبة أي من مدينيها (المحكوم عليهم) بكافة المبالغ المحكوم بها لها، وأي واحد منهم يدفع بدلا من الآخرين يكون بإمكانه الرجوع عليهم للتخفيف من حصته⁵⁵⁰. وعليه فإن الغاية الأساسية من التضامن الجمركي هي ضمان اقتضاء أو تحصيل كامل العقوبات المالية المحكوم بها. والتضامن في المادة الجمركية نوعان: تضامن ناتج عن أعمال قواعد المسؤولية المدنية، حيث يكون الشخص الذي قامت مسؤوليته المدنية عن الجريمة الجمركية متضامنا في دفع العقوبات الجبائية المحكوم بها، حتى وإن لم تقم في جانبه أية مسؤولية جنائية عنها، ودراستنا هذه غير معنية بهذا التضامن⁵⁵¹. وتضامن آخر يقوم في غالبية صوره بين الأشخاص الذين ساهموا في ارتكاب الجريمة

⁵⁴⁶ أنظر: د. أحسن بوسقيعه، "المنازعات الجمركية"، دار هوم، الطبعة الرابعة، 2009، ص 403.

⁵⁴⁷ المؤرخ في 2006/12/20 (منشور في الجريدة الرسمية المؤرخة في 2006/12/24، العدد 84) المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

⁵⁴⁸ V. CLAUDE J. BERR et HENRI TRÉMEAU, « Le droit douanier », - communautaire et national-, ECONOMICA, 4^e édition, 1997, p 484. V. aussi : BERNARD BOULOC, « Droit pénal général », DALLOZ, 21^e édition, 2009, p 477 – 478.

⁵⁴⁹ أنظر في التمييز بين الغرامة العادية والغرامة النسبية في قانون العقوبات المصري: د. فتوح عبد الله الشاذلي، "قانون العقوبات المصري"، القسم العام، النظرية العامة للجريمة المسؤولية الجزاء الجنائي، أبو العزم للطباعة، 2008، الكتاب الثاني، ص 213 – 214.

⁵⁵⁰ BERR et TREMEAU, op.cit, p 484.

⁵⁵¹ أنظر في هذا الشأن: رسالتنا بعنوان "الجرائم الجمركية – دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الجنائية، جامعة الجليلي اليابس سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الدراسية 2012/2013، سابقا ص 187 وما يليها.

وقامت مسؤوليتهم الجنائية عنها، وهو الذي يهمننا في هذا المقام. وقد حاول الفقه تبرير تبني هذا التضامن في المادة الجمركية، فاتجه البعض إلى القول بأن هذا التضامن يجد أساسه في أن الجرائم تقع تبعا لاتفاق الفاعلين، ومن ثم فمن الطبيعي أن يحكم عليهم بالتضامن في سداد الغرامات الجمركية⁵⁵². كما اتجه البعض الآخر من الفقه إلى تبرير التضامن الجمركي بالطابع المدني أو التعويضي للعقوبات الجبائية⁵⁵³. والحقيقة أنه يكون كافيا تبرير هذا التضامن بغايته الأساسية المتمثلة في ضمان تحصيل كامل العقوبات المالية المحكوم بها.

وبالعودة إلى قانون الجمارك الجزائري نجد أنه يقرر في المادة 316 منه بأنه "فيما يتعلق بالمخالفات (الجرائم) الجمركية، تكون الأحكام الصادرة على العديد من الأشخاص لارتكابهم الغش نفسه تضامنا بالنسبة للعقوبات المالية التي تقوم مقام المصادرة وبالنسبة للغرامات والمصاريف على حد سواء. - ولا يختلف الأمر إلا بالنسبة لمرتكبي المخالفات (الجرائم) المنصوص عليها في المادتين 35 و43 من هذا القانون. - ويجوز لقاضي الجمارك منح خصم التضامن (la remise de la solidarité) للمدينين الشركاء حسب الشروط التي يحددها المدير العام للجمارك بمقرر"⁵⁵⁴. ونصت المادة 317 منه على أنه "في مجال المخالفات (الجرائم) الجمركية) يعتبر مالكو البضائع والمستفيدون من الغش، حسب مفهوم المادة 310 من هذا القانون، متضامنين وخاضعين للإكراه البدني من أجل دفع الغرامات والمبالغ التي تقوم مقام المصادرة". ويمتد تطبيق المادتين السابقتين إلى الأمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب⁵⁵⁵ على الرغم من خلوه من نص يحيل إليهما⁵⁵⁶. أما قانون الجمارك الفرنسي، فقد نص في المادة 406 منه على أن "1- العقوبات الصادرة على عدة أشخاص من أجل ارتكاب الغش نفسه تكون تضامنا، سواء بالنسبة للعقوبات المالية التي تقوم مقام المصادرة أو بالنسبة للغرامة والمصاريف. 2- لا يطبق هذا الحكم على مخالفة أحكام المادتين 53 (الفقرة 01) و61 (الفقرة 01) أعلاه، والتي يعاقب عليها بغرامات فردية"⁵⁵⁷. ونصت المادة 407 منه على أن "مالكو بضائع الغش والمزموون باستيرادها أو تصديرها والمستفيدون من الغش والشركاء والمتدخلون ملزمون بالتضامن في دفع الغرامات وبجوز إخضاعهم (فيها) للإكراه القضائي وفي المبالغ التي تقوم مقام المصادرة والمصاريف"⁵⁵⁸. أما قانون الجمارك المصري فقد نص على التضامن عند ارتكاب جنح التهريب الجمركي، وذلك في الفقرة 04 من المادة 122 منه التي نصت على أنه "وفي جميع الأحوال، يحكم على الفاعلين والشركاء والأشخاص الاعتبارية التي تم ارتكاب الجريمة لصالحها

⁵⁵² H. PERRET, « le rôle de la solidarité entre les condamnés à une peine d'amende », R.S.C., 1941, p 84.

أشار إليه: د. أحسن بوسفيقه، المرجع السابق، ص 404.

⁵⁵³ V. LOUIS PABON, « Traité des infractions du contentieux et des tarifs des douanes », LIBRAIRIE DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS ET DU JOURNAL DES PARIS, L. LAROSE ÉDITEUR, 1893, p 117.

⁵⁵⁴ طبقا للنص الفرنسي، فإن هذه المادة مقسمة على ثلاث فقرات، أما طبقا للنص العربي فإن الفقرتان 01 و02 قد جمعتا في فقرة واحدة. ⁵⁵⁵ المؤرخ في 2005/08/23، (منشور بالجريدة الرسمية، العدد 59، المؤرخة في 2005/08/28)، المعدل والمتمم.

⁵⁵⁶ ونلتمس من المشرع الجزائري في هذا الصدد استحداث نص في الأمر 06/05 يحيل صراحة في تطبيق أحكام التضامن إلى المادتين 316 و317 المذكورتين في المتن.

⁵⁵⁷ « 1- Les condamnations contre plusieurs personnes pour un même fait de fraude sont solidaires, tant pour les pénalités pécuniaires tenant lieu de confiscation que pour l'amende et les dépens. 2- Il n'en est autrement qu'à l'égard des infractions aux articles 53-1 et 61-1 ci-dessus qui sont sanctionnés par des amendes individuelles ».

⁵⁵⁸ « Les propriétaires des marchandises de fraude, ceux qui se sont chargés de les importer ou de les exporter, les intéressés à la fraude, les complices et adhérents sont tous solidaires pour le paiement de l'amende et peuvent être soumis à une contrainte judiciaire, des sommes tenant lieu de confiscation et des dépens ».

متضامنين بتعويض يعادل مثل الضرائب الجمركية المستحقة...". كما نص على التضامن عند ارتكاب مخالفة جمركية وذلك في الفقرة 02 من المادة 118 مكرر منه التي نصت على أنه "ويكون الشخص الاعتباري مسئولاً بالتضامن معه (المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري) عن الوفاء بما يحكم به من غرامات، إذا كانت الجريمة قد ارتكبت من أحد عامله باسمه نيابة عنه".

ويلاحظ على قانون الجمارك الجزائري أنه قد ميز بين صورتين للتضامن الجمركي: فالصورة الأولى هي تضامن يقوم بين كل المساهمين عدا الشركاء المستفيدين من الغش ومالكي البضائع (محل الغش)، وقد نصت عليه المادة 316 سابقة الذكر. والصورة الثانية هي تضامن يقوم بين مالكي البضائع والمستفيدين من الغش، وقد نصت عليه المادة 317 سابقة الذكر. وكذلك ميز قانون الجمارك الفرنسي بين صورتين للتضامن الجمركي: فالصورة الأولى هي تضامن بين الفاعلين الأصليين لوحدهم وقد نصت عليه المادة 406 سابقة الذكر، والصورة الثانية هي تضامن بين الشركاء (بمفهوم القواعد العامة للاشتراك) والمستفيدين من الغش (بمفهوم الاشتراك الخاص الجمركي) ومالكي البضائع، وهم أيضاً من قبيل الشركاء المستفيدين مباشرة من الغش، والأشخاص الملزمين باستيراد أو تصدير البضائع محل الغش والمتدخلين. ويظهر الفرق بين الصورتين السابقتين للتضامن الجمركي في ناحيتين: فمن الناحية الأولى، فإنه حسب قانون الجمارك الجزائري نجد أن التضامن في صورته الأولى يمتد إلى الغرامات الجمركية والمصادرات النقدية والمصاريف، أما في صورته الثانية فيمتد فقط إلى الغرامات الجمركية والمصادرات النقدية دون المصاريف. في حين أنه حسب قانون الجمارك الفرنسي، نجد أن التضامن يمتد في صورته معاً إلى الغرامات الجمركية والمصادرات النقدية والمصاريف. ومن الناحية الثانية، فإن بعض الفقه⁵⁵⁹ قد اتجه إلى القول بأن التضامن في صورته الأولى يخص الحكم مما يعني أنه يكون واجبا النطق به في هذا الحكم، وأن التضامن في صورته الثانية يخص التنفيذ مما يعني أنه لا يحتاج إلى النطق به في الحكم. والحقيقة أن التضامن في صورتيه السابقتين معاً يخضع لحكم واحد في هذا الصدد، وهو ما سنأتي على بيانه في موضعه. وبالنسبة لقانون الجمارك المصري، فقد جعل من التضامن الجمركي شاملاً فقط للغرامات الجمركية على ما هو واضح من نص المادتين 122 (الفقرة 04) و118 مكرر (الفقرة 02) سابقتي الذكر، كما أنه قد سوى في الحكم بين التضامن القائم بين الفاعلين والتضامن القائم بين الشركاء.

وتقتضي دراسة أحكام التضامن الجمركي أن نتعرض على التوالي إلى: الأشخاص الخاضعين للتضامن (الفرع الأول)، ومحل هذا التضامن (الفرع الثاني)، وشروط تطبيقه (الفرع الثالث)، والاستثناءات الواردة عليه (الفرع الرابع)، لنختم ذلك بمسألة الحكم أو عدم الحكم بالتضامن (الفرع الخامس).

الفرع الأول: الأشخاص الخاضعون للتضامن

لقد أجمع كل من قانون الجمارك الجزائري وقانون الجمارك الفرنسي وقانون الجمارك المصري على امتداد التضامن إلى الفاعلين والشركاء في الجريمة، أي إلى الأشخاص المسؤولين جنائياً عنها، يستوي بعد ذلك أن تتحقق صفة الفاعل والشريك بناء على ما هو مقرر في قواعد المساهمة الجنائية العادية، أو بناء على ما هو مقرر في قواعد المساهمة الجنائية الجمركية الخاصة⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ أنظر: د. أحسن بوسقيعه، المرجع السابق، ص 404.

⁵⁶⁰ أنظر في تفصيل ذلك: رسالتنا سالفه الذكر، ص 280.

لكن ما يميز قانون الجمارك الجزائري وقانون الجمارك الفرنسي أنهما قد أخضعا أيضا مالك البضاعة محل الغش للتضامن، أما قانون الجمارك المصري (الحالي) فلم يذكر شيئا عن تضامن أصحاب البضائع، وقد كانت اللائحة الجمركية الصادرة في 1884/04/02 تقضي في المادة 34 منها بخضوع هؤلاء للتضامن في دفع العقوبات المقررة للتهريب مع الفاعلين والشركاء⁵⁶¹. وإذا كان مالك البضاعة، حسب قانون الجمارك الفرنسي، يعد مسؤولا جنائيا كمستفيد مباشر من الغش بناء فقط على صفته كمالك حتى وإن لم يساهم فعلا في الغش⁵⁶²، إلا أنه حسب قانون الجمارك الجزائري لا يكون مستفيدا من الغش إذا لم يساهم فعلا في هذا الغش، لكنه مع ذلك سيخضع للتضامن، مما يعني أن التضامن الجمركي سيلحق في هذه الحالة شخصا لم تقم مسؤوليته الجنائية كمساهم في الجريمة. كذلك فإن مالك البضاعة سيخضع للتضامن حتى وإن كانت مسؤوليته المدنية لم تقم عن الغش المرتكب⁵⁶³، ولا أدل على ذلك من أن القضاء الفرنسي يتجه دوما إلى إخضاع الشركات للتضامن في سداد العقوبات المالية على أساس المادة 407 من قانون الجمارك رغم عدم قيام مسؤوليتها المدنية كمتبوع⁵⁶⁴. وتجدر الإشارة إلى أن مالك البضاعة سيخضع للتضامن حتى وإن كان شخصا معنويا، رغم أن قانون الجمارك الجزائري لا يزال خاليا من نص يقرر قيام المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية عن الجرائم الجمركية الواردة فيه، إذ أن صفة الشخص المعنوي كمالك للبضاعة كفيفة لوحدها بإخضاعه للتضامن، بغض النظر عن قابليته أو عدم قابليته لأن يكون مسؤولا جنائيا. ومثل هذا القول يتفق نوعا ما مع ما كان يقضي به القضاء الفرنسي قبل تكريس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن الجرائم الجمركية في قانون الجمارك الفرنسي، حيث كان يقضي دائما بتضامن الشخص المعنوي في دفع العقوبات المالية باعتباره مستفيدا من الغش⁵⁶⁵.

ومن جهة أخرى، فإن قانون الجمارك الفرنسي قد تميز لوحده بتمديد التضامن الجمركي إلى أشخاص آخرين بناء على صفتهم فقط، حتى وإن لم تقم في جانبهم مسؤولية جنائية أو مدنية عن الجريمة المرتكبة، ويتعلق الأمر بالأشخاص المكلفين باستيراد وتصدير البضائع محل الغش والمتدخلين (adhérents). كذلك فإن الفقرة 06 من المادة 382 من قانون الجمارك الفرنسي قد وسعت أكثر من قائمة الأشخاص الخاضعين للتضامن الجمركي، حيث نصت على أنه "في حالة الحكم بالعقوبات المالية المنصوص عليها في هذا القانون، فإن بإمكان إدارة الجمارك، عندما تتوفر لديها عناصر تسمح بافتراض أن المحكوم عليه قد رتب إعساره، أن تطلب من القاضي الحكم على الأشخاص الذين ساهموا في تنظيم هذا الإعسار بالتضامن في دفع المبالغ الواجب دفعها"⁵⁶⁶.

⁵⁶¹ أنظر: الطعن رقم 1368 لسنة 30 ق، جلسة 1960/11/28، ص 11، 830. أشار إليه: د. عبد الحميد الشواربي، "الجرائم المالية والتجارية"، منشأة المعارف الإسكندرية، 1989، ص 128.

⁵⁶² أنظر في تفصيل ذلك: رسالتنا سالفه الذكر، ص 143 وما يليها.

⁵⁶³ أنظر في تفصيل ذلك: رسالتنا سالفه الذكر، ص 195 وما يليها.

⁵⁶⁴ V. crim. 27/06/1977. D. 1977, IR, 392; crim, 10/05/1989. B.c., n° 187, p 479.

أشار إليهما: د. أحسن بوسقيع، المرجع السابق، ص 410.

⁵⁶⁵ V. crim, 28/05/1980. B.c., n° 160; crim, 07/01/1986. B.c., n° 08. Cités par: ROZENN CRENN, th. préc., p 315.

⁵⁶⁶ « 6. En cas de condamnation à une pénalité pécuniaire prévue au présent code, lorsque l'administration dispose d'éléments permettant de présumer que le condamné a organisé son insolvabilité, elle peut demander au juge de

والتضامن الجمركي ليس محددا بمقدار معين من المبالغ المحكوم بها، وبالتالي فإنه سيشمل كافة هذه المبالغ. كذلك فإن التضامن في جانب المستفيدين من الغش سيقوم عن كامل هذه المبالغ حتى وإن كان قد استفادوا فقط من جزء بسيط من الأشياء محل التهريب⁵⁶⁷. كذلك فإن المتهمين لا يخضعون للتضامن إذا ما قضي ببراءتهم أو كانوا قد استفادوا من مصالح⁵⁶⁸، على أن المصلحة الممنوحة لأحد المحكوم عليهم لا يستفيد منها الآخرون⁵⁶⁹، مما يعني أنهم هؤلاء يبقون خاضعين للتضامن.

الفرع الثاني: محل التضامن

لقد حصر المشرع الجزائري التضامن الجمركي في العقوبات المالية ذات الطابع النقدي، فجعله شاملا للغرامات الجمركية والمصادرات النقدية، سواء تعلق الأمر بالتضامن المنصوص عليه في المادة 316 من قانون الجمارك أو التضامن المنصوص عليه في المادة 317 من ذات القانون. ويضاف إلى العقوبات السابقة المصاريف، وذلك فقط بالنسبة للتضامن الوارد في المادة 316 سابقة الذكر. وبالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد جعل هو أيضا من التضامن الجمركي شاملا للغرامات الجمركية والمصادرات النقدية وأضاف إليها المصاريف، سواء تعلق الأمر بالتضامن المنصوص عليه في المادة 406 من قانون الجمارك أو التضامن المنصوص عليه في المادة 407 من ذات القانون. وبذلك فإن المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي لم يجعلوا من التضامن شاملا للحقوق والرسوم الواجب أدائها، كما هو الشأن بالنسبة للتضامن الناشئ عن قيام المسؤولية المدنية في جانب مالك البضاعة والكفيل⁵⁷⁰. وبالنسبة للمشرع المصري، فيلاحظ أنه قد حصر التضامن في الغرامات الجمركية دون المصادرات النقدية، كما هو واضح من نص المادتين 122 (الفقرة 04) و118 مكرر (الفقرة 02) من قانون الجمارك، لكن كانت قبل ذلك اللائحة الجمركية الصادرة في 1884/04/02 تقضي في المادة 34 منها بأن "العقوبات في مواد التهريب مستوجبة بطريق التضامن على الفاعلين والمشاركين في الاحتيال (الشركاء) أي كانوا وعلى أصحاب البضائع..."⁵⁷¹، مما يستفاد معه أن التضامن كان شاملا للمصادرات الجمركية والغرامات الجمركية على حد سواء.

الفرع الثالث: شروط التضامن

يشترط لتطبيق التضامن شرط أساسي وحيد يتمثل في "وحدة فعل الغش" أو الجريمة الجمركية بين المعنيين بالتضامن، وهذا الشرط ورغم كونه منطقيا إلا أن المادة 316 من قانون الجمارك الجزائري والمادة 406 من قانون الجمارك

condamner à la solidarité de paiement des sommes dues les personnes qui auront participé à l'organisation de cette insolvabilité ».

⁵⁶⁷ Crim. 15/07/1943. Doc. Cont., n° 710. Cité par: PAUL BEQUET, « La contrebande », -Législation jurisprudence usages et pratique de la douane-, LAIBRAIRIES TECHNIQUES (librairie de la cour de cassation), 1959, p 253.

ROZENN CRENN, th. préc., p 315. ⁵⁶⁸ V.

⁵⁶⁹ Crim, 26/11/1964. B.c., n° 314. Cité par: M. SCHUMACHER, « Les sanctions et leur exécution en matière douanière », dans « Études de droit pénal douanier », Annales de la faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence, PUF 1968, p 159, marge 03.

⁵⁷⁰ أنظر في تفصيل ذلك: رسالتنا سالفه الذكر، ص 185 و198.

⁵⁷¹ نقض جنائي في 1973/05/05، مجموعة أحكام محكمة النقض، س24، رقم 152، ص 862. أشار إليه: د. مجدي محب حافظ، "جريمة التهريب الجمركي"، -في ضوء الفقه وأحكام النقض والإدارية العليا والدستورية العليا حتى عام 1995-، (دون ذكر دار النشر)، 1995، ص 173 - 174.

الفرنسي قد أشارتا إليه صراحة، كما لم تخلو أحكام وقرارات القضاء الجزائري⁵⁷² والقضاء الفرنسي⁵⁷³ من الإشارة إليه أيضا. وعليه فإنه مثلا عند ضبط مجموعة من الأشخاص في سيارة واحدة، وكل واحد منهم يحمل بضاعة من صنف البضائع الحساسة القابلة للتهريب بدون وثائق تثبت وضعيتها القانونية إزاء التشريع والتنظيم الجمركيين، فإن الغرامة الجمركية المقررة لهذا الفعل ستكون بالتضامن فيما بينهم⁵⁷⁴. كذلك فإن "الأعضاء في مؤسسة غش"، كمستفيدين مباشرة من الغش حسب قانون الجمارك الفرنسي⁵⁷⁵، يتحقق في جانبهم شرط وحدة الغش عن كل أعمال الغش المرتكبة من طرف المؤسسة حتى وإن كانوا قد ساهموا في بعضها دون البعض الآخر، مما يعني أنهم سيكونون متضامين في العقوبات أيا كانت مرتبتهم ومهما كانت ضالة الفائدة التي يحصلون عليها⁵⁷⁶.

وعند تحقق شرط وحدة فعل الغش، فإنه لا يكون مقبولا الحكم على كل واحد من مرتكبي هذا الغش بغرامة مستقلة عن غرامة الآخرين. وعلى هذا الأساس، اتجهت المحكمة العليا الجزائرية في أحد قراراتها إلى القول بأنه "لما كان ثابتا في قضية الحال أن المحكوم عليهم اشتركا في القيام بمخالفات (جرائم) جمركية، وأن المحكمة لم تحكم بالتضامن بين المحكوم عليهم فيما يخص الغرامة المالية، فإنها تكون بقضائها هذا قد خالفت القانون"⁵⁷⁷.

وشروط "وحدة الغش" لا يتعارض مع واقعة تعدد الجرائم أو أفعال الغش ما دام الفاعلون قد ساهم كل منهم في كل هذه الأفعال وكان المستفيدون من الغش قد استفادوا منها كلها وكان المالكون مالكين لكل البضائع التي انصبت عليها كل عمليات الغش، لكن إذا استقلت كل عملية غش عن الأخرى بفاعليها والمستفيدين منها ومالكي البضائع محلها، فإنه لا يجوز إخضاعهم جميعا للتضامن عن العقوبات المالية المحكوم بها عن سائر عمليات الغش هذه. وهو ما أكدته القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد⁵⁷⁸، وأكدته أيضا المحكمة العليا الجزائرية بقولها "حيث أنه يتبين من تلاوة القرار المطعون فيه ومن أوراق الدعوى أن المدعي في الطعن أدين بجنحة شراء سيارة واحدة من أصل أجنبي، وهي التي تحمل رقم 28 - 188 - 958، غير أنه قضي عليه بخصوص الغرامة الجمركية على أساس كل السيارات المزورة التي ضبطت بحوزة المتهم الآخر المدعو المدان بجنح التزوير في هياكل السيارات وفي وثائقها وبيع وشراء سيارات مزورة. وحيث أنه طالما لا يوجد في القرار المطعون فيه ما يفيد بأن الطاعن قد ارتكب غشا بخصوص السيارات الأخرى أو قد ساعد أو عاون المتهم الرئيسي على ارتكاب أفعال

⁵⁷² أنظر مثلا: غ ج 1، قرار في 1988/02/16، ملف رقم 48.317. أشار إليه: جيلالي بغدادي، "الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية"، الجزء الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2002، ص 185.

⁵⁷³ V. par ex: crim. 06/05/1971. B.c., n° 139; crim, 03 et 13/06/1991. D.P 1991, comm. n° 260. Cités par: ROZENN CREN, th. préc., p 314.

⁵⁷⁴ غ ج م ق 3، قرار في 1998/12/27، ملف رقم 161.986، غير منشور. أشار إليه: د. أحسن بوسقيعه، "قانون الجمارك في ضوء الممارسة القضائية"، منشورات بيرتي (BERTI éditions)، طبعة 2010/2009، ص 147 - 148.

⁵⁷⁵ أنظر في تفصيل ذلك: رسالتنا سالفة الذكر، ص 140 - 141.

⁵⁷⁶ Douai. 06/12/1892. Doc. Cont., n° 313; crim. 30/10/1947. JCP 47, IV, éd. G., p 210. Cité par: PAUL BEQUET, op.cit, p 252.

⁵⁷⁷ غ ج 1، قرار في 1988/02/16، ملف رقم 48.317. أشار إليه: نبيل صقر، "الجمارك والتهريب نصا وتطبيقا"، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 307 - 308.

⁵⁷⁸ Crim, 12/08/1859. D.P 1859, I, 478. Cité par: BERR et TREMEAU, op.cit, p 487.

الغش أو أنه قد استفاد من الغش فيما يخص هذه السيارات، فإن القضاء عليه بغرامة جمركية على أساس كل السيارات المزورة بدون تبرير يعد قصورا في الأسباب⁵⁷⁹.

الفرع الرابع: الاستثناءات الواردة على مبدأ التضامن

لقد نص كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي على حالتين أو جريمتين لا يطبق فيهما التضامن، وإنما يحكم فيهما بالعقوبات المالية بشكل فردي على كل واحد من مرتكبي الجريمة فتتعدد هذه العقوبات بتعدددهم: فبالنسبة للمشرع الجزائري فقد قضى في الفقرة 02 من المادة 316 من قانون الجمارك بوجوب الحكم بغرامة فردية عند ارتكاب جريمة تتضمن مخالفة لأحكام المادة 35 أو المادة 43 من نفس القانون. ويتعلق الأمر في الحالة الأولى (مخالفة المادة 35) بالضغط والتهديدات التي تعرقل أعوان الجمارك في أداء مهامهم أو بشكل عام "الإهانة" الموجهة لأعوان الجمارك، وهذه لم يصف عليها قانون الجمارك الجزائري وصفا جرميا جمركيا مما يعني أن تتخذ فقط وصف "جنحة الإهانة" المنصوص عليها في المادة 144 من قانون العقوبات، وعندئذ فإن الغرامة التي سيحكم بها هي غرامة جزائية ولا تخضع للتضامن، طبقا للفقرة 04 من المادة 04 من نفس القانون، ودون حاجة إلى النص على ذلك في الفقرة 02 من المادة 316 سالفه الذكر. ويتعلق الأمر في الحالة الثانية (مخالفة المادة 43) بجريمة "عدم امتثال سائق وسيلة النقل لأوامر أعوان الجمارك"، وهذه مجرمة كمخالفة جمركية من الدرجة الأولى طبقا للمادة 319 من قانون الجمارك. وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد قضى في الفقرة 02 من المادة 406 من قانون الجمارك بوجوب الحكم بغرامة فردية عند ارتكاب جريمة تتضمن مخالفة لأحكام المادة 61 (الفقرة 01) أو المادة 53 (الفقرة 01) من نفس القانون. ويتعلق الأمر في الحالة الأولى (مخالفة المادة 61) بجريمة "عدم امتثال سائق وسيلة النقل لأوامر أعوان الجمارك"، وهذه مجرمة كمخالفة جمركية من الدرجة الخامسة طبقا للمادة 413 مكرر من قانون الجمارك. ويتعلق الأمر في الحالة الثانية (مخالفة المادة 53) بجريمة "السب وسوء المعاملة والتشويش على أعوان الجمارك خلال ممارستهم لوظائفهم، وكذا الاعتراض على ممارسة هؤلاء لوظائفهم"، وهذه مجرمة أيضا كمخالفة جمركية من الدرجة الخامسة طبقا للمادة 413 مكرر سابقة الذكر، كما أنها تأخذ في ذات الوقت وصف "جنحة الإهانة" المنصوص عليها في المادة 433-5 من قانون العقوبات.

كذلك نص المشرع الجزائري على استثناء آخر على مبدأ التضامن، ويتمثل هذا الاستثناء في قاعدة "الخصم من التضامن" أو "تجزئة التضامن" أو بعبارة أدق "الإعفاء من التضامن" كمقابل لمصطلح la remise de solidarité. ويقصد بالإعفاء من التضامن "أن يتم تحرير أحد المتضامين من دفع كامل العقوبات المالية المحكوم بها، والاقتصر فقط على إلزامه بدفع مبلغ يعادل حصته الشخصية في هذه العقوبات". وقد تم إقرار هذه القاعدة في الفقرة 03 من المادة 316 من قانون الجمارك (الجزائري) التي نصت على أنه "يجوز لقاضي الجمارك منح خصم التضامن (التجزئة) للمدينين الشركاء⁵⁸⁰ حسب الشروط التي يحددها المدير العام للجمارك". وقد صدر مقرر المدير العام للجمارك المؤرخ في 1995/02/20⁵⁸¹، حيث نصت

⁵⁷⁹ غ ج م ق 3: قرار في 1998/07/27، ملف رقم 163.122، غير منشور - قرار في 1998/07/27، ملف رقم 163.532، غير منشور. أشار إليهما: د. أحسن بوسقيع، "المنازعات الجمركية"، المرجع السابق، ص 406 - 407.

⁵⁸⁰ ويقصد بهم المحكوم عليهم بسبب فعل الغش الواحد.

⁵⁸¹ الذي يحدد شروط منح خصم التضامن المنصوص عليه في المادة 316 من قانون الجمارك (منشور في الجريدة الرسمية المؤرخة في 1995/04/05، العدد 18)، المعدل والمتمم.

المادة 02 منه على إعطاء الاختصاص بمنح هذا الخصم لقاibus الجمارك المختص إقليميا بعد موافقة رئيس مفتشية أقسام الجمارك، كما اشترطت لمنح هذا الخصم: - أن يستحيل على طالب الخصم دفع كامل المبالغ المالية المحكوم بها. - وأن يأمر القاibus بإجراء تحقيق في أملاك طالب الخصم (المدين الشريك) القابلة للحجز قصد التحقق من هذه الاستحالة. - وأن لا يقل المبلغ المعروض دفعه في طلب الخصم عن حصة طالب الخصم في العقوبات المالية المحكوم بها. غير أن المادة 03 من ذات المقرر وضعت استثناء على هذا الشرط الأخير، فأجازت أن يكون المبلغ المقترح دفعه من قبل طالب الخصم أقل من حصته في العقوبات المحكوم بها، شرط أن يأذن بالخصم في هذه الحالة المدير الجهوي للجمارك المختص إقليميا. وإذا ما منح الخصم لمن طلبه، فإن المحكوم عليهم الآخرين يبقون تلقائيا متضامنين في الجزء الباقي من العقوبات المحكوم بها، طبقا للمادة 04 من ذات المقرر.

كذلك فإن المشرع الفرنسي قد قرر "الإعفاء من التضامن"، وأخضعه لقواعد تختلف عن تلك التي أوردها المشرع الجزائري، حيث نص في الشطر الثاني من البند و من الفقرة 01 من المادة 369 من قانون الجمارك على أنه "في حالة تعدد المخالفين عن فعل غش واحد، يجوز للمحكمة أن تحصر نطاق التضامن بشأن بعض منهم فقط وذلك فيما يخص المبالغ التي تقوم مقام المصادرة (المصادرة النقدية) والغرامات الجبائية. وفي هذه الحالة تأمر المحكمة أولا بالعقوبات الجبائية المطبقة على المخالفين الآخرين والتي سيكون هؤلاء متضامنين فيها"⁵⁸². فهذا النص قد وضع استثناء على مبدأ التضامن، وذلك من خلال إخضاع هذا التضامن لنظام التخفيف الذي يأخذ صورة الإعفاء منه في هذه الحالة، فعامله بذلك معاملة العقوبة⁵⁸³. وهذا الإعفاء من التضامن يتم، على حد ما ورد في بداية الفقرة 01 من المادة 369 سابقة الذكر، بعد مراعاة أهمية وجسامة الجريمة المرتكبة وكذا شخصية مرتكبها، كما أن منح هذا الإعفاء هو أمر جوازي وليس وجوبيا. كذلك فإن الإعفاء من التضامن لا يكون إلا جزئيا حيث يشمل بعض المحكوم عليهم وليس كلهم، ويتم الحكم به بعد تحديد المبلغ الإجمالي الذي يتضامن فيه كامل المحكوم عليهم.

الفرع الخامس: مسألة الحكم أو عدم الحكم بالتضامن

يثور التساؤل حول ما إذا كان التضامن بين المحكوم عليهم يتحقق بقوة القانون دون حاجة إلى النص عليه صراحة في الحكم، أم أن القضاة ملزمون بالنطق به في الحكم؟. ففي الحالة الأولى سيكون كافيا فقط أن ينص الحكم على مقدار العقوبات المالية فيتحملها المحكوم عليهم بالتضامن فيما بينهم، في حين سيكون لازما في الحالة الثانية النص في الحكم على مقدار العقوبات وكذا التضامن بين المحكوم عليهم في تحمل هذه العقوبات.

⁵⁸² « En cas de pluralité de contrevenants pour un même fait de fraude, le tribunal peut, en ce qui concerne les sommes tenant lieu de confiscation et les amendes fiscales, limiter l'étendue de la solidarité à l'égard de certains d'entre eux seulement. Dans ce cas, le tribunal prononce tout d'abord les sanctions fiscales applicables aux autres contrevenants et auxquelles ceux-ci seront solidairement tenus ».

⁵⁸³ راجع في موضوع الاتجاهات المختلفة حول تكييف التضامن، بين من يرى فيه وسيلة لتنفيذ الغرامات، ومن يرى فيه ضمانا لتنفيذها، ومن يرى فيه أنه تشديد للعقوبة: د. أحسن بوسقيعه، "المنازعات الجمركية"، المرجع السابق، ص 408 وما يليها. وإذا كان خضوع التضامن لنظام التخفيف في قانون الجمارك الفرنسي يصلح كمبرر لاعتباره كعقوبة، فإن التضامن الوارد في الفقرة 06 من المادة 382 من نفس القانون يؤكد هو أيضا هذا الطابع. كذلك فإن وجوب النص على التضامن في الحكم، كما سنأتي على بيانه في المتن، يصلح هو أيضا كمبرر لهذا الطابع.

وفي هذا الصدد، فإن القضاء الجزائري قد قضى صراحة بأن التضامن الجمركي يجب الحكم به من طرف المحكمة⁵⁸⁴. أما القضاء الفرنسي فقد كان له موقف مخالف، حيث اتجهت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها إلى التصريح بعدم جواز تأسيس الطعن بالنقض الذي قدمه المتهم على واقعة أن الحكم الصادر ضده لم يحدد المساهمين المتضامنين في الغرامة المحكوم بها⁵⁸⁵، مما يعني أن التضامن الجمركي من وجهة نظر محكمة النقض الفرنسية يتم بقوة القانون. وموقفها هذا يتفق مع ما كانت تقضي به في شأن التضامن الذي كان منصوصا عليه في المادة 55 من قانون العقوبات القديم (لسنة 1810)، حيث كانت تقضي بقيامه بقوة القانون وإن كان القاضي لم يحكم به⁵⁸⁶. غير أن هذا الحكم لا ينطبق على التضامن الجمركي المقرر في الفقرة 06 من المادة 382 من قانون الجمارك الفرنسي بشأن الأشخاص الذين يساهمون في تدبير إعمار المحكوم عليه، فقد كانت هذه الأخيرة صريحة في وجوب الحكم به.

المطلب الثاني: الضمانات الأخرى لتنفيذ العقوبات المالية

فضلا عن التضامن الجمركي، فإن إدارة الجمارك تملك ضمانات أخرى كثيرة لتنفيذ أو تحصيل العقوبات المالية المحكوم بها، وهذه الضمانات منها ما هو ناتج عن النظر إليها كأى دائن عادي آخر، كما لو مارست إدارة الجمارك الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف المقررة في القانون المدني⁵⁸⁷، ومنها ما هو ناتج عن النظر إليها كدائن من طبيعة خاصة وكذا عن النظر إلى العقوبات الجبائية كدين من طبيعة خاصة هي كذلك. وقد تولت النصوص الجمركية تنظيم هذه الضمانات الأخيرة⁵⁸⁸، وهي تشمل أساسا: عدم استرداد الأشياء المحجوزة أو المصادرة (الفرع الأول)، وتقديم كفالة أو الاحتفاظ بالبضائع ووسائل النقل غير الخاضعة لعقوبة المصادرة (الفرع الثاني)، والحجز التحفظي (الفرع الثالث)، وبيع الأشياء المحجوزة قبل صدور حكم أو قرار نهائي بالمصادرة (الفرع الرابع)، وحق الامتياز وحق الرهن (الفرع الخامس). ونتعرض فيما يلي لهذه الضمانات تباعا.

الفرع الأول: عدم استرداد الأشياء المحجوزة أو المصادرة

نصت على هذا الضمان الفقرة 01 من المادة 289 من قانون الجمارك الجزائري بقولها "لا يجوز للمالكي البضائع المحجوزة أو المصادرة أن يطالبوا بها، ولا للدائنين أن يطالبوا بتمنحها سواء كان مودعا أم لا ولو كان هؤلاء الدائنون ذوي امتياز ما، إلا عن طريق الطعن ضد مرتكبي الغش، مع مراعاة أحكام المادة 246 من هذا القانون". كذلك نصت الفقرة 01 من المادة 376

⁵⁸⁴ أنظر مثلا: غ ج 1، قرار في 1988/02/16، ملف رقم 48.317. مشار إليه سابقا.

⁵⁸⁵ Crim. 18/12/1952. Doc. Cont., n° 1026; crim. 03/01/1984. JCP éd. E., 1985 et ADG 14.775, n° 39, obs C.-J. Berr. Cités par : BERR et TREMEAU, op.cit, p 488.

⁵⁸⁶ Crim. 18/08/1866. S. 66, 1, 376; crim. 19/02/1867. S. 67, 1, 172. Cités par : LOUIS PABON, op.cit, p 118.

⁵⁸⁷ V. Trib. Civ. Dijon. 16/11/1951. Doc. Cont., n° 993. Cité par: M. SCHUMACHER, art. préc., p 156.

⁵⁸⁸ نظمها المشرع الجزائري في المواد من 289 إلى 291 من قانون الجمارك، ضمن فرع تاسع عنوانه "الضمانات"، وتضاف إلى ذلك نصوص أخرى متفرقة كما سيتم بيانه في متن. ويمتد تطبيق النصوص السابقة إلى الأمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب على الرغم من خلوه من نص يحيل إليها، ولذلك نلتزم من المشرع الجزائري استحداث نص في الأمر 06/05 يقضي بإقرار هذه الضمانات لإدارة الجمارك من أجل تأمين تنفيذ أو اقتضاء العقوبات المالية المنصوص عليها فيه. أما المشرع الفرنسي فقد نظمها في المواد من 378 إلى 381 من قانون الجمارك ضمن قسم أول عنوانه "ضمانات تكفل التنفيذ"، وتضاف إلى ذلك نصوص أخرى متفرقة كما سيأتي بيانه في المتن.

من قانون الجمارك الفرنسي على أنه "1- لا يجوز للملكي البضائع المحجوزة أو المصادرة استردادها، ولا يجوز للدائنين ولو كانوا ذوي امتياز أن يطالبوا بثمانها سواء كان مودعا أم لا، إلا عن طريق الرجوع على مرتكبي الغش"⁵⁸⁹.

وما يلاحظ على المادتين السابقتين أنهما تقرران عدم جواز استرداد الأشياء التي تمت مصادرتها بحكم قضائي، وكذا الأشياء التي تم الحجز عليها قبل الحكم بالمصادرة أي خلال التحري عن الجريمة المرتكبة، وقد تم تقرير عدم الاسترداد في مواجهة كل من: مالكي الأشياء المحجوزة أو المصادرة، وكذا دائني مالكي هذه البضائع سواء كانوا دائنين عاديين لهم مجرد حق شخصي على هذه الأشياء أو كانوا دائنين ممتازين لهم تأمين عيني أو حق عيني تبقي عليها. وقد أريد بهذا المبدأ إقرار ضمان يكفل تنفيذ أو اقتضاء عقوبة المصادرة الجمركية.

ومثل هذا الحكم سينتج عنه بالنسبة للمالكين "امتداد المصادرة إلى أموالهم ولو كانوا حسني النية"، لأن حرمانهم من الاسترداد يتضمن إقرارا للحكم بمصادرة أموالهم في هذه الحالة، لكن بالمقابل لذلك تم منحهم حق الرجوع على مرتكبي الغش أو الجريمة التي استوجبت مصادرة هذه الأشياء⁵⁹⁰. كذلك سينتج عن هذا الحكم، كقاعدة عامة، بالنسبة للمالكين "عدم جواز منحهم رفع اليد عن الأشياء المحجوزة ولو كانوا حسني النية"⁵⁹¹. وينتج أيضا عن هذا الحكم بالنسبة للدائنين الممتازين "اختفاء حقوق الرهن التي تثقل الشيء محل المصادرة"⁵⁹²، بل إن رفع اليد الناتج عن حكم بالتسوية القضائية أو بتصفية الأموال ليس من شأنه أن يعطل الحكم أو القرار القاضي بالمصادرة⁵⁹³، على أنه سيكون لهؤلاء الدائنين حق الرجوع على مرتكبي الجريمة التي استوجبت مصادرة الشيء المثقل بحقوقهم.

الفرع الثاني: تقديم كفالة أو الحق في حبس البضائع ووسائل النقل غير الخاضعة لعقوبة المصادرة

بالعودة إلى المادة 290 من قانون الجمارك الجزائري، نجد أنها تنص على أنه "يجب أن يتم ضمان تأمين العقوبات المستحقة بتقديم كفالة مصرفية أو بإيداع مبلغ يغطي هذه العقوبات، وذلك عندما يثبت التلبس بمخالفة (جريمة) جمركية. - إذا لم تتوفر إحدى هذه الضمانات فإنه يمكن الاحتفاظ بالبضائع بما فيها وسائل النقل غير الخاضعة للمصادرة، لغاية إيداع مبلغ الغرامات المستحقة طبقا للشروط المنصوص عليها في الفقرة 03 من المادة 246 أعلاه". وكذلك نصت المادة 378 من قانون الجمارك الفرنسي على أنه "في جميع الحالات التي تعين فيها جريمة جمركية متلبس بها، فإنه يجوز الاحتفاظ بوسائل النقل والبضائع المتنازع فيها غير الخاضعة للمصادرة من أجل ضمان العقوبات المستحقة، وذلك إلى غاية تقديم كفالة أو دفع إيداع مبلغ هذه العقوبات"⁵⁹⁴.

⁵⁸⁹ « 1. Les objets saisis ou confisqués ne peuvent être revendus par les propriétaires, ni le prix, qu'il soit consigné ou non, réclamé par les créanciers même privilégiés, sauf leur recours contre les auteurs de la fraude ».

⁵⁹⁰ أنظر في تفصيل ذلك: رسالتنا سالفة الذكر، ص 241.

⁵⁹¹ مع مراعاة أن هنالك استثناء على هذا المبدأ، بموجبيه يكون بإمكان المالك حسن النية الحق في الحصول على رفع اليد (الاسترداد) عن وسائل النقل المحجوزة. أنظر في تفصيل ذلك: رسالتنا سالفة الذكر، ص 441.

⁵⁹² Trib. d'inst. Neuilly-sur-seine. 12/06/1963. doc. Cont., n° 1437. Cité par: BERR et TREMEAU, op.cit, p 506.

⁵⁹³ Crim. 20/11/1978. D. 1979, p 14, note Culioli et Derrida. Cité par: ROZENN CREN, th. préc., p 293.

⁵⁹⁴ « Dans tous les cas de constatation d'infraction douanière flagrante, les moyens de transport et les marchandises litigieuses non passibles de confiscation peuvent, pour sûreté des pénalités encourues, être retenus jusqu'à ce qu'il soit fourni caution ou versé consignation du montant desdites pénalités ».

ويلاحظ من خلال النصين السابقين أن المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي قد أوردا ضمانات لاقتضاء كل العقوبات المالية التي قد يحكم بها، عندما يتم ضبط مرتكب الجريمة الجمركية في حالة التلبس، مما يعني أن لا مجال لهذه الضمانات عندما يتعلق الأمر بجريمة جمركية غير متلبس بها⁵⁹⁵. وهذه الضمانات اثنان: فالضمان الأول وجوبي وهو يتمثل في "تقديم كفالة"، وقد اشترط المشرع الجزائري أن تكون هذه الكفالة مصرفية. كما يجوز أن يتم بدلا من تقديم الكفالة "إيداع مبلغ يغطي العقوبات التي قد يحكم بها". أما الضمان الثاني فهو احتياطي، حيث يتم تقديمه عند استحالة تقديم الكفالة أو استحالة إيداع مبلغ يغطي العقوبات، ويستمر إلى غاية تقديم الكفالة أو الإيداع، كما أنه جوازي أي أنه يمكن الاستغناء عنه رغم عدم تقديم الكفالة والإيداع، ويتمثل هذا الضمان في "الحق في حبس البضائع ووسائل النقل غير الخاضعة لعقوبة المصادرة"، أما البضائع ووسائل النقل الخاضعة لعقوبة المصادرة فستخضع لإجراء الحجز الجمركي في هذه الحالة⁵⁹⁶.

الفرع الثالث: الحجز التحفظي

نظمت المادة 291 من قانون الجمارك الجزائري، حيث حددت الفقرة 01 منها الجهة المختصة بتوقيعه وكذا شروط الأمر به بقولها "في الحالات الاستعجالية يمكن للجهة القضائية التي تبت في القضايا المدنية، وبناء على طلب من إدارة الجمارك، أن ترخص بالحجز التحفظي للأشياء المنقولة للمخالفين بموجب حكم يقضي بإدانتهم أو حتى قبل صدور هذا الحكم، وذلك مع مراعاة الاستثناءات التي ينص عليها القانون".

فمن خلال هذا النص تكون الجهة القضائية المختصة بالأمر بالحجز التحفظي هي الجهات القضائية المدنية، كما أنه يشترط للأمر بهذا الحجز التحفظي: - أن تكون هنالك حالة استعجال، ويجب فهم هذا الأخير على أنه "كل ظرف من شأنه أن يسمح للمتهم بإخفاء أمواله وممتلكاته أو التصرف فيها للحيلولة دون تنفيذ العقوبات المالية المحكوم بها أو التي يحتمل الحكم بها عليه". - أن يكون طلب الحجز التحفظي منصبا على أموال المدين المنقولة دون العقارية، سواء كانت لها أو لم تكن لها علاقة بالجريمة المرتكبة. - كما يجوز أيضا أن يرفق طلب توقيع الحجز التحفظي بنسخة عن الحكم القاضي بإدانة المتهم، وفي هذه الحالة فإنه لا يهم أن يكون هذا الحكم نهائيا أو غير نهائي، كما لا يهم أن يقضي بالغرامة الجمركية لوحدها أو بالمصادرة الجمركية لوحدها، لأن المشرع الجزائري قد أجاز صراحة الأمر بالحجز التحفظي حتى قبل صدور حكم نهائي بالإدانة. وإذا ما تم الأمر بتوقيع الحجز التحفظي، فإن هذا الأمر يحدث أثره بشكل فوري طبقا للفقرة 02 من المادة السابقة، التي نصت على أنه "ينفذ أمر القاضي رغم المعارضة والاستئناف..."، أي أن الأمر بالحجز التحفظي يكون معجل النفاذ شأنه في ذلك شأن كل الأوامر الصادرة في المواد الاستعجالية. ومن جهة أخرى فإن ذات الفقرة قد حددت شروط الأمر برفع الحجز التحفظي بقولها "... ويمكن أن يؤمر برفع اليد عن الحجز التحفظي إذا ما قدم المحجوز عليه كفالة مصرفية تغطي الغرامات (العقوبات) المستحقة أو المحكوم بها". ويستفاد من هذا النص أن رفع الحجز يكون جوازيا حتى وإن تم تقديم الكفالة الواردة في النص السابق. وبالنسبة للجهة المختصة بالنظر في طلبات الأمر برفع الحجز التحفظي

⁵⁹⁵ ويتم الرجوع في تحديد مفهوم التلبس إلى القواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات الجزائية.

⁵⁹⁶ وقد تكون البضائع ووسائل النقل غير الخاضعة لعقوبة المصادرة محلا للحجز الجمركي أيضا.

وكذا كل المنازعات أو الاعتراضات المنصبة على هذا الحجز، فقد حددتها الفقرة 03 من ذات المادة بقولها "تكون طلبات إثبات الصحة أو رفع اليد على الحجز من اختصاص الجهة القضائية التي تبت في القضايا المدنية".

أما المشرع الفرنسي فإنه قد كان أكثر حرصاً من المشرع الجزائري على ضمان اقتضاء العقوبات المالية، فلم يقتصر على الحجز التحفظي فقط وإنما أجاز الحكم بأي تدبير تحفظي، بما في ذلك الحجز التحفظي، على أي من أملاك المتهم عقارات كانت أم منقولات. غير أنه من جهة أخرى لم يجعل من هذا الضمان عاماً، وإنما حصره في بعض الجرائم الجمركية دون البعض الآخر، فميز في هذا الصدد بين حالتين: فالحالة الأولى خاصة بالتدابير التحفظية المتخذة عند ارتكاب جنحة التبييض الجمركي، وقد نظمها المادة 386 مكرر من قانون الجمارك. وقد حددت الفقرة 01 من هذه المادة الجهة المختصة بالأمر بهذه التدابير وكذا شروط الأمر بها، حيث نصت على أنه "عند توجيه الاتهام عن الجريمة المنصوص عليها في المادة 415 (جنحة التبييض الجمركي)، وبغرض ضمان دفع الغرامات المستحقة والمصاريف القضائية والمصادرة، يجوز لرئيس المحكمة الجزئية العليا الأمر بتدابير تحفظية على ممتلكات الشخص الذي وجه إليه الاتهام، وذلك بناء على طلب إدارة الجمارك وبعد إخطار وكيل الجمهورية، وتكون المصاريف مسبقاً على عاتق الخزينة حسب الأشكال المقررة في قانون الإجراءات المدنية"⁵⁹⁷. ثم تولى المشرع الفرنسي تحديد مصير التدابير التحفظية المأمور بها، من خلال التمييز بين الحالة التي تنتهي فيها المتابعة بصدر حكم بالإدانة والحالة التي تنتهي فيها المتابعة بصدر حكم بالبراءة أو ما يقوم مقامه: فعند الحكم بالإدانة يطبق حكم الفقرة 02 من ذات المادة التي قضت بأن "الحكم بالإدانة يقوم مقام الحكم بصحة الحجز التحفظية ويسمح بالقيود النهائي للضمانات"⁵⁹⁸، أما عند الحكم بالبراءة (أو ما يقوم مقامه) فيطبق حكم الفقرة 03 من ذات المادة التي قضت بأن "القرار بالبراءة أو للمتابعة أو بالبراءة يؤدي إلى رفع اليد عن التدابير المأمور بها بقوة القانون وعلى نفقة الخزنة، وكذلك الحكم عند انقضاء الدعوى العمومية"⁵⁹⁹.

أما الحالة الثانية فهي خاصة بالتدابير التحفظية المأمور بها عند ارتكاب بعض مخالفات الدرجة الثالثة أو جنحتي التهريب والاستيراد أو التصدير بدون تصريح أو الجرائم المتعلقة بالعلاقات المالية مع الخارج، وقد نظمها المادة 387 من قانون الجمارك. وقد حددت الفقرة 01 من هذه المادة الجهة المختصة بالأمر بهذه التدابير وكذا شروط الأمر بها، حيث نصت على أنه "عندما تتم معاينة الجرائم المنصوص عليها في المواد 412 (المقاطع من 01 إلى 05) و414 و459 (من قانون الجمارك) من طرف موظف مؤهل لذلك، فإنه يجوز لرئيس المحكمة الجزئية العليا في حالة الاستعجال وبناء على عريضة مقدمة من إدارة الجمارك، وبعد النظر إلى أهمية المبالغ المراد ضمانها، وبغرض ضمان دفع الحقوق والرسوم والغرامات والمصادرات، الأمر بكل التدابير التحفظية اللازمة على ممتلكات المسئول عن الجريمة، وذلك على النفقة المسبقة للخزنة وحسب الأوضاع

⁵⁹⁷ « En cas d'inculpation du chef de l'infraction prévue à l'article 415 et afin de garantir le paiement des amendes encourues, des frais de justice et la confiscation, le président du tribunal de grande instance peut ordonner, à la demande de l'administration des douanes et après avis du procureur de la République, aux frais avancés du Trésor et selon les modalités prévues par le code de procédure civile, des mesures conservatoires sur les biens de la personne inculpée ».

⁵⁹⁸ « La condamnation vaut validation des saisies conservatoires et permet l'inscription définitive des sûretés ».

⁵⁹⁹ « La décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement emporte de plein droit, aux frais du Trésor, mainlevée des mesures ordonnées. Il en est de même en cas d'extinction de l'action publique ».

المقررة في قانون الإجراءات المدنية⁶⁰⁰. وإذا ما تم الأمر بالتدابير التحفظية، فإن هذا الأمر يحدث أثره بشكل فوري طبقا للشطر الأول من الفقرة 02 من ذات المادة، والذي نص على أن "الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الجزئية العليا يكون نافذا رغم المعارضة والاستئناف"⁶⁰¹.

ومن جهة أخرى، فإن الشطر الثاني من الفقرة السابقة قد حدد شروط الأمر برفع التدابير التحفظية بقوله "ومع ذلك يجوز الأمر برفع اليد عن التدابير التحفظية إذا قدم المعني كفالة كافية"⁶⁰². وبالنسبة للجهة المختصة بالنظر في طلبات الأمر برفع التدابير التحفظية وكذا كل المنازعات أو الاعتراضات المنصبة على هذه التدابير، فقد حددها الشطر الأول من الفقرة 03 من ذات المادة بقوله "الطلبات بإثبات صحة أو برفع اليد عن التدابير التحفظية هي من اختصاص رئيس المحكمة الجزئية العليا"⁶⁰³. ثم تولى المشرع الفرنسي تحديد مصير التدابير التحفظية المأمور بها، من خلال التمييز بين الحالة التي تنتهي فيها المتابعة بصور حكم بالإدانة أو بقبول إجراء مصالحة والحالة التي تنتهي فيها هذه المتابعة بصور حكم بالبراءة أو ما يقوم مقامه: ففي الحالة الأولى يطبق حكم الشطر الثاني من الفقرة السابقة الذي نص على أن "الحكم بالإدانة أو بقبول مصالحة من طرف المعني يقومان مقام الحكم بصحة الحجز التحفظي والتسجيل النهائي للضمانات"⁶⁰⁴.

أما في الحالة الثانية فيطبق حكم الشطر الثالث من ذات الفقرة الذي نص على أن "القرار بألا وجه للمتابعة أو بالبراءة أو بالتبرئة يؤدي بقوة القانون إلى رفع اليد عن التدابير الأمور بها على نفقة الخزنة، وكذلك الحكم عند انقضاء الدعوى العمومية"⁶⁰⁵.

الفرع الرابع: بيع الأشياء المحجوزة قبل صدور حكم أو قرار نهائي بالمصادرة

قد تكون بعض الأشياء القابلة للمصادرة من الأشياء التي يكون مفيدا بيعها بشكل أسرع بدلا من انتظار لحظة صدور الحكم النهائي بالإدانة والمصادرة، إذ أن الانتظار إلى غاية ذلك الوقت قد يؤدي أحيانا إلى ضياع هذه الأشياء أو نقص قيمتها أو الإنفاق على حفظها...، ومراعاة لذلك كله درجت بعض التشريعات الجمركية على الترخيص لإدارة الجمارك ببيع هذه الأشياء قبل صدور حكم نهائي بمصادرتها، وما ذلك إلا ضمانا لاقتضاء عقوبة مصادرة هذه الأشياء قبل فوات

⁶⁰⁰ « 1. Lorsque les infractions visées aux articles 412, 1° à 5°, 414 et 459 ont été régulièrement constatées par un fonctionnaire habilité à cet effet, le président du tribunal de grande instance peut ordonner, sur requête de l'administration des douanes, en cas d'urgence, au vu de l'importance des sommes à garantir, et afin de garantir le paiement des droits et taxes, amendes et confiscations, toutes mesures conservatoires utiles, aux frais avancés du Trésor et selon les modalités prévues au code de procédure civile, sur les biens du responsable de l'infraction ».

⁶⁰¹ « 2. L'ordonnance du président du tribunal de grande instance est exécutoire nonobstant opposition ou appel ».

⁶⁰² « Toutefois, il peut être donné mainlevée des mesures conservatoires si l'intéressé fournit une caution jugée suffisante ».

⁶⁰³ « 3. Les demandes en validité ou en mainlevée des mesures conservatoires sont de la compétence du président du tribunal de grande instance ».

⁶⁰⁴ « La condamnation ou l'acceptation d'une transaction par l'intéressé vaut validation des saisies conservatoires et inscription définitive des sûretés ».

⁶⁰⁵ « La décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement emporte de plein droit, aux frais du Trésor, mainlevée des mesures ordonnées. Il en est de même en cas d'extinction de l'action publique ».

الأوان، وعلى هذا الأساس فإن "بيع الأشياء المحجوزة قبل مصادرتها نهائيا" يشكل ضمانا من ضمانات تنفيذ أو اقتضاء عقوبة المصادرة، كما أنه يشكل إجراء تنفيذيا في ذات الوقت⁶⁰⁶.

وقد نظم المشرع الجزائري هذا الضمان أو الإجراء في المادة 300 من قانون الجمارك، حيث حددت الفقرة 01 منها الأشياء التي يجوز بيعها وكذا إجراءات الترخيص بهذا البيع والجهة المختصة بالأمر به بقولها "يجوز لإدارة الجمارك أن تقوم بناء على ترخيص من رئيس المحكمة ببيع ما يأتي:

- وسائل النقل المحجوزة التي رفض المخالفون عرض استردادها مقابل كفالة قابلة للدفع أو إيداع قيمتها، مع الإشارة إلى ذلك في المحضر. - البضائع المحجوزة التي لا يمكن حفظها دون أن تتعرض للتلف.

- البضائع التي تتطلب ظروفًا خاصة للحفظ. - الحيوانات الحية المحجوزة". ثم تولت الفقرتان 02 و03 من ذات المادة تحديد كيفية تبليغ الترخيص بالبيع الصادر عن رئيس المحكمة، من خلال التمييز بين ما إذا كان المعني بالحجز (المالك) معلوما وما إذا كان مجهولا: ففي الحالة الأولى فإن الفقرة 02 قد قضت بأنه "يبلغ قابض الجمارك الطرف المعني الأمر المتضمن رخصة البيع في ظرف ثلاثة أيام، مع إعلامه بأن البيع سيباشر فوراً وذلك سواء بحضوره أو في غيابه"، أما في الحالة الثانية فإن الفقرة 03 قد قضت بأنه "عندما يتم حجز الأشياء على مجهول، يعلق الأمر على الباب الخارجي لمكتب الجمارك المعني".

وفيما يخص القوة التنفيذية للترخيص بالبيع، فقد قضت الفقرة 04 من ذات المادة بأنه "ينفذ أمر رئيس المحكمة بالرغم من المعارضة والاستئناف"، مما يعني أن الأمر الصادر بالترخيص بالبيع يكون معجل النفاذ. وفيما يخص إجراءات بيع الأشياء التي تم الترخيص ببيعها، فهي ذات "إجراءات بيع البضائع المصادرة"، وذلك طبقا للمادة 301 من قانون الجمارك التي نصت على أنه "تقوم إدارة الجمارك، حسب الشروط التي تحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية، ببيع البضائع المصادرة أو التي قبل التخلي عنها وتلك المرخص ببيعها في إطار أحكام المادتين 288 و300 من هذا القانون"⁶⁰⁷. وفيما يخص حاصل بيع هذه الأشياء، فإن الفقرة 05 من المادة 300 سابقة الذكر قد نصت على أنه "يودع حاصل البيع في صندوق قابض الجمارك المعني ليتصرف فيه وفقا للحكم الذي تصدره المحكمة المكلفة بالبت في دعوى الحجز". وفيما يخص المنازعات والاعتراضات المنصبة على هذا البيع، فإنها تنتظر أمام القضاء المدني، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أنه "يكون الطعن في صحة البيع الذي تم تطبيقا لنص المادة 300 المذكورة أعلاه من اختصاص الهيئات القضائية التي تبت في المسائل المدنية، ولا يجوز بأي حال من الأحوال إثارة هذه المسألة لأول مرة أمام المحكمة العليا"⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ وعلى هذا الأساس، وردت المادة 300 من قانون الجمارك الجزائري التي نظمت هذا الإجراء ضمن الفرع الحادي عشر المخصص لـ "طرق التنفيذ" (المواد من 293 إلى 301)، وكذلك وردت المادة 389 من قانون الجمارك الفرنسي المنظمة له ضمن القسم الثاني المخصص لـ "طرق التنفيذ".

⁶⁰⁷ وعلى هذا الأساس صدر القرار المؤرخ في 1999/02/23 (منشور في الجريدة الرسمية المؤرخة في 1999/03/31، العدد 22) الذي يحدد كيفية تطبيق المادة 301 المذكورة في المتن. راجع في عرض أحكام هذا القرار: المطلب الأول من المبحث الثاني الموالي.

⁶⁰⁸ غ ج م ق 3، قرار في 1998/02/23، ملف رقم 156.742، غير منشور. أشار إليه: د. أحسن بوسقيعه، "قانون الجمارك في ضوء الممارسة القضائية"، المرجع السابق، ص 140.

أما المشرع الفرنسي، فقد نظم هذا الضمان في المادة 389 من قانون الجمارك تحت عنوان "بيع الأشياء القابلة للتلف ووسائل النقل قبل الحكم"⁶⁰⁹، وقد حددت الفقرة 01 من هذه المادة الأشياء التي يجوز بيعها وكذا إجراءات الترخيص بهذا البيع والجهة المختصة بالأمر به بقولها "في حالة حجز وسائل نقل منح الإعفاء عنها بكفالة عن طريق محضر ولم يقبله الطرف المعني، وكذا عند حجز أشياء لا يمكن حفظها دون أن تتعرض للتلف، فإنه يجوز الترخيص ببيع الأشياء المحجوزة عن طريق المزاد وبناء على طلب من إدارة الجمارك من طرف قاضي الحريات والحبس لدى المحكمة الجزئية العليا التي تقع في دائرة اختصاصها الممتلكات أو قاضي التحقيق الذي تم إخطاره بالقضية"⁶¹⁰. وقد اشترطت الفقرة 02 من ذات المادة تسبب الأمر المتضمن الترخيص بالبيع بقولها "تكون القرارات المتخذة تطبيقاً لهذه المادة موضوع أمر مسبب"⁶¹¹.

وتولت الفقرة 03 من ذات المادة تحديد كيفية تبليغ الأمر المتضمن الترخيص بالبيع وكذا كيفية الطعن فيه بقولها "يتم تبليغ الأمر المتضمن الترخيص بالبيع إلى مالك الأشياء إذا كان معروفاً، والذي يمكنه التظلم منه أمام غرفة التحقيق بموجب تصريح لدى كتابة ضبط المحكمة خلال العشرة أيام التي تبليغ القرار، وهذا الاستئناف له أثر موقوف. ويجوز سماع المالك من طرف غرفة التحقيق"⁶¹². وفيما يخص حاصل بيع هذه الأشياء فإن الفقرة 04 من ذات المادة قد نصت على أنه "يتم إيداع حاصل البيع من طرف محاسب الجمارك، وإذا لم يتم النطق بمصادرة الأشياء فإنه يرد هذا الحاصل إلى مالكي الأشياء"⁶¹³.

ولم يفت المشرع المصري أن يقرر هو أيضاً جواز بيع بعض الأشياء حتى قبل صدور حكم أو قرار نهائي بالإدانة والمصادرة. فإذا كانت القاعدة العامة هي عدم جواز بيع الأشياء القابلة للمصادرة إلا بعد الحكم نهائياً بمصادرتها، كما هو مقرر في المادة 125 من قانون الجمارك المصري⁶¹⁴، إلا أن المادة 127 من ذات القانون قد أوردت استثناء على هذه القاعدة، حيث نصت على أنه "للجمارك أن تبيع، قبل صدور حكم المحكمة المختصة أو قرار من الجهة المختصة بحسب الأحوال، البضائع والأشياء القابلة للتلف أو المعرضة للانسياب أو النقصان والحيوانات التي تحفظ لديها إثر نزاع أو ضبط. - ويجرى البيع بعد إثبات الظروف المبررة له بمحضر يحرره الموظف المختص، فإذا قضي بعد البيع بإرجاع البضائع أو الأشياء المذكورة أو الحيوانات إلى صاحبها دفع له الباقي من ثمن البيع بعد استقطاع النفقات".

⁶⁰⁹ Vente avant jugement des marchandises périssables et des moyens de transport.

⁶¹⁰ « 1. En cas de saisie de moyens de transport dont la remise sous caution ou consignation a été offerte par procès-verbal et n'a pas été acceptée par la partie, ainsi qu'en cas de saisie d'objets qui ne peuvent être conservés sans courir le risque de détérioration, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les biens ou le juge d'instruction saisi de l'affaire peuvent, à la requête de l'administration des douanes, autoriser la vente par enchères des objets saisis ».

⁶¹¹ « 2. Les décisions prises en application du présent article font l'objet d'une ordonnance motivée ».

⁶¹² « 3. L'ordonnance portant autorisation de vente est notifiée au propriétaire des biens s'il est connu, qui peut la déférer à la chambre de l'instruction par déclaration au greffe du tribunal dans les dix jours qui suivent la notification de la décision. Cet appel est suspensif. Le propriétaire peut être entendu par la chambre de l'instruction ».

⁶¹³ « 4. Le produit de la vente est consigné par le comptable des douanes. Lorsque la confiscation des biens n'est pas prononcée, ce produit est restitué à leur propriétaire ».

⁶¹⁴ حيث نصت على أنه "للجمارك حق التصرف في البضائع ووسائل النقل والأدوات والمواد التي حكم نهائياً بمصادرتها".

وفيما يخص شروط وإجراءات عملية البيع فقد أحالت المادة 129 بشأنها إلى قرار من وزير الخزانة، حيث نصت على أنه "تجرى البيوع المنصوص عليها في المواد السابقة بالشروط والأوضاع التي يصدر بها قرار من وزير الخزانة، وتباع البضائع خالصة الضرائب الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم، ويدفع الثمن فوراً". ثم تولت بعد ذلك المادة 130 من نفس القانون تحديد كيفية توزيع حاصل عملية البيع.

الفرع الخامس: حق الامتياز وحق الرهن

إذا كانت قواعد القانون المدني قد أعطت الدائن الممتاز الذي له تأمين عيني أو حق عيني تبقي على الشيء محل الحق سلطة تتبع هذا الشيء في أي يد يكون وسلطة التقدم أو الأفضلية أو الأولوية على سائر الدائنين العاديين الذين لهم مجرد حق شخصي، فإن قانون الجمارك الجزائري وقانون الجمارك الفرنسي قد أقرّا هما أيضاً لإدارة الجمارك حق امتياز على منقولات مدينيتها المحكوم عليهم (أولاً) وكذا حق رهن على عقاراتهم (ثانياً).

أولاً: حق الامتياز

بالعودة إلى الفقرة 01 من المادة 292 من قانون الجمارك الجزائري، نجدها تنص على أنه "تتمتع إدارة الجمارك بحق الامتياز والأفضلية على جميع الدائنين بالنسبة لجميع المبالغ التي يوكل إليها تحصيلها على منقولات وأمتعة المدينين، باستثناء المصاريف القضائية ومصاريف الامتياز الأخرى وكل ما هو مستحق من إيجار لمدة ستة أشهر فقط، وباستثناء كذلك المطالبة التي يقدمها مالكو البضائع العينية التي لا تزال مغلقة". وكذلك نصت الفقرة 01 من المادة 379 من قانون الجمارك الفرنسي على أنه "لإدارة الجمارك، من أجل استيفاء الحقوق والمصادرة والغرامة والاسترداد، حق الامتياز والتقدم على كل الدائنين على منقولات وأمتعة المدينين، باستثناء المصاريف القضائية والمصاريف الأخرى الممتازة وما هو مستحق فقط من أجل ستة أشهر إيجار، وباستثناء أيضاً الاستحقاق المطالب به بشكل قانوني من طرف مالكي البضائع العينية التي لا تزال مغلقة"⁶¹⁵.

ومن خلال النصين السابقين، فإن المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي قد أقرّا لإدارة الجمارك "حق امتياز" على منقولات (بما فيها أمتعة) المدين دون عقاراته، مما يعني أن هذا الامتياز هو من "الامتيازات العامة الواقعة على المنقولات"⁶¹⁶. وهذا الحق يخول لإدارة الجمارك سلطة التقدم والتتبع معاً:

فأما عن سلطة التقدم، فيقصد بها في هذا المقام أن يكون لإدارة الجمارك كقاعدة عامة "حق التقدم على غيرها من الدائنين الآخرين، وذلك من أجل اقتضاء أو استيفاء كل المبالغ الموكلة إليها تحصيلها من غرامات ومصادرات واستردادات وحقوق ورسوم". غير أن هنالك استثناءات على حق التقدم، وهي تتمثل في مجموعة من الحقوق لا تكون لإدارة الجمارك سلطة التقدم على أصحابها، وتشمل هذه الحقوق: "المصاريف القضائية"، وكل "المصاريف الأخرى الممتازة" كتلك المنصوص

⁶¹⁵ « 1. L'administration des douanes a, pour les droits, confiscation, amende et restitution, privilège et préférence à tous créanciers sur les meubles et effets mobiliers des redevables, à l'exception des frais de justice et autres frais privilégiés, de ce qui est dû pour six mois de loyer seulement, et sauf aussi la revendication dûment formée par les propriétaires des marchandises en nature qui sont encore emballées ».

⁶¹⁶ V. PHILIPPE SIMLER et PHILIPPE DELEBECQUE, « Droit civil », - Les sûretés, la publicité foncière-, DALLOZ, 3^e édition, 2000, p 563 – 565.

عليها في القانون المدني⁶¹⁷، وبديل الإيجار الخاص فقط بمدة لا تزيد عن ستة أشهر من مدة الإيجار. كذلك لا تتقدم إدارة الجمارك على مالكي البضائع العينية التي لا تزال مغلقة⁶¹⁸ عندما يرفعون دعوى استحقاق بشأن هذه البضائع بشكل قانوني أو صحيح. وقد اتجه القضاء الفرنسي أيضا إلى التقرير بأن الامتياز المقرر لإدارة الجمارك لا يمنع الدائن المرتهن الذي احتفظ بحقه في الحبس من المطالبة، في حدود دينه، بتخصيص مبلغ بيع الأشياء المرهونة لحسابه⁶¹⁹.

أما عن سلطة التتبع، فيقصد بها في هذا المقام أن يكون لإدارة الجمارك "سلطة اقتضاء مبلغ العقوبات والحقوق أو الرسوم من المبالغ النقدية للمدين المودعة لدى الغير أو من خلال اقتضاء حقوقه المالية النقدية (محلها نقود) التي تكون له في مواجهة الغير". وقد تم إقرار هذه السلطة في الفقرة 01 من المادة 298 من قانون الجمارك الجزائري، التي نصت على أنه "يلزم جميع المؤتمنين (المودع لديهم) وكل المدينين بأموال من ملك المدينين (مديني إدارة الجمارك) الواقع تحت امتياز إدارة الجمارك كما نص عليه في المادة 292 من هذا القانون بأن يدفعوا، عند أول طلب من إدارة الجمارك، لحساب المدينين (مديني إدارة الجمارك) ومن المبلغ الذي هم مدينين به أو الذي يوجد بين أيديهم إلى أن يتم دفع (والأصح هو بقدر) كل المبالغ المستحقة على هؤلاء أو جزء منها".

وكذلك نصت الفقرة 01 من المادة 387 مكرر من قانون الجمارك الفرنسي على أن "المودع لديهم والمدينون بمبالغ تعود إلى المدينين (مديني إدارة الجمارك) ومخصصة للامتياز المقرر في المادة 379 (الفقرة 01) أعلاه ملزمون، بناء على الطلب الموجه إليهم بشأنها، بأن يدفعوا إبراء لزمة المدينين (مديني إدارة الجمارك) من مبلغ الأموال التي يجب عليهم أدائها أو التي توجد بين أيديهم وذلك بقدر كل أو بعض المبالغ الواجب دفعها من طرف هؤلاء (مديني إدارة الجمارك)"⁶²⁰. ويلاحظ من خلال النصين السابقين أن سلطة إدارة الجمارك في اقتضاء مبلغ العقوبات والحقوق من المودع لديهم ومديني مدينها ليست متوقفة على توجيه أمر بالدفع أو رسالة تذكيرية إلى مدينها (المحكوم عليه)⁶²¹، مما يعني أن ترجع مباشرة على هؤلاء المودع لديهم والمدينين. ومن جهة أخرى، فقد أجمعت الفقرة 03 من المادة 298 والفقرة 03 من المادة 387 مكرر سابقتي الذكر على أن حق الرجوع (التتبع) على النحو السابق بيانه، يمارس أيضا في مواجهة المسيرين والمتصرفين والمديرين ومصفي الشركات وذلك عن ديون هذه الشركات التي تشكل حقا جمركيا ممتازا.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد أجاز انتقال حق الامتياز المقرر لإدارة الجمارك إلى الشخص الذي يدفع بدلا من المدين (المحكوم عليه) الغرامات والحقوق والرسوم المحكوم بها عليه، ويطلق على هذا الانتقال تسمية "الحلول" (subrogation). وقد تم النص على الحلول في المادة 381 من قانون الجمارك الفرنسي التي قضت بأن "1- كل شخص طبيعي أو معنوي سدد لحساب الغير حقوقا أو غرامات أو رسوما من أية طبيعة كانت والتي تتولى إدارة الجمارك ضمان

⁶¹⁷ أنظر مثلا: المادتين 991 و 992 من القانون المدني الجزائري.

⁶¹⁸ V. crim. 13/04/1972. B. civ., IV, n° 102. Cité par: ROZENN CREN, th. préc., p 317.

⁶¹⁹ Cass. Com. 18/12/1990. B. civ., IV, n° 329. Cité par: SIMLER et DELEBECQUE, op.cit, p 565, marge 02.

⁶²⁰ « Tous dépositaires et débiteurs de deniers provenant du chef des redevables et affectés au privilège visé à l'article 379-1 ci-dessus sont tenus, sur la demande qui leur en est faite, de payer en l'acquit des redevables et sur le montant des fonds qu'ils doivent ou qui sont entre leurs mains jusqu'à concurrence de tout ou partie des sommes dues par ces derniers ».

⁶²¹ Cass. Com. 12/07/2005. B. civ., IV, n° 166. Cité par: CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 317.

تحصيلها، يحل بديلا في امتياز إدارة الجمارك أيا كانت طرق التحصيل التي تتبعها هذه الأخيرة في مواجهة هذا الغير. 2- ومع ذلك فإن هذا الحل لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يعترض إدارات الدولة⁶²². ومن خلال هذا النص، يلاحظ أن حلول الغير محل إدارة الجمارك في حق الامتياز يعني أن يستفيد البديل الذي يحل محل إدارة الجمارك من الحق في الحصول على الدفع الامتيازي (paiement préférentiel) الممنوح لها⁶²³، على أن لا يكون له سلطة التقدم على إدارات الدولة عند اقتضاها لديونها من المدين المحكوم عليه.

ثانيا: حق الرهن

بالإضافة إلى حق الامتياز، فإن المشرع الجزائري والفرنسي قد رتبا حق رهن لصالح إدارة الجمارك على عقارات المحكوم عليهم وذلك في حالتين:

فالحالة الأولى نصت عليها الفقرة 02 من المادة 292 من قانون الجمارك الجزائري بقولها "لإدارة الجمارك كذلك حق الرهن على عقارات المالكين المدينين بدفع الحقوق والرسوم". وكذلك نصت الفقرة 02 من المادة 379 من قانون الجمارك الفرنسي على أنه "2- لإدارة الجمارك في ذات الوقت حق الرهن على عقارات المدينين لكن من أجل الحقوق فقط"⁶²⁴. ومن خلال هذين النصين، يلاحظ أن الرهن على عقارات المحكوم عليهم في هذه الحالة قد قرر ضمنا لدفع الحقوق والرسوم الجمركية دون غيرها من الديون الجمركية الأخرى، مما يعني أن الغرامات والمصادرات الجمركية غير مشمولة بهذا الضمان⁶²⁵.

أما الحالة الثانية، فقد نص عليها المشرع الجزائري في الفقرة 03 من المادة 292 سابقة الذكر بقوله "يترتب الرهن على أنواع الإكراهات الجمركية المنصوص عليها في هذا القانون، بنفس الطريقة وبنفس الشروط التي يتم فيها إصدار الأحكام من قبل الجهة القضائية".

فمن خلال هذا النص، يلاحظ أن الرهن على عقارات المحكوم عليهم في هذه الحالة قد قرر ضمنا لتحصيل كل الديون التي صدر من أجلها "أمر بالإكراه الجمركي"، وهذه الديون ليست قاصرة فقط على الحقوق والرسوم وإنما تشمل كل المبالغ المستحقة لإدارة الجمارك من غرامات ومصادرات ... طبقا للمادة 262 من قانون الجمارك⁶²⁶.

كذلك نص المشرع الفرنسي في الفقرة 03 من المادة 379 من قانون الجمارك على أنه "3- يتضمن الإشعار بالشروع في التحصيل رهنا بنفس الطريقة وضمن نفس الشروط الخاصة بالأحكام الصادرة عن السلطة القضائية". فمن خلال هذا النص، يلاحظ أن الرهن على عقارات المحكوم عليهم قد قرر أيضا ضمنا لتحصيل كل الديون التي صدر من أجلها "إشعار

⁶²² « 1- Toute personne physique ou morale qui a acquitté pour le compte d'un tiers des droits, des amendes, des taxes de toute nature dont la douane assure le recouvrement est subrogée au privilège de la douane, quelles que soient les modalités de recouvrement observées par elle à l'égard de ce tiers. 2- Toutefois, cette subrogation ne peut, en aucun cas, être opposée aux administrations de l'Etat ».

⁶²³ V. ROZENN CREN, th. préc., p 317.

⁶²⁴ « 2. L'administration a pareillement hypothèque sur les immeubles des redevables mais pour les droits seulement ».

⁶²⁵ V. ROZENN CREN, th. préc., p 317.

⁶²⁶ أنظر في "محل الإكراه الجمركي": المطلب الثاني من المبحث الثاني الموالي.

بالشروع في التحصيل"، وهذه الديون تشمل كل الحقوق من أية طبيعة كانت التي تتولى إدارة الجمارك تحصيلها طبقا للفقرة 01 من المادة 345 من قانون الجمارك⁶²⁷.

المبحث الثاني: طرق تنفيذ العقوبات الجبائية

إن دراسة طرق تنفيذ العقوبات المالية الصادرة في المادة الجمركية تقتضي استعراض الوسائل التي تستخدمها إدارة الجمارك لاقتضاء هذه العقوبات، أي لتحصيل الأشياء والمبالغ المحكوم بها لها، وفي هذا الصدد نص المقطع 02 من المادة 293 من قانون الجمارك الجزائري على أنه "يمكن أن يتم تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة في الدعاوى الجمركية بكل الطرق القانونية". وذات الحكم سبق النص عليه في الفقرة 01 من المادة 382 من قانون الجمارك الفرنسي⁶²⁸.

وما يعيننا في هذا الصدد هو طرق التنفيذ الخاصة بالقانون الجنائي الجمركي لوحده، وهذه الطرق منها ما يتعلق بتنفيذ عقوبة المصادرة الجمركية العينية لوحدها (المطلب الأول) ومنها ما يتعلق بتنفيذ العقوبات الجبائية أو المالية ككل، وفي هذه الحالة الأخيرة قد تم إقرار طريقتين متميزتين للتنفيذ هما: الإكراه الجمركي من جهة (المطلب الثاني)، والإكراه البدني المسبق من جهة أخرى (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تنفيذ عقوبة المصادرة الجمركية العينية

لقد اعتنى كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي والمصري بوضع الأحكام التي تبين كيفية تنفيذ عقوبة المصادرة الجمركية العينية: فالمشرع الجزائري نص في المادة 301 من قانون الجمارك على أنه "تقوم إدارة الجمارك، حسب الشروط التي تحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية، ببيع البضائع المصادرة أو التي قبل التخلي عنها وتلك المرخص ببيعها في إطار أحكام المادتين 288 و300 من هذا القانون. - غير أن الأحكام والأوامر القاضية بمصادرة بضائع من أشخاص مجهولين والتي لم يطالب بها لا تنفذ إلا بعد شهر من تعليق إعلانها على باب مكتب الجمارك المعني". وقد صدر قرار وزير المالية المؤرخ في 1999/02/23 متضمنا تحديد كليات تطبيق هذه المادة، وتطبق أحكام هذا القرار وكذا أحكام المادة 301 سابقة الذكر على المصادرة الجمركية المقضي بها عن الجرائم الجمركية المنصوص عليها في الأمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب، وذلك طبقا للفقرة 01 من المادة 17 منه التي نصت على أنه "يتم التصرف في البضائع ووسائل النقل المحجوزة أو المصادرة في إطار مكافحة التهريب طبقا لأحكام قانون الجمارك".

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 390 من قانون الجمارك، الواردة تحت عنوان "التصرف في البضائع المصادرة أو المتخلى عنها عن طريق المصالحة"⁶²⁹، على أنه "1- يتم التصرف من طرف إدارة الجمارك في الأشياء المصادرة أو المتخلى عنها، ضمن الشروط المحددة بقرار من وزير الاقتصاد والمالية عندما تصبح للحكم قوة الشيء المقضي فيه، أو عندما يؤمر في حكم بالمصادرة عند صدوره غاييا بالتنفيذ المؤقت، أو بعد التصديق على التخلي الذي تم الاتفاق عليه في المصالحة. 2- ومع ذلك، فإن الأحكام والأوامر المتضمنة بمصادرة البضائع المحجوزة على أشخاص مجهولين أو على أشخاص تخلوا عنها ولم يطالبوا بها لا يتم تنفيذها إلا بعد شهر من تعليقها على باب مكتب الجمارك وكذا باب المحكمة الجزئية، وبانقضاء هذه المدة

⁶²⁷ أنظر: المطلب الثاني من المبحث الثاني الموالي.

⁶²⁸ « 1. L'exécution des jugements et arrêts rendus en matière de douane peut avoir lieu par toutes voies de droit ».

⁶²⁹ « Aliénation des marchandises confisquées ou abandonnées par transaction ».

لا يقبل أي طلب بالاسترداد⁶³⁰. وقد صدر قرار وزير الاقتصاد والمالية المؤرخ في 26/09/1949⁶³¹ متضمنا كليات تطبيق هذه المادة. وبالنسبة للمشرع المصري فإنه بعد أن نص في المادة 125 من قانون الجمارك على أنه "للجمارك حق التصرف في البضائع ووسائل النقل والأدوات والمواد المحكوم نهائيا بمصادرتها"، عاد لينص في المادة 129 من نفس القانون على أنه "تجرى البيوع المنصوص عليها في المواد السابقة بالشروط والأوضاع التي يصدر بها قرار من وزير الخزانة، وتباع البضائع خالصة الضرائب الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم، ويدفع الثمن فورا". وقد صدر قرار وزير المالية رقم 10 لسنة 2006 الذي فصل الأحكام المتعلقة ببيع البضائع في المواد من 193 إلى 210 منه.

وما يعيننا في هذا الصدد هو طرق تنفيذ عقوبة المصادرة الجمركية وفقا لما أورده المشرع الجزائري في المادة 301 من قانون الجمارك والقرار المؤرخ في 23/02/1999 سالف الذكر. وأول ما يلاحظ في هذا الصدد، هو أن المشرع الجزائري قد أغفل وضع قاعدة عامة حول اللحظة التي يشرع فيها في تنفيذ الأحكام والقرارات القاضية بالمصادرة الجمركية، حيث اكتفت الفقرة 02 من المادة 301 سابقة الذكر بوضع حكم خاص فقط بالأوامر الصادرة بمصادرة البضائع المحجوزة على مجهولين (أوامر على عريضة) كما هو مبين في المادة 288 من ذات القانون⁶³² وكذا الأحكام والقرارات القاضية بمصادرة أشياء لم يطالب بها أصحابها (المعلمين)، قررت فيه عدم الشروع في تنفيذها إلا بعد شهر من تعليقها على باب مكتب الجمارك المعني. في حين أن المشرع الفرنسي قد كان دقيقا في هذا الصدد، فوضع في الفقرة 01 من المادة 390 سابقة الذكر قاعدة عامة تقضي بتنفيذ الأحكام القاضية بالمصادرة عندما تحوز قوة الشيء المقضي فيه، أو عندما يؤمر فيها عند صدور غايبا بالتنفيذ المؤقت، أو بعد التصديق على قرار التخلي الذي تم الاتفاق عليه في المصالحة. ونلتمس من المشرع الجزائري تكريس مثل هذا الحكم في الفقرة 01 من المادة 301 سابقة الذكر.

ثم تابع المشرع الجزائري تفصيل باقي الأحكام المتعلقة بتنفيذ عقوبة المصادرة، فحدد في المادتين 02 و08 من القرار الوزاري السابق ذكره طرق التصرف في الأشياء المصادرة، وهذه الطرق تتمثل في:

- 1- بيع البضائع المصادرة عن طريق المزاد العلني.
- 2- التنازل عن هذه البضائع بطريق التراضي من أجل اعتبارات المصلحة العامة أو اغتنام فرصة.
- 3- تسليم هذه البضائع مجانا إلى المستشفيات والملاجئ والجمعيات الخيرية وغيرها من المؤسسات ذات الطابع الإنساني، عندما تكون هذه البضائع مواد غذائية أو أدوية لا تتجاوز قيمتها في السوق مبلغ 20.000 دج.

⁶³⁰ « 1- Les objets confisqués ou abandonnés sont aliénés par le service des douanes dans les conditions fixées par arrêté du ministre de l'économie et des finances lorsque le jugement de confiscation est passé en force de chose jugée, ou, en cas de jugement par défaut, lorsque l'exécution provisoire a été ordonnée par le jugement de confiscation, ou après ratification de l'abandon consenti par transaction. 2- Toutefois, les jugements et ordonnances portant confiscation de marchandises saisies sur des particuliers inconnus, et par eux abandonnées et non réclamées, ne sont exécutés qu'un mois après leur affichage tant à la porte du bureau qu'à celle du tribunal de grande instance ; passé ce délai, aucune demande en répétition n'est recevable ».

⁶³¹ منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية المؤرخة في 29/09/1949، ص 9681، المعدل بالقرار المؤرخ في 04/03/2013 (منشور في الجريدة الرسمية المؤرخة في 15/03/2013، ص 4557).

⁶³² أنظر في تفصيل ذلك: رسالتنا سالف الذكر، ص 240 وخصوصا الهامش 04.

- 4- تسليم هذه البضائع مجاناً إلى المكتبات والمتاحف الوطنية، عندما تكون هذه البضائع أشياء لها قيمة تاريخية أو فنية أو وثائقية وقابلة لأن تصنف ضمن الأملاك العامة.
- 5- إتلاف هذه البضائع في حالات معينة.

وقد تولى القرار السابق تفصيل الأحكام المتعلقة بالبيع عن طريق المزاد العلني وكذا الأحكام المتعلقة بالإتلاف، أما طرق التصرف الأخرى في الأشياء المصادرة، فقد أحال بشأنها إلى مقرر يصدر عن المدير العام للجمارك كما هو مبين في الفقرة 03 من المادة 02 من ذات القرار:

فبالنسبة لبيع الأشياء المصادرة عن طريق المزاد العلني، فقد فصلت أحكامه المواد من 03 إلى 06 من ذات القرار: فالمادة 04 حددت السلطة المكلفة بإجراء المزايدة وهي قابض الجمارك للمنطقة التي يجري فيها البيع. أما المادة 03 فقد حددت كيفية إعلان البيع بالمزايدة إلى الجمهور، فقضت بوجوب أن يسبق البيع إشهار يتم وفقاً للنموذج الوارد في ملحق هذا القرار (نموذج إشعار بالبيع)، وأن يتم اطلاع الجمهور على إعلان المزايدة بعشرة أيام على الأقل وثلاثين يوماً على الأكثر قبل موعد المزايدة الذي تحدده إدارة الجمارك، كما اشترطت أن تحتوي هذه الإعلانات على عناوين وأمكنة المزايدة، فضلاً عن نشرها في صحيفتين على الأقل من الصحف الوطنية وكذا لصقها في مكاتب الجمارك ومقرات المجالس الشعبية البلدية. كذلك أعطت المادة السابقة للمترشحين الراغبين في الشراء الحق في فحص البضائع المعروضة للبيع خلال 48 ساعة التي تسبق المزايدة. وبالنسبة لسير عملية المزايدة، فالأصل أن يتم فيها تقديم عروض ليرسو المزاد على من قدم عرضاً أعلى، غير أن المزايدة قد تعترضها إحدى حالتين: فالحالة هي الحالة لا تقدم فيها أية عروض حول الأشياء المزايد عليها أو تقدم عنها عروض غير كافية، وقد قضت المادة 05 من ذات القرار بسحب الأشياء من البيع لتعرض في بيع لاحق.

أما الحالة الثانية فهي الحالة التي لا يكون فيها الشخص الذي رسا عليه المزاد قادراً على الدفع نقداً، وقد قضت المادة 06 من ذات القرار ببيع الأشياء في الحال بسعر مزايدة عاجز عن الدفع. وإذا ما تم البيع سواء بشكل عادي أو بعد المزايدة بسعر عاجز عن الدفع، فإن المادة 07 من ذات القرار قد قضت بأن تكون عملية البيع خالصة من كل الحقوق والرسوم، وبأن يسلم قابض الجمارك مستخرجاً من محضر التنازل مصادقاً عليه لكل مستفيد من المزايدة. وبالنسبة لمصير المبالغ الناتجة عن عملية البيع هذه، فإنها تخضع لأحكام المادة 302 من قانون الجمارك التي تقضي بتحويل هذه المبالغ إلى الخزينة العمومية.

وبالنسبة لإتلاف الأشياء المصادرة، فقد نظمته المادة 08 من ذات القرار، التي أوجبت تحرير محضر عن عملية الإتلاف هذه، كما حددت الأشياء القابلة للإتلاف وهي: -البضائع المغشوشة أو المزيفة أو المقلدة، وتلك المقرر أنها غير صالحة للاستهلاك من طرف مصالح الرقابة الأخرى. -المواد الضارة بالصحة العمومية. -الأشياء التي من شأنها أن تخل بالآداب العامة أو النظام العام. كذلك فإن المادة 17 من الأمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب قد قضت في الفقرة 02 منها بأنه "يتم إتلاف البضائع المقلدة أو غير الصالحة للاستهلاك ووسائل النقل المجهزة خصيصاً للتهريب التي تمت مصادرتها، وذلك على نفقة المخالف وبحضور المصالح المخولة وتحت رقابتها". وما يلاحظ على هذا النص أنه قد نص صراحة على أن يتحمل المحكوم عليه مصاريف عملية الإتلاف، في حين أن القرار السابق ذكره لم يشير إلى أي شيء من هذا القبيل.

المطلب الثاني: الإكراه الجمركي

مراعاة للسرعة في تحصيل المبالغ التي تسعى إدارة الجمارك إلى تحصيلها من عقوبات مالية وحقوق ورسوم، جرت بعض التشريعات الجمركية على إقرار آلية تضمن هذه السرعة في التنفيذ تسمى "الإكراه الجمركي" (contrainte douanière). وقد عرف بعض الفقه هذا الأخير بأنه "تدبير إداري يجيز التنفيذ على أموال المكلفين (المدينين) بقصد التحصيل السهل والسريع لديون إدارة الجمارك دون اللجوء إلى أصول المحاكمات"⁶³³، وفي هذا الجانب يكون الإكراه الجمركي أقرب إلى نظام "أوامر الأداء" المعروف في قانون الإجراءات المدنية⁶³⁴، لكنه يختلف عنه من حيث أن الأمر بالإكراه سيصدر عن إدارة الجمارك وليس القضاء، ولذلك فإن الأمر بالإكراه (الجمركي) يعد فعلا وسيلة امتيازية تملكها إدارة الجمارك في مواجهة مدينها، وهو بالفعل واحد من امتيازات السلطة العامة تم إقرارها كإجراء تنفيذي فعال لمصلحة إدارة الجمارك، فصفتها كإدارة عمومية تسمح لها باستخدام الإكراهات الإدارية لتحصيل ما هو مستحق لها⁶³⁵. وقد تولى المشرع الجزائري تنظيم أحكام الإكراه الجمركي في المواد من 262 إلى 264 من قانون الجمارك، وهذه الأحكام تطبق أيضا على مرتكبي الجرائم الجمركية الواردة في الأمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب على الرغم من خلوه من نص يحيل إليها⁶³⁶. أما المشرع الفرنسي، فإنه إلى وقت قريب كان يتبنى هو أيضا نظام "الإكراه الجمركي" في المواد من 345 إلى 349 من قانون الجمارك، لكن بصور القانون رقم 1576/2002 تم تعديل هذه المواد، فأصبحت تنظم إجراء جديدا يسمى بنظام "الإشعار بالشروع في التحصيل" (avis de mise en recouvrement)، وهذا النظام مستلهم بشكل كبير من المبادئ الخاصة بالتحصيل في المادة الجبائية، وهو يختلف عن النظام القديم للإكراه من عدة أوجه سواء من حيث طبيعته أو من حيث المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن استخدامه⁶³⁸. أما المشرع المصري فإنه لم يورد في قانون الجمارك نصا حول الإكراه الجمركي.

وما يعيننا في هذا المقام هو نظام "الإكراه الجمركي"، باعتباره لا يزال مكرسا في قانون الجمارك الجزائري. وبالعودة إلى المادة 262 من هذا الأخير، نجدها تنص على أنه "يمكن لقابضي الجمارك أن يصدروا الأمر بالإكراه قصد تحصيل الحقوق والرسوم والغرامات والمبالغ المستحقة لإدارة الجمارك، بمجرد إثبات أن مبلغا ما أصبح مستحقا إثر عملية ناتجة عن تطبيق التشريع والتنظيم المكلفة بتطبيقهما إدارة الجمارك". وكذلك كانت المادة 345 من قانون الجمارك الفرنسي قبل تعديلها بقانون 1576/2002 تنص على أنه "يجوز لمدرء وقابضي الجمارك إصدار أمر بالإكراه من أجل تحصيل الحقوق والرسوم من أية طبيعة كانت والتي كلفت إدارة الجمارك بتحصيلها، أو من أجل دفع الحقوق والغرامات والمبالغ الأخرى الواجب دفعها

⁶³³ أنظر: د. شوقي رامز شعبان، "النظرية العامة للجريمة الجمركية"، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، 2000، ص 358.

⁶³⁴ تمكن العلة من إقرار نظام أوامر الأداء في مراعاة مصلحة أصحاب المبالغ الزهيدة، وتجنبيهم ما تتميز به الإجراءات أو الخصومة من صعوبة وتكاليف، إذ أنها قد تجعل هؤلاء لا يطالبون بحقوقهم وهو ما يتضمن تحفيزا للدائنين سيئ النية. أنظر: JEAN VINCENT et SERGE GUINCHARD, « Procédure civile », DALLOZ, 25^e édition, 1999, p 697.

⁶³⁵ M. SCHUMACHER, art. préc., p 156.

⁶³⁶ ونلتبس من المشرع الجزائري استحداث مثل هذا النص درء لكل شبهة حول تطبيق أحكام الإكراه الجمركي على مرتكبي هذه الجرائم.
⁶³⁷ المؤرخ في 2002/12/30 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، المؤرخة في 2002/12/31) المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2002.

⁶³⁸ ROZENN CREN, th. préc., p 320.

عند عدم تنفيذ الالتزامات التي تتضمنها سندات الإعفاء بكفالة والتعهدات، وبشكل عام في كل الحالات التي يمكنهم فيها إثبات أن مبلغا ما أصبح واجب الدفع لإدارة الجمارك⁶³⁹.

ومن خلال النصين السابقين، يلاحظ أن "محل الإكراه الجمركي" ليس قاصرا فقط على الديون الناجمة عن نزاع جمركي جزائي كالعرامات الجمركية والمصادرات الجمركية النقدية (العقوبات الجبائية)، ولكنه شامل أيضا للديون الناتجة عن نزاع جمركي مدني (غير جزائي) شرط أن تكون هذه الديون ذات طابع جبائي⁶⁴⁰، فالمبالغ التي قد تستحقها إدارة الجمارك لأسباب أخرى كالتعويضات المدنية الناجمة عن المسؤولية المدنية للغير، أو المكافآت الخاصة بخدمات ما مثلا، لا يجوز متابعتها إلا تبعا لقواعد القانون العام⁶⁴¹. وبالنسبة ل "الشروط اللازمة لإصدار الأمر بالإكراه الجمركي"، فقد حددتها المادة 263 من قانون الجمارك الجزائري بقولها "يجب أن يتضمن الأمر بالإكراه الصادر عن قابض الجمارك نسخة من السند الذي يثبت الدين أو نسخة من الوثيقة التي تبرر دعوى (action) إدارة الجمارك". وذات الحكم كان واردا في المادة 347 من قانون الجمارك الفرنسي قبل تعديلها بقانون 1576/2002، حيث كانت تنص على أنه "يجب أن يتضمن أمر الإكراه نسخة عن السند الذي يثبت الدين"⁶⁴².

. وبذلك فإن المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي لم يطلقا يد إدارة الجمارك في إصدار الأمر بالإكراه، فاشترطا أن يكون الدين الموجب للإكراه "ثابتا"، ويتحقق ذلك عندما يكون الأمر بالإكراه مرفقا بسند يثبت وجود الدين محل الإكراه، فإذا تعلق الأمر بغرامة أو بمبلغ يقوم مقام المصادرة (المصادرة النقدية) مثلا فإنه يجب أن يرفق الأمر بالإكراه بالحكم أو القرار النهائي الذي قضى على المتهم بهذه المبالغ، وإذا تعلق الأمر بالحقوق أو الرسوم وجب تقديم السند المثبت لهذه الحقوق والرسوم أو الحكم القاضي بدفعها. ويبدو أن القضاء الفرنسي كان أكثر تشددا في هذا الصدد، فاشترط لاستخدام الإكراه الجمركي أن يكون الدين ثابتا (créance certaine) من جهة وغير منازع فيه (non contestée) من جهة أخرى⁶⁴³. كذلك فإن المادة 264 (الفقرتان 01 و 02) من قانون الجمارك الجزائري قد أضافت شرطا آخر بقولها "يؤشر رئيس المحكمة المختصة على الأوامر بالإكراه".

- ويتم التأشير على هذه الأوامر بالإكراه بدون مصاريف". ومن خلال هذا النص، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد اشترط أن يتم التأشير على الأوامر بالإكراه من طرف رئيس المحكمة، مما يعني أن الأمر بالإكراه لا يكون له أي أثر قانوني إذا لم يتم تأشيرها على هذا النحو، ويتحدد اختصاص رئيس المحكمة بالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكتب قابض الجمارك الذي أصدر الأمر بالإكراه، واشترط مثل هذا التأشير قد أريد به أساسا إخضاع عملية الإكراه الجمركي لنوع من

⁶³⁹ « Les directeurs et les receveurs des douanes peuvent décerner contrainte pour le recouvrement des droits et taxes de toute nature que l'administration des douanes est chargée de percevoir, pour le paiement des droits, amendes et autres sommes dues en cas d'inexécution des engagements contenus dans les acquits-à-caution et soumissions et, d'une manière générale, dans tous les cas où ils sont en mesure d'établir qu'une somme quelconque est due à l'administration des douanes ».

⁶⁴⁰ BERR et TREMEAU, op.cit, p 416.

⁶⁴¹ Rennes. 24/02/1921. Cité par : Ibid.

⁶⁴² « La contrainte doit comporter copie du titre qui établit la créance ».

⁶⁴³ Cass. Com. 13/12/1994. B. civ., IV, n° 376. Cité par: ROZENN CREN, th. préc., p 321.

الرقابة القضائية حتى لا تتعسف في استعمال هذا الإكراه. وبالنسبة لـ "كيفية تبليغ الأمر بالإكراه الجمركي إلى الطرف المعني به"، فإن الفقرة 03 من المادة 264 سابقة الذكر قد نصت على أنه "يمكن أن تبلغ الأوامر بالإكراه ضمن الشروط الواردة في المادة 279 من هذا القانون". وكذلك كانت المادة 349 من قانون الجمارك الفرنسي قبل تعديلها بقانون 1576/2002 تنص على أنه "تبلغ الأوامر بالإكراه ضمن الشروط المقررة في المادة 362 أعلاه"⁶⁴⁴. وبالعودة إلى المادة 279 التي أحالت إليها المادة 264 (الفقرة 03) سابقة الذكر، نجدها تنص على أنه "يؤهل أعوان الجمارك في المجال الجمركي للقيام بجميع الاستدعاءات والإنذارات والإشعارات الضرورية للتحقيق في القضايا الجمركية، وكذا جميع التصرفات والأعمال المطلوبة لتنفيذ الأوامر القضائية والأحكام والقرارات الصادرة في مجال النزاعات الجمركية المدنية منها أو الجزائية ما عدا الإكراه البدني". وبالنسبة لـ "السلطات المخولة لإدارة الجمارك عند إصدار الأمر بالإكراه الجمركي"، فقد حددتها الفقرة 01 من المادة 293 مكرر من قانون الجمارك الجزائري بقولها "تنفذ أنواع الإكراه المنصوص عليها في المادة 263 من هذا القانون بكل الطرق القانونية ما عدا الإكراه البدني".

وذات الحكم كان واردا في بداية الفقرة 03 من المادة 382 من قانون الجمارك الفرنسي قبل تعديلها بقانون 1576/2002⁶⁴⁵. ومن خلال هذين النصين، يلاحظ أن أوامر الإكراه تخول لإدارة الجمارك اتخاذ كل إجراء تنفيذي يسمح باقتضاء المبالغ المستحقة لإدارة الجمارك، ولاسيما "التنفيذ الجبري على أموال المدين"⁶⁴⁶، أو تسجيل رهن على عقارات المدين على النحو الذي سبقت دراسته، فلا يستثنى من ذلك سوى "الإكراه البدني". وبالنسبة لـ "المنازعات أو الاعتراضات على الإكراه الجمركي"، فإنها تتم بموجب دعوى عادية يختص بنظرها القضاء المدني، وذلك طبقا للمادة 273 من قانون الجمارك الجزائري التي نصت على أنه "تنظر الجهة القضائية المختصة بالبت في القضايا المدنية، في الاعتراضات المتعلقة بدفع الحقوق والرسوم أو استردادها ومعارضات الإكراه وغيرها....".

وكذلك كانت المادة 357 مكرر من قانون الجمارك الفرنسي قبل تعديلها بقانون 1576/2002 تعطي الاختصاص بنظر هذه الدعاوى للمحاكم الجزئية⁶⁴⁷. وبذلك فإن الإكراه الجمركي ليس قابلا مبدئيا لأي طعن أو تظلم إداري⁶⁴⁸. وإذا ما تم رفع دعوى اعتراض على الإكراه الجمركي على النحو السابق بيانه، فإن ذلك ليس له أثر موقوف على إجراءات التنفيذ التي بادرت بها إدارة الجمارك بموجب الأمر بالإكراه، مما يعني أن تواصل تنفيذها. وقد تم إقرار هذا المبدأ صراحة في الفقرة 02 من المادة 293 مكرر من قانون الجمارك الجزائري التي نصت على أنه "لا يمكن وقف تنفيذ أنواع الإكراه بأية معارضة كانت". وذات الحكم كانت تقرره الفقرة 03 من المادة 382 من قانون الجمارك الفرنسي قبل تعديلها بقانون 1576/2002⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ « Les contraintes sont notifiées dans les conditions prévues à l'article 362 ci-après ».

⁶⁴⁵ « 3. Les contraintes sont exécutoires par toutes voies de droit, sauf par corps. ... ».

⁶⁴⁶ وذات الحكم ينطبق على "الإشعار بالشروع في التحصيل" الذي حل محل "الأمر بالإكراه الجمركي" في قانون الجمارك الفرنسي. أنظر في CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 353. هذا الصدد:

⁶⁴⁷ « Les tribunaux d'instance connaissent des contestations concernant le paiement ou le remboursement des droits, des oppositions à contrainte et des autres affaires de douane n'entrant pas dans la compétence des juridictions répressives ».

⁶⁴⁸ V. ROZENN CREN, th. préc., p 321.

⁶⁴⁹ « ... L'exécution des contraintes ne peut être suspendue par aucune opposition ou autre acte ».

المطلب الثالث: الإكراه البدني المسبق

يعرف الإكراه البدني عموماً بأنه "إجراء تنفيذي يهدف إلى حبس المدين بغرض إجباره بشكل غير مباشر على استخدام موارده الخفية التي يمكن أن تكون لديه في دفع ديونه"⁶⁵⁰. ففكرة الإكراه البدني تقوم في أساسها على فكرة "الحبس من أجل الدين" (prison pour dettes). وقد كانت فكرة "الحبس من أجل الدين" موجودة في القانون (المدني) لتنفيذ الديون الناشئة بمناسبة النزاعات القائمة بين الأفراد، كما كان التنفيذ على شخص المدين موجوداً في القانون الروماني وبقي سائداً خلال كامل فترة العصر الوسيط، ثم أخذ مجال الإكراه البدني في التقلص وأصبح محصوراً فقط لمصلحة الدولة التي احتفظت باستخدامه من أجل تحصيل ديونها الخاصة بها⁶⁵¹⁻⁶⁵²، وعلى هذا الأساس أصبح يعرف الإكراه البدني بأنه "السلطة الممنوحة للخزينة العامة كدائن في حبس مدينها من أجل الحصول على دفع عقوبة مالية"⁶⁵³.

واستخدام الإكراه البدني لتنفيذ أو اقتضاء العقوبات المالية المحكوم بها في المادة جمركية أمر جائز، وذلك طبقاً للمقطع 03 من المادة 293 من قانون الجمارك الجزائري الذي نص على أنه "يمكن كذلك تنفيذ الأحكام والقرارات المتضمنة حكماً بالإدانة، والصادرة عن مخالفة (جريمة) جمركية، بالإكراه البدني طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية". وقد تولت المواد من 597 إلى 611 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري تنظيم أحكام الإكراه البدني. وكذلك نصت الفقرة 02 من المادة 382 من قانون الجمارك الفرنسي على أنه "تطبق أيضاً المواد من 749 إلى 762 من قانون الإجراءات الجزائية على الأحكام الصادرة بالغرامة والمصادرة نقداً من أجل جنح جمركية أو مخالفات جمركية"⁶⁵⁴، والنصوص المحال إليها قد تولت تنظيم أحكام "الإكراه القضائي" الذي حل بديلاً عن "الإكراه البدني" منذ تعديل قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي بقانون 204/2004⁶⁵⁵. لكن الجديد في القانون الجنائي الجمركي هو أنه قد استحدث صورة جديدة للإكراه البدني في المادة الجمركية تسمى "الإكراه البدني المسبق" (contrainte par corps anticipée)، أو كما سماها كذلك بعض الفقه "الأمر بالحبس" (recommandation sur écrou)⁶⁵⁷. والإكراه البدني المسبق يعتبر من أهم مميزات القانون الجنائي الجمركي مقارنة بالقانون العام⁶⁵⁸، وهو على غرار الإكراه البدني المقرر في القانون العام يقوم على فكرة "حبس الشخص إلى أن يدفع العقوبات المالية المحكوم بها عليه".

⁶⁵⁰ LOUIS PABON, op.cit, p 119.

⁶⁵¹ ROZENN CREN, th. préc., p 324.

⁶⁵² راجع في تفصيل ذلك: GASTON STEFANI et GEORGES LEVASSEUR et BERNARD BOULOC, « Procédure pénale », DALLOZ, 17^e édition, 2000, p 33.

⁶⁵³ FRANCIS CABALLERO et YANN BISIOU, « Droit de la drogue », DALLOZ, 2^e édition, 2000, p 725.

⁶⁵⁴ « 2. Les articles 749 à 762 du code de procédure pénale sont en outre applicables aux condamnations à l'amende et à la confiscation ordonnée en valeur prononcées pour délits douaniers et contraventions douanières ».

⁶⁵⁵ المؤرخ في 2004/03/09 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية المؤرخة في 2004/03/10)، المتضمن تكيف العدالة مع التطور الإجرامي، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2005/01/01.

⁶⁵⁶ أنظر في تفصيل ذلك: CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 314.

⁶⁵⁷ V. PAUL BEQUET, op.cit, p 247.

⁶⁵⁸ د. أحسن بوسقيع، "المنازعات الجمركية"، المرجع السابق، ص 340.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام هذا الإكراه في المادة 299 من قانون الجمارك، التي نصت على أنه "يحبس كل شخص لارتكابه عمل تهريب، إلى أن يدفع قيمة العقوبات المالية الصادرة ضده، وذلك بغض النظر عن كل استئناف أو طعن بالنقض. إلا أن مدة الحبس لا يمكن أن تتجاوز المدة التي حددها التشريع فيما يخص الإكراه البدني". وهذا النص منقول حرفياً عن نص المادة 388 من قانون الجمارك الفرنسي طبقاً لصياغتها السابقة لقانون 1453/77⁶⁵⁹. غير أنه بصدد هذا القانون، عدل المشرع الفرنسي من نص المادة السابقة، فأصبحت تنص على أنه "يجوز حبس كل شخص حكم عليه من أجل جنحة جمركية أو جريمة في مادة الضرائب غير المباشرة إلى أن يدفع قيمة العقوبات المالية المحكوم بها ضده، وذلك بقرار صريح من المحكمة ورغم كل استئناف أو طعن بالنقض. وفيما عدا حالة نقل مؤثرات عقلية، فإن مدة الحبس التي تم قضاؤها ضمن هذه الشروط بدء من تاريخ الحكم تضاف إلى مدة الإكراه البدني المحكوم بها من طرف المحكمة، ولا يجوز أن تتجاوز الحد الأدنى المقرر في قانون الإجراءات الجزائية من أجل عقوبة مالية لها نفس مبلغ العقوبات الجبائية المحكوم بها"⁶⁶¹. ثم عدلت هذه المادة بموجب قانون 204/2004، حيث استبدلت عبارة "الإكراه البدني" الواردة فيها بعبارة "الإكراه القضائي". ثم ألغيت المادة 388 هذه نهائياً بموجب المادة 161 من قانون 525/2011، مما يعني أن الإكراه البدني المسبق لم يعد له وجود في قانون الجمارك الفرنسي. وبالنسبة للمشرع المصري فإنه لم يورد في قانون الجمارك نصاً حول الإكراه البدني المسبق.

وتقتضي دراسة أحكام الإكراه البدني المسبق أن نتعرض لشروطه (الفرع الأول)، وكذا مدته (الفرع الثاني)، لنختتم ذلك بمسألة الحكم أو عدم الحكم بهذا الإكراه البدني المسبق (الفرع الثالث).

الفرع الأول: شروط ممارسة الإكراه البدني المسبق

يشترط لممارسة الإكراه البدني المسبق أربعة شروط:

فالشرط الأول يتمثل في وجوب صدور حكم بالإدانة، ولا يهم أن يكون هذا الحكم نهائياً أو غير نهائي، فقد كانت المادة 299 من قانون الجمارك الجزائري والمادة 388 من قانون الجمارك الفرنسي في مختلف تعديلاتها السابقة لإلغائها صريحتين في ممارسة هذا الإكراه رغم الاستئناف والطعن بالنقض، وبذلك فإنه على خلاف الإكراه البدني المعروف في القانون العام، فإن الأمر بالحبس (بالإكراه البدني المسبق) يمكن تنفيذه طبقاً لحكم غير نهائي⁶⁶²، وهو ما يتضمن خروجاً

⁶⁵⁹ المؤرخ في 1977/12/29 (منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، المؤرخة في 1977/12/30، ص 6279).

⁶⁶⁰ « Toute individu condamné pour contrebande, et nonobstant appel ou pourvoi en cassation, est maintenu en détention jusqu'à ce qu'il ait acquitté le montant des condamnations pécuniaires prononcées contre lui ; cependant la durée de la détention ne peut excéder celle fixée par la législation relative à la contrainte par corps ».

⁶⁶¹ « Par décision expresse du tribunal, celui qui est condamné pour un délit douanier ou une infraction en matière de contributions indirectes peut, nonobstant appel ou pourvoi en cassation, être maintenu en détention jusqu'à ce qu'il ait acquitté le montant des sanctions fiscales prononcées contre lui ; sauf dans le cas de trafic de stupéfiants, la durée de la détention accomplie dans ces conditions à compter de la condamnation s'impute sur celle de la contrainte par corps prononcée par le tribunal et ne peut excéder le minimum prévu par le code de procédure pénale pour une condamnation pécuniaire de même montant que celui des sanctions fiscales prononcées ».

⁶⁶² M. SCHUMACHER, art. préc., p 159.

عن المبادئ العامة للإجراءات الجزائية وخصوصا فيما يتعلق بأثر طرق الطعن الموقوف لتنفيذ العقوبات⁶⁶³. كذلك فإن الإكراه البدني المسبق يمارس في المرحلة التي يكون فيها الحكم غير نهائي حتى وإن كان المحكوم عليه قد أتم تنفيذ عقوبة الحبس قبل أن يصير هذا الحكم نهائيا، كما لو كانت عقوبة الحبس التي نطق بها مساوية لمدة الحبس المؤقت التي قضاه، وهنا تظهر العلة من إنشاء نظام الإكراه البدني المسبق⁶⁶⁴.

أما الشرط الثاني، فهو يتمثل في وجوب أن يكون حكم الإدانة قد صدر من أجل جريمة (فعل) تهريب طبقا للمادة 299 من قانون الجمارك الجزائري، وقد أطلق المشرع الجزائري عبارة "التهريب" دون حصره في وصف معين، مما يعني أن الإكراه البدني المسبق يطبق سواء اتخذ التهريب وصف مخالفة أو وصف جنحة كما كانت الحال عليه قبل قانون 10/98، أو حتى إذا اتخذ وصف جنائية كما هي الحال عليه بالنسبة لجنايتي التهريب الواردتين في المادتين 14 و15 من الأمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب، وبالتالي فلا مجال لممارسة الإكراه البدني المسبق عند الإدانة من أجل جريمة أخرى غير التهريب. أما المشرع الفرنسي فقد كان يشترط هو أيضا في المادة 388 من قانون الجمارك قبل تعديلها بقانون 1453/77 أن تتم الإدانة عن جريمة تهريب، دون تمييز بين ما إذا اتخذ هذا التهريب وصف جنحة أو وصف مخالفة، مما يعني أن نص المادة السابقة كان غير مطبق وقتذاك على جنحة الاستيراد أو التصدير بدون تصريح والجرائم الجمركية الأخرى⁶⁶⁵. غير أنه بتعديل المادة السابقة بالقانون سابق الذكر، أصبح المشرع الفرنسي يقضي بممارسة الإكراه البدني المسبق عند الإدانة من أجل أية جنحة جمركية مستبعدا بذلك المخالفات الجمركية.

أما الشرط الثالث، فهو يتمثل في امتناع المحكوم عليه عن دفع العقوبات المالية المحكوم بها عليه عن الجريمة المرتكبة، فإذا كان قد قام بإيداع كامل مبلغ هذه العقوبات فإنه لا يجوز بعد ذلك ممارسة الإكراه البدني المسبق في مواجهته.

أما الشرط الرابع، فهو يتمثل في وجوب أن يكون المحكوم عليه محبوسا، وهذا الشرط مستخلص من عبارة "يبقى محبوسا" (est maintenu en détention) الواردة في النص الفرنسي للمادة 299 وكذا المادة 388 (في مختلف تعديلاتها) سابقتي الذكر، أي أن التنفيذ المسبق للإكراه البدني سيتم طلبه مبدئيا في وقت يكون فيه الجاني لا يزال محبوسا (incarcéré)⁶⁶⁶، وهذا الوضع يفترض التمييز بين حالتين: - فإما أن يكون المحكوم عليه قد سبق وضعه في الحبس المؤقت، وعندها سيخضع للإكراه البدني المسبق بمجرد انتهاء هذا الحبس. وهذا يعني أنه عند نهاية الحبس المؤقت لن يستطيع المحكوم عليه التملص من ممارسة الإكراه البدني المسبق عن طريق الهرب⁶⁶⁷. - وإما أن يكون المحكوم عليه قد بقي حرا خلال المتابعة ولم يحبس مؤقتا، وعندها لن يخضع للإكراه البدني المسبق إلا بعد تنفيذ عقوبة الحبس المحكوم بها عليه⁶⁶⁸. ووجه الفرق بين الحالتين السابقتين، هو أن الإكراه البدني المسبق سيمارس في الحالة الأولى والحكم لا يزال غير نهائي، في حين أنه سينفذ في الحالة الثانية بعد صيرورة الحكم نهائيا. وتجدر الإشارة إلى أن الاستناد على الصياغة العربية لنص

⁶⁶³ Ibid.

⁶⁶⁴ V. CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 315.

⁶⁶⁵ PAUL BEQUET, op.cit, p 248.

⁶⁶⁶ CABALLERO et BISIQU, op.cit, p 726.

⁶⁶⁷ M. SCHUMACHER, art. préc., p 159 – 160.

⁶⁶⁸ V. PAUL BEQUET, op.cit, p 248.

المادة 299 من قانون الجمارك الجزائري التي جاء فيها أنه "يجبس كل شخص"، من شأنه أن يعني من تطلب هذا الشرط الأخير، وعندها سيكون جائزا ممارسة الإكراه البدني المسبق قبل صيرورة الحكم نهائيا سواء كان المحكوم عليه قد سبق إيداعه في الحبس المؤقت أو كان قد بقي حرا قبل صدور هذا الحكم.

وتجدر الإشارة إلى أن الشروط السابقة كافية لوحدها لتطبيق الإكراه البدني المسبق، ولا يجوز أن تضاف إليها الشروط الأخرى اللازمة لتطبيق الإكراه البدني المنصوص عليه في القانون العام. وعلى هذا الأساس، قررت محكمة النقض الفرنسية أن "التنبيه بالوفاء" كشرط لممارسة الإكراه القضائي طبقا للمادة 754 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي (أو كشرط لممارسة الإكراه البدني طبقا للمادة 604 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري)، ليس شرطا لازما للأمر بالإكراه البدني المسبق⁶⁶⁹.

الفرع الثاني: مدة الإكراه البدني المسبق

فيما يخص مدة الإكراه البدني المسبق، فإن المادة 299 من قانون الجمارك الجزائري كانت غير واضحة في هذا الشأن، حيث اكتفت بالقول بأنه "... إلا أن مدة الحبس لا يمكن أن تتجاوز المدة التي حددها التشريع فيما يخص الإكراه البدني". فمثل هذه الصياغة توحي بأن المشرع الجزائري قد أورد حدا أقصى لمدة الإكراه البدني المسبق هو ذات الحد المقرر في قانون الإجراءات الجزائية بشأن الإكراه البدني العادي، وأنه لم يورد حدا أدنى معينا. ولعل مثل هذا التفسير الغريب الناتج عن ظاهر العبارة السابقة هو الذي دفع بعض الفقه الجزائري إلى القول بأن المادة 299 سابقة الذكر لم تحدد مدة الإكراه البدني المسبق⁶⁷⁰. والحقيقة أنه يمكن فهم العبارة السابقة على أنها قد قصدت الإحالة إلى مدد الإكراه البدني العادي ما تعلق منها بالحد الأقصى وما تعلق منها بالحد الأدنى، وذلك سيرا على ما استقر عليه الفقه الفرنسي في ظل صياغة المادة 388 من قانون الجمارك الفرنسي السابقة لقانون 1453/77⁶⁷¹، فقد فهم هذا الفقه من هذه المادة وجوب الرجوع إلى المدد المحددة في قانون الإجراءات الجزائية بشأن الإكراه البدني العادي سواء فيما تعلق بالحد الأدنى أو بالحد الأقصى⁶⁷².

ويثير حساب مدة الإكراه البدني المسبق نوعا من الإشكال، عندما يكون الشخص محل الإكراه قد سبق حبسه مؤقتا لمدة معينة ثم صدر عليه حكم (في الدعوى) بالحبس لمدة تقل مدتها عن مدة الحبس المؤقت التي قضاه، فهل سيتم حذف الفارق بين مدة الحبس المحكوم بها ومدة الحبس المؤقت المقضية من مدة الإكراه البدني المسبق، أم أن هذا الفارق لن يحسب في مدة هذا الإكراه؟. في هذا الصدد، اتجهت محكمة استئناف Besançon الفرنسية قديما إلى القول بأنه "بمجرد ما أن المحبوس (مؤقتا) من أجل جنحة جمركية قد تمت معاقبته بحبس تقل مدته عن الحبس الاحتياطي (المؤقت)، فإن الجزء الباقي من هذا الأخير والذي يجاوز مدة عقوبة الحبس المحكوم بها لا يضاف إلى مدة الحبس الاحتياطي الخاص الجمركي (الإكراه البدني المسبق) الذي لن يبدأ حسابه في هذه الحالة إلا من تاريخ الحكم بالعقوبة. فالإكراه البدني ليس له في الواقع طابع العقوبة ولكنه يشكل مجرد طريقة تنفيذ تهدف إلى ضمان دفع الغرامات والتعويضات والمصاريف، ويترتب

⁶⁶⁹ Crim. 24/01/2001. B.c., n° 23. Cité par : CHRISTOPHE SOULARD, op.cit, p 315.

⁶⁷⁰ أنظر: د. أحسن بوسقيعه، "المنازعات الجمركية"، المرجع السابق، ص 341.

⁶⁷¹ والتي نقلت عنها حرفيا المادة 299 من قانون الجمارك الجزائري.

⁶⁷² V. PAUL BEQUET, op.cit, p 249.

على ذلك أنه عندما تطبق على المتهم عقوبة جسدية، فإن الحبس الاحتياطي لا يجب إضافته إلى مدة الإكراه البدني الذي ليس عقوبة سالبة للحرية⁶⁷³⁻⁶⁷⁴. وبذلك فإن هذا القرار قد كان صريحا في عدم حذف الفارق بين مدة الحبس المحكوم بها ومدة الحبس المؤقت المقضية من مدة الإكراه البدني المسبق⁶⁷⁵.

الفرع الثالث: مسألة الحكم أو عدم الحكم بالإكراه البدني المسبق

يثور التساؤل حول ما إذا كان التنفيذ بالإكراه البدني المسبق يستلزم مسبقا النطق بهذا الإكراه في الحكم، أم أن ممارسته ستتم دون حاجة إلى ذكره في الحكم؟.

الحقيقة أن المادة 299 من قانون الجمارك الجزائري لم تجب صراحة على هذا التساؤل، غير أن بعض الفقه الجزائري قد اتجه إلى القول بأن "الإكراه البدني ليس إجراء قضائيا وإنما هو إجراء إداري، إذ يطبق بناء على طلب بسيط من إدارة الجمارك توجهه إلى وكيل الجمهورية المختص محليا بصفته الجهة المشرفة على تنفيذ العقوبات"⁶⁷⁶. وفي ظل عدم عثورنا على قرارات أو أحكام تبين موقف القضاء الجزائري من هذه المسألة، فإنه يمكن الاستشهاد بما حكم به القضاء الفرنسي في ظل صياغة المادة 388 من قانون الجمارك الفرنسي قبل تعديلها بقانون 1453/77، فقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد إلى القول بوجوب النص صراحة في حكم الإدانة على الإكراه البدني المسبق⁶⁷⁷. على أن الأمر قد تغير منذ تعديل المادة السابقة بالقانون سابق الذكر، حيث أصبحت تشترط صراحة أن يكون الأمر بالإكراه البدني المسبق صادرا بقرار صريح من المحكمة، مما يعني أن المشرع الفرنسي قد ثبت الاجتهاد الذي كان سائدا قبل هذا التعديل.

⁶⁷³ Besançon. 26/03/1947. Doc. Cont., n° 794. Cité par : Ibid.

⁶⁷⁴ أنظر في تطبيق هذا المبدأ في مادة الضرائب غير المباشرة: M. SCHUMACHER, crim. 26/02/1904. S. 1907, I, 224. Cité par : art. préc., p 162.

⁶⁷⁵ مع مراعاة التغيير الذي حصل في هذا الشأن عقب تعديل المادة 388 من قانون الجمارك الفرنسي بقانون 1453/77. أنظر في تفصيل ذلك: BERR et TREMEAU, op.cit, p 510.

⁶⁷⁶ د. أحسن بوسقيعه، "المنازعات الجمركية"، المرجع السابق، ص 341.

⁶⁷⁷ Crim. 03/06/1950. Doc. Cont., n° 933. Cité par: PAUL BEQUET, op.cit, p 248.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1. أحسن بوسقيعه 'المنازعات الجمركية'، دار هوميه، الطبعة الرابعة، 2009.
2. أحسن بوسقيعه، "قانون الجمارك في ضوء الممارسة القضائية"، منشورات بيرتي (BERTI éditions)، طبعة 2010/2009.
3. جيلالي بغدادي، "الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية"، الجزء الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2002.
4. مجدي محب حافظ، "جريمة التهريب الجمركي"، -في ضوء الفقه وأحكام النقض والإدارية العليا والدستورية العليا حتى عام 1995-، (دون ذكر دار النشر)، 1995.
5. مداح حاج علي، "الجرائم الجمركية - دراسة مقارنة-"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الجنائية، جامعة الجليلي، 2013/2012.
6. اليايس سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الدراسية 2013/2012.
7. نبيل صقر، "الجمارك والتهريب نصا وتطبيقا"، دار الهدى، الجزائر، 2009.
8. عبد الحميد الشواربي، "الجرائم المالية والتجارية"، منشأة المعارف الإسكندرية، 1989.
9. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، "الوجيز في النظرية العامة للالتزام"، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2004.
9. فتوح عبد الله الشاذلي، "قانون العقوبات المصري"، -القسم العام-، النظرية العامة للجريمة المسؤولية الجزاء الجنائي، أبو العزم للطباعة، 2008.
10. شوقي رامز شعبان، "النظرية العامة للجريمة الجمركية"، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، 2000.

ثانياً: المقالات العلمية:

1. BERNARD BOULOC, « Droit pénal général », DALLOZ, 21e édition, 2009.
2. CHRISTOPHE SOULARD, « Guide pratique du contentieux douanier », Lexis Nexis-LITEC, 2008.
3. CLAUDE J. BERR et HENRI TRÉMEAU, « Le droit douanier », - communautaire et national-, ECONOMICA, 4e édition, 1997.
4. FRANCIS CABALLERO et YANN BISIOU, « Droit de la drogue », DALLOZ, 2e édition, 2000.
5. FRANÇOIS TERRÉ, PHILLIPE SIMLER et YVES LEQUETTE, « Droit civil », -Les obligations-, DALLOZ, 7e édition, 1999.
6. JEAN VINCENT et SERGE GUINCHARD, « Procédure civile », DALLOZ, 25e édition.
7. GASTON STEFANI et GEORGES LEVASSEUR et BERNARD BOULOC, « Procédure pénale », DALLOZ, 17e édition, 2000.
8. LOUIS PABON, « Traité des infractions du contentieux et des tarifs des douanes », LIBRAIRIE DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS ET DU JOURNAL DES PARIS, L. LAROSE ÉDITEUR, 1893.

9. PAUL BEQUET, « La contrebande », -Législation jurisprudence usages et pratique de la douane-, LAIBRAIRIES TECHNIQUES (librairie de la cour de cassation), 1959.
10. PHILIPPE SIMLER et PHILIPPE DELEBECQUE, « Droit civil », - Les suretés, la publicité foncière-, DALLOZ, 3e édition, 2000.
11. ROZENN CREN, « Poursuites et sanctions en droit pénal douanier », thèse de doctorat en droit privé spécialité droit pénal, Université Panthéon-Assas (France), novembre 2011.
12. WILFRID JEANDIDIER, « Droit pénal des affaires », DALLOZ, 4e édition, 2000.
13. H. PERRET, « le rôle de la solidarité entre les condamnés à une peine d'amende », R.S.C., 1941.
14. M. SCHUMACHER, « Les sanctions et leur exécution en matière douanière », dans « Études de droit pénal douanier », Annales de la faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence, PUF 1968.

نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر في الالتزامات العقدية وتأصيلها في القوانين المدنية العربية دراسة مقارنة

د. محمود دويخ

أستاذ مساعد، كلية القانون/جامعة قطر

د. عيسى أبو حاتم

باحث دراسات عليا، جامعة بيرزيت

ملخص

عالجت هذه الدراسة ماهية نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر في إطار الالتزامات التعاقدية، والمبادئ والأسس التي تقوم عليها هذه النظرية في القانون المقارن، ومن ثم تأصيل هذه النظرية في القوانين المدنية العربية، بهدف معرفة فيما إذا كانت نصوص هذه القوانين تستوعب مضمون هذه النظرية بالمفهوم المتعارف عليه في التجارب المقارنة أم لا. لتحقيق ذلك، اعتمدت الدراسة المنهج التحليلي الاستقرائي بأسلوب مقارن في ضوء أحكام القانون وآراء الفقه والسوابق القضائية المقارنة، سيما تلك الصادرة عن المحاكم في بلدان مختلفة في معرض تطبيقها لنصوص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا) لعام 1980 ومبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية لعام 2010، الباحثة صراحة في التزام الدائن بتخفيف الضرر، في محاولة لتقريب المفهوم واسقاطه على نصوص القوانين المدنية العربية لتسهيل استخلاص موقفها من هذه النظرية. خلصت الدراسة إلى أن المبادئ العامة في التعاقد كمبدأ حسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق، بالإضافة إلى أحكام علاقة السببية بين الخطأ والضرر وقواعد تقدير التعويض عن الإخلال العقدي تصلح أساساً لوجود هذه النظرية في القوانين العربية. وأوصت الدراسة، بناءً على ذلك، الفقه والقضاء العربي بالاستناد إلى هذه الأسس عندما يتعين تخفيض مقدار التعويض في حق الدائن في الحالات التي يخل فيها بالتزامه بتخفيف الضرر لتكريس أصل النظرية في التشريعات القائمة.

الكلمات الدالة: الالتزام بتخفيف الضرر، تقدير التعويض، العقود، المسؤولية العقدية، حسن النية

مقدمة

يعتبر الضرر الأساس الذي يستند عليه حق المضرور في التعويض، بهدف إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر الفعلي والحقيقي، وفقاً لمبدأ التعويض الكامل عن الضرر. في المقابل، جاءت بعض الأنظمة القانونية لترسي قواعد من أجل تخفيض قيمة التعويض بمقدار ما كان الدائن يستطيع أن يفعله من أجل تخفيف الضرر.

ترجع ظهور نظرية التزام الدائن بتخفيف الضرر لاجتهادات القضاء الانجليزي⁽⁶⁷⁸⁾، فأصبحت مبدأ راسخاً في النظام الانجلو سكسوني. وبظهور قضية "Brace v. Calder 1895" بدأت معالم هذه النظرية تتضح، حيث تم الإقرار بعدم إمكانية طلب التعويض عن الأضرار التي كان يستطيع الدائن تجنبها. وقد جاءت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "اتفاقية فيينا" لعام 1980 ومبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية المعدلة سنة 2010 لتتقن هذه النظرية؛ فتم تنظيمها في المادة (77) من اتفاقية فيينا والمادة (7.4.5) من مبادئ اليونيدروا.

ومؤدى هذه النظرية أن الدائن لا يستطيع أن يقف موقفاً سلبياً في ظل تحقق الضرر الواقع عليه جراء إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية، بل ينبغي عليه اتخاذ الوسائل المعقولة كافة من أجل تخفيف أو منع وقوع الضرر. في الواقع، هناك ثلاث قواعد أساسية تحكم هذه النظرية⁽⁶⁷⁹⁾: أ- القاعدة الأولى: يتعين على الدائن أن يتخذ كافة الوسائل المعقولة من أجل تخفيف الأضرار التي يتكبدها جراء إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية. فلا يستحق التعويض عن أي خسارة كان من الممكن تجنبها من خلال اتخاذ وسائل معقولة، ولكنه لم يقم باتخاذها، فحينها لا يستطيع المطالبة بالتعويض عن تلك الأضرار. ب- القاعدة الثانية: حين يتخذ الدائن الوسائل المعقولة لتجنب الضرر أو تخفيفه فإنه، والحالة هذه، يستحق بدل الخسائر والمصاريف التي تكبدها جراء اتخاذ هذه الوسائل. ج- القاعدة الثالثة: إن نجح الدائن في اتخاذ الوسائل المعقولة من أجل تخفيف الضرر، فإن المدين يستفيد من ذلك حيث لا يكون مطالباً بالتعويض عن تلك الأضرار التي تم تجنبها دون الإخلال بحق الدائن في الحصول على التعويض عن الأضرار والخسائر التي تكبدها في سبيل اتخاذ هذه الخطوات المعقولة لتجنب أو تخفيف الضرر⁽⁶⁸⁰⁾.

لم يحظ موضوع هذه الدراسة بالقدر الكافي من البحث والعناية في القوانين المدنية العربية لتبيان أساسه، وتوضيح معالمه وأحكامه، وإبراز جوانب النقض أو القصور فيه. لذلك جاءت هذه الدراسة لتسهم في تأصيل ماهية وأسس النظرية في القوانين المدنية العربية، في ظل اختلاف الفقه والقضاء المقارن بشأن أساسها القانوني، ومشروعيتها، ومدى فعاليتها. لذلك فإن أهمية هذه الدراسة تأتي من عرض الآراء والاتجاهات المختلفة حول الموضوع ومحاولة الترجيح بينها، في ضوء تحليل القواعد العامة والسوابق القضائية لإحاطة المشرع والقضاء والمشتغلين بالحقل القانوني في البلاد بأحدث التوجهات والاجتهادات التشريعية والفقهية والقضائية حول النظرية محل البحث.

⁶⁷⁸ For more information see: G.H.TEREITEL, the law of contract, SWEET & MAXWELL/Stevens & sons, London, 1991. Robert UPEX, Davies on contract, SWEET & MAXWELL/Stevens & sons, London, 1995.

⁶⁷⁹ For more information see: Katy BARNETT, Substitutive Damages and Mitigation: tension between two competing norms, Singapore Academy of Law Journal, 2016, pp.795-824.

⁶⁸⁰ Adar, Yehuda, Comparative Negligence and Mitigation of Damages: Two Doctrines in Search of Reunion (June 6, 2012). Available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2078874>, last visited 25/08/2018.

إشكالية الدراسة:

على الرغم من أن واجب الدائن بتخفيف الضرر أصبح من المبادئ الرئيسة في العديد من الأنظمة القانونية، وبشكل خاص الدولية منها، وعلى الرغم، كذلك، من الاهتمام الذي عُتيت به هذه النظرية على مستوى القوانين المحلية والمقارنة، إلا أن هذه النظرية لم تقن بشكل صريح في عديد من الأنظمة القانونية، ومنها العربية والقانون المدني الفرنسي، حيث واجهت انتقاداً واسعاً في النظام الفرنسي ورفضت محكمة النقض الفرنسية الاعتراف بوجود هذه النظرية مؤسّسة قضائياً على عدم وجود ما ينظم هذه النظرية في قواعد القانون المدني؛ وكونها أيضاً تخالف مبدأ أساسياً من مبادئ التعويض ألا وهو مبدأ التعويض الكامل. والسؤال الذي يثار في هذا المقام؛ هل يعد هذا التوجه صحيحاً؟ خصوصاً في ظل ما تم التوصل إليه من أن التزام الدائن بتخفيف الضرر ينعكس في مبدأ حسن النية، وهو أحد المبادئ الأساسية النازمة للعقود التي تنبأها القانون المدني الفرنسي. وفي المقابل، يثار تساؤل حول توجه القضاء العربي فيما لو عرضت عليه هذه المسألة فهل سيتشابه مع ما سارت عليه أحكام القضاء الفرنسي؟ ومن ناحية أخرى، فإن معظم القوانين المدنية العربية قد تأثرت تشريعياً بالفقه الإسلامي، وأحالت إليه لسد الفجوات في القانون، ما يثير تساؤلاً حول مدى استيعاب النظريات النازمة للعقود في الفقه الإسلامي، مثل نظرية التعسف في استعمال الحق، لواجب الدائن بتخفيف الضرر لمضمون النظرية محل البحث.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة، في الأساس، إلى التعرف على مفهوم واجب الدائن بتخفيف الضرر، والأساس القانوني لهذه النظرية، وشروط إعمالها، والنتائج المترتبة على عدم إعمالها، وإيجاد أجوبة كافية على تساؤلات الدراسة، بغية تطوير التشريعات المدنية، بما يحفظ حقوق أطراف التعاقد، لتخرج الدراسة بمادة علمية متخصصة، تفيد القضاة والمحامين والباحثين، وتسد فراغاً كبيراً في المكتبة العربية.

منهج الدراسة:

جمعت هذه الدراسة بين المنهجين الوصفي والتحليلي في ضوء القانون والسوابق القضائية المقارنة، من خلال عرض النصوص القانونية، في حال توافرها، وأحكام القضاء وآراء الفقهاء في كل من النظامين الأنجلو-أمريكي والفرنسي، وبالاعتماد على النصوص ذات الصلة من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا) لعام 1980 ومبادئ اليونيدرو للعقود التجارية الدولية لعام 2010، وعلى السوابق القضائية الدولية الصادرة بمقتضى هذه النصوص الباحثة صراحة في التزام الدائن بتخفيف الضرر، في محاولة لتقريب المفهوم واسقاطه على نصوص القوانين المدنية العربية لتسهيل استقراء واستخلاص موقفها من نظرية تخفيف الضرر.

وعليه، تم تقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين: نتناول في الأول مفهوم النظرية والمبادئ الرئيسة النازمة لها. في حين، نفرد المطلب الثاني للحديث عن أساس نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر.

المطلب الأول: مفهوم واجب الدائن بتخفيف الضرر والمبادئ الرئيسة النازمة له

لقد ثار نقاش حول المعنى المقصود من واجب الدائن بتخفيف الضرر، وفيما إذا كان هذا الواجب التزاماً قانونياً أم إلزاماً معنوياً، أم أن هذا الواجب غير ملزم للدائن فيستطيع بإرادته إعماله أو إهماله دون أن يترتب على عاقبه أدنى مسؤولية.

وعليه نتناول في الفرع الأول مفهوم واجب الدائن في تخفيف الضرر ومعياره. ليصار إلى استقراء الفرق بينه وبين نظرية الخطأ المشترك كإحدى النظريات المقيدة للتعويض في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم واجب الدائن بتخفيف الضرر ومعياره

يتناول هذا القسم المعنى المقصود من التزام الدائن بتخفيف الضرر، وكذلك معيار معقولية الوسائل والتدابير التي يتعين على الدائن اتخاذها لتجنب وقوع الضرر أو لتخفيف حدته، إن وقع فعلاً.

أولاً: مفهوم واجب الدائن بتخفيف الضرر

يرى البعض أن واجب الدائن بتخفيف الضرر يتمثل في قيام المتضرر باتخاذ جميع الوسائل والاجراءات التي من شأنها تقليل الضرر والخسارة الواقعة عليه، وعدم الاتيان بأي فعل من شأنه أن يؤدي إلى زيادة الخسائر، وإلا فيجأى بعدم استحقاقه للتعويض بما يعادل قيمة الأضرار التي كان بإمكانه تجنبها لو أنه بادر باتخاذ خطوات من شأنها تقليل الخسائر طالما كانت هذه الخطوات لا تكلفه إلا جهداً معقولاً.⁽⁶⁸¹⁾ ويرى آخرون في هذا المفهوم مبدأً من مبادئ العقود المقبولة عالمياً، والتي تمنع المضرور من الحصول على التعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها باتخاذ جهداً معقولاً.⁽⁶⁸²⁾

وفي هذا السياق، قررت المحكمة العليا في إنجلترا بأنه "يجب على طالب التعويض أن يتخذ جميع الخطوات المعقولة للتخفيف من الخسارة التي تكبدها نتيجة لخطأ المدعى عليه ولا يمكنه استرداد الأضرار الناجمة عن أي خسارة قد فشل الدائن في تجنبها وذلك في حال لم يتخذ أي إجراء لتجنب الضرر أو من خلال اتخاذ إجراء غير معقول لتجنب الضرر".⁽⁶⁸³⁾ وفي المعنى ذاته، قررت المحكمة العليا في ولاية تكساس الأمريكية بأن هذه النظرية تمنع الطرف المتضرر من استحقاق التعويض من الأضرار الناتجة عن الإخلال بالعقد التي كان من الممكن تجنبها بجهد معقول من جانبه.⁽⁶⁸⁴⁾

وقد تبنت اتفاقية فيينا لعقود البيع الدولي للبضائع هذه النظرية في المادة (77) منها عندما نصت على أنه "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات. وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها". وتجدر بنا الإشارة إلى أن مبادئ اليونيدروا قد تبنت أيضاً واجب الدائن بتخفيف الضرر في المادة (8-4-7)

⁶⁸¹ رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة-، منشورات دار الحلبي، بيروت، 2017، ص 79. Ulrich Magnus, Remarks on Good Faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts, 10 Pace Int'l L. Rev. 89 (1998), p. 95.

⁶⁸² Charles J. Goetz and Robert E. Scott, the Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation, Virginia Law Review, vol. 69, No. 6 (Sep. 1983), p. 967.

⁶⁸³ See: Thai Airways International Public Company Ltd v KI Holdings Co Ltd and anr [2015] EWHC 1250. Available at: <https://www.20essexst.com/sites/default/files/judgments/Thai%20Airways%20International%20Public%20Co%20Ltd%20v%20KI%20Holdings%20Co%20Ltd%20%28formerly%20Koito%20Industries%20Ltd%29.pdf>. Visited on: 26/8/2018.

⁶⁸⁴ Texas supreme court, Great American Ins. Co. v. N. Austin Utility, 1995, 908 SW 2d 415. Available at: [https://scholar.google.com/scholar_case?case=9413081810702992632&q=Great+American+Ins.+Co.+v.+N.+Austin+Ut](https://scholar.google.com/scholar_case?case=9413081810702992632&q=Great+American+Ins.+Co.+v.+N.+Austin+Utility,+1995,+908+SW+2d+415&hl=en&as_sdt=2006) ility,+1995,+908+SW+2d+415&hl=en&as_sdt=2006. Visited on: 26/8/2018.

منها حينما نصت على أنه "لا يسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ما كان يمكن للدائن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة".

وباستقراء ما سبق ذكره يتبين لنا أن مبدأ التعويض الكامل الذي يستحق بموجبه الدائن تعويضاً عما لحقه من ضرر ما هو إلا الأصل والمبدأ العام الناظم لقياس التعويض عن الضرر.⁶⁸⁵ وتطبيقاً لقاعدة التعويض الكامل يتعين على القاضي أن ينظر للضرر الواقع فعلاً على المضرور، دون مساهمة منه في أحداثه أو عدم توفر ظرف يستدعي تدخله لمنع أو تخفيف مقدار الضرر، حتى يتسنى له الحكم بالتعويض الملائم. لذلك جاءت بعض القوانين المدنية لتضع عدة نظريات من شأنها قياس التعويض عن طريق تقييد حق المضرور في الحصول على التعويض الكامل في حال تحقق ظروف معينة، ويعد واجب الدائن في تخفيف الضرر من بين هذه النظريات.⁽⁶⁸⁶⁾

تطبيقاً لذلك، قضت محكمة الاستئناف الأمريكية بأنه "عندما يتعذر على الطرف المضرور الالتزام بواجب تخفيف الضرر، فلا يحق له الحصول على التعويض عن ذلك الجزء من الأضرار الذي كان من الممكن تجنبه أو تم تكبده نتيجة عدم قيامه بتخفيف الضرر".⁽⁶⁸⁷⁾ ما يعني أن التزام الدائن بتخفيف الضرر يعد نظرية بسيطة تفيد بأنه حينما يفشل المضرور في اتخاذ خطوات معقولة للتخفيف من أضراره، فإما أن يتم تخفيض مقدار التعويض المستحق له أو عدم منحه أي تعويض حسب مقتضى الحال.⁽⁶⁸⁸⁾ وفي ذات السياق، قررت المحكمة العليا الكندية بأن "واجب الدائن في تخفيف الضرر هو عبارة عن مبدأ قائم على قواعد العدالة والإنصاف ويسعى إلى تحقيق العدالة بين أطراف التعاقد. وكقاعدة عامة، فإن المدعي لن يتمكن من استرداد الخسائر التي كان بالإمكان تجنبها لو اتخذ خطوات معقولة لذلك".⁽⁶⁸⁹⁾ وهذا ما تبنته المحكمة العليا لدولة السودان حينما قضت بأنه "إذا كان الحكم المطلوب مراجعته قد اعتمد كافة مدة التوقف عن العمل دون أن يضع أي اعتبار لمسؤولية المضرور في تخفيف الضرر فيكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله الأمر الذي يقتضي التدخل بتعديل الحكم...".⁽⁶⁹⁰⁾

⁶⁸⁵ عدنان السرحان، حمدي خاطر، شرح القانون المدني-مصادر الحقوق الشخصية، 2009، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 471.

⁶⁸⁶ Caprice L. Roberts, Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages, 42 Loy. L.A. L. Rev. 131 (2008), p151. Available at: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol42/iss1/6>. Visited on 25/08/2018.

⁶⁸⁷ Pinson v. RED ARROW FREIGHT LINES INC., 801 SW 2d 14 - Tex: Court of Appeals, 3rd Dist. 1990. Available at: https://scholar.google.com/scholar_case?case=12817197468470209203&q=duty+to+mitigate+losses++&hl=en&as_sdt=2006. Visited on 25/08/2018.

⁶⁸⁸ Lawson v. Trowbridge, 153 F.3d 368, 377 (seventh Cir.1998). For more information in this meaning see: Brooks v. Allison Div. Of Gen'l Motors Corp., 874 F.2d 489, 490 (seventh Cir.1989).

⁶⁸⁹ See: Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board, 2012 SCC 51, [2012] 2 S.C.R. 675. Available at: <https://scc-csc.lexum.com>. Visited on 23/08/2018.

⁶⁹⁰ المحكمة القومية العليا لدولة السودان، في القضية بين محمد حمزة جعفر طاعن // ضد // ورثة حامد العطا فضل الله مطعون ضدهم، م ع / ط ج / 41/2007، الصادر بتاريخ 2008/6/15 متوفر على الموقع الإلكتروني: <http://212.0.150.149/ar/content/book>. تاريخ الزيارة: 2018/08/25.

يتضح من السوابق القضائية سالفة البيان بأن نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر تعد قيداً على مبدأ التعويض الكامل حيث إن الحكم بالتعويض يجب أن يستبعد الاضرار التي كان من الممكن أن يقوم الدائن بتلافيها. فإعمال هذه النظرية يقتضي الزام الدائن باتخاذ كل ما هو معقول من وسائل، بحسب ظروف وملابسات الحال، من أجل تفادي أو تقليص الأضرار التي تلحقه جراء إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية.⁽⁶⁹¹⁾ وهذا ما بينته محكمة الاستئناف الأمريكية حينما قضت بأن القاعدة الأساسية في التعويض تفيد بأنه في حال تعرض شخص للضرر من شخص آخر، سواء كان هذا الضرر ناتجاً عن مسؤولية تقصيرية أو عقدية، فإنه ملزم بأن يتخذ رعاية معقولة من أجل تجنب الضرر أو تخفيفه، وإلى المدى الذي تكون به الأضرار التي لحقت به ناتجة عن عدم اتخاذه للجهد المعقول، فإنه وفي هذه الحالة لا يمكنه المطالبة بالتعويض عنها، حيث أن المضرور ملزم بحماية نفسه إن استطاع باتخاذ جهد معقول أو بنفقات معقولة، فإن ثبت اتخاذه مثل هذه الجهود، فإنه يستحق تعويضاً عن كامل الأضرار التي لحقت به، ولو أن الضرر لم يخف أو لم يتم تجنبه، حيث أن العبرة باتخاذ كل ما في وسعه للتخفيف من حدة الضرر أو تقليص حجمه.⁽⁶⁹²⁾

وهذا أيضاً ما قضت به محكمة التحكيم المنعقدة في روسيا حينما رأت بأنه "كان ينبغي على البائع اتخاذ تدابير معقولة لتخفيف الخسارة الناتجة عن الإخلال بالتعاقد، وحيث أن البضاعة المتفق على بيعها قابلة للتلف والهلاك السريع، وأن حفظها ينطوي على نفقات غير معقولة، لذلك كان يتعين على البائع في هذه الحالة أن يتخذ تدابير معقولة لبيعها، وطالما أن البائع لم يقدم أي دليل على أي تدابير تم اتخاذها لبيع السلع أو عدم القدرة على إجراء مثل هذا البيع، وبما أن السلع ونتيجة للحفظ الطويل قد فسدت، فنتيجة لذلك لا يمكن فرض سعر السلع بالكامل على المشتري، وإنما يجب أن يتحمل البائع 25% من قيمة السلع كنتيجة لعدم اتخاذه التدابير المعقولة".⁽⁶⁹³⁾

⁶⁹¹ تجدر بنا الإشارة إلى أن هناك جانباً من الفقه يرى بأن هذه النظرية تخرج عن إطار الالتزامات المدنية كون أن المدين المخل بالتزاماته التعاقدية يتمسك بفشل الدائن في تخفيف الضرر كأساس لتخفيض الاضرار عوضاً عن بقاءه بعمل إيجابي. لذلك فإن الفشل في تخفيف الضرر يعطل حق المضرور في الحصول على تعويض عن الاضرار التي من الممكن تجنبها. للمزيد أنظر: Charles J. Goetz and Robert E. Scott, the Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation, Virginia Law Review, Vol. 69, No. 6 (Sep., 1983). إلا أننا لا نتفق مع هذا التوجه كون أن معيار الالتزام المدني لا يرتكز على إجبار المدين بالالتزام بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل بل يمتد إلى إجبار المدين بالالتزام بدفع تعويضاً معيناً في حال فشل في الوفاء بالتزاماته التعاقدية حيث لا يحصل الدائن بالالتزام على عين حقه بل يحصل على مقابل له وهذا المقابل عبارة عن تعويض لجبر الضرر الذي لحق به. والسؤال الذي يثار في هذا المقام هل عدم استحقاق الدائن كامل التعويض الناتج عن إخلال المدين يعد تعويضاً للمدين؟ نرى بأن عدم استحقاق الدائن كامل التعويض يعد تعويضاً للمدين على اعتبار أن التعويض مقيد بغاية معينة على انتفاء الحكم فيما بعدها وهذه الغاية تتمثل بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، فقبل فشل الدائن باتخاذ الوسائل المعقولة لتخفيف مقدار الضرر فإن مركز المدين أفضل من المركز الذي سوف يوجد عليه في حال فشل الدائن في تخفيف الضرر وبعدم استحقاق الدائن تعويضاً عن الضرر الناتج عن هذا الفشل في اتخاذ الوسائل المعقولة يؤدي إلى إرجاع المدين إلى المركز الذي كان عليه قبل فشل الدائن في تخفيف الضرر مما يعني أن هدف وغاية التعويض قد تحققت بإرجاع المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر الأمر الذي يعني بأن هذه النظرية تعد التزاماً مدنياً بالمعنى القانوني.

⁶⁹² See: Commodity Credit Corp Commodity Credit Corp. v. Resenberg Bros. & Co., 243 F.2d 504, 511 (ninth Cir.1957). Available at: https://scholar.google.com/scholar_case. Visited on 23/08/2018.

⁶⁹³ See: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation, Case Number 340/1999, 10.02.2000. Available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=876>. Visited on 25/08/2018.

السؤال الآن، ما المقصود بالوسائل المعقولة التي يتعين على الدائن اتخاذها؟ وما هو معيار هذه الوسائل؟ وما هو الضابط الذي يحكمها؟

ثانياً: معقولة تدابير تخفيف الضرر

نرى أن معيار معقولة الوسائل هو معيار موضوعي حيث يقاس بالوسائل التي يتخذها الشخص حسن النية متوسط الحيطة والحذر إن وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها الشخص المضرور.⁽⁶⁹⁴⁾ بمعنى آخر، فإن ضابط معقولة الوسائل هو انحراف الدائن عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، حيث يتجاوز بسلوكه ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً، أو عرفاً، أو عادة.⁽⁶⁹⁵⁾ وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا في إنجلترا بأنه لا يلقي على عاتق من قام بالإخلال بأحكام وبنود العقد أي مصاريف إضافية تنتج عن عدم قيام المضرور بما هو ملقى على الشخص متوسط الحيطة والحذر من اتخاذ وسائل معقولة لتخفيف أو تجنب الضرر.⁽⁶⁹⁶⁾

وفي هذا السياق، تبنت المبادئ الأوروبية للعقود هذا المعيار في المادة (1:302) وذلك حينما نصت على أن معيار مبدأ المعقولة يكون بقياس سلوك الأشخاص الذين يتصرفون بحسن نية لو كانوا بذات الموقف وحالة أطراف العلاقة، ومن الضروري أيضاً أن يتم الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العقد والغرض منه، وظروف النزاع، حتى يتسنى معرفة السلوك المعقول من عدمه.⁽⁶⁹⁷⁾ فإذا كان من المتوقع، في ظروف معينة، أن يتخذ شخص يتصرف بحسن نية، وسائل كافية ووقائية لتجنب الخسارة، فتعد حينها هذه الوسائل معقولة. وفي هذا المقام يجب مراعاة مهارات الطرف المضرور، ومستواه المهني، وصفته الفنية، حيث أن هذه الوسائل تختلف من شخص لآخر.

أما حينما يكون اتخاذ التدابير أمراً مفروضاً وينطوي على نفقات ومخاطر عالية، وبشكل غير معقول، ولم يتخذ المضرور هذه الوسائل، فعندها لا يكون الدائن قد أخل بالتزامه بتخفيف الضرر. فيجب على الدائن أن يقوم باتخاذ الوسائل المعقولة للحد من وقوع الضرر أو تفاقمه، وذلك ببذل كل ما هو ممكن من أجل تقليل الخسارة، أو على الأقل منع تفاقمها، طالما أن هذه الوسائل من الممكن أن يتبعها الدائن. فلا تكليف إلا بمستطاع، وإلا لكان ذلك ركوباً لمتن الشطط وتنكيلاً بحقوق الدائنين.⁽⁶⁹⁸⁾ وهذا ما قضت به المحكمة العليا لدولة النمسا، عندما قررت أن الدائن لا يكلف بإتباع أو اتخاذ وسائل من شأنها

⁶⁹⁴ In this meaning see: Supreme Court of Austria (Oberster Gerichtshof) 6 February 1996 [10 Ob 518/95] where the court states that " a possible measure to reduce damages is reasonable, if it could have been expected as bona fide conduct from a reasonable person in the position of the claimant under the same circumstances". Case presentation including English translation available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>. Visited on 25/08/2018.

⁶⁹⁵ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو المسؤولية أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1998، ص 29.

⁶⁹⁶ See: British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd [1912] AC 673. Available at: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html>. Visited on 23/08/2018.

⁶⁹⁷ For more information see: Danny Busch, The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, p 62.

⁶⁹⁸ For more information see: Ole Lando & Hugh Beale eds., Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, Netherlands, 2000, pp126-128.

فرض مصاريف غير معقولة عليه.⁽⁶⁹⁹⁾ وهذا ما يؤكده القضاء السويسري، إذ قررت إحدى محاكمه بأن مطالبة البائع بالتعويض يتم تخفيضه إلى الحد الذي اتخذ فيه تدابير للتخفيف من الخسائر أو كلما كان ينبغي عليه أن يتخذ مثل هذه التدابير، كإعادة البيع طالما كان ذلك لا ينطوي على نفقات وتكاليف لا لزوم لها.⁽⁷⁰⁰⁾ وفي حال اتخذ الدائن الوسائل المعقولة لتجنب وقوع الضرر أو لمنع تفاقمه، فإنه يستحق تعويض عن كامل الضرر الذي لحق به، مضافاً إليه النفقات المختلفة مثل تكاليف النقل والتخزين والإصلاح،⁽⁷⁰¹⁾ شريطة أن تكون هذه النفقات قد أنفقت وفق المعقول.⁽⁷⁰²⁾

وعلى الرغم من تبني المادتين (77) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، والمادة (8-4-7) من مبادئ اليونيدرو لمعيار المعقولة، إلا أنها، في المقابل، لم توضح المقصود من هذا المعيار الذي يميز المعقول من عدمه. ونرى بأن ذلك كان مقصوداً، إذ لم يضع المشرع معياراً محدداً لمعقولة التدابير لاختلافها من حالة إلى أخرى ومن ظرفٍ إلى آخر وفق مقتضى الحال وطبيعة التعاقد، لذلك يترك للقاضي سلطة تقدير ما يعتبر معقولاً من عدمه وفقاً لظروف وأحداث كل قضية على حده. لكن ذلك لا يعني أن سلطة القاضي مطلقة، وإنما مقيدة بضابط حسن النية، وما هو متوقع من متعاقد حريص، وهذا يعني أن العلاقة بين التدابير ومبدأ المعقولة هي علاقة المعيار بالضابط، فيجب أن تكون التدابير المتخذة معقولة بالنظر إلى الظروف الموضوعية التي تصرف بها الشخص وفق مقتضيات مبدأ حسن النية. فتكون التدابير معقولة إن كان الشخص حسن النية متوسط الحرص يتبعها لو وضع في ذات الظروف التي وضع بها الدائن.⁽⁷⁰³⁾ وفي هذا السياق قضت محكمة استئناف إنجلترا بأن بيان ما هو معقول وما إذا كانت الخسارة يمكن تجنبها هي أسئلة متصلة بالواقع، وليس مسألة قانون، بالتالي يقررها القاضي وفق الشروط الموضوعية وفق كل قضية على حدة.⁽⁷⁰⁴⁾ وقد قضت ذات المحكمة بأنه لا يتعين على من قام بالإخلال بالعقد أن يدفع تكاليف إضافية بسبب عدم قيام المدعين بما كان يجب عليهم القيام به كأشخاص متوسطي الحيطة والحذر.⁽⁷⁰⁵⁾ وتأكيداً لذلك، قضت المحكمة العليا في النمسا بأن "الدائن ملزم باتخاذ وسائل معقولة لتخفيف الضرر وذلك إعمالاً لنظرية تخفيف الضرر، ومن الأمثلة على هذه التدابير هي تلك التي كان من الممكن توقعها بحسن نية في ظل الظروف الموضوعية. وترى المحكمة أن الإجابة على السؤال بشأن التدابير المعقولة التي ينبغي اتخاذها تتوقف على كيفية تصرف الدائن متوسط الحيطة والحذر لو وضع في نفس الظروف. وعليه، عندما يزعم البائع قيام المشتري بخرق واجب تخفيف الضرر، فإنه يجب على المحكمة رفض هذه الحجة طالما أن البائع لم يقدم أي دليل يثبت مزاعمه. وإن ارتكاز الدائن

⁶⁹⁹ See: Supreme Court of Austria (Oberster Gerichtshof) 14 January 2002 [OGH 7ob 301/01t]. Case presentation including English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html>. Visited on 25/08/2018.

⁷⁰⁰ See: Commercial Court (Handelsgericht) St. Gallen 3 December 2002 [HG. 1999.82-HGK] case presentation including English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html>. Visited on 25/08/2018.

⁷⁰¹ Harvey McGregor, McGregor on Damages 19th Ed, Sweet & Maxwell Ltd, UK, 2014, PP 9-004- 9-006.

⁷⁰² John Calamari, Joseph Perillo, the law of contract, west publishing, St. Paul, 1970, p. 614.

⁷⁰³ Alan D. Miller and Ronen Perry, the Reasonable Person, New York University Law Review, Vol. 87, 2012, pp. 325. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1883208. Visited on 31/08/2018.

⁷⁰⁴ Clark v Tull (t/a Ardington Electrical Services) [2002] EWCA Civ 510 (1st May, 2002). Available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/510.html>. Visited on 31/08/2018.

⁷⁰⁵ Gardner & Anor v Marsh & Parsons (A Firm) & Anor [1996] EWCA Civ 940 (13th November, 1996). Available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1996/940.html>. Visited on 31/08/2018.

المتضرر على مسألة قيام المدين المخل بالعقد بخرق واجب تخفيف الأضرار هو استثناء يؤدي إلى فقدان المضرور حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار. ويتطلب من البائع تقديم الحقائق المفصلة والأدلة الداعمة التي تبين السبب الذي أدى إلى إخلال المشتري بواجبه في تخفيف الضرر، وإمكانات السلوك البديل الذي كان يجب على المشتري اتباعه، وأي جزء من الأضرار الذي كان سيتجنبه هذا السلوك البديل، وما إذا كان المشتري ملزماً بإبرام عقود بديلة مناسبة وفي إطار زمني مناسب وفقاً للمادتين (75، 77) من اتفاقية فينا لعقود البيع".⁽⁷⁰⁶⁾ وهذا أيضاً ما بينته المحكمة الإقليمية العليا الألمانية بأن إعادة بيع البائع للبضائع إلى طرف ثالث بعد شهرين من رفضها من قبل المشتري كان معقولاً في سياق صناعة الأزياء.⁽⁷⁰⁷⁾

وفي السياق ذاته قضت محكمة البرتا الكندية بأنه من غير المعقول أن نتوقع أن يقبل المؤجر إيجاراً شهرياً لمركز تسويق بقيمة 10 دولارات أمريكية في الشهر الواحد، إذ لا يعد هذا تدبيراً معقولاً لتخفيف الضرر، فكان على المؤجر أن يترك المركز فارغاً لفترة زمنية إضافية من أجل البحث عن مستأجر جديد بمبلغ إيجاري معقول.⁽⁷⁰⁸⁾

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إن مفاد المادتين 18، 20 من اتفاقية "فارسوفيا" المعدلة ببروتوكول "لاهاي" في 28 من سبتمبر سنة 1952 والتي وافقت مصر عليها بالقانونين رقمي 593، 644 لسنة 1955 أن مسؤولية الناقل الجوي لا تنقضي ولا تنتهي إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه، ولا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو أنه كان من المستحيل عليه اتخاذها أو القيام به أو لديه سبب آخر من أسباب الإعفاء طبقاً للقواعد العامة، فإنه وبالنظر إلى تطور وسائل النقل الجوي وما يستتبعه من وجوب قيام المرسل إليه بدوره في سرعة اتخاذ إجراءات استلام البضائع لدى وصولها لميناء الوصول بمجرد علمه بهذا الأمر سواء كان علمه سابقاً على وصولها أو بموجب إخطاره من قبل الناقل - في حالة وجود اتفاق على ذلك - حتى لا تبقى البضائع المشحونة مدة طويلة بالمخازن فتتعرض للتلف خاصة تلك التي يحتاج حفظها لمخازن معينة تناسب طبيعتها".⁽⁷⁰⁹⁾

بناءً على ما سبق نرى أن اتخاذ التدابير المعقولة تتمثل بإتيان فعل يأتيه شخص متوسط الحيطة والحذر، معتدل الإدراك، ذو بصيرة يستعمل الحذق ويتصرف بحسن نية في الظروف التي وقع فيها الإخلال من قبل المدين. وحينما يتم تطبيق هذا المعيار فإنه لا يؤخذ بالحسبان الظروف الشخصية والداخلية للدائن وإنما يتم النظر إلى الظروف الخارجية كظرف الزمان، والمكان، وطبيعة العقود عليه، وطبيعة الإخلال الصادر من المدين، ومدى قدرة الدائن على تدارك الأمر، لا سيما في الأحوال التي يكون فيها خطأ المدين تنفيذاً معيياً للالتزام. وقد يستدل القاضي على قيام الدائن باتخاذ تدابير معقولة من عدمه بإعمال بالنظر إلى العرف والعادة، باعتبارهما من مصادر القاعدة القانونية. فإذا قام الدائن بالانحراف عن السلوك

⁷⁰⁶ See: Austria 6 February 1996 Supreme Court (Propane case), Case No 10 Ob 518/95, English translation available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/queenmary.html>. Visited on 29/08/2018.

⁷⁰⁷ See: Germany 14 January 1994 Appellate Court Düsseldorf (Shoes case), case No: 17 U 146/93 English translation available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>. Visited on 29/08/2018.

⁷⁰⁸ See: Deer Valley Shopping Centre Ltd. v. Sniderman Radio Sales and Services Ltd (1989) 96 A.R.321 (Q.B.).

⁷⁰⁹ حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 301 لسنة 70 جلسة 09/02/2009 س 60 ص 280 ق 45. متوفر على موقع: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx. تاريخ الزيارة 2018/08/31.

المألوف بين الناس، وذلك بتجاوز الحدود الواجب التزامها وفقاً للعرف والعادة، فإن ذلك يصلح مؤشراً على إخلال الدائن بواجبه بتخفيف الضرر.

السؤال الآن، عندما يكون هناك أكثر من طريقة أو وسيلة لتخفيف الضرر، واتباع الدائن أحدها ولم يتبع الأخرى، وتبين فيما بعد بأنه لو اتخذ الطريقة الأخرى لتم تخفيف الضرر بشكل أكبر، ففي هذه الحالة هل يستحق تعويضاً كاملاً؟ نرى أن الإجابة على هذا التساؤل تكمن بتطبيق اختبار المعقولة؛ فإن كان ما قام به الدائن يتخذ من قبل الشخص حسن النية لو وضع بذات الظروف التي مر بها، عدّ ما قام به تطبيقاً لهذه النظرية. وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف البريطانية، حينما بينت بأنه إذا كان هناك وسيلتان لتخفيف الضرر وكلاهما يتسم بالمعقولة، وكل منهما كان سيتبع من قبل الشخص متوسط الحيطة والحذر لو وضع موضع الدائن فلا يجوز اعتبار الدائن مخالفاً بالتزامه حين أختار إحداها على الأخرى، ولو تبين فيما بعد بأن إحدى الوسيلتين أكثر نجاعة من الأخرى.⁽⁷¹⁰⁾

الفرع الثاني: التزام الدائن بتخفيف الضرر ونظرية الخطأ المشترك

لقد تبنت الأنظمة القانونية عدة نظريات من شأنها أن تقيد المضرور في الحصول على كامل التعويض، ومن هذه النظريات؛ التزام الدائن بتخفيف الضرر ونظرية الخطأ المشترك. واختلفت الأنظمة القانونية فيما بينها بطريقة تبني تلك النظريات؛ حيث ارتأت بعض الدول اعتبار كلاً من واجب الدائن في تخفيف الضرر والخطأ المشترك نظرية واحدة لا فرق بينهما.⁽⁷¹¹⁾ في حين أن بعض الدول تفرق بين النظريتين وتجعل كلاً منهما نظرية مستقلة وقائمة بذاتها. لذلك لا بد لنا من إيضاح الفرق بين النظريتين ليتسنى لنا معرفة إن كانت تلك النظريات مختلفة فيما بينها أم أنهما تمثلان نظرية واحدة.

تتناول نظرية الخطأ المشترك مدى مساهمة المضرور في أحداث الضرر وأثره على تقدير التعويض؛ فقد يحدث الضرر لسبب عائد للمضرور وفي هذه الحالة يتم النظر إلى ما قام به المضرور وتحديد أثره في وقوع الضرر.⁽⁷¹²⁾ فإن كان فعل المضرور هو السبب الوحيد والفعال لوقوع الضرر فيكون الدائن في هذه الحالة معفي من المسؤولية لانقطاع الرابطة السببية.⁽⁷¹³⁾

وعلى الرغم من التشابه بين النظريتين إلا أن الفرق بينهما يكمن في أن واجب الدائن بتخفيف الضرر يعد التزاماً مدنياً (امتناع عن القيام بعمل) يلتزم بموجبه الدائن باتخاذ الوسائل الضرورية والملائمة من أجل تفادي وقوع الضرر أو

⁷¹⁰ See: GEBRUDER METELMANN G.m.b.H. & CO. K.G. v. N.B.R. (LONDON) LTD. [1984] 1 Lloyd's Rep. 614. Available at: http://www.vanuatu.usp.ac.fj/courses/LA313_Commercial_Law/Cases/Gebruder_Metelmann_v_NBR.html. Visited on: 25/08/2018.

⁷¹¹ Christophe André, Le fait du créancier contractuel, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2002, S. Reifergeste, Pour une obligation de minimiser le dommage, PUAM, 2002. P.55.

⁷¹² Ernest A. Turk, Comparative Negligence on the March 28 CHI.-KENT L. REV. 189 & 304 (1950). Available at: <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol28/iss3/1>. Date 25/08/2018. For more information see: Barclays Bank Plc v Fairclough Building Ltd & Ors 1995] QB 214, [1995] 1 All ER 289, [1994] EWCA Civ 3, [1994] 3 WLR 1057. Also see: the law commission, Contributory Negligence as a Defense in Contract, Crown, London, 1990, pp. 50-55.

⁷¹³ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 340-339.

التقليل منه، وفي حال فشل الدائن في اتخاذ مثل هذه الوسائل، فإنه وهذه الحالة يفقد حقه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها لو نفذ التزامه بتخفيف الضرر. في المقابل، فإن نظرية الخطأ المشترك لا تعد التزاماً مدنياً وإنما نظرية على قائمة الخطأ (Fault-based doctrine) وهو القيام بعمل، بحيث تؤدي هذه النظرية إلى تقييد حق المضرور في الحصول على كامل التعويض عن الضرر الذي لحق به أخذاً في الحسبان فعله وأثره في إيقاع الضرر. وفي هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف البريطانية بأن نظرية الخطأ المشترك تطبق حينما يكون من المعقول أن يتنبأ الشخص بأنه لم يتصرف بمعقولة، وأنه بتصرفه من الممكن أن يعرض نفسه للخطر أخذاً بعين الاعتبار أنه من الممكن أن يتسبب الآخرون له بالضرر.⁽⁷¹⁴⁾ ونرى أن كلاً من النظريتين لها دور وظيفي مختلف في توزيع المسؤولية عن التعويض؛⁽⁷¹⁵⁾ حيث أنه وبموجب نظرية الخطأ المشترك، فإن المسؤولية تتوزع ما بين الدائن والمدين كل حسب مساهمته في وقوع الضرر. في حين أن نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر تفقده حقه في التعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها ولم يتجنبها.⁽⁷¹⁶⁾ بالإضافة إلى ذلك، نرى أن الفرق بين النظريتين يكمن بتوقع الدائن؛ حيث يتوقع الدائن في الخطأ المشترك قيام المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية وليس الإخلال بها. في المقابل، فإنه بموجب واجب الدائن بتخفيف الضرر يتصرف الدائن بناءً على قيام المدين بالإخلال بالتزاماته التعاقدية، أو بعد التوقع بأن المدين سوف يخل بالتزاماته التعاقدية. بالإضافة إلى أن كلاً من النظريتين يختلفان في نطاق التعويض؛ حيث يعوض الدائن عن الأضرار التي تجنبها بالإضافة إلى المصاريف التي أنفقها في سبيل تخفيف الضرر، طالما كانت تندرج ضمن إطار المعقولة. في حين، أن هذه المصاريف ليس من الضروري أن يتم تعويض المضرور عنها بموجب نظرية الخطأ المشترك.⁽⁷¹⁷⁾

وعليه، يتبين لنا بأنه على الرغم من التشابه بين النظريتين، والذي قد يؤدي إلى إثارة اللبس والإبهام لدى البعض، إلا أننا نرى بأن نظرية الخطأ المشترك تختلف في جوهرها ومضمونها عن نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر، من حيث نوع الالتزام، ونطاقه ووظيفته، مما يخلق لكل منهما كيانه مستقلاً عن الآخر.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لواجب الدائن بتخفيف الضرر

يعد واجب الدائن في تخفيف الضرر من المبادئ الأساسية النازمة لمسألة التعويض في العديد من الأنظمة القانونية، سيما في القواعد الموضوعية الموحدة دولياً. وعلى الرغم من الاهتمام الذي حظيت به هذه النظرية على مستوى القوانين المحلية والدولية، إلا أنها لم تقن، بشكل صريح ومباشر، في العديد من القوانين الوطنية، ومنها القوانين المدنية العربية والقانون المدني الفرنسي، كما سبقت الإشارة، حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية الاعتراف بتبني القانون المدني الفرنسي لنظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر ليشور تساؤل حول الأساس القانوني الناظم لهذه النظرية. فهل يستدل على وجود

⁷¹⁴ See: Jones v Livox Quarries [1952] 2 QB 608; [1952] 1 TLR 1377; (1952) 96 SJ 344.

⁷¹⁵ In this meaning see: Yehuda Adar, Comparative Negligence and mitigation of damages: two sister doctrines in search of reunion, 2011, p.21. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2078874>. Date 25/08/2018.

⁷¹⁶ For more see: DAN B. DOBBS, Torts and Compensation: Personal Accountability and Social Responsibility for Injury (American Casebook Series, West Group, Minnesota, 1993, pp. 806-807.

⁷¹⁷ For more in this meaning see: OMRI BEN-SHAHAR and ARIEL PORAT, FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW, Cambridge University Press, USA, 2010, p.241.

Available at: http://www.beck-shop.de/fachbuch/inhaltsverzeichnis/9781107612846_TOC_001.pdf.

النظرية فقط من خلال وجود نص قانوني ينظم وجودها أم أن المبادئ العامة المتمثلة بحسن النية، والعلاقة السببية وقواعد تقدير التعويض كافية للاستدلال على تبني الأنظمة القانونية لهذه النظرية؟ وعليه نتناول مبدأ حسن النية والتعسف في استعمال الحق في الفرع الأول. أما الفرع الثاني فنخصصه لعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وقواعد حساب التعويض كأساس للنظرية.

الفرع الأول: مبدأ حسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القانون بوجه عام، وفي القانون المدني بوجه خاص. وقد حرصت التشريعات على مراعاة هذا المبدأ والتقيد به في جميع مراحل التعاقد، ويطبقه القضاء دون الحاجة لنص صريح عليه في القانون طالما توافرت مظاهره، ويلزم الاطراف بإتباعه.⁽⁷¹⁸⁾

وفي هذا الإطار، تقضي القوانين المدنية العربية صراحة بلزوم تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ومن أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه من بنود، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.⁷¹⁹ ونرى أن خطاب هذه النصوص، بشأن تنفيذ الالتزامات بحسن نية، موجهاً لكلا المتعاقدين، مدينا كان أم دائناً، ما يقتضي حرص كل منهما على مصالح الآخر ورعايتها وفقاً لما يقتضيه الحال من تعاون وتبادل للمعلومات اللازمين لقيام كل طرف بالوفاء بالتزاماته، الصريحة والضمنية، كما تم التوافق بشأنها في العقد، أو نص عليها القانون، أو جرت بشأنها عادة أو عرف. ومن الطبيعي أن يكون أي عمل أو امتناع عن عمل من شأنه الإضرار بالمتعاقد الآخر، أو انقاص مفعول الالتزام، أو تخفيض مستوى توقعات المتعاقد وقت إبرام العقد، مخالفاً لحسن النية ونزاهة التعامل.

يعرف مبدأ حسن النية فقهاً بأنه التصرف العادل في تنفيذ العقد دون محاولة خداع المتعاقد الآخر، وتم تعريفه أيضاً بأنه الوسيلة التي يستطيع من خلالها القاضي الوطني التدخل لإقامة التوازن العقدي بين الاطراف المتعاقدة.⁽⁷²⁰⁾ فمؤدي هذا المبدأ "التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن".⁽⁷²¹⁾

⁷¹⁸ As per the New York court of appeal: *in Kirk Lashelle Co. v. Paul Armstrong Co*, 199 N.E. 163 (N.Y. Ct. App. 1933) the court stated that: "In every contract there is an implied covenant that neither party shall do anything which will have the effect of destroying or injuring the right of the other party to receive the fruits of the contract, which means that in every contract there exists an implied covenant of good faith and fair dealing".

⁷¹⁹ أنظر مثلاً المواد (148 مدني مصري، 202 مدني أردني، 172 مدني قطري، 150 مدني عراقي، 149 مدني سوري، 195 مدني كويتي، الفصلين 231، 477 من قانون الالتزامات والعقود المغربي).

⁷²⁰ Steven J. Burton, *Principles of Contract Law*, St. Paul, MN: West Group, 2001, p. 445.

⁷²¹ See: M Schillig, *Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms*, 33-3 *European Law Review Journal* 337 (2008); P J Powers, *Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods*, 18 *Journal of law and Commerce* 52 (1999); M Dean, *Unfair Contract Terms: The European Approach*, 56-

فصدق المتعاقد ومراعاته للمعايير التجارية المعقولة في التعامل مع المتعاقد الآخر من متطلبات حسن النية.⁽⁷²²⁾ بناءً عليه، يقوم مبدأ حسن النية على عدة معايير، من أهمها: التعامل وفق مبدأ المعقولة مع المتعاقد الآخر، ومراعاة مصالحه دون ترتيب أي ميزة مفرطة على حساب الطرف المقابل. ولما كان التعامل بمعقولة أحد معايير مبدأ حسن النية، فإن أخل أحد أطراف التعاقد بمراعاة مبدأ المعقولة فإنه يكون قد أخل بمبدأ حسن النية. وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا في النمسا بأنه "تعد التدابير المتخذة لتقليل الضرر معقولة إذا كان من الممكن توقعها كسلوك لشخص متوسط الحيطة والحذر يتعامل بحسن نية في ذات الظروف التي وضع بها المدعي".⁽⁷²³⁾

فمبدأ المعقولة يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ حسن النية، بل ويشكل جزءاً من مفهومه. لذلك فإن السؤال الذي يثار في هذا المقام هل يمكن اعتبار مبدأ حسن النية واحداً من الأسس التي يبنى عليها واجب الدائن في تخفيف الضرر؟ نرى أن واجب الدائن هذا يقوم على اتخاذ الوسائل والتدابير المعقولة من أجل تخفيف الضرر أو تفاديه حسب مقتضى الحال.⁽⁷²⁴⁾

وهذا ما بيته محكمة الاستئناف المنعقدة في ولاية لويزيانا الأمريكية حينما قضت بأنه كان على المدعين أن يقوموا بممارسة العناية المعقولة والرعاية الاعتيادية للحد من الأضرار الناتجة عن الضعف الحاصل في شبكة الصرف الصحي. مع الإشارة بأنه لا يشترط على المدعي المضرور أن ينفق مبالغ كبيرة من أمواله الخاصة أو يتكبد مخاطر كبيرة لتفادي تبعات سلوك المدعى عليه، ولكن يجب أن يستخدم حسن النية والنزاهة في التعامل بمجرد وقوع الضرر وإلا كان سلوكه مناقضاً لمقتضيات مبدأ حسن النية ومخلاً بواجبه في تخفيف الضرر.⁽⁷²⁵⁾ وهو ما أكدته المحكمة ذاتها في حكم آخر لها حينما قضت بأن نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر تفرض على المتضرر واجب ممارسة العناية الواجبة والاعتيادية من أجل تقليل أضراره بعد وقوع الضرر. فالرعاية والعناية المطلوبة لهما هي نفسها التي سيستخدمها الشخص متوسط الحيطة والحذر. ولا يحتاج المتضرر إلى بذل جهود استثنائية أو القيام بما هو غير معقول أو غير عملي في جهوده للحد من الأضرار، لكن جهوده لتقليل الأضرار يجب أن تكون معقولة ومتفقة مع قواعد حسن النية والتعامل العادل.⁽⁷²⁶⁾

4 Modern law Review 585 (1993); E M Weitzenbock, Good faith and Fair Dealing in Contracts Formed and Performed by Electronic Agent, 12 Artificial Intelligence and Law 83 (2004).

⁷²² Allan Farnsworth, "Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code," University of Chicago Law Review: Vol. 30: Is. 4, Article 3, 1963.

⁷²³ See: Austria, 6 February 1996, Supreme Court (propane case), No: 10 Ob 518/95, 06.02.1996. Available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=202>. Visited on: 25/08/2018.

⁷²⁴ For more information see: Watts v Rake (1960) 108 CLR 158. In determining the scope of 'Reasonable' the court may consider the circumstances involved in the specific contract: Banco de Portugal v Waterloo & Sons Ltd [1932] AC 452, 505-506 (Lord Macmillan). Berdal Edouard, 'obligation de limiter son préjudice en matière contractuelle: mise en perspective des droits anglais, belge et français, Master [120] en droit en Faculté de droit et de criminology, 2015, p. 25.

⁷²⁵ Court of Appeal of Louisiana, CAMPBELL v. LOUISIANA INTRASTATE GAS CORP, 528 So.2d 626 (1988).

⁷²⁶ Court of Appeal of Louisiana, Aultman v. Rinicker, 416 So. 2d 641, (1982). For more in this meaning kindly see: Unverzagt v. Young Builders, Inc., supra; Pelloquin v. Missouri Pacific Railroad Company, 216 So.2d 686 (La.App. 3 Cir., 1969). Keating v. Boyce Machinery Corp., 196 So.2d 623 (La.App. 1 Cir., 1967); Alex W. Rothschild & Co. v. Lynch, (171 La. 114, 129 So. 725, 1930).

ومن ناحية أخرى، فإن مراعاة مصالح الطرف المقابل عند التعاقد يشكل أساساً لمبدأ حسن النية وإحدى معاييرها.⁽⁷²⁷⁾ وفي حال تصرف المتعاقد على نحو أدى إلى الإخلال بمصالح الطرف الآخر، فإن هذا التصرف سوف يعد مخالفاً لمقتضيات مبدأ حسن النية.⁽⁷²⁸⁾ وهذا ما قرره المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية حينما قضت بأن مبدأ حسن النية يعني الإخلاص في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ومراعاة مصالح الطرف المقابل عند التعاقد.⁽⁷²⁹⁾ ونرى أن هذا المعيار ينطبق على واجب الدائن بتخفيف الضرر، خصوصاً وإن مراعاة مصالح الآخرين من بين مبررات هذه النظرية، ومن إحدى الغايات التي جاءت النظرية لتحقيقها. وبناءً على ما سبق، نرى أن الدائن حينما يقوم بتنفيذ التزامه بتخفيف الضرر فإنه يتعامل في هذه الحالة وفق مقتضيات مبدأ حسن النية، فإن لم يفعل ذلك، عدّ مخلًا بهذا المبدأ، وهذا يمنح القاضي صلاحية التدخل وإقامة التوازن العقدي بين أطراف العلاقة. وليس من الضروري ورود مبدأ حسن النية ضمن النصوص القانونية، فعدم ورود النص صراحة حول مراعاة حسن النية في إبرام العقود في بعض القوانين (كمجلة الأحكام العدلية مثلاً، ومجلة العقود والالتزامات التونسية)⁽⁷³⁰⁾ لا يسد الباب أمام القضاء في البحث والتقصي حول وجوده⁽⁷³¹⁾. ونرى أن هذا ينطبق على نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر حيث يستطيع القاضي إعمال هذه النظرية بالاستناد على مبدأ حسن النية ولو لم يوجد نصاً قانونياً تنظم هذه النظرية.

لذلك لا نتفق مع توجه محكمة النقض الفرنسية بعدم تبنيها هذه النظرية، وذلك حينما قضت بأن المتسبب بالضرر يجب أن يعرض المضرور وفق مبدأ التعويض الكامل عن الضرر بغض النظر عن فشل المضرور باتخاذ وسائل معقولة لتخفيف الضرر كون أنه ليس مجبراً بها.⁽⁷³²⁾ وهذا ما قضت به المحكمة في قضية أخرى تتلخص وقائعها بإصابة مالك مخبز بحادث سير كان المدعى عليه مسؤولاً عنه. ونتيجة لإصابته، لم يتمكن المصاب من مواصلة إدارة أعمال المخبز والذي بقي مغلقاً لفترة طويلة خسر خلالها الكثير من الأرباح وتضررت الآلات الموجودة في المصنع كنتيجة لعدم الاستعمال. فقضت محكمة استئناف الأميان الفرنسية بعدم استحقاق المصاب تعويضاً عن انخفاض قيمة العمل وخسارة فرصة الاستمرار في العمل على أساس أنه كان من الضروري تعيين مدير مؤقت خلال غيابه لمباشرة العمل، وقد عللت المحكمة قرارها بأن الأضرار لم تنتج

⁷²⁷ محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، العدد 54، 2013، ص 231.

⁷²⁸ Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University press, United Kingdom, 2000, p.124.

⁷²⁹ Supreme Court of United States, Allis-Chalmers Corp. v. Lueck, 471 US 202, 1985. For more in this meaning kindly see: Robert S. Summers, General Duty of Good Faith-Its Recognition and Conceptualization, 67 Cornell L. Rev. 810 (1982), p.836.

⁷³⁰ لم يرد نص صريح في مجلة الالتزامات والعقود التونسية على لزوم تنفيذ العقود بحسن نية كمبدأ عام في النظرية العامة للالتزامات، وإنما وردت بعض التطبيقات لمبدأ حسن النية في هذه المجلة (الفصول 365، 747، 134) ما يصح معه القياس على حالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، الصريحة والضمنية، بشكل عام.

⁷³¹ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، دار دجلة، عمان، 2008، ص 86.

⁷³² Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 2 juillet 2014, 13-17.599, Publié au bulletin. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029194036&fastReqId=658334604&fastPos=1>. Visited on 25/08/2018.

عن الحادث، وإنما نتجت عن فشل المصاب بالعثور على وسائل بديلة لإدارة المخبز.⁽⁷³³⁾ إلا أن الدائرة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية قضت بأن المتسبب بالضرر عليه أن يعرض المضرور عن الاضرار كافة التي لحقت به جراء الحادث، وأن المضرور لا يقع عليه أي التزام بتخفيف الضرر.⁽⁷³⁴⁾

يتضح من خلال استقراء الأحكام القضائية السابقة، بأن محكمة النقض تستند على نص المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي والتي مفادها أن كل فعل من أي نوع كان من شأنه أن يسبب ضرراً للغير يلزم فاعله بالتعويض. وترى المحكمة أن المسؤولية تبني على ثلاثة أركان: الخطأ، والضرر والعلاقة السببية، وحينما يقع الضرر فإن المحكمة تكون ملزمة بتطبيق مبدأ التعويض الكامل والذي بموجبه تقوم المحكمة بتعويض المضرور عن كامل الضرر الذي لحق به، لذلك تستبعد أي أمر يؤدي إلى تقييد حق المضرور في الحصول على كامل التعويض. ومن ناحية أخرى، تستند محكمة النقض الفرنسية على عدم وجود نص في القانون المدني يتبنى مسألة واجب الدائن في تخفيف الضرر، فبرر قضاء محكمة النقض الفرنسية بأن المشرع لو أراد شيئاً لقال، وإذا أبى سكت، وطالما أنه لم ينص في مواده على ضرورة قيام الدائن بتخفيف الضرر، فإن دل ذلك على شيء فلا يدل إلا على رغبة المشرع بعدم تبني تلك النظرية.

ونرى أن توجه محكمة النقض الفرنسية هذا غير سليم؛ على اعتبار أن عدم وجود نص ينظم واجب الدائن في تخفيف الضرر لا يبرر عدم تبنيها، ولا يحد من سلطة القضاء في البحث والتقصي حول وجودها فعلاً، سيما وأن هذه النظرية تجد أساسها في مبدأ حسن النية، الذي قامت محكمة النقض الفرنسية بالتوسع في تفسيره استناداً للمادة (1134) من القانون المدني الفرنسي، حيث مدت نطاق مبدأ حسن النية ليشمل المرحلة السابقة على التعاقد على الرغم من أن نص هذه المادة يقتصر على مرحلة تكوين العقد وتنفيذه. ومن ناحية أخرى، نرى أن المشرع الفرنسي قد تبني هذه النظرية ضمناً وذلك بتبنيه مبدأ حسن النية والذي يفرض واجب على المتعاقدين أن يقوموا بالتعاون وأن يراعوا مصالح بعضهم أثناء التعامل، ما يقضي على التعاقد أن يقوم باتخاذ الوسائل الضرورية واللازمة لتخفيف الضرر الواقع من التعاقد الآخر تنفيذاً لمقتضيات مبدأ حسن النية ونزاهة التعامل.

علاوة على ذلك، نرى أن مبدأ التعويض الكامل لا يتعارض مع واجب الدائن في تخفيف الضرر، وإن تقييد حق المضرور في الحصول على كامل التعويض لا يعد إخلالاً بمبدأ التعويض الكامل على اعتبار أن حق المضرور في الحصول على كامل التعويض مرتبط بمبدأ حسن النية، فإن كان المضرور قد خالف مقتضيات هذا المبدأ فلا يستحق كامل التعويض عما أصابه من ضرر.⁽⁷³⁵⁾ وهذا ما ينطبق على نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر حيث أن الدائن إن لم يرقم باتخاذ الوسائل المعقولة لتخفيف الضرر فإنه يكون قد خالف مقتضيات حسن النية، وحينها لا يستحق تعويضاً عن كامل الضرر،

⁷³³ Court of Appeal of Amiens, Chambre civile, 4 Nov 1999. Cited in Solène Le Pautremat, Mitigation of Damage: A French Perspective, the International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 1 (Jan. 2006), p. 208.

⁷³⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 juin 2003, 00-22.302, Publié au bulletin. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007047923>. Visited on 25/08/2018.

⁷³⁵ Braesch v. Union Ins. Co., 237 Neb. 44, 59, 464 N.W.2d 769, 778 (1991). For more kindly see: Steven B. Fillman, Braesch v. Union Insurance Co., 237 Neb. 44, 464 N.W.2d 769 (1991) Policy Rationales of the Bad Faith Cause of Action and Implications to Non-Insurance Commercial Contracts, 72 Neb. L. Rev. (1993).

بل يعوض عن الأضرار التي لا يمكن تلافيها باتخاذ الوسائل المعقولة التي يتخذها الشخص حسن النية لو وضع في ذات الظروف التي كان بها الدائن.

يستند بعض الشراح الذين تناولوا نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر في كتاباتهم للاستدلال على رفض محكمة النقض الفرنسية الاعتراف بهذه النظرية⁽⁷³⁶⁾ إلى قضية تتلخص وقائعها بوقوع حادث سير تسبب بأضرار معنوية للمتضرر، ونتيجة لذلك طالب المتضرر بتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق به نتيجة للحادث، وقد تمسك المدعى عليه بأن المدعي لم يتبع نصائح الأطباء بضرورة البدء بالعلاج النفسي، وحيث أنه لم يقيم بذلك وتفاقمت حالته الطبية فإن ما أقدم عليه المضرور يشكل خطأ يؤدي إلى إنقاص مقدار التعويض، وقد أيدت محكمة استئناف بورجيس توجه المدعى عليه حينما قضت باستحقاق المصاب تعويضاً جزئياً على أساس إغفاله وعدم اتباعه نصائح الأطباء، والتي لو أخذ بها لتحسنت حالته الطبية، وبالتالي فإن المضرور يستحق تعويضاً جزئياً لإخلاله بواجبه بتخفيف الضرر.⁽⁷³⁷⁾ إلا أن الدائرة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية نقضت القرار، وقررت بأن المتسبب بالضرر يجب عليه أن يعرض المضرور عن جميع الأضرار التي لحقت به، وأن المضرور لا يقع عليه أي التزام من أجل متابعة علاجه لدى أطباء نفسيين، ورفضه لتوصية الأطباء لا يشكل خطأ.⁽⁷³⁸⁾

نرى أن هذا التوجه جانبه الصواب؛ حيث أن وقائع القضية لا تتناول نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر، فما أقدم عليه المضرور لا يندرج ضمن فشل الدائن بتخفيف الضرر، بل يندرج ضمن نظرية الخطأ المشترك، حيث يتم النظر إلى فعل المتضرر ويتم تقدير أثره في وقوع الضرر على النحو التي تمت إليه الإشارة سابقاً. وفي ذات المقام نرى أن هذا الحكم مخالف لتوجهات محكمة النقض الفرنسية؛ كون القضاء الفرنسي لا يشترط أن يشكل فعل المتضرر خطأ بل يكفي أن يكون ما أقدم عليه المضرور مخالف للمجرى العادي للأمر ليطم إعمال أثر مساهمة المضرور في وقوع الضرر من أجل قياس قيمة التعويض.⁽⁷³⁹⁾ ومن ناحية أخرى، فإن محكمة النقض الفرنسية قد تبنت في محاور أخرى نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر حينما أخذت بعين الاعتبار فشل المدعي باتخاذ وسائل معقولة لتخفيف الضرر حينما قامت باحتساب التعويض.⁽⁷⁴⁰⁾

⁷³⁶ أنظر: رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017، ص 397. وأيضاً أنظر: ظافر جبارة، عماد سلمان، واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية العقدية وكيفية إعماله، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد 12، 2016، ص 11. وأنظر:

Solène Le Pautremat, Mitigation of Damage: A French Perspective, the International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 1 (Jan. 2006), p. 208. Available at: <https://www.jstor.org/stable/3663317>. Visited on: 25/08/2018. In addition, see: Pierre-Louis Merer, The dawn of a duty to mitigate damages in French law, 2018.

⁷³⁷ Solène Le Pautremat, Mitigation of Damage: A French Perspective, the International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 1 (Jan. 2006), p. 208. Available at: <https://www.jstor.org/stable/3663317>. Visited on: 25/08/2018.

⁷³⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 juin 2003, 01-13.289, Publié au bulletin. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007047801>. Visited on: 25/08/2018.

⁷³⁹ عدنان السرحان، حمدي نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية " اللاتزامات "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 450.

⁷⁴⁰ See: Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 24 novembre 2011, 10-25.635, Publié au bulletin. Pierre-Louis Merer, The dawn of a duty to mitigate damages in French law, 2018. Available at:

تجدر بنا الإشارة أيضاً أن واجب الدائن بتخفيف الضرر يجد أساسه في نظرية التعسف في استعمال الحق على اعتبار أن التعسف في استعمال الحق يعد إحدى صور الإخلال بمقتضيات مبدأ حسن النية، فالدائن حينما يتمسك بحقه في تنفيذ مدينه لالتزاماته التعاقدية رغم إخلال الأخير بها، فإن ذلك قد يشكل تعسفاً في استعمال الدائن لحقه مناقضاً بذلك مقتضيات حسن النية. يعرف التعسف باستعمال الحق على أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل.⁽⁷⁴¹⁾ وقد عرفت المحكمة العليا في ولاية لويزيانا الأمريكية التعسف باستعمال الحق بأنه "ممارسة الحق دون مصلحة شرعية وجدية يشكل إساءة في استعمال الحق، ولو لم يكن للمتعارف نية لإيقاع الضرر".⁽⁷⁴²⁾

يستدل على التعسف في استعمال الحق من خلال معيارين: المعيار الشخصي، وهو عبارة عن العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق إلى التصرف في حقه، من قصد الإضرار، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة. والمعيار الموضوعي، وهو ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما ينجم عن ذلك من مفسدة وأذى، ووسيلته في ذلك الموازنة بين النفع والضرر. ويمكن الاستدلال على ذلك من خلال توافر قصد التعدي، وكون المصلحة المرجوة من استعمال الحق مناقضة للغاية التي شرع من أجلها، وعندما تكون المنفعة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر، أو إذا تجاوز استعمال الحق ما جرى عليه العرف والعادة.⁷⁴³

<https://www.shipownersclub.com/media/2018/07/The-dawn-of-a-duty-to-mitigate-in-French-Law.pdf>. Visited on: 27/8/2018.

وطالما أن النظام القضائي الفرنسي يتبع النظام اللاتيني وليس الانجلو سكسوني، فلا يصح الاعتماد على أحكام محكمة النقض كأساس لرفض وجود هذه النظرية، خصوصاً وأن هذه النظرية تجد أساسها في مبدأ حسن النية، وأن القضاء الفرنسي غير مستقر تجاه نظريته للنظرية فكما تم بيانه سابقاً فإن محاكم الاستئناف الفرنسية تبنت هذه النظرية في العديد من أحكامها، بالإضافة إلى أن محكمة النقض أيضاً قد تبنت هذه النظرية في بعض الأحكام.

⁷⁴¹ فتحي عبد القادر الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ص 87-91. وتجدر بنا الإشارة إلى أن مجلة الأحكام العدلية قد تبنت نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر ضمن الأحكام الناطقة لنظرية التعسف في استعمال الحق كما جاء في نص المادة (1207) من المجلة والتي تنص على أنه " رجل يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء آخر وأحدث عنده بناء فإن كان هذا المحدث متضرراً فعليه دفع الضرر. مثلاً إذا كان لدار قديمة شباك مشرف على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة أن يدفع هو مضرته وليس له صلاحية أن يدعي على صاحب الدار القديمة. كما لو أحدث شخص داراً في عرصته المتصلة بدار حداد فليس له أن يعطل دكان الحداد بقوله إنه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد، وكذا إذا أحدث رجل داراً بالقرب من بيدر قديم فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية قائلاً إن غبار البيدر يجيء على داري ". وقد جاء شرحها من قبل الفقيه محمد الاتاسي بأن المحدث هو الذي جلب الضرر على نفسه ببنائه، فهو المكلف لرفع الضرر عنها دون غيره. وقد أيد الفقيه رستم باز الاتاسي في شرحه حينما جاء في كتابه بأن لو أحدث بيتاً بجانب تنور فلا يحق للمحدث أن يطلب تعطيل التنور بسبب تضرره من الدخان، بل عليه هو نفسه رفع المضره عن نفسه لأنه هو المتسبب في هذا الضرر ولم يكن صاحب التنور متعدياً. وهذا ما ايده أيضاً الفقيه علي حيدر حينما شرح المادة بقوله إذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً وغير مضر بأحد فجاء آخر وأحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع الضرر بنفسه إن شاء دفع ضرر نفسه وإن شاء تحمل الضرر وإلا فلا يجبر أحدهما على دفع الضرر. وعليه نرى أن مجلة الأحكام تبنت نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر حينما نظمت نظرية التعسف في استعمال الحق. أنظر إلى محمد الاتاسي، شرح المجلة-المجلد الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص 138. وأيضاً إلى: انظر: سليم باز، شرح المجلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 524. وأيضاً إلى: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام -المجلد الثالث-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 212.

⁷⁴² See: Supreme Court of Louisiana, Morse v. J. Ray McDermott & Co., Inc., 344 So. 2d 1353 (1976).

⁷⁴³ أنظر مثلاً: المادة (5) من القانون المدني المصري، المادة (66) من القانون المدني الأردني، والمادة (63) من القانون المدني القطري، والمادة (7) من القانون المدني العراقي.

الفرع الثاني: العلاقة السببية وقواعد تقدير التعويض

من المعلوم أنه يشترط لمساءلة المدين بالالتزام أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للإخلال التعاقدية. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه بذل جهد معقول، وذلك وفقاً لنصوص معظم القوانين المدنية العربية الباحثة في حساب التعويض المستحق عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية.⁷⁴⁴ ويعفى المدين من المسؤولية عند انقطاع علاقة السببية. والعلاقة السببية تنقطع في حالتين: إذا تدخل سبب أجنبي أدى إلى حدوث الضرر، أو إذا لم يحدث ضرر ابتداء كنتيجة طبيعية ومباشرة للإخلال. ويتمثل السبب الأجنبي في الحادث الفجائي، والقوة القاهرة، وفعل الغير، وفعل المضرور نفسه.⁷⁴⁵

ويمكن القول، أيضاً، أن نظرية التزام الدائن بتخفيف الضرر تجد أساساً لها في نصوص المواد من القوانين المدنية العربية التي تأخذ من عنت المدين والضرر الذي أصاب الدائن معياراً لتقدير مقدار التعويض من المدين الذي يرفض التنفيذ أو يتأخر فيه.⁷⁴⁶ فإذا أثبت الدائن، مثلاً، أنه قام بتوجيه عناية المدين إلى أوجه مخالفته للعقد، والطلب منه الرجوع عن المخالفة، إلا أنه لم يفعل، فيكون ذلك من مبررات الحكم بتعويض كامل. في المقابل، إذا أثبت المدين أنه استعد للتنفيذ وبادر إليه عند حلول أجل الاستحقاق إلا أن الدائن تملص من ذلك، أو أنه لم يقوم بإجراءات محددة ومعقولة أعلمه بها المدين، أو جرت بها العادة والعرف، لتفادي وقوع ضرر، بنية الإيقاع بالمدين والمطالبة بالتعويض وفقاً لمبدأ التعويض الكامل، فعندها يكون للمحكمة تخفيض التعويض بقدر ما كان يمكن تجنبه من ضرر لو سلك الدائن مسكاً ما وفقاً لمعيار الشخص المعتاد.

والسؤال الذي يثار في هذا المقام هل يعد إخلال الدائن المضرور بواجبه بتخفيف الضرر من الأسباب الأجنبية التي تقطع العلاقة السببية؟

نرى أنه متى اعتبر فعل الدائن أو سلوكه منحرفاً عن سلوك الشخص متوسط الحيطة والحذر، وكان لهذا السلوك أثر في إحداث الضرر الواقع عليه، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى قطع العلاقة السببية فيما يتصل بالأضرار التي كان من الممكن تفاديها من قبل الدائن لو بذل جهداً معقولاً، حيث لا يكون في هذه الحالة أي شخص مسؤول عن الضرر الذي لحق بالدائن سوى نفسه، كون أن ما أقدم عليه الدائن يعد السبب المنتج والفعال لإحداث الضرر. وهذا ما بيته محكمة الاستئناف البريطانية حينما قضت بأنه "يجب النظر إلى فشل الدائن في تخفيف الضرر كسبب جديد للتدخل يقطع العلاقة السببية بين الفعل والضرر، مما يؤدي إلى إعفاء الشخص من المسؤولية عن الخسارة اللاحقة".⁽⁷⁴⁷⁾ هدياً على ما تقدم ذكره،

⁷⁴⁴ أنظر مثلاً: المادة 221/ مدني مصري، 2/263 مدني قطري، المادة 168 مدني عراقي، المادة 300 مدني كويتي.

⁷⁴⁵ ورد النص على هذه الحالات في القوانين المدنية العربية المختلفة، انظر مثلاً المواد (165) مدني مصري، المادة 204 من القانون المدني القطري، المادة 211 مدني عراقي، الفصلين 268، 95 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

⁷⁴⁶ أنظر المواد (214) مدني مصري، والمادة 2/255 مدني قطري، والمادة 215 مدني سوري، الفصل 278 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الفصلين 149، 150 من قانون الالتزامات والعقود المغربي) وما يماثلها من نصوص في بقية القوانين المدنية العربية.

⁷⁴⁷ See: Uzinterimpex J.S.C. v Standard Bank Plc. [2008] EWCA Civ 819 (15 July 2008). Available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2008/819.html>. Visited on 27/08/2018.

نرى أن عدم اتخاذ الدائن وسائل معقولة من أجل تخفيف الضرر يعد سببا منتجا من شأنه أن يقطع العلاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الواقع على الدائن؛ كون أن المسؤولية العقدية تقام على السبب المنتج الفاعل المحدث للضرر دون السبب العارض الذي ليس من شأنه أن يؤدي إلى وقوع الضرر وفق المجرى العادي للأمر، وطالما أن الدائن ملزم باتخاذ الوسائل المعقولة من أجل تجنب حدوث الضرر أو تخفيفه قدر الإمكان، فإن فشل القيام بذلك، وكانت تلك الوسائل من شأنها أن تؤدي إلى تجنب وقوع الضرر أو تخفيفه وحدث الضرر أو تفاقم، فلا يعد المدين مسؤولاً عن التعويض؛ كون أفعال الدائن قطعت العلاقة السببية بين ما أقدم عليه المدين والضرر الحاصل أو المتفاقم، إذ أن تلك الوسائل تعد من قبيل السبب المنتج والفعال لوقوع الضرر.⁽⁷⁴⁸⁾ وعليه نرى أنه على الرغم من وجود إخلال من قبل المدين بالتزاماته التعاقدية إلا أن هذا الإخلال ليس السبب الوحيد لوقوع الضرر أو تفاقمه وإنما إخلال الدائن بواجبه يعد سببا آخر لوقوع الضرر، وطالما أن هناك عدة أسباب أدت إلى وقوع الضرر فإنه يجب التفريق بينها ومعرفة أيها منتج وأيها عرضي؛ واعتبار السبب المنتج وحده السبب المحدث للضرر وإهمال ما عداها من أسباب عارضه.⁽⁷⁴⁹⁾ وهذا ما بينته المحكمة العليا السودانية حينما قضت بأنه "من المقرر طبقاً للقواعد العامة أنه عند الإخلال بالعقد فإن للطرف المضروب خيارين، أن يطلب من المحكمة التنفيذ العيني للعقد أو التنفيذ عن طريق التعويض إذا استحال التنفيذ العيني، كما في صورة الحال والتعويض المستحق في هذه الحالة هو بقدر ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وهذا الشق الأخير يثير ما يُعرف بنظرية تخفيف الضرر Mitigation of damages ومؤداها أنه عند الإخلال بالعقد فإن المدعي (الدائن) يقع عليه واجب قانوني باتخاذ كافة الخطوات المعقولة لتخفيف الضرر الناتج عن ذلك الإخلال وأن تقاعسه عن هذا الواجب يقف حائلاً بينه وبين الحكم له بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا التقاعس، وما هذه النظرية إلا تطبيق لشروط استحقاق التعويض عن الخطأ ألا وهو ضرورة توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر، إذ أن تقاعس الدائن عن القيام بواجبه بتخفيف الضرر يجعل رابطة السببية بين الخطأ والضرر منعدمة وبإزالة هذا المعيار القانوني على صورة الحال يتضح جلياً أن المطعون ضدها قد تراخت كثيراً جداً في تخفيف الضرر الناتج عن إخلال الطاعن بالتزامه إذ يتضح من عريضة دعواها وأقوالها أن المقايضة بينها وبين الطاعن تمت في يوليو سنة 2006م وأن الإخلال بالعقد وقع مباشرة بعد ذلك وكان عليها أن تلجأ مباشرة للقضاء، لاستيفاء حقه إلا أنها تراخت حتى شهر مايو سنة 2011م أي حوالي خمس سنوات لتأتي وتطالب بما فاتتها من كسب وما لحقها من خسارة طوال تلك الفترة فكان يتعين على محكمة أول درجة... إعمالاً للنظرية سالفة البيان أن تنزل بمقدار التعويض ليغطي الفترة المعقولة التي كان يمكن للمطعون ضدها أن ترفع الدعوى بعدها لاقتضاء حقه والتي نقدرها بفترة ثلاثة أشهر على أنها فترة الإمهال المناسبة طبقاً للمجى العادي للأمر وأرى أن يتجه قضاؤنا إلى إنقاص مبلغ التعويض المحكوم به إلى $2080 \times 3 = 6540$ جنيه مع تأييدنا لبقية منطوق الحكم".⁽⁷⁵⁰⁾

⁷⁴⁸ In this meaning see: Eric A. Posner, Contract remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation, Edward Elgar, Cheltenham, 2000, p176.

⁷⁴⁹ عدنان السرطان، حمدي نوري خاطر، شرح القانون المدني- مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 427. ⁷⁵⁰ أنظر إلى: الحكم الصادر عن المحكمة القومية العليا السودانية، في القضية بين آدم محمد سبيل خليل الطاعن // ضد // سعاد علي محمد أحمد المطعون ضدها، م ع/ ط م/ 1521/2013م، صادر بتاريخ 2013/11/20. متوفر: <http://212.0.150.149/ar/content/book>. تاريخ الزيارة: 2018/08/27.

والدائن لا يعد ملزماً بتخفيف الضرر إلا حينما يخل المدين بالتزاماته أو حينما يصبح وقوع الضرر وشيك التحقق أو أن تكون هناك دلائل أو شواهد تؤكد أن المدين سوف يخل بالتزاماته بشكل قطعي لا محالة ونرى بأنه لا بد أن يكون هناك احتمال بوقوع الإخلال التعاقدي ولا نقصد بذلك أن تكون احتمالية وقوع الإخلال تصل مرتبة اليقين بل يكفي أن تكون احتمالية وقوع الإخلال ظاهرة ونسبة وقوعه مرتفعة،⁽⁷⁵¹⁾ حتى يمكن اعتبار الدائن ملزماً باتخاذ التدابير المعقولة لتخفيف الضرر. ففي هذه الحالات يتعين على الدائن تجنبه، وإلا عد مخالفاً بالتزامه تجاه المدين بتخفيف الضرر. فواجب الدائن ينشأ بعد الإخلال؛ أي بعد بدء وقوع الضرر، أو قبله إن كانت هناك إشارات وقرائن تؤكد حتمية وقوع الإخلال مستقبلاً.⁽⁷⁵²⁾ وفي هذا السياق، قضت محكمة كانتون زوغ السويسرية بأن البائع المتضرر قد اتخذ تدابير من أجل تخفيف الضرر ضمن فترة زمنية معقولة بعد إخلال الدائن بالتزاماته التعاقدية، حيث قام البائع بإعادة بيع البضائع خلال يومين من إخطاره من قبل المشتري بعدم قبوله للبضائع. ولذلك لم يكن البائع مسؤولاً عن انخفاض سعر البضائع في الفترة بين وقت تجنب الأضرار

⁷⁵¹ نرى بأنه يمكن الاستدلال على توافر هذه الظروف والدلائل من خلال النظر على كل حالة على حدة وذلك من خلال صدور تصريح أو فعل أو إعلان المتعاقد بشكل قاطع بنيته على عدم المثابرة بالتنفيذ. حيث قضت المحكمة المركزية في ولاية شيكاغو الأمريكية بأن البائع حينما قام بإرسال رسالة إلى المشتري بأنه لن يقوم بتنفيذ التزاماته إن لم يتم تعديل خطاب الاعتماد حيث بينت المحكمة بأن مثل هذه الرسالة تعتبر إقرار صريح حول نية المتعاقد بعد تنفيذ العقد وبينت أن إصرار البائع على تعديل خطاب الاعتماد يعتبر بمثابة مخالفة جوهرية. أنظر إلى:

Magellan International Corporation v. Salzgitte Handel GmbH, Case No 99 C 5153, issued on 07.12.1999. Available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=423>. Visited on 31/08/2018.

كذلك قضى بأن عدم دفع المشتري ثمن الشحنات السابقة يعد قرينة على عدم التنفيذ حيث بينت المحكمة الإقليمية المنعقدة في برلين بأن البائع كان له الحق في فسخ العقد بموجب المادة (72) من اتفاقية فيينا، لأنه حتى قبل تسليم شحنة البضاعة كان من الواضح أن المشتري لن يدفع ثمن الشراء ومن ثم سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد. ورأت المحكمة أن احتمال حدوث خرق للعقد مستقبلاً يجب أن يكون مرتفعاً جداً وواضحاً للجميع، ولكنه لا يتطلب يقيناً يكاد يكون تاماً. وفي القضية قيد النظر، كان هناك ما يدعو إلى الاعتقاد بأن المشتري سيخرق العقد لأنه في الوقت الذي كان ينبغي فيه التسليم لم يكن المشتري قد أدى الدفعات المستحقة عليه سابقاً. أنظر إلى السابقة القضائية المنشورة على:

<http://www.unilex.info/case.cfm?id=79>.

كما تبين بأن قيام البائع بوقف تسليم البضائع قصداً يعتبر من الأمور التي تشير إلى عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه. للمزيد أنظر إلى: صفاء العيساوي، الإخلال المبتسر بالعقد وأثره (دراسة في عقود التجارة الدولية) مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مجلد 14، عدد 2، 2007، ص 118. وأنظر إلى: محمود دودين، الإخلال المبتسر للعقد: تحليل مقارنة بين الوثائق الدولية الموحدة للبيع الدولية والقانونيين المدني والتجاري القطريين، 2015، ص 2. متوفر على الموقع: <http://www.qscience.com/doi/pdf/10.5339/irl.2015.6>. تاريخ الزيارة 2018/8/31.

⁷⁵² في هذا المقام، قضت المحكمة الإقليمية العليا في هامبورغ بقضية تتلخص وقائعها بإبرام مشتري بريطاني وبائع ألماني عقد لتوريد مادة حديد-الموليبدينوم (iron-molybdenum) من دولة الصين ولم يتم البائع بالوفاء بالتزامه تجاه المشتري حيث لم يتم تسليم البضاعة إليه في الوقت المحدد بالعقد وعلى الرغم من ذلك قام المشتري بمنح البائع فترة إضافية لتنفيذ التزامه إلا أن البائع لم يتم تسليم البضاعة خلال هذه المدة مما أدى إلى قيام المشتري بإبرام اتفاقية توريد بديلة مع طرف ثالث وأقام دعوى قضائية ضد البائع للمطالبة بالمصاريف والنفقات وفرق الثمن الذي تكبده في سبيل إبرام هذه الصفقة وقضت له المحكمة بكافة هذه التعويضات وأسست حكمها على أن المشتري أستغرق فقط أسبوعين لإتمام الصفقة البديلة ولم يتم البائع بإثبات أن المشتري كان بإمكانه شراء هذه البضاعة بسعر أقل وطالما أن المشتري قد تصرف في غضون فترة زمنية معقولة بعد فشل الدائن في الوفاء بالتزاماته التعاقدية فإنه يكون قد نجح في تخفيف الضرر وعليه يستحق كافة النفقات والمصاريف وفرق الثمن الذي تكبده نتيجة إخلال البائع بتنفيذ التزامه.

Oberlandesgericht Hamburg, Germany, 28 February 1997 (Iron molybdenum case), CLOUT case no. 277. Available at: <http://www.uncitral.org/clout/showDocument.do?documentUId=1500>. Visited on: 31/08/2018.

ووقت إجراء معاملة بيع البضائع، ومن ثم تم منح البائع تعويضا كاملا عن الضرر الناتج عن إخلال المشتري بالتزاماته التعاقدية.⁽⁷⁵³⁾

يتضح أن قيام المدين بالإخلال بالتزاماته التعاقدية شرط مفترض حتى ينهض واجب الدائن بتخفيف الضرر. فالدائن ليس مكلفاً بأي شيء قبل وقوع الإخلال؛ كون أن الضرر لا يتحقق إلا كنتيجة لهذا الإخلال، وإن حدث ضرر لم يرتبط بالإخلال الصادر عن المدين ارتباط السبب بالمسبب، فحينها لا تقوم المسؤولية العقدية، ولا يكون المدين مسؤولاً أمام الدائن عن أية أضرار؛ لانقطاع العلاقة السببية. مما يعني أن واجب تخفيف الضرر لا يتقرر في حق الدائن إلا حينما يقدم المدين على الإخلال بواجب تعاقدى يترتب عليه ضرر، يستدعى تدخل من الدائن لتفاديه أو تخفيفه قدر الإمكان، وفقا لظروف كل نزاع على حدة.

الخاتمة

تناولت الدراسة مفهوم نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر في نطاق الالتزامات التعاقدية والمبادئ الرئيسة النازمة لهذه النظرية بشكل عام، والأسس التي تستند عليها النظرية في الأنظمة التي لم تقن تشريعاتها المدنية صراحة هذا الواجب، كما حال القوانين المدنية العربية. وخلصت الدراسة إلى أن واجب الدائن بتخفيف الضرر ينضوي تحت المبادئ العامة للعقود التي تفرض على المضرور اتخاذ جميع الوسائل والخطوات الممكنة والمعقولة التي من شأنها التخفيف من الضرر الواقع عليه، وبخلاف ذلك يجازى بحرمانه من التعويض بما يعادل قيمة الأضرار التي كان بإمكانه تجنبها لو أنه بذل جهودا معقولة. ووجدت الدراسة في القواعد العامة في القوانين المدنية العربية؛ كمبدأ حسن النية وعدم التعسف باستعمال الحق، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وأحكام تقدير التعويض أسسا صالحة لاستيعاب النظرية محل البحث في هذه القوانين. وبالتالي، يمكن التعايش مع القوانين المدنية بصيغتها الحالية، إلى أن يحصل تحديث لهذه القوانين لتبني هذه النظرية صراحة، مع بقاء الحاجة قائمة لقيام الفقه والقضاء العربي، بالتسليم بهذه النتيجة عند تناول مسألة تقدير التعويض في المنازعات المدنية والتجارية المعروضة أمام القضاء وتسبب الأحكام بناءً عليها، ليستقر وجود هذه النظرية في الممارسة.

⁷⁵³ See: Kantonsgericht Zug, Switzerland, 12 December 2002, CLOUT case. No. 629, English translation available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021212s1.html>. Visited on 31/08/2018.

قراءة في القانون رقم 24.17 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر

د. إبراهيم الفندون

دكتور في القانون الخاص

مقدمة

إن الحديث عن ظاهرة الاتجار بالبشر تكشف بالضرورة عن صورة صريحة من صور انتهاك حقوق الإنسان، التي نصت عليها الدساتير الوطنية والمواثيق الدولية، وتحولت إلى ظاهرة عالمية تفرض نفسها على الأجندة الدولية وصارت موضوعا لاجتهادات عديدة تسعى إلى دراسة أبعادها ومسبباتها وسبل التصدي لمخاطرها واحتواء تداعياتها والتي تعاني منها الكثير من بلدان العالم⁷⁵⁴.

وعلى المستوى الوطني فإن تزايد خطورة هذه الجريمة وتطور أساليبها أدى إلى إعادة التفكير في البناء التشريعي لها على اعتبار أن القانون الجنائي المغربي لم يكن ينص إلا على بعض صور هذه الجريمة، حيث أن المغرب قد انخرط في دينامية المنتظم الدولي والإقليمي الهادفة إلى مكافحة الظاهرة وصادق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 755، وبروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لهذه الاتفاقية 756، وإصدار الوطني لحقوق الإنسان تقريره 2013 والذي أوصى بضرورة اعتماد مقاربة المجلس حقوقية لمعالجة شؤون المهاجرين واللاجئين وضحايا الاتجار بالبشر.

وما يفسر هذا الاهتمام الغير مسبوق بجريمة الاتجار بالبشر في المغرب هو ما كشفت عنه الدراسة التي قامت بها وزارة العدل والحريات من خلال معطيات صادمة حول الاتجار بالبشر في المغرب حيث يتم تسخير المهاجرين المنحدرين من دول إفريقيا جنوب الصحراء في الدعارة والتسول. كما أكدت الدراسة أن المغاربة والمغريبات بشكل خاص، تنصب عليهن شبكات تسخرهن في ممارسات غير مشروعة في الخليج وحتى في أوروبا حيث أكدت الدراسة بأن تشديد المغرب لإجراءات العبور خاصة إلى دول الخليج قد دفع بالشبكات المتحركة في هذه التجارة إلى اختيار بلدان مثل تونس وتركيا.

فمن خلال هذه المعطيات يتضح جليا على أن المغرب أصبح فضاء رحبا للاتجار في البشر بكل تجلياته، الأمر الذي يدق ناقوس الخطر حول الوضعية القانونية لظاهرة في ظل عدم وجود آليات زجرية لشبكات الاتجار بالبشر ووسائل الدعم والتأهيل لضحايا هذه الجريمة التي بدأت تأخذ منحى تصاعدي وهو ما أدى اعتماد مشروع قانون خاص بمكافحة الظاهرة وكذا اعتماده ضمن مشروع القانون الجنائي الجديد.

⁷⁵⁴ - عادل حسن علي، "الاتجار بالبشر بين التجريم وآليات المواجهة"، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ط. 1، الرياض، 2012، ص. 57.

⁷⁵⁵ - تم التوقيع عليها في 13 دجنبر 2000 والمصادقة عليها بتاريخ 19 شتنبر 2002.

⁷⁵⁶ - تمت المصادقة عليه في مجلس وزاري في 7 ماي 2009، واستكملت إجراءات الانضمام إليه بتاريخ 25 أبريل 2011.

حيث تزداد خطورة هذه الجريمة بكونها تستهدف على وجه الخصوص النساء والأطفال الذين يقعون ضحية مجرمين يستغلون أوضاعهم الصعبة أسوء استغلال.

مما يجعل جريمة الاتجار بالبشر من أخطر الجرائم التي تستهدف كرامة الإنسان وحقوقه وتتخذ صوراً متعددة أهمها استغلال الأشخاص في العمل القسري أو استغلالهم جنسياً في أوضاع شبيهة بالعبودية والنخاسة وهي ممارسات كان الإسلام سبقاً إلى نبذها وتحريمها وفي هذا السياق تأتي مقولة عمر بن الخطاب الشهيرة التي استعملت في العديد من الحملات التحسيسية ضد الاتجار بالبشر في الدول العربية "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً".

إن عملية المتاجرة بالإنسان، تعني تحويل الحياة الإنسانية - التي كرمها الخالق العظيم - إلى سلعة تتداول بين الناس على مختلف أجناسهم وانتماءاتهم وحالة من حالات الرق والعبودية المستحدثة، وهي بلا شك تشكل انتهاكاً فاضحاً لمبادئ وقيم حقوق الإنسان، وتحدياً للسلم الاجتماعي والأمن الإنساني في العصر الحديث، الذي أضحى يطلق عليه "عصر حقوق الإنسان".

وحيث تزداد هذه الجريمة خطورة عندما ترتكب في إطار شبكات إجرامية منظمة. وعندما تصبح ذات طابع عابر للحدود الوطنية وكذا عندما تستهدف ضحايا مجتمعين أو ضحايا من النساء والأطفال والمهاجرين وغيرهم من الفئات الهشة.

فقد انخرط المغرب في دينامية المنتظم الدولي والإقليمي الهادفة إلى مكافحة الظاهرة. وصادق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (تم التوقيع عليها في 13 دجنبر 2000 والمصادقة عليها بتاريخ 19 شتنبر 2002)، وبروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لهذه الاتفاقية (تمت المصادقة عليه في مجلس وزاري في 7 ماي 2009، واستكملت إجراءات الانضمام إليه بتاريخ 25 أبريل 2011).

كما إنه في إطار وفاء المغرب بالتزاماته الدولية، وتفعيلاً لمقتضيات الدستور المغربي الذي نص على ضرورة التصدي لكافة انتهاكات حقوق الإنسان، وضمان ولوج ضحايا الأفعال الإجرامية لحماية قضائية منصفة وتوفير حماية خاصة للفئات الضعيفة والهشة، وتنزيلاً للسياسة الوطنية للهجرة 757، تمت المصادقة على قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم 27.14 الذي أتى من أجل إزالة الإبهام عن آليات مكافحة الاتجار بالبشر في المغرب، حيث تضمن تعاريف عامة وأحكاماً مسطرية وزجرية وحماية إضافية إلى تدابير مؤسساتية كل هذا يهدف إلى التأسيس لسياسة جنائية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر قادرة على تحقيق أهدافها سواء فيما يرتبط بالتجريم والعقاب أو فيما يخص الوقاية إضافة إلى حماية الضحية.

ومن خلال ما سبق يمكن التطرق إلى الموضوع عبر عبر الآتي :

- المبحث الأول: التجريم والعقاب وفق قانون 27.14
- المبحث الثاني: الحماية المؤسساتية لضحية الاتجار بالبشر وفق قانون 27.14

⁷⁵⁷ - تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون رقم 27.14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر، م.س، ص. 3.

المبحث الأول: التجريم والعقاب وفق قانون 27.14

يتوقف تحديد ملامح القانون الجنائي في بلد ما على سياسته الجنائية فيما يتعلق بالتجريم والعقاب والوقاية من الجريمة⁷⁵⁸، مما توجب معه ضرورة الاهتمام التشريعي بمجال مكافحة الاتجار بالبشر حيث حاول المشرع المغربي من خلال قانون رقم 27.14 وضع أسس هامة في مجال مكافحة الاتجار بالبشر وذلك من حيث اعتماده على أحكام مسطرية وقواعد موضوعية وتدابير حمائية.

كما يهدف هذا القانون إلى معالجة بعض ملامح السياسة الجنائية من خلال سياستي التجريم (المطلب الأول) والعقاب (المطلب الثاني) التي أتى بها من أجل حماية المجتمع والإنسان من آثار هذه الجريمة،

المطلب الأول: التجريم في قانون 27.14

جاء المشرع الجنائي المغربي في القانون رقم 27.14 بتعريف لجريمة الاتجار بالبشر وهو في الحقيقة ليس بتعريف للجريمة بقدر ما هو رصد لصورها، حيث ينص الفصل 1-448 على أنه :

"يقصد بالاتجار بالبشر تجنيد شخص أو استدراجه أو نقله أو تنقيله أو إيواؤه أو استقباله، أو الوساطة في ذلك، بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو باستعمال مختلف أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو إساءة استعمال السلطة أو الوظيفة أو النفوذ أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة أو الهشاشة، أو إعطاء أو بتلقي مبالغ مالية أو منافع أو مزايا للحصول على موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال.

لا يشترط استعمال أي وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه لقيام جريمة الاتجار بالبشر تجاه الأطفال الذين تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة بمجرد تحقق قصد الاستغلال.

يشمل الاستغلال جميع أشكال الاستغلال الجنسي، لا سيما استغلال دعارة الغير والاستغلال عن طريق المواد الإباحية بما في ذلك وسائل الاتصال والتواصل المعلوماتي، ويشمل أيضا الاستغلال عن طريق العمل القسري أو السخرة أو التسول أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو نزع الأعضاء أو نزع الأنسجة البشرية أو بيعها، أو الاستغلال عن طريق إجراء التجارب والأبحاث الطبية على الأحياء، أو استغلال شخص للقيام بأعمال إجرامية أو في النزاعات المسلحة.

لا يتحقق هذا الاستغلال إلا إذا ترتب عنه سلب إرادة الشخص وحرمانه من حرية تغيير وضعه وإهدار كرامته الإنسانية، بأي وسيلة كانت ولو تلقى مقابلا أو أجرا عن ذلك.

يقصد بالسخرة في مفهوم هذا القانون جميع الأعمال أو الخدمات التي تفرض قسرا على أي شخص تحت التهديد، والتي لا يكون هذا الشخص قد تطوع لأدائها بمحض اختياره. ولا يدخل في مفهوم السخرة الأعمال المفروضة لأداء خدمة عسكرية إلزامية، أو نتيجة إدانة قضائية، أو أي عمل أو خدمة أخرى تفرض في حالة الطوارئ. " من خلال تحليل مضامين هذا الفصل يتبين أن المشرع المغربي اعتمد تعريف واسع وشامل للاتجار بالبشر عملا بالتوجه المعتمد عليه دوليا، ويتمشى

⁷⁵⁸ - أحمد فتحي سرور، م.س، ص. 18.

مع أحكام المادة 3 من البروتوكول الخاص بمنع وقمع ومعاقة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة والاتفاقية وسائر الصكوك الدولية؛

كما أن المشرع الجنائي المغربي قد عمل على توسيع نطاق الاستغلال ليشمل جميع الظواهر الجديدة المرتبطة به وفقا لأحكام المادة 5 من القانون النموذجي لمكافحة الاتجار بالبشر.

يلاحظ على ان تعريف السخرة في هذا القانون وتجريم الأفعال المرتبطة بها يتناسق مع التعريف الوارد في اتفاقية منظمة العمل الدولي. اما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد عرف الاتجار بالبشر بأنه تجنيد شخص او نقله أو ترحيله أو إيوائه او استقباله لغرض استغلاله في واحدة من الحالات التالية:

إما بواسطة استخدام التهديد او الاكراه او العنف او طرق التدليس تجاه الضحية، او اتجاه عائلته او أي شخص آخر له علاقة معتادة بالضحية،

إما إذا كان مرتكب الجريمة أحد أصول هذا الشخص الشرعية أو الطبيعية أو بالتبني، أو بواسطة شخص آخر له سلطة عليه أو تعسف في استعمال السلطة المخولة له،

أو عن طريق استغلال حالة الضعف بسبب السن أو المرض أو العجز أو إعاقة جسدية أو عقلية أو في امرأة حامل سواء أكان حملها بينها أو معروفا لدى الجاني أم لا،

سواء بمقابل أو عن طريق مكافأة أو أية امتيازات أخرى أو الوعد بمنح مكافأة أو امتياز... 759.

ومن خلال ما سبق فأركان جريمة الاتجار بالبشر يمكن إجمالها في ما يلي:

الركن المادي: ويتكون الركن المادي للاتجار بالبشر من عدة أفعال إجرامية:

أولاً: التجنيد

ويتجلى في جمع عدد من الأشخاص لإلحاقهم بالعصابات الإجرامية المسلحة أو بغرض استخدامهم في الدعارة أو السخرة.... لأن مفهوم التجنيد وفق هذا القانون لا يتطلب بالضرورة التجنيد للأعمال العسكرية حيث لا يتطلب في الطفل المجند أن يكون من رعايا دولة معينة.

ثانياً: الاستدراج

هذا الفعل اعتمدته المشرع المغربي في إطار توسيع مجال التجريم في قانون مكافحة الاتجار بالبشر حيث إن البروتوكول الخاص بمنع وقمع ومعاقة الاتجار بالبشر لم ينص على هذا المصطلح بالضبط في مادته الثالثة وهو أمر يحسب للمشرع المغربي، كما أن هذا المصطلح قد اقتبس من الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الرقيق الأبيض⁷⁶⁰، التي جعلت الاستدراج وسيلة من وسائل التجنيد، فمكاتب التوظيف التي تضع إعلانات بأنها توفر وظائف جيدة وبرواتب مغرية مع ساعات عمل محدودة تستدرج الفتيات اللواتي يحلمن بتحسين أوضاعهن الاجتماعية والاقتصادية، فيتوجهن إلى هذه المكاتب، ومن ثم

⁷⁵⁹ - المادة 1-4-225 من القانون الفرنسي رم 711-2013 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر المعدل والمتمم للقانون الجنائي الفرنسي.

⁷⁶⁰ - م. 1 من الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الرقيق الأبيض بباريس لسنة 1910 المعدلة بروتوكول 1947.

إلى أماكن العمل الموعود ، ويفاجأ بواقع مختلف عن الواقع الذي وعدن به حيث يرغمن على تعاطي الدعارة أو القيام بأعمال أخرى غير مشروعة.

ثانيا: النقل

يتحقق فعل النقل المكون للركن المادي لجريمة الاتجار بالبشر عندما يتم هذا الفعل رغما عن إرادة المجني عليه كأن يقوم مجموعة من الجناة بنقل الضحايا الى مكان ما بواسطة التهديد بالقوة، كما لا يشترط في فعل التنكيل وجود واسطة نقل معينة حيث يستوي التنكيل بواسطة سيارة أو حافلة أو

ثالثا: التنكيل أو الترحيل

التنكيل هو تقريبا مطابق لفعل النقل خاصة وان هذا الأخير يتم رغما عن إرادة الضحية مما يثير الاستغراب حول أراد هذا التعبير في القانون 27.14 لان معنى التنكيل هو النقل الاجباري ومن الاجدر رفع الالتباس وحذف هذه العبارة والاكتفاء بتعبير النقل

رابعا: الايواء

يمكن القول بان الايواء عبارة عن قيام الجاني بتدبير مأوى للضحية ويتخذ منه مبيتا يقضي فيه أوقاته كما يتحقق فعل الايواء بإخفاء الضحية عن أنظار الناس والسلطات

خامسا: الاستقبال

يفيد الاستقبال من الوهلة الأولى معنى الايواء، لكن إذا تعمقنا أكثر نجد أن فحوى الاستقبال يبين أنه مختلف عن الايواء لان الايواء يفترض إبقاء الضحية في مكان معين، أما الاستقبال فقد لا يفيد هذا المعنى، فقد يتحقق فعل الاستقبال دون اشتراط إبقاء الضحية في مكان معين، فالجاني المستقبل هو بدوه قد يقوم بتسليم الضحية للشخص آخر وبالتالي ففعل الاستقبال يستدعي ضرورة وجود أكثر من جاني مما يعني توفر المشاركة أو المساهمة في الاتجار بالبشر المسلم والمستقبل والمسلم له

سادسا: الوساطة

حيث جرم المشرع المغربي كل وسائل الوساطة في ارتكاب الاتجار بالبشر

وسائل ارتكاب جريمة الاتجار بالبشر: التهديد بالقوة، استعمال القوة، القسر، الاختطاف، الاحتيال، الخداع، استغلال السلطة، استغلال حالة استضعاف، إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر

غرض الاستغلال

استغلال دعارة الغير، سائر أشكال الاستغلال الجنسي، السخرة، الخدمة قسرا، الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، الاستعباد، نزع الأعضاء (البشرية).

المطلب الثاني: العقاب في القانون رقم 24.17

يمكن القول بأن سياسة العقاب التي نهجها المشرع الجنائي في القانون رقم 24.17 تتميز بما يلي :

أولاً: صرامة المشرع في مجال العقاب

التنصيص على تدابير زجرية (عقوبات وغرامات مالية) وتشديدها على المجرمين والشبكات الإجرامية خاصة عند اقتران الجريمة بظروف خاصة، شخصية وموضوعية؛ حيث نلاحظ أن المشرع الجنائي شدد من العقوبات،

بالرجوع إلى القانون الجنائي المغربي يلاحظ بأن المشرع قد اعتمد أسلوب مشدد في العقاب ضد مرتكب جرائم الاتجار بالبشر، حيث أقر على أنه ودون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 درهم كل من ارتكب الاتجار بالبشر⁷⁶¹. هذا التوجه الذي تبناه المشرع الجنائي المغربي صار عليه المشرع الإماراتي الذي اعتبر كذلك أن أقل مدة يمكن الحكم بها على مرتكب الاتجار في البشر في الأحوال العادية في خمس سنوات⁷⁶².

فيما عاقب المشرع الجزائري مرتكب جريمة الاتجار بالبشر بعقوبة تتراوح بين ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 1000.000 إلى 76320000.000. أما المشرع المصري فقد عاقب في قانون مكافحة الاتجار بالبشر على هذه الجريمة بالسجن المشدد، وبغرامة لا تقل عن 50000 جنيه⁷⁶⁴. في حين يلاحظ بأن المشرع الفرنسي قد عاقب من خلال القانون الجنائي من يرتكب الاتجار بالبشر بالحبس لمدة سبع سنوات وبغرامة مائة وخمسين ألف يورو⁷⁶⁵.

كما تشدد المشرع المغربي في الفصل 4-448 العقوبة على مرتكب الاتجار بالبشر وجعلها من 20 إلى 30 سنة وغرامة من 200 إلى 2000.000، إذا ارتكبت الجريمة ضد قاصر دون الثامنة عشر؛

كما شدد من العقوبة كذلك وجعلها من عشرين إلى ثلاثين سنة وغرامة من 1.000.000 إلى 6.000.000 درهم عن جريمة الاتجار بالبشر، إذا ارتكبت الجريمة بواسطة عصابة إجرامية أو في إطار عابر للحدود الوطنية خاصة إذا ارتكبت ضد مهاجر أو للاجئ في الفصل 5-448 وترفع السجن المؤبد إذا ارتكبت الجريمة بواسطة التعذيب أو أعمال وحشية.

إضافة إلى ذلك فقد نص المشرع الجنائي على عقاب المحاولة كالجريمة التامة في كل الجرائم الواردة في هذا القانون الفصل 11-448.

- بالنسبة للشخص المعنوي:

فقد عاقب المشرع الجنائي الشخص الاعتباري بغرامة من 1.000.000 إلى 10.000.000 درهم، إذا ارتكب جريمة الاتجار بالبشر دون الإخلال بالعقوبات التي تطبق على الشخص الذاتي الذي يمثله أو يديره أو يعمل لحسابه. علاوة على ذلك، يجب على المحكمة الحكم بحل الشخص الاعتباري وبالتدبيرين الوقائيين المنصوص عليهما في الفصل 62 من هذا القانون (المصادرة للأشياء التي لها علاقة بالجريمة مع اغلاق المكان الذي ارتكبت فيه الجريمة).

⁷⁶¹ - ف448.2 من ق.ج.م.

⁷⁶² - م 2 من القانون الاتحادي الإماراتي الخاص بالاتجار بالبشر.

⁷⁶³ - في المادة 303 مكرر 04 من القانون رقم 01/09.

⁷⁶⁴ - المادة 3 من قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم 24 لسنة 2010.

⁷⁶⁵ - الفقرة الثانية من المادة (104/225) من القانون الجنائي الفرنسي المعدلة بقانون رقم (239-2003) الصادر في 18 مارس 2003.

ثانيا: العقاب في الجرائم ناتجة عن الاتجار

حيث عاقب المشرع الجنائي المغربي بعدة جرائم متعلقة بجريمة الاتجار بالبشر وهي كالآتي:

- جريمة عدم التبليغ بارتكاب الاتجار بالبشر أو الشروع فيها مع العلم بذلك: حيث أقر بهذه العقوبة في الفصل 7-448 سنة على خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم مع إمكانية الإعفاء من هذه العقوبة إذا كان من امتنع عن التبليغ زوجا لمرتكب الجريمة أو كان من أحد أصوله أو فروعه
- المنع من تقديم الشهادة أو التبليغ نص الفصل 8-448 على عقوبة كل من استعمل العنف أو التهديد باستعماله أو وعد بمنفعة لمنع شخص من الإدلاء بشهادته أو تقديم أدلة، أو حرضه على الإدلاء بشهادة زور، أو على الامتناع عن تقديم أدلة، أو على تقديم إقرارات أو تصريحات أو أدلة غير صحيحة تتعلق بجريمة الاتجار بالبشر أمام أي سلطة مختصة، وفي أي مرحلة من مراحل التقاضي بشأنها، وجعل العقوبة هي سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم،
- تعريض ضحايا الاتجار بالبشر أو الشاهد للخطر عمدا: حيث أكد في الفصل 9-448 هذه الجريمة وعاقب عليها ب سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم وذلك عن طريق الكشف عن هويته أو مكان إقامته أو عرقلة إجراءات الحماية المتخذة لفائدته
- الاستفادة من خدمة أو منفعة أو عمل يقدمه ضحية الاتجار بالبشر مع العلم بذلك فعاقب بالحبس من سنة على خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم، حيث أعطى المشرع الجنائي خصوصية للطفل سواء المهاجر أو اللاجئ في هذه الجريمة حينما شدد من العقوبة فيها إذا كان ضحية الاتجار بالبشر قاصرا دون الثامنة عشر تضاعف العقوبة (الفصل 10-448).

ثالثا: استثناءات العقاب:**حيث جاء المشرع بمبررات الاعفاء من العقاب في حق الضحية**

- حيث نص الفصل 14-448 على انه لا يكون ضحية الاتجار بالبشر مسؤولا جنائيا أو مدنيا عن أي فعل قام به تحت التهديد متى ارتبط ذلك الفعل مباشرة بكونه شخصا ضحية الاتجار بالبشر، إلا إذا ارتكب فعلا مجرما بمحض إرادته دون أن يتعرض لأي تهديد.
- كما أن المشرع الجنائي عمل على إعفاء الجناة المبلغين عن الجريمة قبل تنفيذها من العقوبة الفصل 12-448 وذلك بغرض تشجيعهم على العدول الإرادي الإيجابي عن الجريمة.

رابعا: الخصوصية المسطرية للضحية للاتجار بالبشر

- يشمل القانون إجراءات مسطرية وحمائية. تتمثل في تكميم أحكام القانون رقم 01-22 المتعلق بالمسطرة الجنائية بالمادة 1-5-82، بما يضمن الحماية الفعلية لضحايا الاتجار بالبشر والشهود والخبراء والمبلغين فيما يخص الجرائم المرتبطة بالاتجار بالبشر.

كما أن المشرع قد عمل على تعريف ضحية الاتجار بالبشر من خلال الفصل 9-448 يقصد بضحية من ضحايا الاتجار بالبشر كل شخص ذاتي، مغربيا كان أو أجنبيا، ثبت تعرضه، لأي ضرر مادي أو معنوي ناتج مباشرة عن الاتجار بالبشر طبقا للتعريف المنصوص عليه في هذا القانون.

أقرت المادة 1-5-82 من قانون المسطرة الجنائية حماية إجرائيا خاصة للطفل ضحية الاتجار بالبشر حيث يجب في جميع مراحل البحث والتحقيق والمحاكمة، العمل فورا على التعرف على ضحية الجريمة وهويتها وجنسياتها وسنها كما أقر المشرع في نفس القانون بتدبير هام بالنسبة للضحية حيث أعطى للسلطات القضائية المختصة امكانية منع المشتبه فيهم أو المهتمين من الاتصال أو الاقتراب من ضحية الاتجار بالبشر.

تسري أحكام الفقرتين الثانية والثالثة أعلاه على الشهود والخبراء والمبلغين في جريمة الاتجار بالبشر. يمكن أيضا للسلطات القضائية المختصة الأمر بالتريخيص للضحية الأجنبي بالبقاء بتراب المملكة على غاية انتهاء إجراءات المحاكمة مما يعطي للضحية خاصة إذا تعلق الأمر بمهاجر أو لاجئ فرصة لمتابعة المحاكمة المادة 7-82: يمكن لوكيل الملك.....أو غسل الأموال أو الاتجار بالبشر أو إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 108 من هذا القانون..... (الباقى لا تغيير فيه).

إضافة الى ذلك فقد تم التنصيص في المادة الخامسة من القانون 27.14 على إعفاء الضحايا من الرسوم القضائية المرتبطة بالدعوى المدنية التي يرفعونها للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذه الجريمة. إضافة الى ذلك يستفيد ضحايا الاتجار بالبشر أو ذوو حقوقهم من المساعدة القضائية بحكم القانون في كل دعوى، بما في ذلك الاستئناف، وتسري آثار مفعول المساعدة القضائية بحكم القانون على جميع إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية.

كما نص الفصل 13-448 علاوة على ذلك، على ضرورة الحكم بنشر المقرر القضائي الصادر بالإدانة أو تعليقه أو بثه عبر وسائل الاتصال السمعي البصري وفي ذلك انصاف للضحية ونوع من الردع العام للأخرين.

المبحث الثاني: الحماية المؤسسية لضحية الاتجار بالبشر وفق قانون 27.14

لا يمكن الحديث عن حماية حقيقية لضحايا الاتجار بالبشر إلا من خلال العمل على رصد عملي يتجلى في مؤسسات قادرة على تفعيل بنود الحماية الخاصة بالضحية، حيث إن مكافحة الاتجار بالبشر من الناحية المؤسسية لا بد لها من تضافر كل الجهود من أجل مواكبتها، حيث جاء القانون رقم 24.17 بترتيب مسؤولية الدولة (المطلب الأول) في حماية ضحايا الاتجار بالبشر، إضافة الى اعتماد خاص لدور اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر والوقاية منه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مسؤولية الدولة في توفير الحماية

يمكن رصد التجليات العملية في القانون رقم 24.17 والمتعلق بمسؤولية الدولة كطرف مهم في حماية ضحايا الاتجار بالبشر في مجموعة من المهام حيث نصت المادة الرابعة من القانون 27.14 على تدابير حماية هامة تتجلى في:

- توفير الحماية اللازمة لفائدة الضحايا
- الرعاية الصحية
- الدعم النفسي والاجتماعي
- العمل على توفير أماكن لإيوائهم بصفة مؤقتة
- تقديم المساعدة القانونية اللازمة لهم،
- تسيير سبل اندماجهم في الحياة الاجتماعية
- تيسير عودتهم الطوعية إلى بلدهم الأصلي أو بلد إقامتهم.

فمن خلال هذه المادة يتضح بأن المشرع حاول إعطاء امتياز لضحية الاتجار بالبشر بالنص على كل هذه التدابير المؤسساتية التي الزم الدولة على التكفل بها، لكن مع ذلك فهذه التدابير تبقى مجرد إجراءات على مستوى النص القانوني ليست بقرينة بالشكل المطلوب من الواقع على اعتبار أن الأمر يفرض تنزيل على المستوى الواقعي بإحداث أماكن خاصة لهذه الرعاية الصحية والدعم النفسي وكذا أماكن الإيواء المؤقتة التي لا يستفيد منه ضحايا هذه الأفعال الإجرامية، وذلك راجع إما لعدم وجود هذه المؤسسات أو لعجزها عن القيام بهذا الدور نظرا لضعفها البشري واللوجستيكي والمادي، إضافة إلى ذلك فالمساعدة القانونية التي ثم رصدها في هذه المادة تعاني كذلك من إشكالات عملية كبيرة،

وبالتالي وكخلاصة لكل الأدوار التي تقوم بها المؤسسات الرسمية في المغرب من أجل المساهمة في مكافحة الاتجار بالبشر وحماية الضحايا، يلاحظ شبه غياب لأي دور حقيقي ممنهج عن طريق خطة مسبقة تهدف إلى الحد من الظاهرة، وهذا راجع لغياب ملامح واقعية لسياسة جنائية في هذا المجال، حيث إنه من الضروري إعادة النظر في آليات اشتغال هذه المؤسسات من خلال تخصيص قسط من عملها لمكافحة الاتجار بالبشر سواء من الناحية العلاجية أو الجزية أو الوقائية وكل هذا رهين بالوعي التام بمخاطر جريمة الاتجار بالبشر

المطلب الثاني: دور اللجنة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر

تم التنصيص من خلال المادة السادسة من القانون 27.14 على إحداث لجنة وطنية لدى رئيس الحكومة تعنى بتنسيق إجراءات مكافحة الاتجار بالبشر والوقاية منه، وتم اسنادها لرئاسة الحكومة نظرا لخطورة الجريمة، وكذا تفاديا للتشتت المؤسساتي وإعطاء هذه المؤسسة الوطنية المكلفة بالتنسيق بعد أقوى في اتخاذ القرارات. ويحدد تأليفها وكيفية سيرها بنص تنظيمي وفقا لأحكام المادة السابعة الذي حددت مسبقا مهامها.

حيث حددت المادة السابعة الاختصاصات التي يمكن اجمالها فيما يلي:

- تقديم كل مقترح تراه مفيدا إلى الحكومة من أجل وضع سياسة عمومية وخطة عمل وطنية لمكافحة الاتجار بالبشر ورصد مستجداته والوقاية منه وحماية ضحاياه، وتتبع وتقييم تنفيذها، وذلك بإشراك الجهات المعنية؛
- اقتراح مختلف أشكال التنسيق والتعاون بين السلطات المختصة والمنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية الوطنية والدولية، المعنية بمكافحة الاتجار بالبشر والوقاية منه؛
- اقتراح كل التدابير اللازمة لدعم مشاريع جمعيات المجتمع المدني لحماية ومساعدة ضحايا الاتجار بالبشر والوقاية منه؛

- إعداد قاعدة بيانات أو المساهمة في إعدادها لتجميع المعطيات والمعلومات المتعلقة بمنع ومكافحة الاتجار بالبشر؛
 - اعتماد برامج التربية والتكوين المستمر وبرامج التحسيس والتواصل في مجال مكافحة الاتجار بالبشر لفائدة جميع القطاعات والهيئات والجمعيات المعنية؛
 - اقتراح القيام بدراسات وأبحاث في مجال مكافحة الاتجار بالبشر ورفعها إلى السلطات والهيئات المعنية؛
 - اقتراح إعداد دلائل إرشادية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر؛
 - إعداد تقرير وطني سنوي حول المجهودات المبذولة في مجال مكافحة الاتجار بالبشر والوقاية منه والعوائق والإكراهات المتعلقة بهذا المجال؛
 - رصد المظاهر الجديدة للاتجار بالبشر.
- كما يمكن استشارة اللجنة بمناسبة إعداد مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر.

كل هذه الاختصاصات المهمة جاءت فضفاضة وبدون أسس عملية تدعمها والأكثر من هذا فعمل هذه اللجنة الوطنية مازال الى حد الساعة لم يرى النور على المستوى العملي بعد تشكيل أعضائها لهذا وجب العمل على تسريع وثيرة عمل هذه المؤسسة والذي يفترض من خلالها في فلسفة المشرع حماية لضحايا الاتجار بالبشر والتخفيف من معاناتهم وتحمل الدولة لمسؤوليتها في شتى المجالات من أجل التوطئة لسياسة جنائية هادفة وبناءة تنطلق من التجريم والعقاب وتمر بحماية الضحايا لتصل للأهم والمنتظر من هذه السياسة وهو الخروج بسياسة وقائية تقينا من مخاطر هذه الجريمة اللاإنسانية.

خاتمة:

خلاصة القول فجريمة الاتجار بالبشر تعد من أخطر الجرائم التي تهدد أمن وسلامة المجتمع الشيء الذي يتطلب ضرورة وجود سياسة جنائية فعالة ذات أهداف واضحة تعتمد على آليات علمية منسجمة مع طبيعة الجريمة وخطورتها سواء من الناحية التشريعية أو المؤسساتية، حيث يمكن القول بأن السياسة الجنائية المتعلقة بالاتجار بالبشر بالمغرب لازالت غير مكتملة على اعتبار أن هذه السياسة لا تعتمد على الآليات المنهجية العلمية والعملية الكفيلة بتطبيق مضامينها وبالتالي فلا يمكن الحسم في وجود سياسة جنائية خاصة بالبشر بمفهومها الدقيق فالأمر لا يعدو أن يكون فقط مجرد ملامح لهذه السياسة مازالت تحتاج الى الوسائل القادرة على تفعيلها، لأن مكافحة الاتجار بالبشر تتطلب وجود نوع خاص من الآليات التشريعية والمؤسساتية وذلك بالنظر الى خصوصية الجريمة لأن محور الاتجار بالبشر هو جعل الانسان كسلعة تباع وتشتري أضف الى ذلك أن اغلب صورها ترتكب من طرف عصابات إجرامية منظمة وقد تكون عابرة للحدود الوطنية كل هذا يجعل من المكافحة مسألة غاية في الأهمية ووجب الاعداد لها وتجنيد لها بكل الوسائل سواء التشريعية او المؤسساتية.

كل هذا يستدعي إعادة ترتيب قواعد السياسة الجنائية الخاصة بالاتجار في البشر بشكل يتوافق مع كل المبادئ ذات البعد الحمائي وينسجم كذلك مع كل ما التزم به المغرب دوليا في هذا المجال

أثر المغادرة الطوعية على نظام التقاعد المغربي

محمد هودى لمخلخل

باحثة بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس - الرباط

مقدمة

فرضت التطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي أفرزتها العولمة تبني معايير ربط المردودية والفعالية بكل نشاط اقتصادي أو أسلوب تدييري للشأن العام . ولا زالت العولمة تفرض نمطها بالتدخل في الخيارات الإستراتيجية للدول ، وذلك بالتخفيض من تدخل الدولة وتقليص أدوارها ووظائفها لصالح اقتصاد السوق . بحيث أصبح دور هذه الأخيرة منحصر في تدبير المرافق الأساسية الحيوية ، وذلك لصالح تدخل و إدماج القطاع الخاص في التدبير العمومي .

والمغرب من خلال اندماجه في أواخر التسعينات في الإقتصاد الدولي ، انخرط بشكل كلي في هذه المنظومة التي تستمد مبادئها من منطق اقتصاد السوق ، أي "عمل أكثر بتكلفة أقل" .

من جانب آخر عملت المؤسسات المالية الدولية على فرض سياستها الداعمة للعولمة وتحرير أسواق المال في الدول النامية . وهو أمر تمخض عنه فرض سياسات و خيارات أكثر إجحافاً على دول العالم الثالث من الناحية الاجتماعية . بحيث يشترط صندوق النقد الدولي على كل بلد يرغب في الإستدانة أن يعمل على فتح أسواقه و مصارفه أمام الاستثمار الأجنبي من ناحية ، و أن يتبنى بعض الخيارات و المخططات من مثل خصوصية القطاع العام ، وخفض تكلفة الحماية والرعاية الاجتماعية من ناحية أخرى .

وبالرجوع للشأن العام الوطني نجد أن كل هذه الخيارات ضمنت كمحددات للسياسة العامة ، وهو ما نلمسه من خلال تبني برنامج التقويم الهيكلي⁷⁶⁶ سنة 1983 كخيار استراتيجي للبحث عن استقرار مأكرو اقتصادي، دفع بالدولة للتخلي التدريجي لفائدة قوى السوق، وعملت على مواصلة تحرير الاقتصاد سنة 1993 بالتوقيع على اتفاقيات التبادل الحر واعتماد برامج الخصوصية⁷⁶⁷ .

⁷⁶⁶ - تبنت الدولة سياسة التقشف سنة 1978 التي استهدفت التخفيض من نفقات الاستثمار (بنسبة 40 %) والحد من تصاعد النفقات الجارية في اتجاه التقليص من النفقات العمومية وتجاوز الإكراهات المرتبطة بتدبير الدين ، مما أثقل كاهل السلطات العمومية، وحد من إمكانية تصرفها. فكان التقويم الهيكلي ضرورة لا محيد عنها . فأمام عجز الميزانية وتمويل النفقات وتغطية العجز المتكرر لجأت الدولة بكثافة إلى الدين الخارجي ، ولقد فرضت ضخامة الاستدانة الخارجية والعجز المتعدد حالة شبه انقطاع عن الأداء، استلزمت إعادة جدولة الدين واعتماد التقويم الهيكلي.

⁷⁶⁷ - المعهد الملكي للدراسات الاستراتيجية " 50 سنة من التنمية البشرية بالمغرب وآفاق سنة 2025 " 2006 ، ص 2 .

وبذلك انخرط المغرب في تحديات جديدة من ضمنها كسب رهان الانفتاح الاقتصادي و جلب الاستثمار ،الذي صار محددا أساسيا لمجموع المخططات و البرامج الوطنية . و كذا رهانا تشريعيا دفع بالمشروع الوطني إلى النهوض بالترسانة القانونية خصوصا في مجال المال و الأعمال.

من جانب آخر طرح هذا الرهان سؤال تحديث الإدارة العمومية ومدى مقدرتها على الانفتاح ومواكبة تحديات العولمة . من هنا جاءت فكرة المغادرة الطوعية كبرنامج ضمن مخطط التحديث الإداري ، أريد به إعمال أسلوب التدبير العقلاني للموارد البشرية المتوفرة في مقابل تقليص النفقات العمومية.

فهل استطاعت المغادرة الطوعية تحقيق الغاية المتوخاة منها ؟ و ماهو الأثر العام الذي ترتب عن تفعيلها ؟ هي أسئلة تتفرع عن إشكاليتنا الجوهرية وهي مدى تأثير عملية المغادرة الطوعية وانعكاساتها على نظام التقاعد المغربي . والتي سنحاول الإجابة عنها من خلال التقسيم التالي :

المبحث الأول : الإطار العام لعملية المغادرة الطوعية

المبحث الثاني : آثار وانعكاسات المغادرة الطوعية

المبحث الأول : الإطار العام للمغادرة الطوعية

جاءت المغادرة الطوعية في إطار برنامج التحديث الإداري ، استجابة للتوصيات والتقارير الصادرة عن المؤسسات الدولية ، ويتعلق الأمر بصندوق النقد الدولي و البنك الدولي ، والتي جعلت من الوظيفة العمومية بمقوماتها وإكراهاتها عائقا من عوائق التنمية بالمغرب . وقبل الخوض في دواعي إحداث نظام المغادرة الطوعية (المطلب الثاني) سنتناول مفهوم هذا النظام (المطلب الأول) .

المطلب الأول : مفهوم المغادرة الطوعية

سنتناول في هذا المحور تعريف المغادرة الطوعية ، خصائصها و أحكامها (الفقرة الأولى) ثم سندها القانوني (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : تعريف المغادرة الطوعية

أحدثت المغادرة الطوعية بموجب المرسوم رقم [2-04-811](#) المؤرخ في 27 ديسمبر 2004. وتندرج في إطار البرنامج الحكومي المتعلق بتحديث الإدارة العمومية، والذي يروم عقلنة تدبير الموارد البشرية والتحكم في كتلة الأجور والرفع من مردودية القطاعات العامة.⁷⁶⁸ ويتضح أنها عملية ظرفية أو برنامج إداري ظرفي لتدبير الموارد البشرية، الغاية منه تقليص أعداد الموظفين والتحكم في كتلة الأجور ، كما جاء على لسان الوزير الأول السيد إدريس جطو لأحد الصحف الوطنية " أن عملية المغادرة الطوعية يتوخى من خلالها حل إشكالية التضخم في أعداد موظفي الإدارات العمومية والمساهمة في تشييب الإدارة وتحسين الحكامة وتقليص كتلة الأجور " . وعليه فهي نظام يحث الموظفين على المغادرة المبكرة للوظيفة العمومية قبل وصولهم لسن الإحالة على المعاش مقابل امتيازات مالية. وتقوم على مجموعة خصائص أساسية وهي :⁷⁶⁹

⁷⁶⁸- المملكة المغربية ، وزارة تحديث القطاعات العامة :ملخص تقرير " انطلاقة:دراسة تتعلق بتقييم عملية المغادرة الطوعية للوظيفة العمومية"

2006، ص 1.

⁷⁶⁹- المملكة المغربية الوزير الأول ،منشور رقم 21/2004 يتعلق ب المغادرة الطوعية للعمل ، بتاريخ 14 ذي القعدة 1425 (27 دجنبر 2004).

الطابع الإرادي: إذ أن الاستفادة منها رهينة بتعبير الموظف عن رغبته في ذلك من خلال طلب يتقدم به لهذه الغاية.

الطابع التحفيزي: إذ سيستفيد الموظفون المنخرطون في هذه العملية من امتيازات مالية تتمثل في تعويض مالي بالإضافة الى الحقوق التي يضمنها نظام المعاشات .

الطابع الانتقائي: إذ تبقى لرئيس الإدارة صلاحية البت في الطلبات مراعاة لحاجيات المصلحة.

الطابع الشمولي: إذ أن هذه العملية تهم الموظفين بمختلف أسلاكهم ودرجاتهم دون تحديد.

الطابع الاستثنائي: ذلك أن تطبيقها محصور برسم سنة 2005.

وتطبق المغادرة الطوعية على:

- جميع الموظفين المدنيين المنخرطين في نظام المعاشات المدنية المحدث بمقتضى القانون رقم 011.71 بتاريخ 30 دجنبر 1971 ، بمن فيهم أولئك الموجودين في وضعية إلحاق أو إحالة على الاستيداع أو رهن الإشارة؛⁷⁷⁰
 - موظفو الدولة المدنيين غير المتوفرين على المدة الدنيا من الخدمات من أجل الاستفادة من التقاعد قبل حد السن؛⁷⁷¹
 - موظفي الدولة المدنيين الذين هم في وضعية إلحاق أو إحالة على الاستيداع أو رهن الإشارة.⁷⁷²
- بينما يستثنى من هذا النظام موظفي وأعوان الجماعات المحلية ومستخدمي المؤسسات والمنشآت العامة ، وكذا موظفي الدولة المدنيين الذين سيحاولون على التقاعد لبلوغ حد السن خلال سنة 2005.⁷⁷³
- و يخول النظام تعويضا اجماليا يحدد كالآتي:⁷⁷⁴
- على أساس شهر ونصف عن كل سنة من الخدمة الفعلية ؛
 - حسب النسبة في حدود سقف 36 شهرا بالنسبة للموظفين المرتبين في سلاله الأجور من 6 فما فوق ، أو في درجات معادلة؛
 - عدم تجاوز مبلغ التعويض 50 % من المبلغ الإجمالي للأجر الذي يجب صرفه للموظف المعني إلى غاية بلوغه السن القانوني للإحالة على المعاش ؛
 - إعفاء مبلغ التعويض من الضريبة العامة على الدخل ؛

الفقرة الثانية : السند القانوني للمغادرة الطوعية

يستند نظام المغادرة الطوعية في وجوده على المرسوم رقم 2-04-811 الصادر في 10 ذي القعدة 1425 (23 ديسمبر 2004) يحدث بصفة استثنائية، تعويضا عن المغادرة الطوعية لموظفي الدولة المدنيين والذي ينسخ المرسوم رقم 2.03.705 المؤرخ في 7 ذي القعدة 1424 (31 دجنبر 2003) المتعلق بالتقاعد المبكر .

⁷⁷⁰المادة 1 من المرسوم رقم 2-04-811 الصادر في 10 ذي القعدة 1425 (23 ديسمبر 2004) يحدث، بصفة استثنائية، تعويضا عن المغادرة الطوعية لموظفي الدولة المدنيين ،الجريدة الرسمية عدد 5277 بتاريخ 14 ذو القعدة 1425 (27 ديسمبر 2004).

⁷⁷¹المادة 2 من المرسوم رقم 2-04-811 المتعلق بالمغادرة الطوعية .

⁷⁷²المادة 7 من المرسوم رقم 2-04-811 المتعلق بالمغادرة الطوعية .

⁷⁷³منشور الوزير الأول رقم 21/2004 المتعلق بالمغادرة الطوعية للعمل .

⁷⁷⁴المادة 4 و 5 من المرسوم رقم 2-04-811 المتعلق بالمغادرة الطوعية .

إضافة إلى المنشور رقم 21/2004 للسيد الوزير الأول بتاريخ 14 ذي القعدة 1425 (27 دجنبر 2004) ، و كذا المنشور رقم 1 للسيد الوزير المكلف بتحديث القطاعات العامة بتاريخ 7 فبراير 2005 المتعلقان بالتدابير الإجرائية الخاصة بنظام المغادرة الطوعية. بيد أن هذا النظام يثير مجموعة من الإشكالات القانونية المرتبطة بسنده أو شرعيته القانونية. فالإطار القانوني الخاص بالنظام ، والذي اتخذ شكل مرسوم صادر عن الحكومة يطرح إشكالا من حيث الشكل القانوني الذي يجب أن يتخذه و الجهة المختصة في التشريع . فبالرجوع إلى النص التنظيمي للمغادرة الطوعية نجده يحيل على الظهير الشريف رقم 008-58-1 بمثابة النظام الأساسي للوظيفة العمومية ، وعلى القانون رقم 71-011 المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية ، و كذا على الأنظمة الأساسية المنظمة لمختلف هيئات موظفي الدولة المدنيين .

و باستقراء مقتضيات النظام الأساسي للوظيفة العمومية نجد المشرع حدد على سبيل الحصر حالات الانقطاع النهائي عن العمل ضمن مقتضيات الباب السادس منه في كل من : الاستقالة ، الإعفاء ، العزل ، الإحالة على التقاعد.⁷⁷⁵ والتي تؤدي إلى الحذف من الأسلاك وفقد صفة موظف ، وبذلك تنتهي الرابطة القانونية بين كل من الموظف و الإدارة . لتسائل عن موقع نظام المغادرة الطوعية ضمن هذه المقتضيات التي يشير إليها كسند قانوني . وبالتالي فالأساس القانوني الذي يستند عليه نظام المغادرة الطوعية في وجوده غير ذي أساس قانوني .

من جانب آخر يطرح السند القانوني لهذا النظام إشكالا آخر يرتبط باختصاص وبصلاحيات الجهة المختصة بهذا التشريع ، هل هي الحكومة أو البرلمان ؟

وفي هذا الإطار يعتبر بعض الباحثين أن هذا الأمر من اختصاص المؤسسة البرلمانية وذلك لاعتبارات :⁷⁷⁶

أولها أن دستور 2011 في الفصل 45 منه نص على أن النظام الأساسي للوظيفة العمومية يندرج ضمن مجال القانون ، وإذا كان وضع هذا النظام يندرج ضمن اختصاص المشرع فإن أي تعديل أو إجراء يدخل ضمن نطاقه يجب أن يصدر عن البرلمان . وهو ما يستفاد من توجه القضاء الدستوري الذي يؤكد في قراراته على أن " النظام الأساسي للوظيفة العمومية يندرج في المجال التشريعي وبالتالي فكل إحالة عليه كلاً أو بعضاً لها نفس الصبغة " . وعليه فما دام امر التشريع في مجال النظام الأساسي للوظيفة العمومية يندرج ضمن الصلاحيات التي ينفرد بها البرلمان ، فإن تدخل الحكومة في هذا المجال بموجب المرسوم رقم 811-04-2 لإقرار المغادرة الطوعية يعد غير ذي أساس قانوني سليم مادام لا يجد سنده في ظهير 1958 بمثابة النظام الأساسي للوظيفة العمومية.

أما إحالة مرسوم المغادرة الطوعية على القانون رقم 71-001 المحدث بموجبه نظام المعاشات المدنية ، فإنه كذلك لا يعتبر أساساً قانونياً للمغادرة الطوعية ، حيث أن الإحالة على هذا القانون لا يخص نظام المغادرة الطوعية في حد ذاته وإنما بعض النتائج المترتبة عليه والتي لها علاقة بنظام المعاشات المدنية ، من قبيل إستفادة الموظف المغادر من راتب التقاعد إذا ما توفرت فيه شروط الإستفادة المنصوص عليها في الفصل الرابع من هذا القانون ، أو استرجاع المبالغ المقتطعة له من أجل التقاعد إذا

⁷⁷⁵ - الفصل 76 من الظهير الشريف رقم 01.58.008 بشأن النظام الأساسي للوظيفة العمومية المؤرخ في 4 شعبان 1377 الموافق ل 24 فبراير 1958) الجريدة الرسمية 2372 بتاريخ 21 رمضان 1377 الموافق ل (11 أبريل 1958) .

⁷⁷⁶ - عبد الغني اعبيزة " سياسة التحديث الإداري بالمغرب : دراسة قانونية و مؤسساتية " دار الفلم ، الطبعة الثانية 2011 ، ص 122 .

كان لا يتوفر على المدة الدنيا المتطلبة للإستفادة من التقاعد . و إننا لا نثير مسألة الاختصاص هنا اعتبارا و انما لارتباطها بإحداث تكاليف مالية أرهقت خزينة الدولة ويتعلق الأمر بالتعويض عن المغادرة الطوعية. وعليه فإن المغادرة الطوعية في تنظيمها القانوني ينبغي أن تتم بواسطة قانون يصدر عن البرلمان .

المطلب الثاني: دواعي إحداث المغادرة الطوعية

أولا في تدبير الإكراهات المالية المرتبطة بكتلة الأجور و الإرتقاء بأساليب التدبير الإداري تم إحداث نظام المغادرة الطوعية . ويرتكز النظام على إعادة النظر في المهام التي ينبغي أن تضطلع بها الدولة ، وذلك بالتخلي عن بعض الوظائف على مستوى الإدارة العمومية لصالح القطاع الخاص ، وترتيب الأولويات من حيث التركيز على بعض الوظائف القادرة على التأطير وتجويد العمل الإداري والتخلي عن أخرى خاصة المرتبة في السلاسل الدنيا . من ثم فالدوافع الأساسية لهذا النظام تتمثل في التحكم في كتلة الأجور من خلال تقليص عدد الموظفين . فحسب المعطيات الرقمية فإن الوظيفة العمومية بلغت حجما يتطلب اعتمادات مالية ضخمة أصبحت الدولة تعرف صعوبات في تحملها . فحسب وزارة تحديث القطاعات العامة بلغ عدد الموظفين و الأعوان العموميين - باستثناء أفراد القوات المسلحة - 850.000 من بينهم 64 % (540.000) على مستوى الإدارات التابعة للدولة . أضف إلى ذلك أن ارتفاع كتلة الأجور لا يتم بنفس وثيرة ارتفاع المنتج الداخلي الخام ، فبين 1997 و 2004 سجلت الأجور ارتفاعا بنسبة 7.6 % ممثلة حوالي 4% أي ضعف نسبة ارتفاع المنتج الداخلي ، ومثلت كتلة الأجور 12 % من هذا المنتج سنة 2004 ، وما يقارب 13% سنة 2005 ، بحيث استهلكت الأجور ما يقارب من 30% من ميزانية الدولة ، وما فوق 60% من نفقات التسيير .⁷⁷⁷

هذا فضلا عن الإكراهات المرتبطة بالتوزيع الغير متكافئ لأعداد الموظفين على المستوى الجغرافي والقطاعي وكذا بين مختلف مستويات تراتبية الأطر . حيث أن 19 % من مجموع الموظفين باستثناء قطاع التربية الوطنية يمارسون عملهم بالمصالح المركزية ، و 79 % من موظفي الإدارة ينتمون لخمسة قطاعات ، و 51 ينتمون إلى الأطر المرتبة في السلم 10 فما فوق .⁷⁷⁸ و لمعالجة هذه الإكراهات تقرر اعتماد برنامج المغادرة الطوعية الذي اصطلح على تسميته "انطلاقة" والذي ترتب على تفعيله المؤشرات التالية :⁷⁷⁹

- 50.865 كعدد للطلبات المقدمة قبل منها 38.763 طلب ؛
- 38.763 مجموع الموظفين المغادرين ، أي ما يعادل 76.21 % من مجموع الموظفين المرسمين الموجودين في وضعية القيام بالعمل؛
- مغادرة عدد مهم من الموظفين المرتبين في الدرجات العليا داخل الإدارة، سيما بالنسبة لخارج السلم ، حيث تمثل أعداد الأطر المنتمية للسلم 10 فما فوق 54% من المغادرين ؛
- تقليص أعداد الوظيفة العمومية ب 7.59 %؛

⁷⁷⁷-آمال المشرفي "قراءة في المرسوم الخاص بالمغادرة الطوعية للوظيفة العمومية أية تدابير لأي حلول ؟ " المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد 60 يناير - فبراير 2005 ، ص 14 .

⁷⁷⁸- وزارة تحديث القطاعات العامة "انطلاقة : نتائج وتحليل عملية المغادرة الطوعية إلى غاية 30 أكتوبر 2005 " نونبر 2005 ، ص 9 .

⁷⁷⁹- وزارة تحديث القطاعات العامة "انطلاقة : دراسة تتعلق بتقييم عملية المغادرة الطوعية للوظيفة العمومية " 2006 ، ص 7 و 12 .

▪ يصل المبلغ الإجمالي للتعويضات الممنوحة للموظفين للمغادرين 11.160.433.684 درهم أي 289.731 درهم لكل مستفيد.

هذا وإلى جانب الرغبة في معالجة إشكالية تضخم أعداد الموظفين استهدف هذا البرنامج بشكل غير مباشر ضخ دماء جديدة على مستوى الإدارة والرفع من فاعلية العمل الإداري عن طريق فتح المجال أمام الموظفين الشباب ، فضلا عن تشجيع الاستثمار المحلي ، بحيث تشكل عملية انطلاقة مهنية جديدة للموظفين عبر تشجيعهم على المبادرة الحرة وخلق مقاولات صغرى ومتوسطة .

وبصفة عامة يهدف البرنامج إلى :⁷⁸⁰

- معالجة إشكالية توزيع الموظفين عبر تقليص الفائض ؛
- -تبني نظام عقلاني و متوارن لتوزيع الموارد البشرية في الإدارات العمومية على المستويات الجغرافية والقطاعية والتراتبية الإدارية ؛
- تمكين الإدارة من استعادة امكانياتها في التوظيف سيما على مستوى التوظيفات النوعية والكفاءات التي تستجيب للحاجيات الحقيقية للإدارة ؛
- التحكم في كتلة الأجور وفي النفقات العمومية وضبط تطورها في مستويات معقولة تنسجم مع الإمكانيات المالية.

وبصرف النظر عن هذه الأهداف فإن السبب الحقيقي في نظرنا لتبني برنامج المغادرة الطوعية يجد علته في النزول عند رغبة المؤسسات المالية الدولية كالبنك الدولي و صندوق النقد الدولي ، بحيث تعتبر هذه المؤسسات الإدارة العمومية بإكراهاتها وبما تشكله من ضغط على مستوى المالية العمومية عائقا من عوائق التنمية بالمغرب .

وهو نفس الموقف الذي عبر عنه الإتحاد الأوروبي من خلال وثيقة " البرنامج التوجيهي الوطني " 2002- 2004 التي اصدرها في هذا الجانب ، والتي قدمت تصورا مفاده أن الإدارة العمومية تشكل ثقلا على الميزانية العامة و على الاقتصاد الوطني ، فضلا عن الإكراهات التي تتخبط بها من قبيل مركزية التسيير و تعقيد المساطر ، وهو ما يجعلها عقبة في وجه التنمية ، و حملا عليه يعتبر إصلاح الإدارة شرطا أساسيا للشراكة مع المغرب.

من ثم فإن تبني هذا البرنامج لم يكن قرارا اختياريا للحكومة بقدر ما كان خيارا استراتيجيا لكسب ثقة المؤسسات الدولية من جهة ، و لتهوية الإدارة من أطرها من جهة أخرى ، وهو ما انعكس على فاعليتها و على نظام التقاعد الذي تأثر كذلك بشكل مباشر بهذا الإجراء ، خصوصا في ظل الأزمة التي يعرفها هذا النظام كما سنرى مع المحور الموالي .

المبحث الثاني : آثار وانعكاسات المغادرة الطوعية

بدأت فكرة المغادرة الطوعية وقت تبنيها مغرية تحمل بين طياتها مجموعة من المزايا بالنسبة للإدارة المغربية ، سيما انها كانت بناء على توصيات المؤسسات المالية الدولية . وكان على رأس أهدافها تقليص حجم كتلة الأجور بتقليص عدد الموظفين ، غير أن الأمر اتخذ منحى آخر و جاءت النتائج عكس المتبغى سواء بالنسبة للإدارة (المطلب الأول) أو بالنسبة لنظام التقاعد (المطلب الثاني).

⁷⁸⁰ - وزارة تحديث القطاعات العامة " انطلاقة : نتائج وتحليل عملية المغادرة الطوعية إلى غاية 30 أكتوبر 2005 " نونبر 2005 ، ، ص 12 و 13 .

المطلب الأول: أثر المغادرة الطوعية على الإدارة العمومية

حمل برنامج المغادرة الطوعية بين طياته جائزة كبرى للأطر العليا من الموظفين الذين استفادوا منها ، بحيث غادروا وظائفهم قبل وصولهم لسن التقاعد مصحوبين بتحفيزات مالية مهمة و دون أن يفقدوا حقهم في التقاعد الكامل . وفي الوقت الذي استهدفت فيه المغادرة الطوعية تحقيق الإقلاع الإداري جاءت النتائج عكسية ومخيبة للأمال ، بحيث لم يترتب عنها سوى تهوية الإدارة من أحسن عناصرها وأطرها التي راكمت التجربة والخبرة . وهو ما تعكسه الأرقام و الإحصائيات ⁷⁸¹ حيث همت المغادرة عدد مهم من الموظفين المرتبين في الدرجات العليا سيما السلالم من 10 إلى 11 بما مجموعه 11489 موظف ، و 12810 موظف بالنسبة للسلالم من 6 إلى 9 ، و 90180 موظف بالنسبة لخارج السلم ، وأخيرا 5112 موظف للسلالم من 1 إلى 5 . وبمغادرة 54% من الموظفين المنتمين للسلم 10 فما فوق بقي على الجهاز الإداري أن يتحمل تبعات السكتة القلبية للإدارة بثلة من صغار الموظفين يتوزعون بين أدنى الدرجات والسلالم الإدارية. وهو ما نعتبره جوابا موسوما بالسلبية على طرح النجاعة الإدارية الذي جاءت به فكرة المغادرة الطوعية .

وهو ما يفسر الخصائص على مستوى المرافق العمومية الذي خلفته خصوصا على مستوى القطاعات الحيوية ، بحيث بلغت نسبة المغادرة حسب القطاعات 34 % بالنسبة لقطاع التربية الوطنية التي سجلت أكبر نسبة بما مجموعه 13.047 موظفا ونسبة 4.74% من موظفي القطاع ، يليها الداخلية ب 17 % من مجموع المغادرين وبما يشكل 6.447 موظفا و 10 % من موظفي القطاع ، ثم الفلاحة بنسبة 9 % من مجموع المغادرين أي بما يناهز 3.428 موظفا ونسبة 21.53 % من موظفي القطاع. ، و 7.4 % من مجموع المغادرين بالنسبة للتعليم العالي ، و 5.9 % بالنسبة لقطاع الصحة ⁷⁸².

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الأخير يعتبر من أكثر القطاعات تضررا فبعد أن كان يتوفر على معدل ممرض لكل 60 ألف نسمة ، تناقص ل ممرض واحد لكل 120 ألف نسمة بعد تطبيق المغادرة الطوعية. ⁷⁸³

إلى جانب هذا فشلت كذلك المغادرة الطوعية في الجواب على مسألة انعاش الاستثمار الداخلي بثلة الموظفين المغادرين ، الذين لم يقدموا جديدا في ما يخص المبادرة الفردية وخلق المشاريع الصغرى والمتوسطة بقدر ما زاحموا خريجي الجامعات والمعاهد على مستوى سوق الشغل . كما أن الكارثة الاجتماعية كما وصفها بعض الباحثين ⁷⁸⁴ تهم فئة صغار الموظفين المرتبين في السلالم الدنيا ، فالبرغم من التعويض الذي حصلت عليه و الذي لم يتجاوز في الغالب 100000 درهم ، فإنها غير مؤهلة لسوق الشغل ، على اعتبار أن أغلبها دون مستوى ثقافي مقبول يسمح لها بحسن التصرف بعيدا عن الإدارة العمومية . كما أنه إذا كان الهدف من وراء المغادرة الطوعية هو فتح مجال التوظيف أمام الأطر الشابة والعمل على تشييب الإدارة، فإن هذا الأمر لم يتحقق ، وذلك بفعل عدد المناصب المالية المحدودة التي عملت الحكومة على فتحها في ما بعد. ⁷⁸⁵

⁷⁸¹ - وزارة تحديث القطاعات العامة "انطلاقة : نتائج وتحليل عملية المغادرة الطوعية إلى غاية 30 أكتوبر 2005" م س ، ص 35.

⁷⁸² - وزارة تحديث القطاعات العامة ، نتائج وتحليل عملية المغادرة الطوعية إلى غاية 30 أكتوبر 2005" م س ، ص 25.

⁷⁸³ - طارق اتلاتي، نظام التقاعد والطبقة الوسطى بالمغرب أية عدالة اجتماعية؟ " المجلة المغربية للسياسات العمومية والسياسات الاجتماعية بالمغرب، عدد مزدوج 2/3 2008 ، ص 43.

⁷⁸⁴ - طارق اتلاتي "الموظف و المتقاعد... أي تقاعد ؟ " ، منشورات دار القلم - الرباط ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 95 .

⁷⁸⁵ - المصطفى أحفيظ " نظام التقاعد في الوظيفة العمومية المغربية " مطبعة طوبريس - الرباط ، الطبعة الأولى 2011، ص 91 .

المطلب الثاني: أثر المغادرة الطوعية على نظام التقاعد

كانت الفكرة أو الغاية الأساسية من تسطير برنامج المغادرة الطوعية تخفيف العبء المتصاعد على ميزانية الدولة من خلال تقليص كتلة الأجور. وبصرف النظر عن الآثار العامة التي ترتبت عن هذا الإجراء إلا أن أهم أثر يبدو لنا يتعلق بالصندوق المغربي للتقاعد، الذي سيتولى حمل عبء صرف المرتبات لاحقاً مع تحمله خسارة على مستوى الاشتراكات.

إن هذه العملية بطبيعتها تؤثر بشكل سلبي على التوازن المالي لنظام المعاشات المدنية من خلال دفع فوري لمعاشات المستفيدين وتوقف مساهمات الدولة والموظفين، كما أن تغيير قواعد تصفية المعاشات عند 60 سنة من شأنه أن يؤدي إلى ارتفاع مهم لالتزامات الصندوق اتجاه شريحة المستفيدين من هذه العملية⁷⁸⁶.

وقد انعكست سلبية الإجراءات بعد سنوات على الاحتياطي المالي للصندوق، حيث تقلص إلى حد مقلق ما فرض على الحكومة التي تولاهما السيد عبد الإله ابن كيران أن ذاك فتح ملف صناديق التقاعد لإنقاذها. وهذا يعني أن الاختلالات القائمة بين اشتراكات النشطاء ومعاشات المتقاعدين على مستوى نظام التقاعد تعود في أصلها إلى طبيعة السياسات الحكومية المنتهجة.

وما يؤكد هذا الطرح هو قيام الصندوق بتنسيق مع مختلف القطاعات الإدارية (وزارة المالية ووزارة تحديث القطاعات العامة) لتفادي أي أثر لهذه العملية بإعداد دراسة اكتوارية همت الفرضيات المعتمدة وتم تأكيد نتائجها من طرف مكتب للتدقيق بتعاقد مع وزارة تحديث القطاعات العامة في دجنبر 2005. ومن بين خلاصات هذه الدراسة وجود تحمل إضافي لنظام التقاعد قدر ب 7.483 مليار درهم، وهذا يعني أن الدولة كانت مطالبة بدفع هذا المبلغ سنة 2006 لضمان الحياد المالي لعملية المغادرة الطوعية.

خاتمة :

لا يختلف اثنان حول الوضعية الهشة للإدارة العمومية بعد تطبيق المغادرة الطوعية، وانعكاساتها على الجهاز الإداري، بيد أن آثارها امتدت كذلك إلى أهم نظام لتدبير المعاشات، لتشكل أحد عوامل اختلال التوازن المالي لنظام المعاشات المدنية. ذلك أن النظام يشغل وفق تقنية التوزيع، الذي يقوم على التضامن بين الأجيال، أي أن معاشات المتقاعدين تمولها اشتراكات النشطاء، غير أن المغادرة الطوعية قامت بضرب هذا المبدأ مفوتة على النظام اشتراكات مهمة إزاء مغادرة أعداد هائلة من الموظفين، الشيء الذي ألحق بالنظام خسارة قدرت ب 5.497⁷⁸⁷ مليون درهم من مساهمات الدولة واقتطاعات الموظفين.

وصفوة القول أن المغادرة الطوعية تمكنت من تحقيق الهدف الأساسي المسطر لها والذي يكمن في تقليص كتلة الأجور، غير أن نتائجها جاءت مخيبة للآمال لا من حيث انعكاسها على الإدارة العمومية أو في ما يتعلق بالصندوق المغربي للتقاعد. وهو إن دل فإنما يدل على غياب تصور عام للبرنامج. وهو ما يدفعنا للتساؤل عن أسباب فشلها، فهل كانت راجعة إلى أخطاء في التطبيق أم أن الخلل في الفكرة ذاتها وفي التخطيط؟؟.

⁷⁸⁶ - تقرير المجلس الأعلى للحسابات حول الصندوق المغربي للتقاعد 2017، ص 30.

⁷⁸⁷ - وزارة تحديث القطاعات العامة " انطلاقة : نتائج وتحليل عملية المغادرة الطوعية إلى غاية 30 أكتوبر 2005 " م س ، ص 54.

تحديد الطبيعة القانونية لعقد لشراء الفاتورات

مكة الحرفي

باحثة بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس - الرباط

مقدمة:

يعد النشاط البنكي نشاطا أساسيا في الحياة المالية والاقتصادية لأية دولة وقد دفعت خاصياته التي يتمتع بها بالمشرعين إلى تنظيمه تنظيما دقيقا سواء في جانبه المؤسساتي أو العملي أو الرقابي بغية ضمان الاستقرار والاستمرارية لدورة المالية والاقتصادية وليتمكن القطاع البنكي من القيام بدوره في تعبئة المدخرات وتوزيع الائتمان في أحسن الظروف وبالشكل الذي يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدولة .

وبناء عليه وبالإضافة إلى الطفرة التي عرفها المغرب في المجال المالي والتجاري والائتماني تبعا لمرحلة التقويم الهيكلي نجد انه عمل إلى تنظيم مجموعة من القوانين بما فيها القوانين المنظمة للعقود البنكية بما فيها العمليات المتعلقة بشراء الفاتورات. وطبقا لمقتضيات المادة 5 من قانون 2006 تعتبر هذه العمليات في مفهوم هذه المادة بأنها الاتفاقية التي يبرمها البنك أو الشركة التمويل مع زبون معين تلتزم بموجبها مؤسسة الائتمان بتعبئة ديون تجارية وتحصيلها .

وتكتسي أهمية شراء الفاتورات باعتباره وسيلة اقتصادية في مجال التجارة الوطنية والدولية كما يوفر خدمات مهمة في مختلف الأنشطة والمجالات كالتمويل والضمان والتسيير التجاري وعليه فقد لجأت شركات الشراء إلى اعتماد المقتضيات المتعلقة والمتحركة في انتقال الالتزامات باعتبارها الضمانات الاقتصادية القائمة على انتقال ملكية الفواتير كأهم وسيلة لتطوير عقد الشراء، فهي تخدم العملية الائتمانية عن طريق تمكين الماولة من الحصول على الائتمان اللازم بمجرد التخلي عن الفواتير التجارية لفائدة شركة الشراء التموينية ومن جهة أخرى تمكن هذه الأخيرة من استرداد مبالغ الائتمان الممنوحة دون التعرض أي مخاطر.

ومن الناحية التاريخية لهذا العقد فهناك من اعتبره وليد المعاملات التجارية للبابليين في عهد حمورابي وهناك من رجه إلى عهد الفينيقيين واليونان والرومان . وفي أوروبا فقد ظهر هذا العقد بإنجلترا في القرن الثامن عشر ثم ظهر في أمريكا الجنوبية نظرا لأنها كانت مستعمرة من طرف إنجلترا⁷⁸⁸ وبعد مجموعة من التحولات التي عرفتتها عملية شراء الفاتورات أنشئت في فرنسا سنة 1964 مجموعة من شركات الشراء كان أولها Société française de factoring . وأخرها Crédit France factor banque firindus أما في المغرب فقد بدأت مزاوله هذا النشاط ابتداء من سنة 1986

⁷⁸⁸ - Frédéric Mathras, un nouveau mode de financement : le factoring, ses perspectives de développement en France, thèse de doctorat, 1970, p 2.

Maroc factoring – wafa factoring-attijari factoring maroc

التابعة لبنك التجاري المغربي. ومنه يعد شراء الفاتورات تقنية مالية وكذلك تقنية لتدبير التجاري ووفق هذا التوجه يمكن طرح الإشكالية التالية مدى توفيق تقنية شراء الفاتورات في توفير الائتمان؟

وعليه ومن خلال ما تقدم سنقسم موضوعنا إلى مبحثين:

- المبحث الأول: الإطار القانوني لشراء الفاتورات

- المبحث الثاني: الواقع العملي لشراء الفاتورات بالمغرب

المبحث الأول: الإطار القانوني لشراء الفاتورات

سنتناول في هذا المبحث إلى تمييز عقد شراء الفاتورات عن العقود المشابهة لها (المطلب الأول)، ثم إلى البنية الإدارية له (المطلب الثاني).

المطلب الأول تمييز عقد شراء الفاتورات عن العقود الأخرى

وبناء عليه سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فقرتين، سنتطرق إلى تمييز عقد شراء الفاتورات وعقد الحوالة (الفقرة الأولى) ثم تمييزه عن عقد الخصم التجاري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شراء الفاتورات وعقد الحوالة

برغم أن عقد شراء الفاتورات يقترب في جوهره من فكرة الشراء باعتبار أن العميل يمتلك النقود والمؤسسة المالية تمتلك الفواتير وليس في ذلك خلاف إلا مع ذلك يبقى بين العقدين فارق جوهري هو أن الثمن في الشراء طبقا لحوالة الحق على سبيل الوفاء قد يكون أقل أو أكثر من قيمة المبيع أما في عقد شراء الفاتورات فهذا لا يجوز والسبب يكمن أساسا في اختلاف العقدين لأن شراء الفاتورات هو عقد ائتماني بخلاف البيع الذي هو من جانب المشتري مضاربة على الفرق بين ما يدفعه والثمن الذي يبيع به ما اشتراه فالحوالة على سبيل الوفاء لا تعتبر بذاتها عملية ائتمان تتحد فيها القيمة الاسمية للحق مع قيمة الائتمان كما لا يتعاصر فيها تاريخ منح الائتمان تاريخ نقل الحق وإنما تنفصل العمليات

كما يتجلى الفرق في عامل الثقة الذي يوجد في عقد شراء الفاتورات ولا يوجد في الشراء على سبيل الوفاء وهذا العامل يجد مبرراته الموضوعية والشخصية في عنصرين اثنين:

- فهو من جهة مرتبط بالعميل وهذا ما يجعل من الاعتبار الشخصي دعامة أساسية في مجال عقد شراء الفاتورات .

- أنه مرتبط من جهة ثانية بقيمة الفواتير لأن الشركة عندما قبلت الوفاء لفائدة البائع فإن مقابلها في ذلك هو تسلمها للحقوق المفوتة على سبيل الملكية وهذا ما يضيفي على عقد شراء الفاتورات خصوصية أكبر لأنه يهم جانبا مهما من المعاملات المالية .

الفقرة الثانية: شراء الفاتورات وعقد الخصم التجاري

يعتبر خصم الأوراق التجارية من بين أهم عمليات الائتمان البنكي التي تقوم بتوزيعه البنوك في شكل مبالغ نقدية تسلمها للمستفيدين منها⁷⁸⁹.

وقد نصت المادة 526 من مدونة التجارة على أن الخصم التجاري هو عقد بمقتضاه تلتزم المؤسسة البنكية بان تدفع للحامل قبل الأوان مبلغ أوراق تجارية أو غيرها من السندات القابلة للتداول ويحل أجل دفعها في تاريخ معين على ان يلزم برد قيمتها إذا لم يفي بها الملتزم الأصلي .

هذا يعني ان القاسم المشترك بين الخصم التجاري وعقد شراء الفاتورات يتمثل في كونهما معا يؤديان إلى تعبئة الديون التجارية ويمنحان الائتمان قبل حلول الأجل مقابل أداء فائدة غير انتهاته التعبئة لا تتم بنفس السرعة مقارنة مع عقد شراء الفاتورات . بالإضافة أن هناك فرق آخر يتجلى في كون أن البنك لا يقدم على خصم الورقة التجارية إلا عندما يقبلها وتتوفر فيها بعض الشروط :

-أن لا يتجاوز الساحب السقف المحدد من طرف البنك
-أن تكون الكمبيالة لأجل قصير.

ومن بين الفوارق الأخرى بين العقدين هناك :

عقد شراء الفاتورات عقد حصري خاص بمؤسسة واحدة عكس ما هو الحال في عملية الخصم التجاري في حالة عدم الوفاء عند حلول الأجل يتمتع البنك الخاصم بحق الرجوع على الساحب بالمبالغ المخصوصة مضافا إليها الفوائد والمصاريف (دعوى الرجوع الصرفي وغير الصرفي).

المطلب الثاني: الهيكلية الادارية لعقد شراء الفاتورات

بالرغم من التطور الملحوظ الذي يعرفه نشاط شراء الفاتورات على مستوى الممارسة البنكية بالمغرب , فإننا لا زلنا نلاحظ فراغا تشريعا ينظم ويؤطر هذا العقد. وهذا الوضع أدى بشركات الشراء المغربية إلى بلورة نظام قانوني خاص بها يحدد شروط وآثار هذا العقد على نحو يحقق ويضمن مصالحها المالية, في غياب أية مفاوضة من البائع .

وبتوقفنا عند البنيان الإداري لعقد الشراء, نلاحظ بأن الشروط التي حرصت الشركات المعنية على تضمينها بالعقد هي

كالآتي:⁷⁹⁰

- شروط الحصر أو الجماعية
- الحلول الاتفاقي
- الإخطار بالتحويل
- حساب الضمان
- شروط العمولة و الفوائد

⁷⁸⁹ - محمد الفروجي: العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي, مطبعة النجاح الجديدة, الدار البيضاء, الطبعة الأولى 1998.

⁷⁹⁰ - الاطلاع أكثر على هذه الشروط , يرجى الرجوع إلى الملحق الوارد برسالة محمد مندر , م س .

- شروط الموافقة المسبقة
- الحساب بالاطلاع
- المقاصة
- الضمانات العينية و الشخصية
- مدة الائتمان

وحتى نلم بكل جوانب هذا البنيان، سنقوم بتقسيمه إلى الفقرتين، سنخصص الأول للضمانات المرتبطة بممارسة الحرية التعاقدية، أما الثاني فسنتناول فيه الضمانات المرتبطة بمبدأ التعاون.

الفقرة الأولى: الضمانات المرتبطة بممارسة الحرية التعاقدية

حفاظا على مصلحة شركة الشراء، لا تقوم هذه الأخيرة بإبرام العقد مع العميل إلا بعد قيامها ببحث أولي في الموضوع، وعلى ضوءه تقرر القبول أو الرفض . غير أن قبول هذا التعاقد لا يفرض بالضرورة إلى حماية البائع من الحالات عدم الأداء بل لابد من الحصول على ما يسمى بالموافقة المسبقة . وعليه فإن انتقاء أحد العناصر التي ارتكزت عليها المؤسسة في قبولها التعاقد من شأنه أن يفرضي إلى إنهاء العقد.

أولاً: البحث الأولي كشرط أساسي للتعاقد

يعتبر هذا البحث ضمانه قوية للحد من المخاطر الائتمانية، إذ يمكن شركات الشراء من حسن أخبار عملاءها، فلا تختار إلا الذين تتوفر فيهم شروط النمو الاقتصادي. وغالبا ما تعتمد هذه الشركات على معايير عديدة، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي.

أ - رقم أعمال المقاوله , كقاعدة عامة، ترفض شركات الشراء التعامل مع الشركات الكبيرة باعتبارها تتوفر على مصالح إدارية ومحاسبية مجهزة، وعليه تفضل التعامل مع المقاولات الصغرى أو المتوسطة التي تتوفر على رقم الأعمال معين، وعلى 500 درهم كحد أدنى للفواتير، وان لا يتجاوز اجل الوفاء 120 يوما⁷⁹¹.

ب - قدرة المقاوله على الاستمرارية وتحقيق هامش الربح وهذا تلجأ المقاوله إلى التعرف على طبيعة المنتجات المقاوله ومدى حاجة السوق إليها، وعلى الوسائل المتبعة في التشغيل وكذا رغبة القائمين عليها في التوسع

ج - سلامة الهيكل المالي والإداري للمقاوله، إذ تمثل الإدارة الجيدة للمقاوله وكفاءة مديرها وأمانتهم وسمعتهم التجارية، أهمية قصوى بالنسبة لشركات الشراء ⁷⁹²

ثانيا : الموافقة المسبقة كمعيار مرجعي لتقدم الائتمان

يلتزم البائع طبقا لعقد شراء الفاتورات بتقديم كافة فواتيره المحررة على مدينة بهدف الحصول على الموافقة المسبقة بشأنها، وعلى هذا تنص العقود النموذجية على أنه للاستفادة من عمليات الائتمان والضمان يتعين الحصول على قبول مسبق بشأن كل زبون على حدة. ونظرا لحاجة البائعين إلى الموال اللازمة، فقد يلتزم هؤلاء تمويلهم بشكل مسبق، وهنا

⁷⁹¹- أنظر الفصل الثاني من العقد النموذجي لشركة التجارة فاكورتينغ ، والوارد بملحق رسالة محمد مندر، م س.

⁷⁹²- محمد مندر ، م، س ، ص 60.

تلتجئ شركة الشراء إلى تحديد سقف معين للالتزام بحيث يكون لها ن ترفض ما يقدم إليها⁷⁹³ أو تقبله على سبيل التوكيل فقط.

ثالثاً : حق الإنهاء

كما هو المعلوم، فعقد شراء الفاتورات هو من العقود الزمنية، ويترتب عن هذا أنه يحق لكلا الطرفين، شركة الشراء والعميل، إنهاء العقد في أي وقت شريطة احترام مهلة الإخطار التي تحددها معظم الشركات في مدة 3 أشهر، والتي ينبغي أن توجه بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل.

وعليه فقد حرصت شركتي التجاري فاكثورينغ وماروك فاكثورينغ، على تأكيد هذا الحق في الحالات التالية:

- عند عدم احترام العميل لالتزاماته التعاقدية
- عند خضوعه لمساوئ صعوبات المقاول
- عند مسكه لحاسبة غير منتظمة
- عند عدم تسوية وضعيته القانونية اتجاه الخزينة العامة أو الضمان الاجتماعي أو مع العمال وباقي الدائنين الآخرين كالأبنائك مثلاً .

زيادة على ما تقدم حرصت الشركتين معا على تأكيد حق أعمال الإنهاء ودون إخطار في حالتي:

- احتفاظ العميل بمبالغ الفواتير المسلمة له من قبل المدين، والتي كانت موضوع ائتمان من قبل الشركة
- حالة تحويله لفواتير وهمية أو بيبضاء⁷⁹⁴

الفقرة الثانية: الضمانات المرتبطة بمبدأ التعاون

انطلاقاً من هذا المبدأ يلتزم العميل بالتزامين اثنين هما:

أولاً: الالتزام بشرط الجماعية أو بشرط القصر

ينطوي مصطلح الجماعية Globalité المرادف لمصلح القصر أو الحصر Exclusivité على التزامين اثنين يقعان على، كاهل العميل، وهما:

أ . الالتزام بتقديم كافة الفواتير

يكتسي هذا الالتزام أهمية قصوى بالنسبة لشركة الشراء، لأنه يجنبها قبول الفواتير صعبة التحصيل دون الفواتير السهلة التي قد يحتفظ بها العميل لنفسه، ولعل هذا الشرط هو الذي يبرر حرمان شركة الشراء من الحق الرجوع على العميل بقيمة الفواتير التي فشلت في تحصيلها تأسيساً على حرمتها في حق الانتقاء والاختيار الذي ما فتئت شركات الشراء تركز عليه وتقويه⁷⁹⁵

⁷⁹³ - تجدر الإشارة إلى كون هذا المبلغ قد يكون متجدداً، أي كلما نقص باستيفاء قيمة بعض الفواتير، كان للعميل أن يقدم فواتير أخرى في حدود قيمة ما حصلته شركة الشراء

⁷⁹⁴ - من عقدي ماروك فاكثورينغ و التجاري فاكثورينغ، المدرجين بالملاحق رقم 2 من رسالة محمد مندر، م س. أنظر الفصل 10 و 16

⁷⁹⁵ - علي جمال الذين عوض :عمليات البنوك من الواجهة القانونية، مكتبة النهضة المصرية، 1960، صورة مستحدثة من الاعتمادات المصرفية، ص 186.

بالإضافة إلى هذا يلتزم العميل بتقديم كافة الوثائق التي تثبت وقوع عملية البيع أو تقديم الخدمات كسندات الشحن وبوليصة النقل، قصد التأكد من الصحة العمليات. وقبلها الفواتير يتعين عليه أن يقدم إليها المستندات اللازمة وأن يحترم مقتضيات القانونية الواردة في القانون عليه أيضا إن يقد عليها المستندات اللازمة،⁷⁹⁶ وأن يحترم مقتضيات القانونية الواردة في قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تنص "على أنه يجب على المحيل أن يسلم للمحال له سندا يثبت وقوع الحوالة، وأن يقدم له إلى جانب سند الدين ما يكون لديه من وسائل إثباته، والبيانات اللازمة لمباشرة الحقوق المحولة، ويجب عليه أن يقدم للمحال له سندا رسميا يثبت وقوع الحوالة، إذا طلب منه ذلك، ومصروفات هذا السند، على المحال له"⁷⁹⁷.

والغاية من كل ذلك، هي تلافي حالة الأداء التي قد يقوم بها المدين (المشتري) 798 قبل أن يبلغ بوجود عقد الشراء الذي يلزمه بالوفاء مباشرة لفائدة الشركة الموفية تحت طائلة الأداء مرتين .

ب. الالتزام بعدم التعاقد مع أية مؤسسة أخرى لشراء الفاتورات

بحيث يلتزم العميل بالعمل مع شركة شراء واحدة فقط، ولا يجوز له أن يقوم بإبرام عقد أو عقود شراء مع شركات أخرى.

ثانيا: الحماية المستمدة من التزام العميل بتقديم معلومات

يلتزم العميل بمقتضى هذا الشرط، بإخبار شركة الشراء بكافة البيانات المتعلقة بمقاولته، وما يطرأ عليها من تغيرات، وبوضعية مدينيه وبالحقوق المنقولة موضوع عقد شراء الفاتورات.

1 . **البيانات المتعلقة بمديني العميل:** بحيث يلتزم العميل بالتعاون مع الشركة من خلال إخبارها بوضعية مدينيه، وأن يزودها بما يلزم إذا ما اضطرت إلى مقاضاتهم عند امتناعهم عن الأداء⁷⁹⁹.

2 . **البيانات المتعلقة بالمقاولة:** يلتزم العميل بان يخطر الشركة المعنية بكل التغيرات التي تطرأ على مقاولته، والتي من شأنها التأثير على الاعتبار الشخصي⁸⁰⁰ وعليه يلتزم بتقديم كل البيانات المتعلقة بالوضعية المالية لمقاولته وبكل الإثباتات التي تطالبه بها الشركة قصد التعرف على حقيقة وضعه ولتفادي التعامل مع العميل المشكوك في وضعيته المالية.

3 . **البيانات المتعلقة بالحقوق المنقولة:** جاء في المادة 676 من مدونة التجارة على انه "إذا ما تم إعادة بيع مال كان البائع قد تحفظ بشأن ملكيته، أمكن استرداد الثمن أو جزء من الثمن الذي يؤدي أو لم يكن موضوع تسليم كميالة أو السند لأمر أو الشيك، ولم يم تقييده في الحساب الجاري بين المدين والمشتري عند تاريخ الحكم بفتح المسطرة".

بالإضافة إلى ذلك يلتزم العميل بان يخطر الشركة بكل التصرفات التي ابرمها على ذات الحق المنقول كوجود عقد مقاولة من الباطن وبكل المنازعات المثارة في هذا الشأن، والتي تهدد عملية تحصيل الفواتير.⁸⁰¹

⁷⁹⁶ - محمد مندر، م، س، ص 72

⁷⁹⁷ - الفصل 199 م ق ل ع المغربي.

⁷⁹⁸ - الفصل 198 من ق ل ع المغربي .

⁷⁹⁹ - علي جمال الدين عوض، 3 صور مستحدثة من الاعتمادات المصرفية . م س، ص 186

⁸⁰⁰ - إذ أن عقد الشراء الفاتورات يبتعد من العقود التي تستند في قيامها إلى اعتبارات الثقة الشخصية، والتي تحول العقد من مجرد حقوق والتزامات بين الطرفين إلى نوع من الشركة المتحددة المصالح.

⁸⁰¹ - محمد مندر، م س ص 76

وتأسيسا على ما سبق، فإنه إذا كان القانون البنكي الجديد قد خصص لعقد شراء الفاتورات فصلين فقط⁸⁰² فإنه بذلك يكون قد كرس الطبيعة الإذعائية لهذا العقد، بمنح الشركات الشراء صلاحيات وسلطات واسعة في التنصيص على جميع المقتضيات والشروط التي من شأنها حماية مصالحها.

المبحث الثاني: الواقع العملي لشراء الفاتورات بالمغرب

سنتناول في هذا المبحث مقارنة الواقع العملي لهذا العقد بالمغرب، فرغم التطور الملحوظ الذي عرفه شراء الفاتورات باعتباره أهم الآليات الجديدة التي تلجأ إليها المقاول للحد من مخاطر العقد التجاري، إلا أن شركات الشراء التي تتخذ من هذا العقد نشاطها الرسمي مازالت توهجه العديد من الصعوبات التي تحد من انتشاره رغم نجاعته خاصة على مستوى التجارة الدولية.

وبناء عليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق إلى فعالية شراء الفاتورات في حماية البائع من حالات عدم الوفاء (المطلب الأول) ثم إلى المشاكل التي تعترض هذا العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: فعالية شراء الفاتورات في حماية البائع م حالات عدم الوفاء

تفاديا للمشاكل المتشعبة التي يطرحها تحصيل الفواتير، وبغية لضمان الوفاء عند حلول أجل الاستحقاق تلجأ المقاول إلى عقد الشراء، الذي يقدم لها الشيء الكثير سواء على المستوى المالي والمتمثل في تلبية حاجات العميل المتكررة إلى سيولة نقدية {الفقرة1} وكذلك على المستوى التأميني والمتجسد في ضمان خطر عجز المدين عن الوفاء {الفقرة2} وهي المشاكل التي تحد من تطور المقاول وقد تدفع بها في أغلب الأحوال إلى التصفية القضائية إذا ما تكررت.

الفقرة الأولى: شراء الفاتورات كآلية لتزويد المقاول بالسيولة اللازمة:

النظام القانوني لتمويل الفواتير يختلف باختلاف أصناف الفواتير أي أن النظام القانوني المتبع بشأن الفواتير المقبولة (أولا) يختلف عن النظام القانوني المتبع في تمويل الفواتير غير المقبولة (ثانيا).

1 . النظام الخاص بالفواتير المقبولة:

ويتمثل هذا النظام في قيام شركة الشراء، بمجرد توصيلها بهذا الصنف من الفواتير، التي تلتزم بضرورة تسليمها طبقا للبنيان الإرادي لعقد الشراء وقد ينتظر إلى أن تتجمع لديه مجموعة من الفواتير حسب النمط الموحد الذي تطالب به الشركة الموفية يقيدتها في الجانب الدائن للعميل في الحساب بالإطلاع المفتوح بينهما.

ويتميز العقد في الحساب بالإطلاع بالعديد من الخصائص التي نوردتها على الشكل التالي:

أ - أن القيد أعلاه عملية وفاء نهائي غير قابل للرجوع فيه حتى لو ترتب على ذلك تعرض المدين لتصفية قضائية وهذا ما يميزه عن باقي العقود التقليدية من قبيل عقد الوكالة وعقد القرض.

ب- إن الوفاء مع عدم الرجوع هو التزام اختياري يتميز عن الالتزام بالضمان القانوني المتعلق بعقد الوكالة بالعمولة (المادة 430 من مدونة التجارة).⁸⁰³

⁸⁰² يتعلق الأمر بالفصلين 3 و5 من القانون البنكي الجديد.

⁸⁰³ المادة 430 من مدونة التجارة: " إذا ضمن الوكيل بالعمولة الوفاء بما يترتب على الأشخاص الذين تعاقد معهم وجب عليه هذا التضامن معهم لتنفيذ ما لزمهم غير أنه يجوز الاتفاق على تحديد آثار هذا الضمان ".

ج - يتم الوفاء مع الضمان بفائدة مزدوجة لأن التزام شركة الشراء لا يتم على سبيل التبرع وإنما على سبيل المعاوضة. فالضمان لا يسري إلا على حالات عدم الوفاء الراجعة إلى المشتري ليس إلا أي أنه لا يسري على الحالات المستبعدة المنصوص عليها في عقد الشراء والمتمثلة على الخصوص في خطأ العميل أو احتياله أو لأسباب راجعة إلى الحق ذاته كإنقضائه أو وجود أفضلية عليه لفائدة أصناف من الدائنين.

2. النظام القانوني الخاص بالفواتير غير المقبولة

يختلف هذا النظام عن سابقه إذ لا تلتزم شركة الشراء بتحقيق غاية وإنما تلتزم بالنسبة لهذا الصنف ببذل عناية إلا أن ذلك لا يمنع الشركة من أن تقدم للبائع ائتماناً بضمان حقوقه لدى الغير المثبتة في فواتير غير مقبولة. الذي يتحتم عليه أن يبحث عن جهات أخرى لتمويله وتضمن تحصيل حقوقه إذ تظل الحماية بالنسبة لهذا الصنف من الفواتير حماية نسبية فقط.

ثانياً: طرق الوفاء بقيمة الفواتير

وتتم عبر الوفاء بصفة مسبقة قبل حلول أجل الاستحقاق أو عند حلول أجل هذا الأخير (أولاً) على أن عملية الوفاء هئاته تتم دائماً في إطار الحساب بالإطلاع {ثانياً}.

1 - الوفاء بصفة مسبقة أو عند حلول أجل الاستحقاق: يعتبر الوفاء المسبق بالفواتير ذا أهمية كبرى بالنسبة للمقاولات إذ بفضلها تتمكن هذه الأخيرة من مسايرة طلبات مدينها الرامية إلى تمديد أجل الوفاء و الرفع من عددهم على جانب الوفاء بما عليها من ديون لفائدة مموليها دون أن تضطر إلى حفظ رأسمالها.

وهذا ما يؤكد نجاعة عقد شراء الفاتورات سواء على المستوى الدولي إذ يفتح الباب أما المنشآت التي ليست لها إمكانيات إدارية قوية لتصريف منتجاتها في الخارج أو على المستوى المحلي حيث يسمح للمقاولات المرتبطة بتنفيذ صفقات الإشغال لفائدة الدولة أو الجماعات المحلية في الآجال المتفق عليها⁸⁰⁴.

أما بالنسبة للوفاء عند حلول أجل الاستحقاق فيتم عندما تختار المقاول الوفاء المؤجل إذ لا يمكن لها في هذه الحالة أن تستوفي المبالغ المحولة إلى حلول أجل الاستحقاق، وقد يحدث أن يكون أجل الوفاء متفاوتاً، وفي هذه الحالة لا تكون المقاوله مجبرة على انتظار أجل الاستحقاق الخاص بكل فاتورة، بل لا يمكنها الاستفادة من حساب الاستحقاق الخاص، بل يمكنها الاستفادة من حساب الاستحقاق المتوسط والذي يتم حسابه في إطار المدد المتفاوتة للفواتير فإذا كان أجل الاستحقاق بعض الفواتير 30 يوماً والبعض الآخر هو 50 يوماً فإن أجل الاستحقاق المتوسط هو 40 يوماً من تحرير الفاتورة⁸⁰⁵.

2 - الوفاء عن طريق الحساب بالإطلاع: يعتبر الحساب بالإطلاع (عقد بمقتضاه يتفق البنك مع زبونه على تقييد ديونهما المتبادلة في كشف وحيد على شكل أبواب دائنة و مدينة، والتي يدمجها ويمكن في كل حين استخراج رصيد مؤقت لفائدة أحد الأطراف). إذ تلتزم شركة الشراء المتعاقد معها بفتح حساب بالإطلاع باسم عميلها لتنظيم وتسوية العلاقة بينهما، وحيث تقوم تبعاً لذلك بفتح قيمة حقوق (المدفوعات) بالجانب الدائن من الحساب والعمولات والفوائد بالجانب المدين.

⁸⁰⁴ - ادريس محمد العلمي المشيشي: النظام القانوني للتدخل في الصفقة العمومية، مجلة المحلق القضائي 1994، ص 39. وما بعدها.

⁸⁰⁵ - ثورية توفيق: وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق.

وبناء على ما سلف يمكن اعتبار الحساب بالاستطلاع وسيلة لتسوية الديون، ذلك أن كل عملية تدخل في الحساب تتحول إلى مفرد حسابي دائناً أو مديناً وتفقد تبعاً لذلك صفاتها المميزة والخاصة وتعتبر مؤداة.

بالإضافة إلى أنه وسيلة ضمان إذ أن أهم آثار هذا الحساب هو حق الدافع في ائتمان مساو للمدفع وعليه. فلا يسمح الطرف منفرداً باستخراج حق من الحساب سيحرم الطرف الآخر من الضمان الذي يقدمه هذا الحق لصالحه.

الفقرة الثانية: النظام القانوني لتحصيل الفواتير:

يختلف النظام القانوني لتحصيل الفواتير باختلاف صنف الفواتير لذلك سنقسم هذه الفقرة إلى نقطتين. الأولى تتعلق بالنظام المتبع في تحصيل الفواتير المقبولة. أم الثانية فتهم النظام الخاص بتحصيل الفواتير غير المقبولة.

أولاً: تحصيل الفواتير المقبولة:

عندما يتعلق الأمر بهذا الصنف من الفواتير فإن التزام شركة الشراء المتعاقد معها بالتزام بتحقيق غاية، إذ بمجرد أن يتم الوفاء بقيمة الفواتير تصبح هذه الأخيرة صاحبة الحق المنقول لجميع خصائصه وضماناته وكل ما من شأنه أن يقوي عملية التحصيل كالسند التنفيذي للحق، ومبدأ عدم قابلية الالتزام إلى الانقسام.

كما تختلف طريقة التحصيل المتبعة من طرف الشركة بين التحصيل الودي (أولاً) أو التحصيل القضائي بعد استشارة العميل (ثانياً).

1. التحصيل الودي: يلقي عقد الشراء الفاتورات على عاتق الشركة المتعاقدة التزام استرداد الدين من المدين وحيث تقوم بجميع الخطوات اللازمة لتحقيق هذا الهدف، ومن ذلك إمكانية تفويضها لأي شركة أخرى لتحقيق نفس النتيجة خاصة إذا تعلق الأمر بالتجارة الدولية-الاستيراد والتصدير- نظراً لابتعاد الأسواق عن مركز الإنتاج.

والجدير بالذكر بأن شركة الشراء وخلال قيامها بالخطوات التي تراها مناسبة لتحصيل الحقوق تلتزم بأن لا تتعجل بالرجوع على المدين وإذا كان هذا الأخير يعاني من صعوبات مالية دون أن يكون متوقفاً عن الدفع وقدم طلباً بتمديد أجل الوفاء، ويتعين أن لا تبث فيه بصفة منفردة بل بمشاركة العميل. إذ عليها أن تتوخى المرونة في التعامل مع المدين إذ تظل بالنسبة إليهم مجرد دائن مهني بخلاف البائع الذي تربطهم به علاقة ثقة وتعاون. وفي سبيل ذلك يكون العميل دائماً أن يرجع مبالغ الائتمان لتلافي قطع علاقاته التجارية مع المدين.

2. التحصيل القضائي: إلى جانب التحصيل الودي تلجأ شركة الشراء إلى التحصيل القضائي إذا ما وافق العميل على ذلك سواء تعلق الأمر بعقد شراء الفاتورات الدولي أو المحلي.

وتفادياً لمخاطر الخسارة المحتملة تقوم شركة الشراء بإنشاء احتياطي للضمان أو تأمين هذه الأخطار باعتماد عقد تأمين الائتمان.

وتقوم شركات الشراء بتنصيب محامي لتمثيلها والدفاع عن القضية كما تحرص على تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع خاصة إذا تعلق الأمر بعقد شراء دولي وذلك إما بالنص عليه صراحة في العقد أو ضمناً يجعل الاختصاص لمحاكم الموطن.

ثانيا: تحصيل الفاتورات غير المقبولة

على خلاف تحصيل الفاتورات المقبولة يتميز التزام شركة الشراء بكونها التزام بديل عناية كلما تعلق الأمر بفاتورات غير مقبولة. وذلك ما ذهب إليه المشرع المغربي في معرض تعريفه لعقد شراء الفاتورات.

-هو كل اتفاقية تلتزم فيها إحدى مؤسسات الائتمان بتحصيل الديون التجارية المستحقة لعملائها و بتسيير تداولها إن اقتضى الحال وذلك إما بأن تشتري الديون المذكورة و إما أن تتوكل للدائن في تحصيلها، على أن يكون التزامها في هذه الصورة التزاما بتحقيق الغاية المتوخاة من الوكالة.

وتلتزم شركة الشراء في إطار هذه الوكالة بجميع تعليمات العميل وعدم مخالفتها طبقا لقواعد حسن النية المطلق بكل المعلومات الضرورية المتعلقة بالعملية تحت طائلة البطلان مساءلتها قانونا.

وكملاحظة، إن هذا النوع من شراء الفاتورات لا يقدم حماية حقيقية للعميل لغياب تضمين لأي التزام بتأمين مخاطر إعسار المدينين، أو تعرضهم للتصفية القضائية، رغم أنه يمدد أحيانا بالمبالغ المالية.

المطلب الثاني: المشاكل التي تحد من تطور عقد شراء الفاتورات بالمغرب

رغم ما يقدمه عقد شراء الفاتورات إلى المقاول المغربية، وما عرفته شركات الشراء من تطوره.

تتنوع هذه المشاكل وتختلف بين قانونية تتمثل بالأساس في ما تطرحه القوانين المنظمة لانتقال الالتزامات في مجال العقود بصفة خاصة نوعين: الدفوعات التي يمكن أن يثيرها المشتري {المدين} للتخلص من مطالبة شركة الشراء وذلك من قبيل الدفع بالمقاصة وبغش العميل وأخرى مالية و تنظيمية تتجسد في الفراغ التنظيمي لهذا العقد بالمغرب إلى جانب التنظيم المفروض على شركات الشراء في مجال منح الائتمان.

الفقرة الأولى: التشبث بالمحافظة على الأسرار المهنية

يعتبر إفشاء السر المهني لمؤسسة أجنبية عن المقاول على رأس المعوقات التي تواجهها هذه الأخيرة وهي بصدد الإقبال على إبرام عقد شراء الفاتورات إذ يعد ذلك من بين السباب العديدة التي تحد من خطورة هذا العقد.

ويعزى ذلك إلى طغيان الاعتبار الشخصي الذي يقدر السر المهني وغياب مقاول اقتصادية و قانونية بالمعنى الحقيقي.

وفي ظل هذا الوضع أحاط المشرع المغربي أسرار العميل المهنية بالعديد من الضمانات القانونية سواء من خلال بعض القوانين العامة كالمادة 446 من القانون الجنائي. فهذه المادة بعض تحديد لها لبعض الأشخاص الذين عليهم الالتزام بحفظ السر المهني بحكم مهامهم تضمنت بعد ذلك عبارة "كل شخص يعتبر من الأمناء على الأسرار «وهي عبارة عامة وشاملة لفئات أخرى من بينها شركات الشراء التي تعد أمانة على سر عملائها.

إلى جانب المادة أعلاه هناك الفصل 85 من ق.ل.ع. واستنادا إلى هذا الفصل تعتبر شركات الشراء مسؤولية عن الضرر الذي يحدثه تابعها وهو المستخدم في أداء الوظيفة التي كلف بها، إذ لا يمكن لها التهرب من هذه المسؤولية بدعى أن المستخدم هو الذي ارتكب الخطأ ضد العميل بالإضافة إلى الضمانات التي أوردها المشرع في القوانين العامة هناك أيضا ضمانات أخرى أوردها في القانون البنكي الجديد رغبة منه حماية العملاء المتعاملين مع الأبنك والمؤسسات المالية وذلك من

خلال المادة 107 من نفس القانون. غير أن هذه الحماية تظل محدودة في نطاقها ومداها. وتعتبر الرقابة المالية أولى هذه الحدود ويتضح ذلك جليا من خلال مضمون المادة 108 من القانون البنكي. وتبعا لذلك لا تستطيع شركة الشراء الاحتجاج في مواجهة بنك المغرب بالسر المهني. لأنها ملزمة بصفتها مؤسسة مالية خاضعة لمقتضيات القانون البنكي الجديد موافاته بجميع الوثائق والمعلومات اللازمة للقيام بمهمته.

إلى جانب الرقابة المالية توجد السلطة القضائية كحد ثاني للسر المهني. فبالاستناد على نفس المادة أعلاه لا يجوز لشركة الشراء أن تمتنع عن تقديم المعلومات في المادة الجنائية- خاصة إذا استدعيت بصفتها شاهد وإلا تعرضت للعقوبات المنصوص عليها في القانون.

الفقرة الثانية ارتفاع تكلفة عقد شراء الفاتورات بالنسبة للمقاول

لا يلقي عقد شراء الفاتورات إقبالا كبيرا من طرف المقاول المغربية وذلك بسبب تردد هذه الأخيرة الراجع إلى ارتفاع مقابل هذا العقد والذي يظل في نظرها ثمن غير عادل.

ويتمثل مقابل هذا العقد في العمولة المترتبة عن الخدمات التي تقدمها شركة الشراء في إطار هذا العقد.

تنقسم العمولة إلى عمولة عامة والتي تستحق نظير الخدمات الإدارية التي تقدمها شركة الشراء لتحصيل الفواتير التجارية وعن إدارة الحسابات وتقديم الاستشارات، وكذلك بالتزامها بعدم الرجوع على البائع في حالة عدم القيام المدين بالوفاء نتيجة إفلاسه.

أما الصنف الثاني من العمولة فهي العمولة الخاصة أو عمولة التسييق (commission d'anticipation) أو عمولة التمويل (commission financement) وتتمثل في الفوائد المستحقة لشركات الشراء عن تمويلها المسبق وتحتسب عن المدة الفاصلة بين تاريخ سحب مبالغ الفواتير المسجلة بالحساب بالاطلاع وتاريخ الاستحقاق الفواتير المقبولة أو غير المقبولة، وتقدر نسبتها حسب سعر الفائدة المتداولة في القطاع البنكي أو على ضوء متوسط معدل الفائدة الشهري في بورصة القيم.

وعليه فإن رؤساء المقاولات لا يعطون أية أهمية للعديد من الخدمات التي يقدمها عقد شراء الفاتورات فهم لا يلجؤون إلى هذا العقد إلا بهدف الحصول على تمويل وليس للاستفادة من الخدمات التي يوفرها كالتسيير والتحصيل التجاري.

الخلاصة:

خلاصة القول يعد شراء الفاتورات من أبرز وأهم العمليات البنكية نظرا لدور الفاعل الذي يلعبه في الحياة الاقتصادية، بالإضافة إلى أنه يتضمن خصائص عدة تميزه عن باقي العقود الأخرى مما يجعله آلية فعالة لخدمة المقاول المغربية وتزويدها بالسيولة اللازمة لمساعدتها بحيث تمكن المقاول من الحصول على الائتمان اللازم بمجرد التخلي عن الفواتير التجارية لفائدة شركة الشراء الموفية ومن تمكين من استرداد مبالغ الائتمان الممنوحة دون التعرض لأيّة مخاطر.

وتبرز فعالية هذا العقد بشكل كبير إذا تعلق الأمر بعقد شراء الفاتورات على المستوى الدولي (التصدير والاستيراد) نظرا لما تتميز به التجارة الدولية من خصوصيات تختلف عن التجارة المحلية.

المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين

في ضوء مقتضيات ق ل ع ومدونة الأسرة

د محمد القاسمي

باحث في العلوم القانونية والشؤون الأسرية

مدير مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية

مدير مسؤول عن سلسلة أبحاث قانونية جامعية معمقة

مقدمة:

يضل المبدأ العام الذي يحكم مسؤولية الأشخاص الذاتيين أن كل إنسان ذو أهلية كاملة يسأل عن خطئه الشخصي الذي سبب ضرر للغير وبالتبعية يلزمه بتعويض ذلك⁸⁰⁶ إلا ما استثنى بنص القانون طبعاً، ومن الاستثناءات المنصوص عليها قانوناً، تلك التي يسأل الشخص فيها عن خطأ مرتكب من قبل الغير كان سبب في إلحاق ضرر بشخص أو أشخاص آخرين، جاء في الفقرة الأولى من الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود المغربي⁸⁰⁷ ما يلي: "لا يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولاً أيضاً عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهده..."

فانطلاقاً من ذات الفصل أعلاه، نجد المشرع قد عمل على جرد جملة من الاستثناءات التي يكون فيها الشخص مسؤولاً عن أفعال الغير الضارة بالآخرين، وعلى رأسها المسؤولية القائمة تجاه الأب والأم بعد وفاته عن أبنائهما القاصرين الساكنين معهما المسببة للضرر في مواجهة الغير، جاء في الفقرة الثانية من الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود للتنصيص على ما يلي: "...الأب فالأم بعد موته، يسألان عن الضرر الذي يحدثه أبنائهما القاصرون الساكنون معهما..."

فانطلاقاً من كل ما تقدم ذكره أعلاه، نعمل إلى طرح إشكالات مفادها: ما الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية الأبوين عن أفعال أبنائهم القاصرين، أهى الالتزام الملقى على عاتقهم بالرقابة، أم باعتبارهم ممارسين للولاية؟ ما شروط قيام هذه المسؤولية؟ وما جل الآثار المترتبة عنها؟ وهل يمكن دفعها؟ وما أهم الإجراءات المتبعة للحصول على التعويض عن الضرر؟

806- ينص الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر."

807- قانون الالتزامات والعقود ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) صيغة مهيئة بتاريخ 26 أغسطس 2019، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة النصوص القانونية، عدد 14، يناير 2009.

ولأجل الإلمام بتفاصيل الموضوع المدروس، سنعمد إلى اعمال التصميم المنهجي التالي، حيث نخصص (المطلب الأول) لمناقشة أساس المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهم القاصرين مع ايراد صور وحالات لهذه المسؤولية، على أن نخصص (المطلب الثاني) لمناقشة شروط تحقق هذه المسؤولية والآثار الناجمة عنها.

المطلب الأول: أساس مسؤولية الأبوين عن أبنائهم القاصرين وصور وحالات منها.

سنقسم تفاصيل هذا المطلب إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى للحديث على الأساس القانوني لمسؤولية الأبوين عن أفعال أبنائهم القاصرين الضارة بالغير، على أن نتطرق في الفقرة الثانية لصور وحالات تحقق هذه المسؤولية في مواجهة الأبوية معا أو أحدهما.

الفقرة الأولى: الأساس القانوني لمسؤولية الأبوين عن الأفعال الضارة لأبنائهم القاصرين

انطلاقاً من الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود، فالمشرع المغربي كظيره الفرنسي حصر المسؤولية المترتبة عن الأفعال الضارة التي يرتكبها الأبناء القاصرين بالأب، وتنتقل هذه المسؤولية إلى الأم بعدما يقضي الأب نحبّه، أما الوصي أو غيره من الأصول والحواشي فلا يسألون عن الضرر الذي يحدثه القاصر ولو كان مقيماً معهم. وفي هذا يظهر قصور النص القانوني، إذ هناك حالات كثيرة يكون القاصر المسبب للضرر يتيماً مقيماً عند أحد الأقارب، ففي هذه الحالة لا يمكن مطالبة هؤلاء بتحمل تبعات الفعل الضار المرتكب لأن مقتضيات النص القانوني لا تسعف في ذلك.

وبخلاف ما هو مسطر أعلاه، نجد العديد من التشريعات المقارنة كالتشريعين المدنيين المصري⁸⁰⁸ - المادة 178 من منه⁸⁰⁹ - والسوري⁸¹⁰ - الفصل 1-288 منه⁸¹¹، قد وسعت حلقة المسؤولين عن رقابة الأبناء القصر، في حين ذهب القانون المدني اللبناني إلى جعل الأوصياء إلى جانب الآباء مسؤولين عن الأفعال الضارة التي يرتكبها الأطفال القصر، حيث جاء في المادة 126 من قانون الموجبات اللبناني في فقرتها الأولى للتنصيص على ما يلي: "الأصول والأوصياء مسؤولون عن كل عمل غير مباح يأتيه الأولاد القاصرون المقيمون معهم والخاضعون لسلطانهم...".

ففي إطار البحث عن الأساس القانوني لمسؤولية الأبوين عن أخطاء أبنائهم المسبب للضرر في مواجهة الغير، أهو واجب الرقابة أم الولاية الممارسة على هؤلاء؟ يسير أحد الفقيه للقول: "فلئن كان الآباء والأمهات يسألون عن الأعمال الضارة التي يرتكبها أولادهم القصر المقيمون معهم، فذلك للولاية التي يتمتع بها على أبنائهم، وما تستتبعه هذه الولاية من التزام

808- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

809- جاء في المادة 178 من القانون المدني المصري ما يلي: "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصرة أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز، ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة أو بلغها في كنف القائم على تربيته...".

810- القانون المدني السوري رقم (43) لعام 1976.

811- ينص الفصل 1-288 من القانون المدني السوري على ما يلي: "لا يسأل أحد عن فعل غيره. ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأته مبرراً أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر :- أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان له بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية أو من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان له بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية...".

بالقيام برقابة وتربية من هم في كفهم من القصر⁸¹²، وهو بذلك يجعل الأساس القانوني لمسؤولية الأبوين عن أبنائهم القاصرين في الولاية التي أناط القانون لهم حق ممارستها عليهم تطبيقا لمقتضيات مدونة الأسرة، والتي تثبت للأب أولا وتليه الأم عند عدم وجوده أو فقدته لأهليته كما نصت على ذلك لمقتضيات المادة 231 من مدونة الأسرة.

وعلى النقيض من ذلك، يذهب أحد الفقه الآخر إلى تبني توجه مغاير للتوجه السابق، إذ يقر بأنه لا يمكن أن تقوم هذه المسؤولية على أساس الولاية⁸¹³، وسنده في ذلك أن الأم لا تكون لها ولاية على القاصر حتى بعد موت الأب، فالأم لها حق الحضانة ولا ولاية لها، وعطفا على ذلك تكون مسؤولية الأبوين المنصوص عليها في الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود نابعة من الرقابة الواجب عليهما القيام بها تجاه القاصرين، لا الولاية التي يتمتع بها الأب دون الأم⁸¹⁴.

والرأي في ما نعتقد - وأمام اختلاف التوجهين السالفين الذكر أعلاه -، أن التوجه الأقرب للصواب هو الذي يعتبر أن أساس مسؤولية الأبوين عن أفعال أبنائهم القاصرين تنبني على أساس النيابة الشرعية التي تتبع منها الولاية التي يمارسها عليهم، فمدونة الأسرة⁸¹⁵ جاءت بمقتضيات جديدة ومنها جعل الأم إلى جانب الأب ولاية على أبنائها القاصرين عند عدم وجود هذا الأخير أو فقدته، وذلك في المادة 230 التي تنص:

" يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب: 1) الولي وهو الأب والأم والقاضي؛... " كما جاء في المادة 231 من نفس المدونة ما يلي: " صاحب النيابة الشرعية. - الأب الراشد؛ - الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقدته لأهليته؛... "، فمواد المدونة الآتفة الذكر تتسجم إلى حد كبير ومقتضيات الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود، بخلاف التوجه الثاني الموصى إليه أعلاه، والذي إن فرضنا جدلا صحته، فإنه يكون كذلك إذا قمنا بربطه بمقتضيات مدونة الأحوال الشخصية الملغاة⁸¹⁶ التي قصرة الولاية على الأبناء على الأب فقط دون الأم،

مما نخلص معه والحال هذا وحسب ذات الاعتقاد أعلاه إلى التصريح بأن الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الأبوين عن أخطاء أبنائهم القاصرين المسببة للضرر للغير المنصوص عليها في الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود هي الولاية النابعة من كونهما نائبين شرعيين عن أبنائهم القاصرين، وبالتالي يكون الأبوين كل منهما حسب الشروط المنصوص عليها قانونا مسؤولا عن أفعال أبنائهم القاصرين إذا كانوا ساكنين معهم طبعاً.

812 مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1972، ص: 445.

813 - أحمد الخليلشي، المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهم القاصرين، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1982، الطبعة الأولى، ص: 219 - 220.

814 - مما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن هذا القول الذي يعتبر الأب وحده من يملك الولاية على أبنائه دون الأم، قول يصدق في ظل قانون الأحوال الشخصية الملغى، لأنه وفي ظل المدونة فقد أصبحت الأم إلى جانب الأب والقاضي ولاية على أبنائها وذلك وفق شروط حددتها نفس المدونة.

815 - مدونة الأسرة المغربية الصادرة بموجب الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 أكتوبر 2004، والقاضي بتنفيذ القانون رقم 02/70 بمثابة مدونة الأسرة والمنشورة في الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 الموافق ل 5 فبراير 2004، الصفحة 418.

816 - عبد العزيز توفيق، مدونة الأحوال الشخصية مع آخر التعديلات (ظهير 1993/09/10)، سلسلة النصوص التشريعية المغربية، دار الثقافة، طبعة 1993.

الفقرة الثانية: صور وحالات قيام مسؤولية الأبوين أو أحدهما عن أفعال أبنائهم القاصرين الضارة بالغير.

جاء المشرع المغربي في ضل مدونة الأسرة بالعديد من المقتضيات القانونية التي تهم بالأساس مسؤولية الأبوين أو أحدهما عن أبنائهم القاصرين، سواء عند قيام العلاقة الزوجية أو في حالة انتهائها بأحد الأسباب الواردة في نفس المدونة، حيث جاءت المادة الرابعة من نفس القانون للتخصيص على ما يلي: "الزواج ميثاق تراض وترايط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة".

فالأبوين أثناء قيام العلاقة الزوجية تقع عليهما جملة من المسؤوليات الرامية بالأساس إلى رعاية الأسرة كي تؤدي وظيفتها الاجتماعية، سواء تجاه بعضهم لبعض، أو تجاه أبنائهم، وهو ما تؤكد المادة 51 من المدونة التي نصت في بندها الخامس على ما يلي:

" الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين: 3....- تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال؛...،"

كما نصت المادة 54 من نفس المدونة⁸¹⁷ على جملة من الالتزامات التي يتحملها الزوجين في مواجهة أبنائهم؛ أما في حالة انحلال ميثاق الزوجية بأحد أسباب التطليق أو الطلاق أو الوفاة، فهنا يتحمل الزوجين المسؤولية تجاه أبنائهم القاصرين وفقاً لأحكام الحضانة والنيابة الشرعية كما تبين ذلك المادة 54 أعلاه عندما نصت على ما يلي: "...عندما يفترق الزوجان، تتوزع هذه الواجبات بينهما بحسب ما هو مبين في أحكام الحضانة؛

عند وفاة أحد الزوجين أو كليهما تنتقل هذه الواجبات إلى الحاضن والنائب الشرعي بحسب مسؤولية كل واحد منهما....".

فأمام هذا التعدد التشريعي للمقتضيات التي لها علاقة بمسؤولية الأبوين تجاه أبنائهم القاصرين وخاصة النصوص المنظمة للحضانة والنيابة الشرعية، تختلف معه صور المسؤولية باختلاف وضعية القاصر في محيطه الأسري، وذلك بين الحالة التي يكون فيها القاصر المرتكب للخطأ الذي سبب ضرراً للغير يعيش في كنف أبويه في علاقة زوجية قائمة، وبين الحالة التي تكون هناك فرقة بين الأبوين وتسند حضانة الأبناء القاصرين للأم، والحالة التي تسند فيها الحضانة للأب بعد سقوطها عن الأم أو تنازلها عنها له:

817- تنص المادة 54 من مدونة الأسرة على ما يلي: " - للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

- 1 - حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد؛
- 2 - العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة، بالنسبة للنسب والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية؛
- 3 - النسب والحضانة والنفقة طبقاً لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة؛
- 4 - إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة؛
- 5 - اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجاً؛
- 6 - التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبيل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل؛
- 7 - التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أن يهيئوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني..."

الصورة الأولى: مسؤولية الأبوين عن أبنائهم القاصرين في زوجية قائمة

يتحمل الأبوين معا كل بحسب شروط معينة مسؤولية على أفعال أبنائهم القاصرين الساكنين معهم في بيت الزوجية التي سببت ضرر للغير، وهذه المسؤولية تبقى متدرجة بخصوص مسألة من يتحملها من الأبوين أولا ثم من يليه، فالأب بحكم الشرع والقانون والواقع هو الولي أولا على أولاده⁸¹⁸، وهو أول من يسأل عن الأفعال الضارة لأبنائه القاصرين، جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "لا تقبل الدعوى المرفوعة ضد أم القاصر بصفتها ولية شرعية له، والحال أن الأب الذي له الولاية الشرعية موجود"⁸¹⁹، ثم تليه الأم بعد ذلك في حالة ما يكون الأب غائبا أو مفقودا أو فاقدا للأهلية⁸²⁰، وهو طرح ينسجم إلى حد ما مع مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود الذي يحمل المسؤولية للأم عن أبنائها في حالة وفاة الأب.

الصورة الثانية: مسؤولية الأم الحاضنة بعد الفراق عن أبنائها القاصرين

بمجرد ما يتم فصل الرابطة الزوجية المنتجة لأبناء لم يصلوا بعد لسن الرشد القانوني بحكم قضائي، فيحدد في نفس الحكم من أسندت له الحضانة من الأبوين، حيث تكون الأم أولى بها إذا توفرت فيها الشروط القانونية⁸²¹، فبمجرد ما تسند لهذه الأخير الحضانة تصبح ملزمة بمراقبة تصرفات القاصر ومسؤولية على أفعاله المسببة للضرر في مواجهة الغير كقاعدة عامة، حيث إن الاستثناء الذي قد يرد في هذه الحالة تلك الفترة التي يكون فيها المحضون في عهدة أبيه بمناسبة تنفيذ مقرر الزيارة، ففي هذه الحالة يسأل الأب عن خطئ ابنه القاصر المسبب للضرر للغير، وذلك لكونه هو الملزم بالرقابة والإشراف عليه طيلة المدة التي يكون فيها القاصر معه إلى حين تسليمه لأمه الحاضنة.

الصورة الثالثة: مسؤولية الأب الحاضن عن أبنائه القاصرين بعد الفراق

استثناء، فقد تقرر المحكمة في منطوق الحكم القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية اسناد الحضانة للأب، إما لعدم أهلية الأم لتحملها أو تنازلها عنها لفائدته، أو في الحالة التي تتخلف أحد الشروط المنصوص عليها قانونا كانهدام استقامتها الذي يعد سببا لإسقاط الحضانة عنها، جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالجديدة⁸²² للتخصيص على ما يلي: "تعتبر محاضر الضابطة القضائية المتضمنة لاعتراقات الأم بتعاطيها الفساد حجة على ما تضمنته ودليلا على سوء سلوكها المبرر لإسقاط حضانتها".

فإذا أسندت الحضانة للأب بعد توفر الموجب القانوني لذلك، فإن يتحمل مسؤوليته عن الخطأ المقترف من قبل القاصر والمسبب للضرر للغير، استنادا في ذلك لكونه الملزم قانونا وقضاء بمراقبة وتتبع تصرفاته وأي تقصير من جانبه يحمله المسؤولية بالتبعية، وقد تلقى المسؤولية على الأم في الحالة التي يكون الابن القاصر في عهدها وهي بصدد تنفيذ مقرر الزيارة، ففي

818- تنص المادة 236 من مدونة الأسرة على ما يلي: "الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرد من ولايته بحكم قضائي، وللأم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب".

819- قرار محكمة النقض عدد 185 الصادر بتاريخ 2011/04/19 في الملف الشرعي عدد 296/2/1/2009.

820- تنص المادة 238 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يشترط لولاية الأم على أولادها:

1 - أن تكون راشدة، 2 - عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك...".

821- تنص المادة 171 من مدونة الأسرة على ما يلي: "تخول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم للأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة".

822- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالجديدة عدد 124 بتاريخ 2007/02/21 في الملف الشرعي عدد 2006/1/2/482، قرار منشور بمجلة

الملف، العدد 11، سنة 2017، ص: 257

هذه الحالة يقع عليها عبئ التتبع والرقابة وتسأل عن تقصيرها في ذلك، وتتحمل تبعاً للمسؤولية عن الضرر الذي ألحقه القاصر بالغير.

المطلب الثاني: شروط تحقق مسؤولية الأبوين عن أفعال أبنائهم القاصرين الضارة والآثار الناجمة عن ذلك.
سوف نقسم تفاصيل هذا المطلب إلى فقرتين، نخصص الفقرة الأولى للحديث عن شروط تحقق مسؤولية الأبوين عن أبنائهم القاصرين، على أن نرجئ الحديث في الفقرة الثانية لمناقشة الآثار الناجمة من جراء تحقق المسؤولية بشروطها وإمكانية دفعها ودعوى التعويض عن الضرر الحاصل.

الفقرة الأولى: الشروط الواجب تحققها لقيام مسؤولية الأبوين أو أحدهما عن أفعال أبنائهم القاصرين.

لقيام مسؤولية الأبوين أو أحدهما عن أفعال أبنائهم القاصرين المسببة للضرر للغير، وجب أن تتحقق جملة من الشروط وهي:

الشرط الأول: وجود طفل قاصر: ويكون الطفل قاصراً بمفهومه العام في المرحلة الفاصلة بين تاريخ الميلاد إلى حين بلوغ سن الرشد القانوني المحدد في المادة 209 من مدونة الأسرة بثمانية عشر سنة شمسية كاملة⁸²³. حيث إن رقابة الأبوين وإشرافهما على أبنائهم القاصرين تنتهي ببلوغهم سن الرشد⁸²⁴، باستثناء الحالة التي تعترضهم فيها عوارض كالجنون أو الإعاقة الذهنية... الخ، فهنا الإشراف والرقابة يستمران رغم بلوغ الأبناء القصر سن الرشد⁸²⁵.

الشرط الثاني: أن يكون القاصر ساكناً رفقة والديه أو أحدهما: ويقصد بهذا الشرط أن يكون القاصر مقيماً مع والديه إقامة رسمية، وهذا يعني أن الأبوان مثلاً إذا أودعا ابنهما القاصر في دار الحضانة أو أرسلاه إلى مدينة بعيدة لمتابعة دراسته الأمر الذي اضطره إلى السكن بها، فإنهما لا يتحملان هذه المسؤولية في الأوقات التي يكون فيها القاصر خارجاً عن سيطرتهم ومراقبتهم⁸²⁶ وإشرافهما، لذلك فالحال وهذا يمكنهما التنصل من أي مسؤولية تجاه الأضرار التي يتسبب بها هذا القاصر، وذلك بدفعها ركونا في ذلك للموجب المذكور قبله.

الشرط الثالث: أن يرتكب القاصر خطأ سبب ضرراً للغير: لا تقوم مسؤولية الأبوين عن خطأ⁸²⁷ ابنهما القاصر مباشرة بمجرد تحقق هذا الأخير، بل يتعين أن يلحق فعله هذا ضرراً للغير⁸²⁸، استناداً في ذلك إلى القاعدة الفقهية "لا مسؤولية

823- جاء في المادة 209 من مدونة الأسرة ما يلي: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة".

824- جاء في المادة 210 من مدونة الأسرة ما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته".

825- جاء في المادة 211 من مدونة الأسرة ما يلي: "يخضع فاقد الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقديم بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في هذه المدونة".

826 عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998، الطبعة الأولى، ص، 108 - 109.

827- عرف المشرع في قانون الالتزامات والعقود الخطأ في الفصل 78 بقوله: "...الخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر".

828- جاء في الفقرة الأولى من الفصل 98 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي: "الضرر في الجرائم وأشباه الجرائم، هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلاً والمصرفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضراراً به، وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل...".

بدون ضرر" ويتخذ الضرر الواقع على الغير صور عديدة، فإما أن يكون مادياً أو معنوياً، بسيطاً أو فادحاً، واقعا على فرد أو جماعة، وعلى المضرور أن يقدم الدليل على أن الضرر قد تسبب فيه هذا القاصر دون غيره، حتى يتسنى له إقامة دعوى المسؤولية للحصول على التعويض المناسب.

الشرط الرابع: وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر: لا مناط للحديث عن أي مسؤولية إذا لم تتوفر شروط قيامها الثلاثة وهي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية⁸²⁹، فهذه الأخيرة هي التي تربط بين الفعل المرتكب والضرر الحاصل، وعدم قيامها يجعل مسؤولية الشخص تنتفي، جاء في الفقرة الأولى من الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي: "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر."

فركونا لكل هذا وذاك، يتعين أن تتحقق الشروط الآنفة الذكر أعلاه كلها، حتى تقوم المسؤولية وتنتج آثارها تجاه الأبوين أو أحدهما، ومن هذه الأخيرة ممارسة دعوى المسؤولية من قبل المضرور قصد الحصول على التعويض المناسب، مع إمكانية دفع الأبوين أو أحدهما لهذه المسؤولية إذا كان لذلك أساس.

الفقرة الثانية: الآثار الناجمة جراء تحقق مسؤولية الأبوين عن أبنائهم وإمكانية دفعها ودعوى التعويض عن الضرر.

إذا ما تحقق المسؤولية المدنية للأبوين أو لأحدهما عن فعل ابنهما القاصر المسبب للضرر بجميع شروطها، كان للغير المتضرر من هذا الفعل الحق في المطالبة بالتعويض الذي يكفي لإصلاح الضرر الحاصل، ويمكن تعريف التعويض حسب معجم القانون بأنه "مبالغ يلتزم بها المسؤول عن ضرر معين، ويقصد بها جبر الضرر"⁸³⁰.

كما أنه وبمجرد ادعاء الغير للضرر، ونسبة سبب قيامه لخطأ أحدثه القاصر، فقد أعطى المشرع المغربي لأبوي القاصر أو لأحدهما إمكانية دفع المسؤولية عنه، وهذه الأخيرة تقوم على خطأ مفترض بمقتضى قرينة قانونية تقبل النقص بالبيئة المعاكسة، وهو ما نص عليه الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود⁸³¹، كما يمكن للأبوين دفع مسؤوليتهما بنفي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبهما، والعمل الضار الذي ارتكبه القاصر.

فإذا تحققت جميع شروط المسؤولية تجاه القاصر وأبويه أو أحدهما، وأثبت الغير تضرره، ولم يستطع الأبوين أو أحدهما دفع المسؤولية عنه، كان للغير الحق في ممارسة دعوى المسؤولية التقصيرية أمام القضاء المدني للمطالبة بالتعويض، وترفع دعوى التعويض ضد الولي الشرعي للقاصر - سواء كان أباً أو أما - باعتباره صاحب الصفة في الادعاء كمدعى عليه، جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "إن توجيه الدعوى ضد الولي بصفته مسؤولاً عن أفعال ابنه القاصر في إطار الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود يجعل صفته في الدعوى أصلية وليست إجرائية تمثيلية عن ابنه"⁸³².

829- لمزيد من الإيضاح بخصوص عنصر علاقة السببية، ينظر في ذلك:

- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية، دار الأمان، الرباط، الطبعة الثالثة، 2011، ص: 111 وما يليها.

830 - معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، جمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، 1999، ص: 74.

831- جاء في الفقرة الخامسة من الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي: "...وتقوم المسؤولية المنصوص عنها إلا إذا أثبت الأب أو الأم أنهما لم يتمكنوا من منع وقوع الفعل الذي أدى إليها..."

832 - قرار محكمة النقض عدد 776 بتاريخ 2003/03/13 في الملف الشرعي عدد 2002/6/1/3938.

والتعويض المحكوم به للمتضرر من قبل القاضي يجب أن يخضع لمعايير ومنها: جسامته الخطأ المرتكب، وحدة الضرر الحاصل، ومدى مساهمة المضرور نفسه من عدمه في وقوع هذا الأخير، ويجب أن يغطي التعويض حسب الفصل 98 من قانون الالتزامات والعقود 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.

خاتمة:

عطفا على كل ما تقدم ذكره آنفا، يمكن أن نخلص للعديد من الخلاصات أهمها:

- تتأسس مسؤولية الأبوين عن أبنائهم القاصرين على مسألة الولاية التي منح الشرع الإسلامي والقانون الوضعي بعده لهما حق ممارستها عليهم، فرغم اختلاف التوجهات في تحديد الأساس القانوني وهو النيابة الشرعية التي تتبع منها الولاية أم واجب الرقابة والإشراف، إلا أن التوجه الأقرب للصواب هو الذي يعتبر أن أساس هذه المسؤولية تنبني على مسألة النيابة الشرعية التي تتبع منها الولاية التي يمارسها الأب والأم بعده على أبنائهم القاصرين.
 - يتحمل الأبوين كلاهما باعتماد تدرج الأحق بالولاية مسؤولية الأضرار التي يسببها الأبناء للغير في الحالة التي يكون فيها عقد الزواج قائما، أما في حالة انفصال الزوجين بأحد أسباب الفرقة فالأم باعتبارها الأحق أولا بالحضانة تتحمل المسؤولية عن أفعال الأبناء القاصرين كقاعدة عامة، لأن هناك استثناء يتحملها فيها الأب وهو ذاك الضرر الحاصل للغير عندما يكون القاصر في عهده وهو بمناسبة تنفيذ مقرر الزيارة، ونفس مقتضيات أعلاه تصدق على الأب إذا أسندت له الحضانة بعد سقوطها عن الأم أو تنازلها عنها له، حيث يتحمل المسؤولية عن الأبناء كقاعدة، وتتحملها الأم كاستثناء في حالة ما يكون الابن في عهدها وهي بصدد صلة الرحم به تنفيذًا لمقرر الزيارة.
 - لقيام مسؤولية الأبوين عن الضرر الحاصل للغير بسبب أخطاء أبنائهم القاصرين لابد أن توفر جملة من الشروط المتعارف عليها وهي: أن يكون هناك ابن قاصر، أن يكون هذا الأخير ساكنا مع أبويه وفي عهدهما، ثم أن يرتكب خطأ سبب ضررا للغير، وأخيرا أن تكون هناك علاقة سببية بين الفعل المرتكب من القاصر والضرر الحاصل للغير.
- بعد قيام شروط المسؤولية كاملة، يحق للغير المتضرر سلوك طريق المطالبة القضائية المدنية لاقتضاء التعويض الذي يكفي لإصلاح وجبر الأضرار اللاحقة به، ويعتمد القضاء في تقدير التعويض عدة معايير محددة قانونا، ويمكن للأبوين أو لأحدهما دفع المسؤولية عنه وذلك إذا أثبت أن فعل القاصر ليس هو السبب المباشر في حدوث الضرر الذي لحق للغير، أو أثبت أن الضرر حاصل بفعل المضرور نفسه، أو له دخل في حدوثه، أو أن الضرر ناتج عن قوة قاهرة أو حادث فجائي.

معييار التنفيذ المعيب في عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة (دراسة قانونية مقارنة)

محمود محمد فرحان الحريف الزبيدي

باحث في القانون الخاص
كلية القانون جامعة الفلوجة العراق

سعد حسين عبد ملحم الطوبوسي

استاذ القانون المدني
كلية القانون جامعة الفلوجة العراق

المقدمة

يحتل عقد المقاولة مكانة متميزة بين العقود المسماة الأخرى التي نظمته التشريعات محل المقارنة لأهميته الاقتصادية كونه الأداة القانونية الفعالة التي تُسهّل إنجاز المشروعات الكبرى ذات النفع العام والخاص على حدٍ سواء. ولعقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة أهمية خاصة، وذلك بسبب تزايد أعداد المواطنين في مقابل أزمة سكن بحاجة إلى معالجة، فضلاً عن الحاجة لإقامة البنى التحتية الجديدة أو تعمير القديمة منها وتطويرها، وهذا كله لا يتم إلا من خلال هذه العقود.

كما وأن التطور في مجال البناء والتشييد من حيث الكم والكيف، والسرعة في إنجاز المباني والمنشآت الثابتة، والرغبة في تحقيق أكبر قدر من الكسب، قد يأتي على حساب رب العمل وعلى حساب قوة البناء ومتانته بسبب لجوء الماقل أو المهندس المعماري إلى التنفيذ المعيب عند تنفيذهم لالتزاماتهم. ويقصد بالتنفيذ المعيب بأنه قيام الماقل أو المهندس المعماري بتنفيذ التزامه بشكل مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها، أو مخالفة أصول وقواعد البناء وأعرافه، مما يترتب على ذلك عيب في العمل المنجز.

وأن مسؤولية المهندس المعماري عن التنفيذ المعيب تتحقق عند إعداده تصاميم ومقاييس معيبة أو عند الإخلال بواجب الإشراف على التنفيذ، أما مسؤولية الماقل عن التنفيذ المعيب تتحقق عند قيامه باستخدام مواد معيبة أو عند اتباعه أساليب تنفيذ معيبة في إنجاز العمل.

وأن تساؤل البحث الذي يطرح ما المعيار الذي قاس به التنفيذ المعيب لكي تتحقق المسؤولية على عاتق الماقل أو المهندس المعماري. إذ يُقصد بالمعيار الوسيلة المعنوية أو الأداة الفنية التي يُقِيم بها السلوك، حيث يهتدي بها المشرع عند وضع النص القانوني كما يهتدي بها القاضي عند إصدار الحكم⁽⁸³³⁾. ويعرف أيضاً بأنه "مقياس للسلوك موصوف في القانون من خلاله يتجنب الشخص مخاطرة المساءلة عن إحداث ضرر أو خسارة"⁽⁸³⁴⁾.

⁽⁸³³⁾ فارس حامد عبد الكريم العجرش، فكرة المعيار في القانون وتطبيقاتها في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001، ص 13-15.

⁽⁸³⁴⁾ الفقيه الأمريكي روسكو باوند نقلًا عن فارس حامد عبد الكريم العجرش، المصدر ذاته، ص 12.

لذا ستكون الإجابة على تساؤل البحث مادة الدراسة، لذا نقسم هذه الدراسة إلى مطلبين إذ نبحث في (المطلب الأول) المعيار الموضوعي (التقليدي)، أما (المطلب الثاني) فنبحث فيه مضمون الالتزام العقدي (مضمون العقد) بوصفه معياراً للتنفيذ المعيب.

ولأجل الإجابة عن تساؤلات البحث وتحقيق أهدافه أعتمد البحث على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، إذ قمنا باستقراء وتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية، والمقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والفرنسي المعدل بمرسوم 131 لسنة 2016.

المطلب الأول: المعيار الموضوعي (التقليدي)

يستلزم بيان المعيار الموضوعي (التقليدي) بوصفه معياراً للتنفيذ المعيب التعريف به وتقييمه، لذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول التعريف بالمعيار الموضوعي التقليدي، ونبحث في الثاني تقييم المعيار الموضوعي (التقليدي) وكالاتي:

الفرع الأول: التعريف بالمعيار الموضوعي (التقليدي)

يقتضي بيان التعريف بالمعيار الموضوعي (التقليدي) أن نبين ما المعيار الموضوعي وكيفية إعماله وكالاتي:

يقوم المعيار الموضوعي على تقسيم الالتزامات إلى التزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية⁽⁸³⁵⁾ وقد تبني القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعيار الموضوعي في المادة (1137-الملغاة)⁽⁸³⁶⁾، ومنه انتقل بدوره إلى القانونين المدنيين العراقي والمصري⁽⁸³⁷⁾. إن تحديد معيار للتنفيذ المعيب يؤدي إلى طرح تساؤل، هل جميع الالتزامات العقدية من الممكن أن يكون فيها تنفيذ معيب؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد أن نحدد نطاق التنفيذ المعيب وذلك عن طريق الاستعانة بتعريف الالتزام، حيث ينص المشرع العراقي في المادة (1/69) من القانون المدني على أن "الحق الشخصي رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل".

ومن خلال التعريف أعلاه يتبين أن محل الالتزام هو الأداء، ويتمثل هذا الأداء أما بنقل ملكية أو حق عيني يرد على الملكية، أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل⁽⁸³⁸⁾، وإذا كان بالإمكان وقوع الخطأ العقدي في جميع صور الاداء المذكورة

⁽⁸³⁵⁾ أمل كاظم سعود الزوبعي، التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1998، ص 1-2، فارس حامد عبد الكريم العجروش، المصدر ذاته، ص 269، عبد القادر العرعاوي، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، دار الأمان، الرباط، بدون سنة نشر، ص 35.

⁽⁸³⁶⁾ تنص المادة 1137-الملغاة- على أنه "يجب على الملتزم بالمحافظة على الشيء أن يبذل في المحافظة علىه ربة العائلة الصالح، سواء كان العقد يستهدف منفعة أحد المتعاقدين، أم كان يهدف إلى تحقيق منفعتهم المشتركة...". ولم يحل نص محل هذا النص في مرسوم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي.

⁽⁸³⁷⁾ المادتان 251 مدني عراقي و 211 مدني مصري.

⁽⁸³⁸⁾ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، بلا مكان نشر، 2008، ص 7، حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام - أحكام الالتزام - إثبات الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة نشر، ص 18، عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار أحياء التراث العربي، بلا سنة نشر، ص 375.

أعلاه فإن التنفيذ المعيب لا يمكن تصور وقوعه إلا على صورة القيام بعمل دون غيرها من الصور⁽⁸³⁹⁾، والالتزام بقيام بعمل قد يكون التزاماً بتحقيق غاية وقد يكون التزاماً ببذل عناية⁽⁸⁴⁰⁾.

ويُعد التزام المقاول بتشديد المباني والمنشآت الثابتة التزاماً بتحقيق غاية وهو إنجاز العمل وفق الشروط والمواصفات المتفق عليها⁽⁸⁴¹⁾، وإذا لم تحدد الشروط والمواصفات في العقد، وجب على المقاول إنجاز العمل وفق ما تقتضيه أعراف الصناعة، لا سيما وأن لصناعة البناء أعراف وقوانين يجب مراعاتها دون حاجة إلى ذكرها في العقد⁽⁸⁴²⁾، فالالتزام بتحقيق غاية (نتيجة) هو الالتزام الذي يعد المقاول أو المهندس المعماري مخالفاً به ولا تبرأ ذمته إذا لم يحقق النتيجة التي التزم بها⁽⁸⁴³⁾، فإذا أنجز المقاول أو المهندس المعماري العمل بصورة مخالفة للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، يعد مخالفاً بالتزامه لعدم تحقق النتيجة، حتى لو كانت المخالفة الصادرة منه تافهة⁽⁸⁴⁴⁾ مادامت لم تتطابق نتيجة التنفيذ مع محل ما التزم به⁽⁸⁴⁵⁾.

⁽⁸³⁹⁾ حيث نجد في الالتزام بنقل ملكية ان الالتزام يُنفذ وينقل الحق إلى الطرف الآخر بمجرد انعقاد العقد و بقوة القانون ودون الإخلال بقواعد التسجيل إذا كان محل العقد معين بالذات، أما إذا كان محل العقد معين بالنوع، يقتضي في هذه الحالة لتنفيذ الالتزام فرز محل العقد وتعيينه بالتالي من الممكن أن يرد بشأنه تنفيذ متأخر، أما بالنسبة لصورة الامتناع عن عمل، فلا يمكن تصور تنفيذ معيب بشأنها، لأن مخالفة الالتزام بحد ذاته خطأ عقدي متمثل بعدم التنفيذ. حسن على الذنون،

المصدر ذاته، ص 19، عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، الالتزام في ذاته، الجزء الأول، مطبعة نهضة مصر، 1954، ص 63-64، عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2008، ص 22-23.

⁽⁸⁴⁰⁾ عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصدر سابق، 657-658. ⁽⁸⁴¹⁾ جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع- الإيجار- المقاولة، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعرزة بالقرارات القضائية، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بلا سنة نشر، ص386، خوله كاظم محمد المعموري، مسؤولية المقاول والمقاول الفرعي، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد 24، العدد 1، 2016، ص 7،

عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد الأول، الجزء السابع، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1964، 67،

عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة المقاولة والوكالة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2015، ص 133،

فتيحه قره، احكام عقد المقاولة، دراسة فقهية قضائية للعقد في القانون المدني والتجاري وتطبيقات عملية لاهم عقود المقاولة مدعمة بكافة احكام محكمة النقض الصادرة في هذ الشأن في 55 عام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1987، ص109، محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962، ص85-86.

⁽⁸⁴²⁾ جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص386، طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بيروت، 2016، ص108، عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، مصدر سابق، ص 65.

⁽⁸⁴³⁾ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص، 7،

عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص 216، وقد ورد مفهوم الالتزام بتحقيق غاية في المادة 1149 من المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقدم الفرنسي التي نصت على أنه "يسمى الالتزام بنتيجة عندما يكون المدين ملزماً، باستثناء حالة القوة القاهرة، بأن يؤمن للدائن النتيجة الموعودة، بحيث يكون مسؤولاً لمجرد عدم تحقيق الهدف المحدد باستثناء الحالة المشار إليها" بيار كاتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقدم في القانون الفرنسي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2009، ص 147.

⁽⁸⁴⁴⁾ عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة المقاولة والوكالة، مصدر سابق، ص 137.

⁽⁸⁴⁵⁾ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المجلد الأول، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، بلا ناشر، 1987، ص546، عبد القادر العرعاوي، مصدر سابق، ص36.

ولا يستطيع المفاوض أو المهندس المعماري في هذا الالتزام أن ينفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي،⁽⁸⁴⁶⁾ حيث إن المشرع العراقي أورد قاعدة عامة لنفي المسؤولية عن الخطأ العقدي إذ نصت المادة (168) على أنه "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. وكذلك الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه"⁽⁸⁴⁷⁾، ويعود أصل هذا النص إلى المادة 1147- الملغاة من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804⁽⁸⁴⁸⁾، والحكم الوارد في النص يخص الالتزام بتحقيق غاية⁽⁸⁴⁹⁾.

ويرى جانب من الفقهاء⁽⁸⁵⁰⁾ أن الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية هو خطأ مفترض عند عدم تحقق الغاية (النتيجة)، فعلى رب العمل أن يثبت وجود العقد وأن المفاوض أو المهندس المعماري لم يحقق الغاية التي التزم بتحقيقها، ويستطيع المفاوض أو المهندس المعماري أن يتخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي الذي حال دون تحقق النتيجة، ولا يتخلص المفاوض أو المهندس المعماري من المسؤولية بإثباته بأنه بذل العناية اللازمة في تنفيذ الالتزام لأن تحقق النتيجة أو عدم تحققها لا يتعلق بالسلوك.

ويكون المفاوض أو المهندس المعماري مسؤولاً أيضاً إذا بقى سبب عدم تحقق النتيجة مجهولاً⁽⁸⁵¹⁾ وأن مسؤولية المفاوض أو المهندس المعماري تكون مسؤولية موضوعية⁽⁸⁵²⁾ لأنها تقوم بمجرد عدم تحقق النتيجة ولا يمكن نفيها إلا بإثبات القوة القاهرة⁽⁸⁵³⁾.

⁽⁸⁴⁶⁾ صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 60.
⁽⁸⁴⁷⁾ تقابلها المادة (215) مدني مصري).

⁽⁸⁴⁸⁾ تنص المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي (الملغاة) على أنه "يكون المدين معاقباً، إذا كان هناك محل لدفع التعويضات المدنية سواء كان بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو كان بسبب تأخير تنفيذ الالتزام، وذلك في كل مرة لا يستطيع أن يدلل بأن عدم التنفيذ قد كان بسبب أجنبي لا دخل له فيه على أن لا ينسب إليه سوء نية".

⁽⁸⁴⁹⁾ حيث يرى اتجاه من الفقه إن المادة 1147 (الملغاة) تخص الالتزام بتحقيق نتيجة، والمادة 1137 (الملغاة) تخص الالتزام ببذل عناية. أمل كاظم سعود الزوبعي، مصدر سابق، ص 13؛ عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المدني المصري واللبناني والسوري والعراقي والكويتي والسوداني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974، ص 499؛ بينما يرى جانب آخر من الفقه إن المادة 1147 جاءت بحكم عام دون أي تمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، ص 663؛ حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، طبع مطبعة حداد، البصرة، بلا سنة نشر، ص 66.

⁽⁸⁵⁰⁾ حسن علي الذنون، مصدر سابق، 181؛ درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام القسم الأول، مكتبة السنهوري، بيروت، 2016، ص 262؛ عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، المكتبة القانونية، بغداد، 2009، ص 166؛ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص 406-407؛ عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية 2017، ص 509؛ محمود جمال الدين زكي، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 181.

⁽⁸⁵¹⁾ عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقود، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988، ص 381.

⁽⁸⁵²⁾ صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 66؛ عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، الطبعة الأولى، مطبعة اليرموك، 1974، ص 206 وما بعدها.

⁽⁸⁵³⁾ الفقيه الفرنسي فروسارد، مشار إليه لدى عبد الجبار ناجي الملا صالح، المصدر ذاته، ص 207-209.

بينما يرى جانب من الفقهاء أن عدم تحقق النتيجة هو الخطأ بذاته وليس مفترضا⁽⁸⁵⁴⁾، وهو ما يعبر عنه بحلول الخطأ محل النتيجة ولا يكلف رب العمل إلا بإثبات مصدر الالتزام⁽⁸⁵⁵⁾، وهذا ينطبق في حالة الخطأ المتمثل بعدم التنفيذ المطلق للالتزام⁽⁸⁵⁶⁾.

أما في حالة التنفيذ المعيب فإذا تم إنجاز العمل بصورة مخالفة للشروط والمواصفات المتفق عليها، أو الشروط التي تملئها أصول الصنعة وأعرافها، فإنه يتحقق الخطأ في جانب الما قول، لعدم تحقق النتيجة، بعد أن يثبت رب العمل مصدر الالتزام وأن العمل غير مطابق لما هو متفق عليه أو غير مطابق لأصول لصنعة وأعرافها (أي إثبات التنفيذ المعيب)⁽⁸⁵⁷⁾ أما الما قول فإنه لا يمكن أن ينفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، وقد صدر عن القضاء الفرنسي⁽⁸⁵⁸⁾ والقضاء المصري⁽⁸⁵⁹⁾ ما يؤيد ذلك.

ويرتبط بالالتزام الما قول الرئيس المتمثل بتحقيق غاية التزام آخر يكون تابعاً للالتزام الرئيس يتمثل بالمحافظة على المواد المسلمة إليه من قبل رب العمل، أو قد يكون التزاماً رئيساً يلتزم به المهندس المعماري، وهو الالتزام ببذل العناية لا بتحقيق غاية⁽⁸⁶⁰⁾. ويقصد به قيام الما قول أو المهندس المعماري باتخاذ اجراءات معينة تؤدي بطبيعتها إلى تحقيق نتيجة معينة⁽⁸⁶¹⁾، ويعد الما قول أو المهندس المعماري مخالفاً بالتزامه إذا لم يبذل القدر اللازم من العناية، لأن محل الالتزام هنا بذل العناية وليس النتيجة، لأن النتيجة في هذا الالتزام أمر خارج عن العقد، وبالتالي لا يعد الما قول أو المهندس المعماري مخطئاً

(854) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، مصدر سابق، 660؛ عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص 505؛ محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص 171.

(855) محمد حسن علي الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمن والفقهاء الإسلاميين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 364 و 348.

(856) سليمان مرقس، مصدر سابق، ص 548.

(857) فتية قره، مصدر سابق، ص 108؛ عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة المقاول والوكالة، مصدر سابق ص 141؛ محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص 117.

(858) حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه " لا يمكن استبعاد المسؤولية العشرية للمهندس المعماري إلا بأثبات السبب الأجنبي ". نقض مدنية 3، 16 شباط 1983، مجلة قصر 1984، القانون المدني الفرنسي بالعربية، مصدر سابق، ص 1104؛ وقضت أيضاً بأنه " قبل استلام المنشآت، يكون الما قول ملزماً تجاه صاحب هذه المنشآت بالالتزام بتحقيق نتيجة يفرض عليه إقامة منشآت خالية من العيوب " نقض مدنية 3، 8 تشرين الثاني 2005، مجلة عقاري 2006، القانون المدني الفرنسي بالعربية، مصدر سابق، ص 1104.

(859) حيث قضت محكمة استئناف الإسكندرية بأنه " الخطأ في المسؤولية التعاقدية هو بذاته واقعة الإخلال، التي يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام، وذلك طالما لم يثبت الملزم قيام السبب الخارجي الذي يدعي به ". استئناف الإسكندرية، بتاريخ 1950/2/5، منشور في مجلة المحاماة 30 رقم 276، ص 501، مشار إليه لدى عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصدر سابق، ص 659.

(860) محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص 97.

(861) تعريف الفقيه الفرنسي ديموج مشار إليه لدى أمل كاظم سعود الزوبعي، مصدر سابق، ص 46؛ وبذات المعنى عرف الالتزام ببذل عناية في المادة 1149 من المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقدم الفرنسي التي نصت على أنه " ويسمى الالتزام التزام بالوسائل عندما يكون المدين ملزماً فقط بالاهتمام والعناية اللازمين عادة لبلوغ هدف معين، بحيث تكون مسؤوليته مرتبطة بتقديم الإثبات على تقصير في الاحتراس والعناية ". يبار كتالا، مصدر سابق، ص 147.

إذا لم تتحقق النتيجة طالما بذل المقاول أو المهندس المعماري العناية اللازمة لتحقيقها⁽⁸⁶²⁾، وإن مقدار العناية اللازمة من المقاول أو المهندس المعماري أن يبذلها، هو عناية الشخص المعتاد⁽⁸⁶³⁾ بخلاف جانب آخر من الفقهاء الذي تشدد في مقدار العناية الواجبة من المقاول أو المهندس المعماري إتخاذها⁽⁸⁶⁴⁾، فعلى المقاول أو المهندس المعماري أن يبذل عناية الشخص المعتاد، فإذا نزل عن العناية المطلوبة فإن تنفيذه لا التزامه يكون تنفيذاً معيماً⁽⁸⁶⁵⁾، ولا يستطيع المقاول أو المهندس المعماري أن ينفي المسؤولية عن التنفيذ المعيب إلا بإثبات أنه بذل عناية الشخص المعتاد، أو يثبت أن عدم بذل العناية اللازمة راجعاً إلى سبب أجنبي لا يدل عليه⁽⁸⁶⁶⁾. وقد بنى المشرع العراقي المعيار الموضوعي للالتزام ببذل عناية متمثلاً بعناية الشخص المعتاد⁽⁸⁶⁷⁾، وإن معيار الشخص المعتاد معيار عام مجرد ينطبق على جميع الالتزامات التي يكون محلها بذل عناية⁽⁸⁶⁸⁾، إلا أن هذه العناية تزداد أو تنقص حسب نص القانون⁽⁸⁶⁹⁾، أو اتفاق الأطراف على ذلك⁽⁸⁷⁰⁾، وفي هذه الحالة يكون المعيار خاصاً ذاتياً⁽⁸⁷¹⁾، والمقاول

⁽⁸⁶²⁾ أحمد علي محمد الحميدي السعدي، وقف العقد، مركز الدراسات العربية، الجيزة، 2017، ص 111؛ أمل كاظم سعود الزوبعي مصدر سابق، ص 46؛ عبد القادر العراوي، مصدر سابق، ص 36.

⁽⁸⁶³⁾ الشخص المعتاد هو الذي يمثل أوسط الناس فلا هو شديد اليقظة فائق الذكاء، ولا هو معتاد الإهمال بالغ الغباء، وهو الذي يسمى برب الأسرة الحريص. أمل كاظم سعود الزوبعي، مصدر سابق، ص 47.

⁽⁸⁶⁴⁾ كولان وكبيتان وهنري ومارو، حيث اشترطوا عناية الرجل المتبصر اليقظ لنفي الخطأ عن المدين. مشار اليهم لدى فارس حامد عبد الكريم العجرش، مصدر سابق، ص 72-73؛ ومشار اليهم لدى محمد عمارة، المعيار الذاتي والموضوعي في القانون الجزائري، ص 14، بحث منشور على الرابط التالي: http://www.univ-djelfa.dz/revues/dirassat/index_html_files/Makal11_03.pdf.

تم الدخول بتاريخ 2018/11/15 الساعة 7,00 مساءً.

⁽⁸⁶⁵⁾ المادتان (1/867 مدني عراقي) والمادة (1/649 مدني مصري).

⁽⁸⁶⁶⁾ صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة العاني، بغداد، 1950، ص 147؛ علي نجدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى بدون مكان نشر، 2000، ص 243.

⁽⁸⁶⁷⁾ تنص المادة 1/251 من القانون المدني العراقي على انه "في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود". تقابلها المادة (1/211 مدني مصري). وقد استمد كلا المشرعين الحكم من المادة 1147 (الملغاة) من القانون المدني الفرنسي.

⁽⁸⁶⁸⁾ أمل كاظم الزوبعي، مصدر سابق، ص 21؛ فارس حامد عبد الكريم العجرش، مصدر سابق، ص 72.

⁽⁸⁶⁹⁾ على الرغم من ان نص المادة (251 مدني عراقي) لم تشير إلى ان للقانون دور في تعديل مقدار العناية كما أشار النص المصري في المادة (211) إلا ان هناك نصوص قانونية تشير إلى ان للقانون دور في تعديل مقدار العناية ؛ ينظر على سبيل المثال المواد (934 و 952/1 مدني عراقي) ويذهب الفقيه محمود سعد الدين الشريف إلى القول بأنه معيار مقرر استثناءً بنص القانون أي استثناء من المعيار الموضوعي (معيار الرجل المعتاد). محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام في مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبعة العاني، بغداد، 1955، ص 301.

⁽⁸⁷⁰⁾ تنص المادة 2/251 من القانون المدني العراقي على انه "ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام اذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما اعتاد في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصدا ذلك". تقابلها المادة 1/211 من القانون المدني المصري والتي تنص على انه "في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ إلتزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك". إن النص المصري نص صراحةً على دور الاتفاق على تعديل مقدار العناية بشكل أكثر وضوحاً من النص العراقي.

⁽⁸⁷¹⁾ أمل كاظم سعود الزوبعي، مصدر سابق، ص 21؛ حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 345؛ فارس حامد عبد الكريم العجرش، مصدر سابق، ص 72.

أو المهندس المعماري يعد مرتكباً خطأً عقدياً عند تنفيذه للالتزام، إذا نزل عن درجة العناية الواجبة، سواء أكان معياراً مجرداً عاماً أم معياراً خاصاً⁽⁸⁷²⁾.

إن إعمال المعيار الموضوعي للالتزام ببذل عناية لتحديد مسلك المفاوض أو المهندس المعماري، يكون من خلال اختيار الأنموذج الذي يمثل الشخص المعتاد (أوسطهم حرصاً) من ضمن الطائفة التي ينتمي إليها المفاوض أو المهندس المعماري، ومن ثم يقارن مسلكه بمسلك الشخص المعتاد من الطائفة ذاتها، مع الأخذ بنظر الاعتبار الظروف الخارجية التي تعرض لها المفاوض أو المهندس المعماري عند تنفيذ الالتزام، وفي النهاية نكون أمام نتيجتين إما سلوك المفاوض أو المهندس المعماري في تنفيذ الالتزام مسلك الشخص المعتاد وبالتالي لا يعد مخطئاً، أو لم يسلك مسلك الشخص المعتاد فيكون مخطئاً⁽⁸⁷³⁾.

يمكننا القول إن التنفيذ المعيب وفقاً للمعيار الموضوعي، يتمثل بعدم تحقيق النتيجة، والتي تُعد محل التزام المفاوض أو المهندس المعماري في الالتزام بتحقيق غاية (نتيجة)، وهو إقامة البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى، وفق الشروط والمواصفات المتفق عليها، أو الشروط التي تقتضيها أصول وقوانين البناء، أو عدم سلوك المفاوض أو المهندس المعماري عند تنفيذه لالتزامه سلوك الشخص المعتاد أو السلوك المحدد اتفاقاً وذلك في الالتزامات التي تتطلب بذل عناية كالتزام المفاوض بالمحافظة على المواد المسلمة إليه من رب العمل أو عند التزام المهندس المعماري بالإشراف على العمل.

الفرع الثاني: تقييم المعيار الموضوعي (التقليدي)

يقتضي تقييم المعيار الموضوعي أن نبين مدى قبول المعيار الموضوعي التقليدي بوصفه معياراً للتنفيذ المعيب وكالاتي:

تعرض المعيار الموضوعي إلى انتقادات عديدة، ونلخصها بعدد من النقاط الآتية:-

1- صعوبة أعمال المعيار الموضوعي في حالة عدم إمكانية التعرف على طبيعة الالتزام، لاسيما وأنه يقوم على التمييز بين الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية، إذ إن التفرقة بينهما قد لا تكون ميسرة في كل الأحوال، فقد يتجاوز الالتزامان في نطاق عقد واحد، وقد ينعكس أحد الالتزامين على الآخر بحيث يُدق التمييز بينهما⁽⁸⁷⁴⁾ أذ لا يوجد معيار محدد وواضح في التمييز بين الالتزامين⁽⁸⁷⁵⁾ وأن التداخل بين الالتزامات يبدو واضحاً بين الالتزام بتسليم شيء أو رده مع الالتزام بالمحافظة عليه، في ظل نطاق عقد واحد فالالتزام بالتسليم أو الرد هو التزام بتحقيق غاية، أما الالتزام بالمحافظة فهو التزام ببذل عناية⁽⁸⁷⁶⁾.

(872) محمود سعد الدين الشريف، مصدر سابق، 301.

(873) حسين عامر و عبد الرحيم عامر، حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، 1979، ص 321-324، عبد القادر العرعاوي، مصدر سابق، ص 38، فارس حامد عبد الكريم العجروش، مصدر سابق، ص 274-275.

(874) صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 60 وما بعدها؛ محمود سعد الدين الشريف، مصدر سابق، 305، نورس عباس العبودي، التنفيذ المعيب للالتزام العقدي، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2018، ص 109.

(875) صبري حمد خاطر، المصدر ذاته، ص 67.

(876) صبري حمد خاطر، المصدر ذاته، ص 72-75، محمود سعد الدين الشريف، مصدر سابق، 305.

2- صعوبة إثبات التنفيذ المعيب وفقاً لقواعد الإثبات السائدة في المعيار الموضوعي، لأنه يؤدي إلى تنوع أحكام الإثبات حسب نوع الالتزام⁽⁸⁷⁷⁾ ووفقاً للقاعدة المستقرة في الإثبات⁽⁸⁷⁸⁾، ففي الالتزام ببذل عناية يتحمل رب العمل عبء إثبات إخلال المقاول أو المهندس المعماري بتنفيذ الالتزام، بعد أن يثبت مصدر الالتزام، حيث يُفترض أن المقاول أو المهندس المعماري قد بذل العناية اللازمة في تنفيذ الالتزام وعلى من يدعي خلاف ذلك وجب عليه الإثبات وهو رب العمل، لينقل بعد ذلك عبء الإثبات على عاتق المقاول أو المهندس المعماري⁽⁸⁷⁹⁾ فصعوبة الإثبات لا تكون في حالة عدم التنفيذ الكلي لهذا الالتزام وإنما الصعوبة تثار في حالة التنفيذ المعيب على حد قول أحد الفقهاء⁽⁸⁸⁰⁾ "أن على من يدعي سوء التنفيذ وهو الدائن، بدهاءة، إقامة الدليل على خطأ المدين بإثبات قصور العناية التي بذلها عن عناية الشخص العادي"، بينما نجد أن القضاء الفرنسي نقل عبء الإثبات إلى عاتق (المقاول) عندما افترض خطئه المتمثل بعدم بذل العناية اللازمة لاسيما في الالتزام بالمحافظة على الشيء، حيث قضت محكمة النقض بأن "الخطأ مفترض في جانب المقاول الذي تسلم مواد البناء من رب العمل ومن ثم يقع عليه عبء الإثبات بأنه بذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة على مواد البناء"⁽⁸⁸¹⁾، والقضاء الفرنسي نقل عبء الإثبات على عاتق المقاول دون وجود نص قانوني يستند إليه في نقل عبء الإثبات⁽⁸⁸²⁾.

أما فيما يتعلق بالالتزام بتحقيق غاية فإن إثبات الخطأ العقدي المتمثل بالتنفيذ المعيب يقع على عاتق رب العمل فعليه فضلاً عن إثبات مصدر الالتزام أن يثبت وجود العيب في التنفيذ، لينتقل عبء الإثبات بعد ذلك إلى المقاول أو المهندس المعماري⁽⁸⁸³⁾.

3- إن المعيار الموضوعي لتحديد الخطأ يقوم على تقسيم الالتزامات إلى التزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية، وانفرد بتحديد معيار الالتزام ببذل عناية متمثل بالشخص المعتاد، وترك الالتزام بتحقيق غاية (نتيجة) بلا معيار⁽⁸⁸⁴⁾، وإذا رُد بان الالتزام بتحقيق نتيجة لا يحتاج إلى معيار فإن ذلك يكون في صورة الخطأ المتمثل بعدم التنفيذ، ولا يشمل صورة التنفيذ المعيب الذي من الممكن أن يقع في كلا الالتزامين وبالتالي لا بد من الحاجة إلى معيار للالتزام بتحقيق نتيجة⁽⁸⁸⁵⁾.

⁽⁸⁷⁷⁾ سليمان براك دايج، الفسخ بوصفة ضماناً للتنفيذ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 4، 2015، ص 112-113؛ صبري حمد خاطر، المصدر ذاته، ص 76 وما بعدها؛ نورس عباس العبودي، المصدر السابق، ص 117.

⁽⁸⁷⁸⁾ نصت المادة (7/ أولاً) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل على أنه "البينة على من ادعى واليمين على من انكر".

⁽⁸⁷⁹⁾ حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 182؛ صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 76.

⁽⁸⁸⁰⁾ انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني والأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 235.

⁽⁸⁸¹⁾ نقض مدنية 1، 14/أيار/1991، رقم 263، مشار إليه لدى صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 77.

⁽⁸⁸²⁾ صبري حمد خاطر، المصدر ذاته، ص 78.

⁽⁸⁸³⁾ حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، 1949، ص 199-200؛ عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص 377.

379؛ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، مصدر سابق، ص 330.

⁽⁸⁸⁴⁾ صبري حمد خاطر، المصدر ذاته، ص 65-67.

⁽⁸⁸⁵⁾ نورس عباس العبودي، مصدر سابق، ص 136.

4- إن المعيار الموضوعي عند تحديد الخطأ المهني يقوم بوضع المهني في طائفة الأشخاص الذين ينتمي إليهم، وقياس سلوكه بأنموذج من ذات الطائفة متوسط الحرص مجرداً، أي دون مراعاة المؤهلات والصفات الشخصية التي يمتلكها المهني والتي تكون قد روعيت من قبل الدائن عند التعاقد⁽⁸⁸⁶⁾، الأمر الذي يؤدي إلى تخفيف المسؤولية عن المهني طالما لم تؤخذ بنظر الاعتبار المؤهلات الشخصية عند تحديد مسلكه .

ونتيجة للانتقادات التي تعرض لها المعيار الموضوعي وعجزة عن تحديد الخطأ العقدي لاسيما وأن التنفيذ المعيب يمثل أحد صوره، ظهرت دعوات من بعض الفقهاء⁽⁸⁸⁷⁾ إلى ضرورة هجر المعايير الموضوعية، والبحث عن معيار أكثر دقة لتحديد الخطأ العقدي (التنفيذ المعيب)، ومن المعايير المقترحة معيار مضمون لالتزام العقدي، وهذا ما نبثه في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: معيار مضمون الالتزام العقدي (مضمون العقد)

يستلزم بيان معيار مضمون الالتزام العقدي (مضمون العقد) التعريف به بوصفه معياراً للتنفيذ المعيب، ومدى انطباق معيار مضمون الالتزام العقدي (مضمون العقد) بالنسبة للمحترفين، لذا نقسم هذا المطلب على فرعين نبث في الأول التعريف بمعيار مضمون الالتزام العقدي (مضمون العقد)، وفي الثاني تطبيق معيار مضمون الالتزام العقدي (مضمون العقد) بالنسبة للمحترف.

الفرع الأول: التعريف بمعيار مضمون الالتزام العقدي (مضمون العقد)

يقتضي التعريف بمعيار مضمون الالتزام العقدي بوصفه معياراً للتنفيذ المعيب، بيان كيفية إعماله ومدى فاعليته في تحديد التنفيذ المعيب وكالآتي:

يقوم معيار مضمون الالتزام العقدي على تحديد صور الخطأ العقدي جميعها، عن طريق ربط الخطأ العقدي للمقاول أو المهندس المعماري بمضمون ما التزم به في العقد، فإذا أتم المقاول أو المهندس المعماري التنفيذ وفقاً للمضمون الذي التزم به فقد أوفى بالتزامه، وإذا خالف بتنفيذه ذلك المضمون فقد وقع في نطاق المسؤولية العقدية، وتبعاً لصورة الخطأ التي تم بها ذلك التنفيذ⁽⁸⁸⁸⁾. ويقصد بمضمون الالتزام العقدي "العناصر التي يتشكل منها العقد في محتواه" وبعبارة أخرى "فحوى العقد ومحتواه من حقوق والتزامات"⁽⁸⁸⁹⁾، والتي تتجسد في الشروط التعاقدية التي يتفق عليها الطرفان⁽⁸⁹⁰⁾ في نطاق الحرية التعاقدية أو ما يعبر عنه بمبدأ سلطان الإرادة⁽⁸⁹¹⁾.

⁽⁸⁸⁶⁾ فارس حامد عبد الكريم العجروش، مصدر سابق، ص 71؛ عبد الجبار ناجي الملا صالح، مصدر سابق، ص 290.

⁽⁸⁸⁷⁾ صبري حمد خاطر، مصدر سابق، عبد الجبار ناجي الملا صالح، المصدر ذاته، ص 292؛ محمود سعد الدين الشرف، مصدر سابق، ص 302.

⁽⁸⁸⁸⁾ ان فكرة مضمون الالتزام العقدي تناولها فقهاء القانون تحت ما يعرف بمضمون العقد باعتبارها من آثار العقد من حيث الموضوع (المضمون).

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصدر سابق، ص 590 وما بعدها؛ عبد المجيد الحكيم مصدر سابق، ص 371 وما بعدها؛ درع حماد، مصدر سابق، ص 233 وما بعدها.

⁽⁸⁸⁹⁾ علي فيصل الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2019، ص 35 و33.

⁽⁸⁹⁰⁾ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 1، 2018، ص 668.

⁽⁸⁹¹⁾ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقهاء الإسلاميين مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 32؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصدر سابق، ص 144؛ عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 41-37.

إن مضمون الالتزام العقدي يتحدد أساساً بإرادة الأطراف المتعاقدة، كما أن هناك عوامل مصاحبة لإبرام العقد تدخل في تحديد مضمونه، كاحتراف المدين بما يملكه من مؤهلات شخصية⁽⁸⁹²⁾، حيث يرى أحد الفقهاء أن الإرادة هي صاحبة السلطة الكافية واللازمة لتحديد مضمون الالتزام العقدي⁽⁸⁹³⁾، كما أنها تعد العنصر الأصيل في تحديد المضمون من حقوق والتزامات للأطراف⁽⁸⁹⁴⁾ وقد أكد ذلك نص المادة (1101)⁽⁸⁹⁵⁾ من مرسوم رقم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي، إلا أن إعطاء الحرية التعاقدية للإرادة ليست مطلقة، وإنما مقيدة بالحدود التي ينص عليها القانون والنظام العام والآداب العامة⁽⁸⁹⁶⁾، لاسيما وأن المشرع الفرنسي أكد على ذلك في المادة (1102)⁽⁸⁹⁷⁾ من المرسوم رقم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي.

ويدخل في مضمون الالتزام العقدي الأداء الرئيس الذي يلتزم به أطراف العقد، ومدة تنفيذ الالتزام⁽⁸⁹⁸⁾، ونوع وكمية الأداء والطريقة التي يتم بها التنفيذ⁽⁸⁹⁹⁾ بالإضافة إلى اتفاقات الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها، وطرق تسوية المنازعات⁽⁹⁰⁰⁾ وكل ما شاء المتعاقدان تحقيقه من مصالح لهما عن طريق العقد⁽⁹⁰¹⁾.

لا يُقصد بمضمون الالتزام العقدي به محل العقد⁽⁹⁰²⁾، وهو أوسع نطاقاً من محل الالتزام⁽⁹⁰³⁾، إذ يشتمل على معنى محل الالتزام بالإضافة إلى محدداته وأوصافه وكل ما أضافه المتعاقدان بإرادتهم لجعل مضمون الالتزام متميزاً وغير مماثل

(892) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي، بلا ناشر، 1976، ص 7 و 11.

(893) الفقيه الفرنسي جان كاربونييه (Jean Carbonnier) مشار إليه لدى علي فيصل الصديقي، مصدر سابق، ص 57.

(894) منذر الشاوي، فلسفة القانون، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 51-52.

(895) نصت المادة (1101) من المرسوم أعلاه على أن "العقد هو اتفاق إرادات بين شخصين أو عدة أشخاص يهدف إلى إنشاء الالتزامات أو تعديلها أو نقلها أو انقضاءها".

(896) جليل الساعدي، الإرادة الباطنة في العقد، دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي، مكتبة نور العين للطباعة، بغداد، 2011، ص 45؛ علي فيصل الصديقي، مصدر سابق، ص 85.

(897) تنص المادة (1102) من المرسوم أعلاه على أنه "لكل شخص الحرية في التعاقد وعدم التعاقد، واختيار التعاقد الآخر وتحديد موضوع العقد وشكله ضمن الحدود التي ينص عليها القانون. لا تتيح الحرية التعاقدية مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام"، ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي لم يجعل (الآداب العامة) قيداً على الحرية التعاقدية وسبب لإبطال العقد مالم تكن الآداب العامة من النظام العام. جان سمنتس وكارولين كالوم، الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، بحث منشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 20، ديسمبر 2017، ص 122، ترجمة نبيل مهدي زوين.

(898) تنص المادة 1/1163 من مرسوم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي على أنه "يكون محل الالتزام أداء حالاً أو مستقبلياً".

(899) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي، مصدر سابق، ص 6؛ سعدي البرزنجي، شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي، الطبعة الأولى، مطبعة مديرية جامعة صلاح الدين، اربيل، 2003، ص 20.

(900) المادة (1170) من مرسوم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي؛ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مصدر سابق، ص 675.

(901) نورس عباس العبودي، مصدر سابق، ص 125.

(902) أن اصطلاح محل العقد "يقصد به العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد". عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة نهضة مصر، 1954، ص 50؛ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، نظرية العقد- انعقاد العقد، دراسة مقارنة في القانون الأردني والفقه الإسلامي مع الإشارة إلى القانون المدني العراقي المصري الفرنسي، المجلد الأول، الجزء الأول، القسم الأول، دار وائل، عمان، 2002، ص 469.

(903) أن اصطلاح محل الالتزام؛ يقصد به الأداء الذي يقوم به المدين لصالح الدائن. أمجد محمد منصور مصدر سابق، ص 122-123؛ أنور سلطان، مصدر سابق، ص 93؛ درع حماد، مصدر سابق، ص 152.

لغيره من العقود حتى ضمن الطائفة الواحدة⁽⁹⁰⁴⁾، فمثلاً اتفاقات الإعفاء من المسؤولية لا يمكن اعتبارها محل الالتزام الرئيس ولكنها تكون جزء من مضمون الالتزام فهي ضمن حدوده لكنها ليست الالتزام الرئيس في ذاته، لذا نجد أن المشرع الفرنسي عالج موضوع اتفاقات المسؤولية ضمن أحكام مضمون العقد⁽⁹⁰⁵⁾.

إن المشرع الفرنسي نظم فكرة مضمون العقد وعنى به مضمون الالتزام العقدي في المواد (1162-1171) من مرسوم رقم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي، بعد أن تخلّى عن فكرة المحل والسبب على حد قول بعض الفقهاء⁽⁹⁰⁶⁾ وهناك جانب آخر من الفقهاء أشار إلى أن المشرع الفرنسي وإن تخلّى عن فكرة السبب إلا أنه أبقي على فكرة المحل في العقد⁽⁹⁰⁷⁾ في حين يرى اتجاه ثالث من الفقه أن المحل والسبب وإن تم التخلي عنهما إلا أن وظائفهما لازالت قائمة، إذ يرون أن المشرع الفرنسي خرج من الباب ليعود من النافذة على حسب تعبيرهم⁽⁹⁰⁸⁾.

ونرى أن المشرع الفرنسي قد تخلّى عن فكرتي المحل والسبب بعد أن الغى النصوص الخاصة بهما، واستعاض عنهما بمضمون العقد، عندما ركز على فكرة المشروعية بالنسبة لشروط التعاقد وهدف العقد⁽⁹⁰⁹⁾ وجعل من المضمون العقدي المشروع والمؤكد شرطاً أساسياً لصحة العقد⁽⁹¹⁰⁾.

فمضمون الالتزام العقدي يتحدد بالحقوق والالتزامات متى كانت عبارات العقد واضحة⁽⁹¹¹⁾، إلا أن أحد الفقهاء يرى أن فكرة مضمون الالتزام العقدي تنطوي على عدم وضوحها في كثير من الأحيان⁽⁹¹²⁾، ولذلك فمسألة تحديد مضمون الالتزام العقدي ماهي إلا مسألة تفسير للعقد، للوصول إلى الإرادة المشتركة للطرفين⁽⁹¹³⁾، دون الوقوف على المعنى الحرفي لعبارات العقد⁽⁹¹⁴⁾ وفي حالة عدم التمكن من الوصول إلى الإرادة المشتركة للطرفين، فإنه يجب على القاضي أن يفسر العقد

⁽⁹⁰⁴⁾ نورهس عباس العبودي، مصدر سابق، ص152.

⁽⁹⁰⁵⁾ تنص المادة (1170) من مرسوم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون الفرنسي على أنه "يعتبر كأن لم يكن، كل بند يفرغ الالتزام الأساسي للمدين من مضمونه".

⁽⁹⁰⁶⁾ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مصدر سابق، ص671-672؛ محمد حسن قاسم، القانون المدني للالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الأول، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 345-346، ومؤلفه، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 15.

⁽⁹⁰⁷⁾ جان سميتس وكارولين كالوم، مصدر سابق، ص 122.

⁽⁹⁰⁸⁾ Mazeaud And Fyeza Hage Chhine مشار اليهم لدي محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص351؛ رجواني كمال، قراءة في مرسوم 10 فبراير 2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات، بحث منشور على الموقع التالي <http://www.alkanounia.com> تم الدخول بتاريخ 2018/12/4 الساعة 7,00 مساءً.

⁽⁹⁰⁹⁾ تنص المادة 1162 من المرسوم المعدل للقانون المدني الفرنسي على أنه "لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بهدفه، سواء كان هذا الأخير معروفاً من قبل جميع الأطراف أم لا".

⁽⁹¹⁰⁾ تنص المادة 1128 من المرسوم المعدل للقانون المدني الفرنسي على أنه (يعد ضرورياً لصحة العقد...3 موضوع مشروع ومؤكد).

⁽⁹¹¹⁾ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مصدر سابق، ص 689.

⁽⁹¹²⁾ بيار كتالا، مصدر سابق، ص 54.

⁽⁹¹³⁾ سليمان مرقس، مصدر سابق، ص 480-481؛ درع حماد، م س، ص233. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري وآخرون، م س، ص 152.

⁽⁹¹⁴⁾ المواد (155 مدني عراقي) والمادة (2/150 مدني مصري) والمادة (1/1188 من مرسوم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي).

وفق المعنى الذي يعطيه له الشخص المعتاد الموضوع في الظروف ذاتها⁽⁹¹⁵⁾ فالمرجع الفرنسي تبنى معياراً موضوعياً في تفسير العقد⁽⁹¹⁶⁾، خلافاً للمعيار الشخصي الذي تبناه في المادة (1156-الملغاة)⁽⁹¹⁷⁾ وأنه جعل تفسير العقد وفقاً للإرادة الباطنة إلا أنه قيد هذه الإرادة بمعايير تساعد القاضي للوصول إلى الإرادة المشتركة ومنها معيار الشخص المعتاد⁽⁹¹⁸⁾، والأعراف والتعاملات السابقة⁽⁹¹⁹⁾ فضلاً عن الرجوع إلى العقد ذاته وإيجاد بند في العقد يوضح البند الغامض⁽⁹²⁰⁾.

يمكننا أن نستنتج من خلال استقراء نصوص المواد⁽⁹²¹⁾ الواردة في المرسوم المعدل للقانون المدني الفرنسي أنه يُحدد مضمون الالتزام العقدي بالشروط التعاقدية، وفقاً للإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف، وقد وضع المشرع مصادر يمكن من خلالها الوصول إلى الإرادة المشتركة والمتمثلة، بالرجوع إلى العقد ذاته، وتوقعات الأطراف المشروعة، والعادات والتعاملات السابقة بين الأطراف، وطبيعة الأداء، وقيمة الصفقة المتفق عليها، وهذا يدل على رغبة المشرع الفرنسي في تبسيط تحديد مضمون الالتزام العقدي بأسهل الطرق.

إن المشرع في القوانين محل المقارنة لم يقف عند تحديد مضمون الالتزام العقدي على الشروط التعاقدية الصريحة، أو الضمنية التي يتم الوصول إليها عن طريق تفسير العقد للوصول إلى الإرادة المشتركة للطرفين، بل جعل مستلزمات العقد جزءاً من مضمون العقد وإن لم تتجه إليه إرادة الطرفين إذ تنص المادة 2/150 من القانون المدني العراقي على أنه "لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"⁽⁹²²⁾.

الفرع الثاني: تطبيق معيار مضمون الالتزام العقدي (مضمون العقد) بالنسبة للمهني (المحترف)

يقتضي الأخذ بمعيار مضمون الالتزام العقدي لتحديد التنفيذ المغيّب بيان كيفية أعمال هذا المعيار عند احتراف المدين وكالاتي:

أن احتراف المدين إذا كان يملك مؤهلات شخصية أو متخصصاً في العمل الذي يرغب الدائن بالحصول عليه، يُعد من الظروف المصاحبة لإبرام العقد وتؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديد مسلكه في طريقة التنفيذ⁽⁹²³⁾ لأن ما يمتلكه من مواصفات

⁽⁹¹⁵⁾ تنص المادة 2/1188 من مرسوم 131 لسنة 2016 من مرسوم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي على إنه "عند عدم إمكانية كشف هذه النية، يفسر العقد طبقاً للمعنى الذي يعطيه شخص معتاد يوضع في الموقف نفسه". تعد هذه الفقرة توجهاً جديداً للقانون المدني الفرنسي في مجال تفسير العقود. جان سمتس وكارولين كالوم، مصدر سابق، ص 125.

⁽⁹¹⁶⁾ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مصدر سابق، ص 693.

⁽⁹¹⁷⁾ إيمان طارق ومنصور حاتم، معيار الغموض في تحديد مضمون العقد، بحث منشور على الموقع التالي:

http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/publication_view.aspx?fid=7&pubid=2286

تم الدخول بتاريخ 2018/12/4 الساعة 4,00 مساءً.

⁽⁹¹⁸⁾ المادة 2/1188 من مرسوم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي.

⁽⁹¹⁹⁾ تنص المادة 3/1163 على إنه "يكون الأداء قابلاً للتعيين حينما يمكن استنباطه من العقد أو بالإحالة إلى الأعراف والعلاقات السابقة للأطراف، دون الحاجة إلى اتفاق جديد بين الأطراف".

⁽⁹²⁰⁾ تنص المادة 1/1189 من مرسوم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي على إنه "يفسر جميع بنود العقد بعضها بعضاً، بمنح كل واحد منها المعنى الذي يراعي تناسق العقد بمجمله".

⁽⁹²¹⁾ المواد (1101 و 1102 و 3/1163 و 1166 و 1167 من مرسوم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي).

⁽⁹²²⁾ تقابلها المادة (2/148 مدني مصري) والمادة (1194 من مرسوم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي).

⁽⁹²³⁾ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي، مصدر سابق، ص 11.

وخبرات تؤهله أن يحوز ثقة الطرف الآخر في العقد، حيث أن المتعاقد عندما يلجأ إلى المهنيين فإن هؤلاء المهنيين يفترض فيهم الثقة في تنفيذ ما يبتغيه من مضامين تعاقدية، لذا فإن أي خلل من جانب المهنيين سيشكل خرقاً للثقة المتبادلة فيما بينهم⁽⁹²⁴⁾، وتتوفر صفة الاحتراف لأصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والصيادلة والمحامين⁽⁹²⁵⁾ وكل مقاول يمارس فناً في صناعته⁽⁹²⁶⁾ وهؤلاء المهنيون يعاملون بأنهم محترفون بالنسبة للالتزامات المتعلقة بمهنتهم، أما غيرها من الأعمال التي يتعهد بها ولا تدخل في نطاق مهنته، فيعامل بوصفه شخصاً عادياً⁽⁹²⁷⁾.

لذا نجد أن المشرع العراقي افترض توافر المؤهلات الشخصية للمقاول⁽⁹²⁸⁾، لاسيما في المقاولات الكبيرة⁽⁹²⁹⁾، حيث أن شخصية المقاول محل اعتبار في هذا النوع من المقاولات لأن سمعة المقاول سواء من ناحية الدقة في تنفيذ الأعمال أو من ناحية الوفاء بالالتزامات هي محل الاعتبار الأول، ولهذا فإن رب العمل ينتظر من المقاول تنفيذ التزامه بدرجة عالية من الدقة، لا يمكن أن يتوقع الحصول عليها من مقاول آخر⁽⁹³⁰⁾، فالتخصص الفني في أداء العمل الذي يكسبه المقاول يؤدي إلى رفع مستوى الأداء المطلوب منه عند تنفيذ التزامه⁽⁹³¹⁾، فوجود المؤهلات الشخصية للمقاول التي رافقت إبرام العقد يستشف منها أن إرادة المتعاقدين الضمنية قد اتجهت إلى قيام المقاول بتنفيذ التزامه بنفس المستوى التخصص الفني الذي وصل إليه في عمله⁽⁹³²⁾، لذا فإن هذه المؤهلات يكون لها أثر في تنفيذ العمل وعلى مستوى الأداء الذي يجب أن يبذله المقاول ولهذا ستكون هذه المؤهلات محل اعتبار عند التعاقد⁽⁹³³⁾ وبالتالي ستدخل في مضمون التزامه.

والمقصود بالمؤهلات الشخصية كل الصفات الشخصية للمقاول أو المهندس المعماري التي يكون لها تأثير في حسن تنفيذ العمل، ومنها سمعته من ناحية دقته في تنفيذ الأعمال المعهودة إليه بتنفيذها، التخصص الفني في نوع الأعمال التي يمارسها، الشهادات الحاصل عليها، الأعمال التي سبق وأن قام بتنفيذها⁽⁹³⁴⁾.

(924) علي فيصل الصديقي، مصدر سابق، ص 122-124.

(925) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي، مصدر سابق، ص 12.

(926) محمد ليبب شنب، مصدر سابق، ص 184.

(927) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي، المصدر ذاته، ص 12.

(928) تنص المادة 2/888 من القانون المدني العراقي على أنه "وتعتبر دائماً شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد إذا أبرم العقد مع فنان أو مهندس أو معماري أو مع غيرهم ممن يزاولون مهناً حرة أخرى. وتفترض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال أو الصناع إلا إذا كان هناك دليل أو عرف يقضي بغير ذلك وفي سائر الأحوال الأخرى وبخاصة في أعمال المقاولات الكبيرة يكون المفروض أن المكانة التي وصل إليها اسم المقاول في السوق لا صفات المقاول الشخصية هي التي كانت محل الاعتبار الأول في التعاقد". ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني المصري.

(929) هي تشيد المباني والمنشآت الثابتة الأخرى والمشروعات الكبرى، كالجسور والسدود... وغيرها. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، ص 31-32.

(930) الفقيه الفرنسي تونك، مشار إليه لدى أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي، مصدر سابق، ص 13.

(931) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي، المصدر ذاته، ص 12.

(932) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 161-162.

(933) محمد ليبب شنب، مصدر سابق، ص 183-184.

(934) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، ص 258؛ محمد ليبب شنب، مصدر سابق، ص 184.

إن معيار خطأ المهني المتمثل بالتنفيذ المعيب هو معيار شخصي (ذاتي) يتمثل بقياس خطأ المهني من دون تجريد أي مراعاة المؤهلات الشخصية للمدين ذاته (المقاول أو المهندس المعماري)⁽⁹³⁵⁾، حيث يؤخذ بنظر الاعتبار المؤهلات التي يتميز بها المهني عند تحديد مسلكه⁽⁹³⁶⁾ فمادامت شخصية المتعاقد عنصراً جوهرياً في التعاقد فسكون إزاء اعتبار شخصي وعقد ذو طابع شخصي بقواعده وأحكامه⁽⁹³⁷⁾ وليس معياراً موضوعياً مجرداً من العوامل الذاتية للمدين⁽⁹³⁸⁾ لأن المتعاقد مع المهني لا سيما المقاول أو المهندس المعماري يُنتظر منه حرصاً وعناية وتبصر في تنفيذ التزامه، يتوافق ومؤهلاته الشخصية مما يوجب عليه بذل مزيد من الحرص والعناية في تنفيذ التزامه⁽⁹³⁹⁾، لاسيما وأن المجتمع الحديث يتركز على التخصص في أداء الأعمال وأن المهنة الواحدة أصبح فيها فروع متعددة⁽⁹⁴⁰⁾.

وما يزيد القناعة عندنا على إضفاء التقدير الشخصي على خطأ المهني هو أن القضاء الفرنسي أخذ بعين الاعتبار الخبرات الفنية التي يملكها الدائن في علاقته مع المدين، حيث قضت محكمة الاستئناف بشأن إحدى المؤسسات الفنية بعدم استحقاقها تعويضاً كاملاً بعد أن استلمت كمية من السمات المعيب لإنشاء أحد الجسور، وذلك نظراً لإهمالها في كشف العيب في الوقت الذي تملك الخبرة الفنية التي تمكنها من ذلك، وحسب تعبير المحكمة "إن العيب كان ظاهراً وإن الثقة المقبولة من شخص غير ذي خبرة لا محل لها من مؤسسة تضم العديد من الفنيين"⁽⁹⁴¹⁾.

يتبين أن معيار مضمون الالتزام العقدي جدير بالأخذ به كمعيار للتنفيذ المعيب لأنه يقوم على جعل الشروط التعاقدية والمواصفات المتفق عليها، والمؤهلات الشخصية للمقاول أو المهندس المعماري هي الضابط في تحديد سلوكه، بصرف النظر عن التزامه سواء كان التزاماً بتحقيق غاية أم التزاماً ببذل عناية، فإذا خالف المقاول أو المهندس المعماري بتنفيذه ذلك المضمون كنا أمام تنفيذ معيب يستوجب المسؤولية.

الخاتمة

نختم بحثنا هذا بإجمال أهم النتائج التي توصلنا إليها مع أهم المقترحات التي خرجت بها الدراسة، وكما يأتي:

أولاً- النتائج

1- إن التنفيذ المعيب قد يقاس بمعيار موضوعي (تقليدي) الذي يقوم على تقسيم الالتزامات إلى التزام بتحقيق غاية (نتيجة) والالتزام ببذل عناية، فالتنفيذ المعيب وفقاً لهذا المعيار يتمثل بعدم تحقيق النتيجة، والتي تُعد محل التزام المقاول أو المهندس المعماري في الالتزام بتحقيق غاية (نتيجة)، وهي إقامة البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى، أو عدم سلوك

⁽⁹³⁵⁾ عبد الناصر عبدالعزيز علي السن، المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2014، ص 147-148.

⁽⁹³⁶⁾ نورس عباس العبودي، مصدر سابق، ص 155، عبد الجبار ناجي الملا صالح، ص 284 و289.

⁽⁹³⁷⁾ جليل الساعدي، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقود، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد 1 و2، 1998، ص 149.

⁽⁹³⁸⁾ معتز نزيه المهدي، مشار إليه لدى نورس عباس العبودي، مصدر سابق، ص 155.

⁽⁹³⁹⁾ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي، مصدر سابق، ص 14.

⁽⁹⁴⁰⁾ عبد الجبار ناجي الملا صالح، مصدر سابق، ص 284.

⁽⁹⁴¹⁾ بروج في 24 آذار 1953، دالوز 1953، ص 501 مشار إليه لدى عبد الجبار ناجي الملا صالح، مصدر سابق، ص 290.

المقاول أو المهندس المعماري عند تنفيذه لالتزامه سلوك الشخص المعتاد أو السلوك المحدد اتفاقاً وذلك في الالتزامات التي تتطلب بذل عناية كالتزام المهندس المعماري بالإشراف على التنفيذ، إلا أن هذا المعيار تعرض للانتقادات منها صعوبة إعماله في حالة عدم إمكانية التعرف على طبيعة الالتزام، فضلاً عن ذلك صعوبة إثبات التنفيذ المعيب وفقاً لهذا المعيار، وعدم أخذه بنظر الاعتبار المؤهلات والصفات الشخصية التي يمتلكها المهني والتي تكون قد روعيت عند التعاقد.

2- إن التنفيذ المعيب قد يقاس بمعيار مضمون الالتزام العقدي (مضمون العقد)، والذي يقوم بتحديد التنفيذ المعيب عن طريق ربط خطأ المقاول أو المهندس المعماري بمضمون ما التزم به في العقد، فإذا أتم التنفيذ وفقاً للمضمون الذي التزم به فقد أوفى بالتزامه، وإذا خالف بتنفيذه ذلك المضمون كنا أمام تنفيذ معيب يستوجب المسؤولية.

3- إن معيار مضمون الالتزام العقدي (مضمون العقد) معيار جدير بالأخذ به لأنه يقوم على جعل مضمون العقد والذي يتمثل بالشروط التعاقدية والمواصفات المتفق عليها صراحة أو ضمناً، فضلاً عن مستلزمات العقد وفقاً لما أقرته التشريعات محل المقارنة، وكذلك العوامل المصاحبة لإبرام العقد كاحتراف المقاول أو المهندس المعماري بما يملكه من مؤهلات شخصية هي الضابط في تحديد سلوكه بغض النظر عن التزامه سواء كان التزام بتحقيق غاية أم التزام ببذل عناية.

4- إن معيار خطأ المحترف (المهني) المتمثل بالتنفيذ المعيب هو معيار شخصي (ذاتي) يتمثل بقياس خطأ المهني من دون تجريد أي مراعاة للمؤهلات الشخصية للمدين ذاته (المقاول أو المهندس المعماري)، حيث يؤخذ بنظر الاعتبار المؤهلات التي يتميز بها المهني عند تحديد مسلكه، فمادامت شخصية المتعاقد عنصراً جوهرياً في التعاقد فسنكون إزاء اعتبار شخصي وعقد ذو طابع شخصي بقواعده وأحكامه.

ثانياً- المقترحات

نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة 168 من القانون المدني العراقي أخذاً بنظر الاعتبار نص المادة 1217 من مرسوم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي، وجعل مضمون العقد معياراً للتنفيذ المعيب. ونقترح ان يكون حكمها كالآتي:

(إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه، أو تأخر في تنفيذه، أو نفذه تنفيذاً معيباً بشكل مغاير لمضمون التزامه، فيكون للدائن أي من الخيارات الآتية:

- 1- الامتناع عن تنفيذ التزامه
- 2- طلب التنفيذ العيني الجبري
- 3- طلب تخفيض الثمن
- 4- طلب فسخ العقد
- 5- طلب التعويض، والذي ويجوز إضافته إلى أي من الخيارات السابقة إذا كان له مقتضى).

قائمة المراجع

أولاً: الكتب القانونية

1. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي، بلا ناشر، 1976.
2. مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، بلا مكان نشر، 2008.
3. تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.
4. أحمد علي محمد الحميدي السعدي، وقف العقد، مركز الدراسات العربية، الجيزة، 2017.
5. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
6. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني والأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
7. بيار كاتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقاد في القانون الفرنسي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2009.
8. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع - الإيجار - المقاولة، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بلا سنة نشر.
9. جليل الساعدي، الإرادة الباطنة في العقد، دراسة مقارنة في القانون المدني العراقي، مكتبة نور العين للطباعة، بغداد، 2011.
10. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، طبع مطبعة حداد، البصرة، بلا سنة نشر.
11. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام - احكام الالتزام - اثبات الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة نشر.
12. حسين عامر و عبد الرحيم عامر، حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، 1979.
13. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، 1949.
14. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام القسم الأول، مكتبة السهوري، بيروت، 2016.
15. سعدي البرزنجي، شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي، الطبعة الأولى، مطبعة مديرية جامعة صلاح الدين، اربيل، 2003.
16. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المجلد الأول، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، بلا ناشر، 1987.
17. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
18. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة العاني، بغداد، 1950.
19. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، الطبعة الأولى، مكتبة السهوري، بيروت، 2016.
20. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، الطبعة الأولى، مطبعة اليرموك، 1974.

21. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقود، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988.
22. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة نهضة مصر، 1954.
23. النظرية العامة للالتزامات، الالتزام في ذاته، الجزء الأول، مطبعة نهضة مصر، 1954.
24. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار أحياء التراث العربي، بلا سنة نشر.
25. الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد الأول، الجزء السابع، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1964.
26. عبد القادر العرعاوي، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، دار الأمان، الرباط، بدون سنة نشر.
27. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، المكتبة القانونية، بغداد، 2009.
28. القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2008.
29. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
30. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المدني المصري واللبناني والسوري والعراقي والكويتي والسوداني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974.
31. عبد الناصر عبدالعزيز علي السن، المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2014.
32. عز الدين الديناصورى وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الاول، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية 2017.
33. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
34. الوجيز في العقود المدنية المسماة المقاوله والوكالة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2015.
35. علي فيصل الصديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2019.
36. علي نجدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى بدون مكان نشر، 2000.
37. فتحيه قره، احكام عقد المقاوله، دراسة فقهية قضائية للعقد في القانون المدني والتجاري وتطبيقات عملية لاهم عقود المقاوله مدعمة بكافة احكام محكمة النقض الصادرة في هذ الشأن في 55 عام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1987.
38. محمد حسن علي الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
39. محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر، العقد، المجلد الأول، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
40. قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
41. محمد لبيب شب، شرح أحكام عقد المقاوله، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962.
42. محمود جمال الدين زكي، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.

43. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام في مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبعة العاني، بغداد، 1955.
44. منذر الشاوي، فلسفة القانون، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
45. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، نظرية العقد- انعقاد العقد، دراسة مقارنة في القانون الأردني والفقه الإسلامي مع الإشارة إلى القانون المدني العراقي المصري الفرنسي، المجلد الأول، الجزء الأول، القسم الأول، دار وائل، عمان، 2002.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

- 1- أمل كاظم سعود الزوبعي، التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 1998.
- 2- فارس حامد عبد الكريم العجرش، فكرة المعيار في القانون وتطبيقاتها في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001.
- 2- نورس عباس العبودي، التنفيذ المعيب للالتزام العقدي، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2018.

ثالثاً: البحوث القانونية

- 1- جان سمتس وكارولين كالوم، الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، بحث منشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 20، ديسمبر 2017، ص 122، ترجمة نبيل مهدي زوين.
- 2- جليل الساعدي، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقود، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد 1 و 2، 1998.
- 3- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 1، 2018.
- 4- خوله كاظم محمد المعموري، مسؤولية الما قول والمقا ول الفرعي، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد 24، العدد 1، 2016.
- 5- سليمان براك دايج، الفسخ بوصفة ضماناً للتنفيذ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 4، 2015.

رابعاً- المواقع الالكترونية

- 1- ايمان طارق ومنصور حاتم، معيار الغموض في تحديد مضمون العقد، بحث منشور على الموقع التالي:
http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/publication_view.aspx?fid=7&pubid=2286
- 2- رجواني كمال، قراءة في مرسوم 10 فبراير 2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات، بحث منشور على الموقع التالي <http://www.alkanounia.com>
- 3- محمد عمارة، المعيار الذاتي والموضوعي في القانون الجزائري، ص 14، بحث منشور على الرابط التالي:
http://www.univ-djelfa.dz/revues/dirassat/index_htm_files/Makal11_03.pdf

ماهية التسبب في الجرائم غيد العمدية

✍️ عباس عبد الرزاق السعدي

طالب دكتوراه في القانون العام القسم الجنائي في جامعة سوران- كوردستان العراق
ماجستير إدارة مصارف من جامعة بنسلفانيا-الولايات المتحدة الأمريكية

المقدمة:

إذا كان التسبب لغةً هو أحد اشتقاقات كلمة سبب، فانه قد يبدو للوهلة الأولى ان الامر غاية في السهولة من حيث عدم التمييز والتفرقة بينهما حيث أن السبب من السببية ومن ثم فإن التسبب من السببية أيضاً ولذلك يكون محله الركن المادي وليس المعنوي، فالسببية عنصر في الركن المادي يربط بين السلوك الجرمي والنتيجة الجرمية.

ولكن الامر في الحقيقة ليس كذلك، فالأمر لا يتعلق بمعنى التسبب في اللغة لنقر بسهولة، حيث ان موضوع التسبب يثير إشكاليات عديدة وآراء مختلفة بين فقهاء القانون الجنائي، الأمر الذي قد ينعكس بالنتيجة على عدم الاستقرار التشريعي والقضائي، فالتسبب هو غير السبب وإن محله قد يكون في الركن المعنوي وليس في الركن المادي. وهكذا، يكون ذلك من الإشكاليات ونحن نتكلم عن إمكانية استقرار التسبب في الركن المعنوي من الجريمة ما يتعلق بمدى كون التسبب هو الخطأ سواء في الجرائم غير العمدية او حتى في الجرائم العمدية التي تتعدى فيها النتيجة قصد الجاني؟ وإذا كان التسبب حقاً يعني الخطأ بأي صورة من صور الخطأ هو، فهل هو خطأ واعٍ يستلزم التوقع الإمكاناني الحقيقي، أم هو خطأ غير واعٍ يستلزم افتراض التوقع وإمكانه؟ ثم ما مدى حقيقة كون التسبب في الجرائم التي تتعدى فيها النتيجة قصد الجاني او في جريمة الانتحار ونحوها من الجرائم العمدية يبقى معبراً عن الخطأ في هذه الجرائم العمدية؟

فالركن المعنوي في مثل هذه الجرائم خليط مدمج من القصد والخطأ، لكون النتيجة الأولى التي يقصدها الجاني هي الايذاء، بينما تكون النتيجة الثانية التي يتسبب فيها الجاني كالوفاة مثلاً هي نتيجة غير عمدية تقع بطريق الخطأ. بمعنى ان التسبب يبقى في إطار طبيعته غير العمدية بوصفه (خطأ) ولكن في إطار جريمة عمدية، ولعل هذا الامر هو ما يبرر فلسفة المشرع الكوردستاني عندما شرع قانون مناهضة العنف الاسري في إقليم كوردستان - العراق رقم 8 لسنة 2011 عندما نص في المادة (الثانية) منه على صورة من صور العنف الأسري في الفقرة (10) وهي جريمة (الانتحار اثر العنف الاسري) و نص على صورة أخرى في الفقرة (11) وهي جريمة (الاجهاض اثر العنف الاسري) حيث أخذ بعنصر التسبب معبراً عنه بكلمة (إثر) الواردة في الفقرتين آنفاً، مع إن التسبب قد يكون عنصراً من عناصر الخطأ لكن المشرع الكوردستاني وضعه في هذه الجرائم العمدية، مثلما فعل في إضافة مصطلح (تسبب) في جريمة الانتحار الواردة في المادة (408) عقوبات، على الرغم من أن جريمة المساهمة في الانتحار تعتبر من الجرائم العمدية. حيث أن المشرع في هذه الجريمة ساوى بين من حرّض أو ساعد شخصاً بأية وسيلة على الانتحار وهو فعل عمدي وبين من تسبب في ذلك الانتحار الذي هو فعل يمكن أن يكون غير عمدي. ويلاحظ أن محل التسبب هنا من حيث الطبيعة والتكييف القانوني يمثل النتيجة غير العمدية في جريمة الانتحار التي كانت متعمدية قصد الجاني، ومثال ذلك فعل الزوج الذي يتسبب خطأ في انتحار زوجته، على الرغم من أنه

لم يكن ليريد قتلها عن طريق إقدامها على الانتحار ولكنه يكون قد خالف القانون بخصوص ايازائها نفسيا او ماديا او معنويا بالضرب أو المعاملة السيئة أو بمنعها من زيارة أهلها ونحو ذلك، فهو وإن تعدد ضربها لكنه لم يرد قتلها بل تسبب خطأ في ذلك.

أولاً- نطاق البحث: حيث ان موضوع التسبب في مجال القانون الجنائي موضوع واسع ومتشعب وانه يدخل أيضا في مجال في الرابطة النفسية العمدية، الا ان بحثنا سيقصر على عنصر التسبب في تحديد المسؤولية عن الجرائم غير العمدية.

ثانياً- إشكالية اشكالية: تتمثل إشكالية البحث في أن محل التسبب من حيث الطبيعة والتكييف القانوني يمثل النتيجة غير العمدية في جريمة الانتحار التي كانت متعمدة قصد الجاني، ومثال ذلك فعل الزوج الذي يتسبب خطأ في انتحار زوجته، على الرغم من أنه لم يكن ليريد قتلها عن طريق إقدامها على الانتحار ولكنه يكون قد خالف القانون بخصوص ايازائها نفسيا او ماديا او معنويا بالضرب أو المعاملة السيئة أو بمنعها من زيارة أهلها ونحو ذلك، فهو وإن تعدد ضربها لكنه لم يرد قتلها بل تسبب خطأ في ذلك. بالإضافة الى الإشكاليات المتعلقة بأحكام التسبب غير العمدية وما يتعلق بتحديد طبيعته ودوره في البنيان المعنوي للجريمة، كما ان هناك إشكالية أخرى تتعلق باستعمال المشرع العراقي في قانون العقوبات عدة مصطلحات قد تكون منازرة للتسبب فزاد من تعقيد الموضوع، منها على سبيل المثال مصطلحات: (نشأ) او (أفضى) او (ترتب) او (أدى) او (نجم) ونحوها، فهل قصد من ذلك انها مرادفات للتسبب الذي يمثل عنصر الخطأ؟ ام هي مصطلحات غير منازرة للتسبب الخطأ قد تمثل العمد؟ كما يثير التسبب في الجرائم غير العمدية الكثير من الإشكاليات من حيث التطبيق، وحقيقته وطبيعته وصفاته الجوهرية.

ثالثاً- أهمية البحث: تتبع أهمية البحث من أهمية اشكاليته، فمن الضروري إيجاد الية لتحديد ماهية التسبب في الجرائم غير العمدية لكون هذا الموضوع من الأهمية بمكان لم تطاله يد البحث بالتفصيل.

رابعاً- منهجية البحث: يعتمد البحث على منهج مركب: فهو دراسة تحليلية ومقارنة وانتقادية نظرية ووصفية، فهي تحليلية لكونها تتولى تحليل النصوص التي سوف نناقشها. اما كونها مقارنة فلأنها سوف تقارن القانون العراقي بباقي القوانين من حيث المعالجات، وباقي القوانين التي نجد من المفيد المقارنة فيها، كما وسنقارن بالشريعة الإسلامية كلما دعت الحاجة الى ذلك. اما كونها انتقادية ونظرية ووصفية فلكونها تتناول بالانتقاد والوصف النظري للنصوص الجزائية الخاصة في القانون العراقي واقتراح البدائل للمعيبة منها.

خامساً- هيكلية البحث: تناولنا موضوع البحث في مقدمة ومبحثين هما:

المبحث الاول: مفهوم التسبب في الجرائم غير العمدية، وقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين هما، المطلب الأول : معنى التسبب وما يناظره في لغة التشريع الجنائي. المطلب الثاني: معنى التسبب غير العمدية في التشريع الإسلامي.

والمبحث الثاني: تمييز التسبب غير العمدية مما يتشابه به، وقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين هما، المطلب الأول : التمييز في المنظور الجنائي. المطلب الثاني: التمييز في منظور التشريع الإسلامي. وينتهي البحث بخاتمة نعرض فيها لأهم النتائج والاستنتاجات والتوصيات التي ترشحت عن البحث.

المبحث الأول: مفهوم التسبب في الجرائم غير العمدية

من خلال هذا المطلب نحاول التوصل الى كنه التسبب وحقيقته في الجرائم غير العمدية من خلال تقسيم المطلب الى مطلبين: خصصنا المطلب الأول، لمعنى التسبب وما يناظره في لغة التشريع الجنائي. وخصصنا المطلب الثاني، لمعنى التسبب غير العمدية في التشريع الاسلامي، ودوننا ذلك:

المطلب الأول: معنى التسبب وما يناظره في لغة التشريع الجنائي

في هذا المطلب سنبحث في مصطلح التسبب والمصطلحات المناظرة له والتي استخدمها المشرع في قانون العقوبات اما للدلالة على التسبب واما كمرادف له، ومن هذه المصطلحات على سبيل المثال (افضى، ونشأ، وأدى، ونجم، وترتب) من أجل الوقوف على حقيقة هذه المصطلحات ودلالاتها وذلك من خلال الوقوف على معناها اللغوي والجنائي:

أولاً - التسبب: التسبب في اللغة، هو من اشتقاقات لفظة السبب، والسبب لغة هو الحبل الذي يتوصل به الى الماء، ثم استعمل لكل شيء يتوصل به الى غيره، والجمع أسباب⁹⁴²، وأسباب السماء، مراقيها او نواحيها او أبوابها، وقطع الله به السبب أي الحياة.⁹⁴³ والسبب هو كل شيء وصلت به الى موضع او حاجة تريدها، ويقال: للطريق سبب، لأنك بسببه تصل الى الموضع الذي تريده، وهو الاسم الذي يتوصل به الى المقصود. كما أن السبب في اللغة، عبارة عما يتوصل به الى مقصود ما فهو ما يتوصل به الى غيره⁹⁴⁴، وقيل السبب في اللغة ما يتوصل به الى المقصود من علم أو قدره أو آلة.⁹⁴⁵ **والسبب في الشريعة،** عبارة عما يكون طريقاً للوصول الى الحكم غير مؤثر فيه، والسبب التام هو الذي يوجد المسبب بوجوده فقط، والسبب غير التام هو الذي يتوقف وجود المسبب عليه ولكن لا يوجد المسبب بوجوده فقط.⁹⁴⁶ **والسبب في الاصطلاح،** ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته.⁹⁴⁷ وكلمة السبب في لغة العرب، تعني كل ما تسبب به للوصول إلى المطلوب من حبل أو وسيلة أو رحم أو قرابة أو طريق أو محجة، وغير ذلك. وقولنا فلان سببي إليك، أي وصلني. وما بيني وبينك سبب، بمعنى وصلة ورحم. وقطع الله به السبب، بمعنى الحياة.

ويطلق على الطريق سبب، للتسبب بركوبه إلى ما لا يدرك إلا بقطعه. ويقال للمصاهرة سبب، لأنها سبب للحرمة. ويقال للوسيلة سبب، للوصول بها إلى الحاجة، وكذلك كل ما كان به إدراك الطلبة، فهو سبب لإدراكها. وجمع السبب

⁹⁴² محمد بن مكرم اللافريقي المصري ابن منظور، لسان العرب، مادة (سبب)، ج1، دار صادر، ط1، بيروت 2010، ص455. محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص1203. محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج3، دار الهداية، ص38.

⁹⁴³ الأستاذ الطاهر احمد الزاوي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير واساس البلاغة، ج2، ط2، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، 1972، ص505. الامام محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح ط5، المطبعة الاميرية ببولاق، 1916، ص281.

⁹⁴⁴ محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط5، 1996، مادة (سبب)، ص491.

⁹⁴⁵ ابن منظور، مصدر سابق، ص137.

⁹⁴⁶ ابي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ص780. السيد الشريف ابي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي، التعريفات، وضع حواشيه وفهرسه محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص120.

⁹⁴⁷ احمد بن ادريس الصنهاجي القرافي، الفروق، تحقيق خليل المنصور، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص105. شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب، بيروت، 1994، ص69. محمد بن احمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى ابن النجار، شرح الكوكب المنير، تحقيق محمد الزحلي ونزيه حماد، ج1، ط2، مكتبة العبيكان، 1997، ص445.

أسباب، وأسباب السماء مراقيها، ونواحيها، أو أبوابها.⁹⁴⁸ وبالتتبع لما ورد من المفردات الداخلة تحت هذه المعاني للسبب يتحصل لنا منها ان السبب يطلق على ما يأتي:

- 1 . بمعنى الطريق، ومنه قول الله تعالى: (فأتبع سبباً)⁹⁴⁹، قال الزمخشري⁹⁵⁰، (ومالي اليه سبب: أي طريق)⁹⁵¹، فان المكان المقصود، وان كان الوصول اليه انما هو بالسير لا بالطريق، الا انه لا بد من الطريق للوصول اليه، ولذلك سمي سبباً.
- 2 . بمعنى الباب، ومنه قول الله تعالى (لعلني ابليغ الاسباب اسباب السماوات)⁹⁵²، أي أبوابها، او طرائقها.⁹⁵³ ومنه ايضاً قول الشاعر (ومن هاب اسباب المنايا ولو نال اسباب السماء بسلم)⁹⁵⁴، فان الاسباب هنا بمعنى الابواب وقيل انها بمعنى الطرائق، فتكون شاهداً للأول، وانما سمي الباب سبباً لأنه يتمكن من التوصل به الى المقصود.⁹⁵⁵
- 3 . بمعنى الحبل، ومنه (انقطع السبب، أي الحبل)⁹⁵⁶، ومن ذلك قول الله تعالى (فليمدد بسبب الى السماء)⁹⁵⁷، أي بحبل الى سقف البيت، وقيل في معناها (من كان يظن ان لن يرزقه الله فليمدد حبلاً الى سماء بيته، وليجعله في حلقة، ثم ليصلب نفسه حتى ينخثق)⁹⁵⁸، وقيل غير ذلك⁹⁵⁹، وانما سمي الحبل سبباً لأنه يتمكن التوصل به الى المقصود، فنزح الماء مثلاً وان كان يحصل بالاستسقاء، الا انه لا بد من الحبل للوصول اليه ولذلك سمي سبباً.⁹⁶⁰
- 4 . بمعنى الشفيح، ومنه قول الله تعالى (وتقطعت بهم الاسباب)⁹⁶¹ قال ابن منظور⁹⁶²، في معنى الآية: (الوصل والمودات)⁹⁶³، قال الزمخشري⁹⁶⁴ (انقطع بينهم السبب والاسباب الوصل)⁹⁶⁵، ومنه قول الشاعر (ما انت بالسبب الضعيف وانما

⁹⁴⁸ د. عبد اللطيف عوض محمد القرني، نظرية السببية في المسؤولية بين الفقه الإسلامي والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، 2016، ص 121 وما بعدها.

⁹⁴⁹ سورة الكهف، الآية: 85.

⁹⁵⁰ احمد بن محمد بن ابي بكر ابن خلكان، وفيات الاعيان وانباء أبناء الزمان، تحقيق احسان عباس، دار صادر بيروت، 1994، ص 254-260.

⁹⁵¹ الزمخشري، اساس البلاغة، دار بيروت، بيروت، 1404 هـ، 1984م، مادة سبب، ص 79.

⁹⁵² سورة غافر، الآيتان: 36، 37.

⁹⁵³ محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، مادة سبب، ص 491.

⁹⁵⁴ زهير بن ابي سلمى، ديوان زهير بن ابي سلمى، المحقق علي حسن فاعور، دار الكتب العلمية، 1988، بيروت، لبنان، ص 30.

⁹⁵⁵ محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقق عبد الكريم الغرناوي، دار التراث العربي، 1966، ص 37.

⁹⁵⁶ محمود بن عمر الزمخشري، اساس البلاغة، تحقيق، محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، 1998، مادة سبب، ص 79.

⁹⁵⁷ سورة الحج، الآية: 15.

⁹⁵⁸ خير الدين الزركلي، الاعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط5، 1980، ص 127.

⁹⁵⁹ سليمان عبد القوي الطوفي، شرح مختصر الروضة، تحقيق عبد المحسن التركي، ط2، 1998، ص 439.

⁹⁶⁰ محمد مرتضى الزبيدي، مصدر سابق، ص 37.

⁹⁶¹ سورة البقرة، الآية: 166.

⁹⁶² د. عبد اللطيف عوض محمد القرني، نظرية السببية في المسؤولية بين الفقه الإسلامي والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، 2016، ص 121.

⁹⁶³ ابن منظور، مصدر سابق، مادة سبب، ص 137.

⁹⁶⁴ عبد اللطيف عوض محمد القرني، مصدر سابق، ص 122.

⁹⁶⁵ الزمخشري، اساس البلاغة، مصدر سابق، مادة سبب، ص 79.

نجاح الامور بقوة الأسباب).⁹⁶⁶ ومنه ما جاء في لسان العرب (أي جعلت فلاناً سبباً الى فلان في حاجتي، أي وصلة وذريعة).⁹⁶⁷ ومن كل ما تقدم نستطيع القول ان السبب يطلق على كل ما يتوصل به الى مقصود ما.⁹⁶⁸ وبهذا يتبين ان تعريف ابن قدامة،⁹⁶⁹ للسبب في اللغة بقوله (عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به)⁹⁷⁰، وهو في هذا قد سار على نهج الغزالي⁹⁷¹، فان هذا ليس معناه لغة، بل ان ذلك مما يبحث عنه في حكمه من حيث التأثير في مسببه وعدم التأثير فيه.

وهكذا يتجلى معنى التسبب في اللغة والشريعة والاصطلاح من السبب، فكلمة التسبب مشتقة من السبب، وهو معنى من معاني السببية، وهو الأمر الذي قد يجعل البعض يتكلم عن التسبب كنظير للسببية ويجد التسبب ليس أكثر من الرابطة السببية التي محلها الركن المادي، بيد أننا ينبغي أن نتذكر بأن وصف التسبب بالسبب ووصف السبب بالسببية لازال في إطار اللغة والشريعة وليس في إطار القانون الجنائي الذي قد يكون للتسبب فيه معنى مختلف ومحلاً مختلف يفصح عنه المشرع الجنائي.

وبالنظر لموقف المشرع العراقي في قانون العقوبات من مصطلح التسبب، نجده قد استخدم مصطلح التسبب صراحة في عدة مواضع، جاءت بمعنى غير واضح فقد يكون المعنى قريب من مصطلح السبب الذي يناظر مصطلح التسبب في اللغة، كما مر بنا، وقد يكون المعنى قريب من الخطأ، بيد أن المشرع العراقي وفق رأينا، كان يريد بمصطلح التسبب معنى الخطأ غير العمدية في صورة عدم التوقع فهو يقر بوجود سببية تربط بين النتيجة والفعل الجرمي مثلما يقر بوجود إسناد معنوي بين الجريمة والفاعل ومن ثم فلا يمكن أن يقصد بكلمة التسبب معنى السببية، إذ لا يمكن ان يقيم المشرع المسؤولية الجنائية على عنصر السببية المادية حيث كما تقرر القاعدة الجنائية الحديثة (لا مسؤولية دون إثم)، ثم لا توجد سببية خطأ وسببية عمدية فلا يمكن أن يكون قصد المشرع (السببية غير العمدية) بعبارة (أو تسبب في قتله من غير عمد) الواردة في المادة (411) عقوبات عراقي، إنما كان قصده (الخطأ بغير توقع) بعد ذكره عبارة (من قتل شخصاً خطأ) وكان يقصد بها (الخطأ مع التوقع).

ومن أمثلة (التسبب) الخطأ في قانون العقوبات العراقي: المادة (411) منه المتعلقة بالقتل الخطأ بقوله (من قتل شخصاً خطأ أو تسبب في قتله من غير عمد). والمادة (419) منه المتعلقة بجريمة الايذاء المفضي الى الإجهاض بقولها (... من اعتدى عمداً على امرأة حبلى مع علمه بحملها بالضرب ... دون ان يقصد اجهاضها وتسبب عن ذلك اجهاضها). وكذلك جريمة إضرار الموظف خطأ بالأموال والمصالح العامة في المادة (341) عقوبات عراقي بالقول (يعاقب ... كل موظف أو مكلف بخدمة عامة تسبب بخطئه الجسيم في إلحاق ضرر جسيم بأموال أو مصالح الجهة التي يعمل بها ...). وجريمة الغرق

⁹⁶⁶ أبو بكر عبد القاهر بن عبد الرحمن بن محمد الجرجاني، دلائل الإعجاز في علم المعاني، مطبعة المدني، القاهرة، 1992، ص 334.

⁹⁶⁷ ابن منظور، مصدر سابق، ص 137، مادة سبب.

⁹⁶⁸ ابن منظور، مصدر سابق، ص 137. احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الجيل، الرياض، 1999، ص 64. محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، مصدر سابق، ص 37.

⁹⁶⁹ شمس الدين محمد بن احمد بن عثمان الذهبي، العبر في خبر من غبرت، تحقيق صلاح الدين المنجد، ط 2، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، 1984، ص 165.

⁹⁷⁰ موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر في اصول الفقه، ط 4، مكتبة الرشد، 1996، ص 246.

⁹⁷¹ ابو حامد محمد الغزالي، المستصفى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992، ص 60.

المفضية الى الموت خطأ في المادة (350) عقوبات بقولها (1) - يعاقب ... كل من تسبب بخطئه في احداث غرق إذا كان من شأن ذلك تعريض حياة الناس او اموالهم للخطر). وفي جريمة الاعتداء على وسائل النقل المفضية الى الموت خطأ في المادة (356) عقوبات بقولها (يعاقب ... من تسبب بخطئه في حصول حادث لأحدى وسائل المواصلات العامة البرية او المائية او الجوية من شأنه تعطيل سيرها او تعريض الاشخاص الذين فيها للخطر). وفي الجرائم المضرة بالصحة العامة المفضية الى الموت خطأ في المادة (369) عقوبات بقولها (يعاقب ... كل من تسبب بخطئه في انتشار مرض خطير مضر بحياة الافراد). وفي جريمة الحريق الخطأ المفضي الى موت خطأ في المادة (343) عقوبات بقولها (1) - يعاقب ... كل من تسبب بخطئه في احداث حريق في مال منقول او غير منقول إذا كان من شأن ذلك تعريض حياة الناس او اموالهم للخطر). وفي الجريمة الماسة بأمن الدولة الخارجي خطأ في المادة (171) عقوبات بالقول (يعاقب ... من تسبب بإهماله او برعونته او عدم انتباهه او عدم مراعاته القوانين والانظمة بارتكاب احدى الجرائم المنصوص عليها في المواد من 156 الى 169...). وفي الجريمة المتعلقة بالتجارة خطأ في المادة (469) عقوبات بالقول (يعد مفلسا بالتقصير ويعاقب ... كل تاجر حكم نهائيا بإشهار افلاسه يكون قد تسبب بتقصيره الجسيم في خسارة دائنيه...). وفي جرائم قتل الحيوانات والاضرار بها خطأ في المادة (485) عقوبات بالقول (يعاقب ... من تسبب بخطئه في موت او جرح بهيمة او دابة مملوكة للغير).

ثانيا - أفضى: الافضاء في اللغة، من أفضى يفضي إفضاءً. ولمادة الكلمة من الفاء والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على انفساح في شيء واتساع، ومن ذلك الفضاء الواسع⁹⁷²، والافضاء في الحقيقة الانتهاء، ومنه قوله تعالى ((وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا))⁹⁷³، ومعنى افضى بعضكم الى بعض، أي انتهى⁹⁷⁴ وأوى بعضكم الى بعض وعدها ب (الى) لأن فيه معنى وصل.⁹⁷⁵ وقيل الفضاء الساحة وما اتسع من الارض، يقال افضيت إذا خرجت الى الفضاء، وافضيت الى فلان بسري، وأفضى الرجل الى امرأته باشرها وجامعها.⁹⁷⁶ ويتضح مما تقدم ان الافضاء الوصول الى الشيء بسعة وهو من الفضاء.⁹⁷⁷

ويمكننا القول ان الافضاء مرادف من حيث المعنى اللغوي لمصطلح التسبب فكلاهما يعبران عن معنى الوصول والتواصل، وان استخدام المشرع لمصطلح (أفضى) في بعض المواد الجزائية وفي جرائم مشابهة للجرائم التي استخدم فيها مصطلح التسبب دلالة على ذلك المعنى الذي تم بيانه آنفاً عند الحديث عن معنى مصطلح التسبب في التشريع الجزائي، فنحيل اليه. فعلى سبيل المثال، أشارت الى مصطلح أفضى بمعنى التسبب جريمة الضرب المفضي الى الموت في المادة 410 عقوبات بالقول (من اعتدى عمداً على آخر بالضرب او ... ولم يقصد من ذلك قتله ولكنه أفضى الى موته). وفي جريمة الاجهاض المفضي الى الموت في المادة (2/417) عقوبات بالقول (... وإذا أفضى الاجهاض او الوسيلة التي استعملت

⁹⁷² احمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة مصدر سابق، ص441.

⁹⁷³ سورة النساء، الآية 21.

⁹⁷⁴ د. حمدي احمد سعد، الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999، ص 35.

⁹⁷⁵ ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص 139 كلمة (فضا).

⁹⁷⁶ أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ترجمة أبو نصر الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1987، ص248/2 كلمة (فضا).

⁹⁷⁷ أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، حققه د. عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، ط2، 1998، ص154-155.

في أحداثه ولو لم يتم الاجهاض الى موت المجني عليها فتكون العقوبة ...). وفي المادة (2/418) عقوبات بالقول (وتكون العقوبة ... إذا أفضى الاجهاض او الوسيلة التي استعملت في أحداثه ولو لم يتم الاجهاض الى موت المجني عليها). وفي جريمة الحريق المفضي الى الموت في المادة (4/342) عقوبات بالقول (وتكون العقوبة ... إذا أفضى الحريق الى موت انسان). وفي جريمة الغرق المفضية الى الموت في المادة (349) عقوبات بالقول (وتكون العقوبة ... إذا أفضى الغرق الى موت انسان).

ثالثاً - نشأ: معنى نشأ في قاموس معاجم اللغة، من نشأ، نشأ عن، نشأ في، نشأ من ينشأ، نشأة ونشأ ونشوءاً، فهو ناشئ، والمفعول منشوء عنه، نشأ الشيء: حدث وتجدد، نشأت بينهما صداقة / علاقة تجارية. نشأ الصبي: شب ونما نشأ فلان نشأة حسنة -وينشأ ناشئ الفتيان منا على ما كان عوده أبوه. نشأ الشيء عن غيره / نشأ من غيره: تولد منه أو عنه ونجم، ينشأ البخار من الحرارة -وينشأ الدخان من الاحتراق. نشأ في بيت فلان: تربى فيه وترعرع نشأ نشأة صالحة -ينشأ أبناء العمال المهاجرين في مجتمعات غربية عنهم، نشأ في حجر فلان: في كنفه ومنعته وحمايته.⁹⁷⁸

ويظهر من كل ذلك وبالتقريب الى المعنى الاصطلاحي في القانون الجنائي، فإن مصطلح (نشأ عنه) قريب من معنى (تسبب عنه) أو (كان السبب فيه) أو (أفضى اليه)، حيث نرى أن مصطلح نشأ في اللغة - كما تقدم - يدل على العلاقة والصلة والتولد عن شيء أو ان ينجم عن الشيء، وهو المعنى ذاته المراد بمصطلح تسبب أو أفضى. ويمكننا القول بعد هذا، أن لفظة نشأ هي مرادفة للفظه أفضى التي تعني تسبب ومن ثم فإن لفظة نشأ يمكن ان تكون مرادفة للفظه تسبب. من هنا، فإن المشرع العراقي استخدم لفظة نشأ في عدة مواضع للدلالة على معنى التسبب غير العمدي. ومثال ذلك ما جاء في جريمة الغرق المفضية الى الموت خطأ في المادة (3/2/350) عقوبات بالقول (2 - وتكون العقوبة ... إذا نشأ عن الغرق تعطيل مرفق عام او ضرر جسيم بالأموال. 3 - وتكون العقوبة ... إذا نشأ عن الجريمة موت انسان). وفي جريمة الاعتداء على وسائل النقل المفضية الى الموت خطأ في المادة (356) عقوبات بالقول (يعاقب ... من تسبب بخطئه في حصول حادث لأحدى وسائل المواصلات العامة البرية او المائية او الجوية من شأنه تعطيل سيرها او تعريض الاشخاص الذين فيها للخطر. وتكون العقوبة ... إذا نشأ عن الجريمة كارثة او موت انسان). وفي الجرائم المضرة بالصحة العامة المفضية الى الموت خطأ في المادة (369) عقوبات بالقول (يعاقب ... كل من تسبب بخطئه في انتشار مرض خطير مضر بحياة الافراد. فاذا نشأ عن الفعل موت انسان او اصابته بعاهة مستديمة عوقب الفاعل بالعقوبة المقررة لجريمة القتل خطأ أو جريمة الايذاء خطأ حسب الاحوال). وفي جريمة الحريق الخطأ المفضي الى موت خطأ في المادة (3/2/343) عقوبات بالقول (2 - وتكون العقوبة ... إذا نشأ عن الحريق تعطيل مرفق عام او ضرر جسيم بالأموال. 3 - وتكون العقوبة ... إذا نشأ عن الجريمة موت انسان). وفي قانون إدارة المرور العراقي رقم 86 لسنة 2004، نجد أن جريمة (التسبب بالوفاة جراء المخاطرة بالقيادة) في القسم رقم (24) تنص على أن (2. وتكون العقوبة ... إذا نشأ عن الجريمة المبينة في الفقرة "1" من هذه المادة موت أكثر من شخص واحد أو موت شخص وإلحاق أذى أو مرض جسيمين أو عاهة مستديمة بأكثر من شخص واحد... 4. وتكون العقوبة ...

⁹⁷⁸ إبراهيم انيس وعبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله احمد، قاموس المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004، ص 920.

إذا نشأ عن الجريمة المبينة في الفقرة "3" من هذه المادة موت أكثر من شخص واحد أو موت شخص وإلحاق أذى أو مرض جسيمين أو عاهة مستديمة بأكثر من شخص واحد).

رابعاً - أذى: في اللغة، أذى، أذى إلى، أذى ب، يؤذي، أذى، تأذية، فهو مؤذ، والمفعول مؤذ، أذى عمله: قام به، أتمه وأنجزه، قضاه "أذى الصلاة: أقامها في وقتها - أذى واجبه، بالتحية العسكرية أو اليمين الدستورية - أذى دور البطل في المسرحية - أذى الدين: وقاه. أذى الحق، أذى إليه الحق: أوصله، وسلّمه. قال تعالى في سورة النساء الآية 58 (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ...). أذى المرض إلى الوفاة، أذى به المرض إلى الوفاة: انتهى وأفضى به، قاده إليها "أذى به الاكتئاب إلى العزلة - أذى به دأبه وجده إلى التفوق - سياسة العنف أدت إلى مزيد من التعقيدات - شنوا حرباً أدت بهم إلى الهلاك - كل الطرق تؤدي إلى روما مثل: يضرب للوسائل المختلفة التي تقود إلى غاية واحدة.⁹⁷⁹

ومما تقدم نجد ان لفظة (أذى) تأتي بمعنى انتهى وأفضى، وبالتالي فإنها من الممكن ان تستخدم كمترادف للإفشاء وللتسبب، وان **المشرع العراقي** استخدم لفظة أذى للدلالة على لفظ التسبب خطأ في عدة نصوص، فقد أشار قانون رعاية الأحداث العراقي رقم (76) لسنة 1983 الى حالة التسبب خطأ في ارتكاب الجرائم غير العمدية، حيث جاء في الفصل الثالث المتعلق بمسؤولية الأولياء في المادة (29) منه على أن (أولاً - يعاقب ... كل ولي أهمل رعاية الصغير أو الحدث إهمالاً أدى الى التشرد أو انحراف السلوك). كما نص على بعض الجرائم التي تكون النتيجة فيها متعمدية قصد الجاني، حيث تمثل النتيجة الشديدة فيها حالة التسبب الخطأ التي عبر عنها المشرع بلفظ (أذى)، كما في جريمة الاعتداء على وسائل النقل المفضية الى الموت في المادة (354) عقوبات بالقول (يعاقب ... من عرض عمدا للخطر بأية طريقة كانت سلامة الملاحة الجوية او المائية او سلامة قطار أو ... وتكون العقوبة ... إذا أدى ذلك الى موت انسان). والمادة (3/1/355) عقوبات بالقول (1 - يعاقب ... كل من أحدث عمداً تخريباً او اتلفاً بطريق عام او مطار او جسر او قنطرة او سكة حديدية او ... 3 - وتكون العقوبة ... إذا أدى ذلك الى كارثة او موت انسان). وفي قانون العقوبات العسكري العراقي رقم (19) لسنة 2007 الجرائم المرتكبة على المال أو النفس في أثناء النفير الواردة في الفصل التاسع من هذا القانون، حيث نصت المادة (61) منه على أن (... سادساً - يعاقب ... إذا أدى استعمال القوة الى إحداث عاهة مستديمة في جسم المجني عليه. سابعاً - تكون العقوبة ... إذا أدى استعمال القوة الى موت المجني عليه).

خامساً - نجم: في اللغة، نجم عن ينجم، نجماً ونجوماً، فهو ناجم، والمفعول منجوم - للمتعدّي، نجم الشيء: طلع، وظهر، نجم النبات، السن، نجم السهم: نفذ، نجم الدين: أذاه أفساطاً، نجوماً، نجم الشخص: نبغ، نجم له رأي: بدأ، ونجم عن هذا الأمر كذا: نشأ وحدث.⁹⁸⁰

ومما تقدم نجد ان لفظة (نجم) تأتي بمعنى نشأ التي هي إحدى مرادفات الافشاء والتسبب كما مر بنا سابقاً، وان **المشرع العراقي** استخدمها في قانون رعاية الأحداث العراقي رقم (76) لسنة 1983، حيث جاء في الفصل الثالث المتعلق بمسؤولية الأولياء في المادة (29) منه على أن (أولاً - يعاقب ... كل ولي أهمل رعاية الصغير أو الحدث إهمالاً أدى الى التشرد أو انحراف السلوك. ثانياً - تكون العقوبة ... إذا نجم عن هذا الإهمال ارتكاب الحدث جنحة أو جناية عمدية). وفي الجرائم التي تكون فيها النتيجة متعمدية قصد الجاني، حيث تكون النتيجة الشديدة التي نجمت عن فعل الاعتداء العمدي

⁹⁷⁹ إبراهيم انيس وآخرون، مصدر سابق، ص10.

⁹⁸⁰ إبراهيم انيس وآخرون، مصدر سابق، ص 904.

نتيجة غير عمدية، كما في جريمة الاعتداء على وسائل النقل المفضية الى الموت في المادة (354) عقوبات بالقول (يعاقب ... من عرض عمداً للخطر بأية طريقة كانت سلامة الملاحة الجوية او المائية او سلامة قطار او سفينة او طائرة او اية وسيلة من وسائل النقل العام. وتكون العقوبة ... إذا نجم عن الفعل حدوث كارثة للقطار او غيره مما ذكر...) .

سادساً - ترتب: ترتب في اللغة: (فعل) ترتب على يترتب، ترتباً، فهو مُترتب، والمفعول مترتبٌ عليه ترتبت الأمور: انتظمت ترتب البيت ترتباً بديعاً: تم وضع كل شيء في محله، ترتب عن عمله فوضى لا حد لها: نتج عن ذلك ترتب عليه أن يؤدي الثمن غالباً: توجب عليه، لزمه ترتب التمثال: انتصب يترتب عليه كذا: يستقر وينبئ.⁹⁸¹

ومما تقدم، فان لفظ (ترتب) تأتي بمعنى نتج التي هي من معاني لفظة افصى المرادفة للفظ تسبب. وان **المشرع العراقي** استخدم لفظ ترتب في جريمة المفرقات والمتفجرات المفضية الى الموت في المادة (345) عقوبات بالقول (يعاقب ... كل من استعمل او شرع في استعمال المفرقات او المتفجرات استعمالاً من شأنه تعريض حياة الناس للخطر. فاذا ترتب على استعمال المفرقات او المتفجرات ضرر جسيم بالأشخاص او ترتب عليه موت انسان كانت العقوبة ...).

المطلب الثاني: معنى التسبب غير العمدى في التشريع الإسلامي

علمنا آنفاً أن التسبب يأتي بمعنى السبب في اللغة واصطلاح الفقه الإسلامي، ولذلك فالحديث عن السبب هو ذات الحديث عن التسبب. ومن يتأمل طروحات الفقهاء والشرح في تناول موضوع السبب وتعريفه يتضح له انهم مختلفون فيه من حيث كونه يتضمن معنى العلة او عدمه، ومن أجل ذلك، نجد ان البعض الذي يرى انه يشمل العلة لا يفرق بين ان يكون هذا السبب مناسباً لتشريع الحكم مناسبة ظاهرة، او غير مناسب له مناسبة ظاهرة. أما البعض الآخر الذي يرى انه لا يشمل عليها، فنجدهم يشترطون عدم مناسبته الظاهرة لتشريع الحكم، وبالمحصلة يمكننا القول ان للسبب (التسبب) ثلاث معانٍ هي:

أولاً - يطلق السبب على ما إذا كان بين الحكم والوصف مناسبة ظاهرة وغير ظاهرة.

بمعنى انه كل (وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفاً لحكم شرعي). ومن خلال تحليل المعنى المتقدم فكلمة (وصف) أي معنى من المعاني، ولهذا كثر في كلام الأصوليين والفقهاء إطلاق المعنى على العلة، بل إن المتقدمين لا يكادون يذكرون (العلة) بل (المعنى)⁹⁸²، وكلمة (ظاهر)، أي احتراز من الوصف الخفي، فانه لا يصلح ان يكون معرفاً، فبالتالي لا يكون سبباً. أما كلمة (منضبط) أي بمعنى محدد حيث لا يختلف مهما اختلف الاشخاص او الاحوال، وهو احترازاً من غير المنضبط الذي هو المضطرب، حيث ان الاضطراب يمنع ترتيب الحكم عليه، من اجل رفع الحرج عن المكلف. أما عبارة (معرفاً لحكم شرعي) فأنها تدل على العلامة عليه من غير ان يكون له تأثير فيه، وهذا القول يتضمن ما إذا كان بين الحكم والوصف مناسبة ظاهرة، او غير ظاهرة، ولكن إذا ما كان بينهما مناسبة ظاهرة، فانه يسمى علة كما يسمى سبباً، اما إذا لم يكن بينهما مناسبة ظاهرة فانه يسمى سبباً فقط.⁹⁸³

⁹⁸¹ المصدر السابق نفسه، ص 85.

⁹⁸² د. محمد مصطفى الزحلي، كتاب الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ط2، ج1، دار الخبر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2006، ص301.

⁹⁸³ ابو الحسن بن علي الامدي، الاحكام شرح اصول الاحكام، تحقيق د. سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1996، ص127. سليمان عبد القوي الطوفي، مصدر سابق، ص493.

ومن أجل التفريق بين السبب والعلّة فقد قال بعض الفقهاء ان كل علّة سبب ولكن ليس كل سبب علّة، وهذا يعني ان السبب والعلّة متغايران في المفهوم فحقيقة العلّة تختلف عن حقيقة السبب، الا ان السبب أعم من العلّة عندهم.⁹⁸⁴ بينما هناك جانب آخر من الفقه عرّف السبب بأنه ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته، بمعنى انه وصف ظاهر منضبط جعله الشارع علامة على مسببه وربط وجود المسبب بوجوده وعدمه بعدمه فيلزم من وجود السبب وجود المسبب ومن عدمه عدم المسبب لذاته.⁹⁸⁵

ومن كل ما تقدم يمكننا القول، أن كلاً من العلّة والسبب علامة على الحكم، وكل منهما بني الحكم عليه وربط به وجوداً وعدمًا، ولكل منهما حكمة في ربط الحكم به وبناؤه عليه، فإذا كانت المناسبة في هذا الربط مما يدركه العقل البشري أطلق على الوصف بأنه علّة وأطلق عليه ايضاً سبب، اما إذا كانت مناسبة هذا الربط مما لا يستطيع العقل البشري ادراكه أطلق عليه سبب فقط، دون ان يسمى علّة.

ثانياً - يطلق السبب على ما يضاف الحكم اليه لتعلق الحكم به.

ويطلق السبب على ما يضاف الحكم اليه لتعلق الحكم به سواء كان بين السبب وبين حكمه مناسبة، او لم تكن، والفرق بين هذا المعنى والمعنى الاول يظهر جلياً من خلال تعريف مؤيدي هذا المعنى للعلّة، حيث انهم جعلوا العلّة كالسبب في اشتغالها على ما بينه وبين حكمه مناسبة او عدم اشتغالها، حيث انهم يرون انه لا فرق بين السبب والعلّة بل هما مترادفان فكل سبب علّة وكل علّة سبب.⁹⁸⁶

ثالثاً - يطلق السبب على ما كان بينه وبين الحكم مناسبة غير ظاهرة فقط.

يطلق السبب على ما كان بينه وبين الحكم مناسبة غير ظاهرة فقط لدرجة انه اشتهر عند الكثير بأن السبب هو العلّة كما تقدم، فقالوا في تعريف السبب، انه هو عبارة عن الطريق الى الشيء ومن سلكه وصل اليه، فناله في طريقه ذلك، لا بالطريق الذي سلك.⁹⁸⁷ ومعنى ذلك ان هذا التعريف للسبب في عرف هؤلاء الفقهاء مستعمل فيما هو موضوعه لغة ايضاً، وهو انه يكون طريقاً للوصول الى الحكم المطلوب من غير ان يكون الوصول به كالطريق يتوصل به الى المقصد، وان كان الوصول بالمشي، وكالحبل يتوصل به الى الماء، لا يتناول العلل بل يكون اسماً لنوع من المعاني المفصية الى الحكم.⁹⁸⁸ كما

⁹⁸⁴ د. عبد العزيز الربيع، السبب عند الاصوليين، مطابع جامعة الامام، الرياض، 1978، ص 169. د. عبد اللطيف عوض محمد القرني، نظرية السببية في المسؤولية بين الفقه الإسلامي والقانوني، دراسة تأصيلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 125.
⁹⁸⁵ ابو حامد محمد الغزالي، المستصفى، مصدر سابق، ص 94. شهاب الدين ابي الحسن القرافي، مصدر سابق، ص 61 - 62. محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار، شرح الكوكب المنير، تحقيق د. محمد الزحيلي ونزيه حماد، جامعه ام القرى، الطبعة الثانية، 1993، ص 451. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق محمد البدر، دار الفكر بيروت، ط 1، 1991، ص 6. د. عبد العزيز الربيع، مصدر سابق، ص 17 و 168. سليمان عبد القوي الطوفي، شرح مختصر الروضة، تحقيق عبد المحسن التركي، ط 2، 1998، ص 439.

⁹⁸⁶ جلال الدين المحلي، جمع الجوامع وشرح المحلى له، مطبعة الحلبي، مصر، ط 2، 1937، ص 133.

⁹⁸⁷ عبد العزيز البخاري، كشف الاسرار، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، طبعة بالوفست، 1974، ص 1290. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، اصول الفقه، تحقيق ابو الوفا الافغاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص 301. سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني الشافعي، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 137.

⁹⁸⁸ عبد العزيز البخاري، كشف الاسرار، مصدر سابق، ص 1290.

في حالة زوال الشمس، فقد جعلها الشارع سبباً لوجوب صلاة الظهر، فالعقل لا يدرك مناسبة ظاهرة بين زوال الشمس ووجوب صلاة الظهر، وكذلك الحال بالنسبة لشهود شهر رمضان الذي جعله الشارع سبباً لوجوب الصيام، فالعقل لا يدرك مناسبة ظاهرة بين شهود الشهر ووجوب الصيام. ولاستظهار الفرق بين هذا التعريف والتعريف السابق، فإن مريدي هذا التعريف انهم يقصرون معنى السبب على ما لم يكن بينه وبين حكمه مناسبة ظاهرة، اما ما كان بينه وبين حكمه مناسبة ظاهرة فيسمونه علة ولا يسمونه سبباً، فبالنسبة لهم ليس كل سبب علة، وليس كل علة سبب لوجود تباين بينهما.⁹⁸⁹ وبالمحصلة، يتبين لنا ان السبب عند هذا الجانب من الفقهاء هو الامر الذي جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم وانتفاءه علامة على انتفائه لذاته وليس بينه وبين تشريع الحكم مناسبة ظاهرة.

ولقد وردت كلمة السبب في القرآن الكريم في صيغة الاسم في تسع مواضع: حيث جاءت مفردة في خمسة مواضع، منها قوله سبحانه: (فأتبع سبباً)⁹⁹⁰، وجاءت بصيغة الجمع في أربعة مواضع، منها قوله سبحانه: (إذ تبرا الذين اتبعوا من الذين اتبعوا ورأوا العذاب وتقطعت بهم الأسباب)⁹⁹¹. وكلمة السبب وردت في القرآن الكريم على أربعة معان: فنجدها بمعنى (الباب)، وهو مستخلص من تفسير الآية الكريمة (وقال فرعون يا هامان ابن لي صرحا لعلي أبلغ الأسباب)،⁹⁹² بمعنى أبواب السماوات، وكذلك قوله عز وجل (أَمْ لَهُمْ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا ۖ فَلْيَرْتَقُوا فِي الْأَسْبَابِ)⁹⁹³، بمعنى إن كان لهم ملك السماوات والأرض وما بينهما، فليصعدوا في أبواب السماء وطرقها.⁹⁹⁴ وجاءت ايضا بمعنى (المنزل) و(الطريق)، وهذا المعنى مستخلص من تفسير قوله سبحانه (فأتبع سبباً).⁹⁹⁵ وجاءت أيضا بمعنى (العلم)، وهذا المعنى مستخلص من تفسير قوله سبحانه (وَأَتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا)،⁹⁹⁶ بمعنى آتيناه من كل شيء، يعني ما يتسبب إليه، وهو العلم به. وجاءت أيضا بمعنى (الحبل) وهذا المعنى مستخلص من قوله عز وجل (مَنْ كَانَ يَظُنُّ أَنْ لَنْ يَنْصُرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ثُمَّ لْيَقْطَعْ فَلْيَنْظُرْ هَلْ يُدْهِبَنَّ كَيْدَهُ مَا يَغِيظُ)،⁹⁹⁷ بمعنى من كان يظن أن لن ينصر الله محمداً، فليربط حبلاً في سقف، ثم ليختنق به حتى يموت.⁹⁹⁸

والخلاصة، ان لفظ (السبب) في القرآن الكريم جاء على أربعة معان هي: الباب والطريق والمنزل والعلم، والحبل (بالمعنى المادي أو المجازي). وقد اختلفت اقوال المفسرين في تحديد بعض الفاظ الآيات الكريمة التي وردت فيها كلمة

⁹⁸⁹ د. عبد العزيز الربيع، مصدر سابق، ص 180.

⁹⁹⁰ سورة الكهف، الآية 58.

⁹⁹¹ سورة البقرة، الآية 166.

⁹⁹² سورة غافر، الآية 36.

⁹⁹³ سورة ص، الآية 10.

⁹⁹⁴ سورة ص، الآية 10.

⁹⁹⁵ سورة الكهف، الآية 85.

⁹⁹⁶ سورة الكهف، الآية 84.

⁹⁹⁷ سورة الحج، الآية 15.

⁹⁹⁸ ابي جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، حققه وخرج أحاديثه محمود محمد شاكر، ج18، دار المعارف، مصر، ص 583.

السبب ولا مجال للتوسع فيها هنا، ومهما يكن من أمر فإن هذا التعدد في المحصلة لا يخرج عن هذه المعاني الأربعة التي ذكرناها انفاً.

أما ما يتعلق بموضوع التسبب في الفقه الإسلامي، فإن الفقهاء المسلمين يبحثون موضوع التسبب عند بحث موضوع الضمان حتى ان موقف الفقه الانكلوسكسوني يبدو أنه تأثر كثيراً بموقف الفقه الإسلامي في موضوع التسبب من حيث ان التسبب لا قصاص فيه، كما ان الفقه الانكلوسكسوني يلحق التسبب بالتعويض المدني فقط وسنفضل ذلك لاحقاً، فقد قسم الفقهاء المسلمين القتل الى عدة تقسيمات في معرض كلامهم عن الضمان، وهي: **الرأي الأول**: رأي الأحناف وقد قسموا الجناية على النفس الى خمسة اقسام هي: القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ، وما أجري مجرى الخطأ، والقتل بالتسبب. والذي يهمنا من هذا التقسيم هو النوع الرابع والخامس. حيث ان النوع الرابع يتطرق الى ما أجري مجرى الخطأ، بمعنى حصول الموت بما لا يصدر عن إرادة وقصد من الجاني كما في المثال المشهور عندهم ألا وهو ان ينقلب نائم على اخر فيقتله. أما في النوع الخامس فهو القتل تسبياً، بمعنى التسبب في موت اخر دون قصد او مباشرة كما في حالة من يحفر بئراً في الطريق فيقع فيه عابر سبيل فيموت او ان يضع شخصاً ما حجراً او خشبة على قارعة الطريق فيعثر بها شخص ويموت وحالة الاكراه على القتل وكذلك جهود القصاص عندما يرجعون عن شهادتهم بعد قتل المتهم المشهود عليه وكذلك شهادة الزور على شخص بريء بالقتل.⁹⁹⁹ أما **الرأي الثاني**: وهو رأي بعض الحنابلة، حيث قُسم بعض فقهاء الحنابلة القتل الى أربعة اقسام هي: العمد، وشبه العمد، والخطأ، وما يجري مجرى الخطأ، ونجدهم هنا ادخلوا التسبب في قسم ما يجري مجرى الخطأ.¹⁰⁰⁰ **والرأي الثالث**: وفيه قُسم أبي حنيفة ومحمد ومالك والشافعية وأكثر الحنابلة القتل الى ثلاثة اقسام هي: العمد، وشبه العمد، والخطأ، وجعلوا التسبب وما يجري مجرى الخطأ ضمن الخطأ.¹⁰⁰¹ **والرأي الرابع**: وفيه قُسم المالكية والليث بن سعد واهل الظاهر وبعض الزيدية القتل الى قسمين هما: العمد، والخطأ.¹⁰⁰²

ومن كل ما تقدم من آراء في تقسيمات القتل، يتضح لنا ان جانب من الفقهاء افردوا اقسام مستقلة للتسبب، وما يجري مجرى الخطأ، وقسم اخر اعتبرهما ملحقين بالخطأ، مما يعني انه بالمحصلة النهائية هناك اجماع فقهي على ان التسبب هو

⁹⁹⁹ الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص 139. السرخسي، المبسوط، ج 27، ص 155. ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج5، ص 29. ابن الشحنة، لسان الحكام في معرفة الاحكام، ج1، ص 389. شيخ زادة، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابحر، ج4، ص 313. الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج1، ص 313. الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص 531. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، ص 327. ابن عابدين، حاشية رد المختار شرح تنوير الابصار، ج6، ص 531.

¹⁰⁰⁰ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1419 هجرية، ج9، ص 320. ابن قدامه، المغنى في فقه الامام احمد بن حنبل الشيباني، ج9، ص 321. شرف الدين موسى بن احمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل، تحقيق عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج4، ص 167 وما بعدها.

¹⁰⁰¹ السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ص 26 و 59. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ج8، ص 329. ابن مفلح، الفروع، ج5، ص 622. القاضي عبد الوهاب، التلقين في فقه المالكي، ج2، ص 184. إسماعيل بن يحيى المزني، المختصر، دار الفكر، 1980، دمشق، ج7، ص 299-300. أبو شجاع الاصفهاني، غاية الاختصار، ص 451. الماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، ج13، ص 14.

¹⁰⁰² أبو الحسن بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1998، ط1، ج2، ص 602. القرافي، الذخيرة، ج12، ص 27. يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصي النمري القرطبي، الكافي في فقه اهل المدينة المالكي، تحقيق ولد ماديك الموريتاني ومحمد محمد ابيد، ج2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1980، ص 1096.

خطأ وليس عمد وهذا واضح من أحكام الضمان التي تقررت لكل حالة حيث لا قصاص في التسبب ولا ما يجري مجرى الخطأ.

المبحث الثاني: تمييز التسبب غير العمدى مما يتشابه به

هناك الفاظ قد تتداخل وتتشابه مع لفظ التسبب في الجرائم غير العمدية وقد يعتقد أنها مرادفة له في حين أن الأمر ليس كذلك، وهو ما سنفصل فيه في فروعين: فقد خصصنا الفرع الأول لموضوع، التمييز في المنظور الجنائي. والفرع الثاني لموضوع، التمييز في منظور التشريع الإسلامي. وعلى التفصيل الآتي:

المطلب الأول: التمييز في المنظور الجنائي

نبحث في هذا الفرع تمييز التسبب في الجرائم غير العمدية مما يتشابه به من منظور جنائي من حيث التسبب والمباشرة والتسبب والسببية والتسبب والتسبب، وعلى التفصيل المبين في أدناه:

أولاً-التسبب والمباشرة: على الرغم من أننا نتكلم عن موقف الفقه والتشريع الجنائي، إلا أن من الضروري عرض موقف الفقه الإسلامي حول الموضوع من الزاوية الجنائية لوجود صلات بينهما، حيث يقيم الفقه الإسلامي سبب المسؤولية على مبدأ الفعل غير المشروع كما في ارتكاب المعاصي بارتكاب ما نهى الله عنه أو بترك ما أمر الله به، بمعنى آخر توفر الخطأ من جانب الفاعل، فالمعصية تقابل الخطأ في مفهومه الواسع¹⁰⁰³، وقد ذهب الفقهاء المسلمون إلى بيان أن رابطة السببية تقوم بارتكاب الفاعل سلوكاً إيجابياً، سواء بصورة مباشرة كالقتل بالسيف أو بالسكين أو بالقاء المجني عليه من علو شاهق أو بخنقه أو بإعطائه السم، أو بصورة غير مباشرة كما في حالة شهادة الزور التي يترتب عليها موت المتهم أو حفر بئر وتغطيتها في طريق المجني عليه فيسقط فيها ويلقى حتفه¹⁰⁰⁴ كما أن رابطة السببية تقوم بارتكاب الفاعل سلوكاً سلبياً، كامتناع الأم عن إرضاع طفلها إذا أفضى الأمر إلى وفاته، أو الامتناع عن ربط الجبل السري للطفل إذا أدى الأمر إلى موته¹⁰⁰⁵ وأن الفقه المالكي في غالب تطبيقاته في المجال الجنائي نجده يقسم السبب إلى قسمين هما: سبب قريب، مثل الإمساك وسبب بعيد، مثل حفر البئر، فالإمساك سبب قريب: لأن الممسك مباشرة لإمساكه ولولاه ما حدثت النتيجة، وحفر البئر سبب بعيد، لأن الفاعل حفر البئر ولم يباشر، فلو أمسك رجل رجلاً آخر ليتمكن شخص ثالث من قتله وجب القصاص على كل من الماسك والقاتل معاً، فيقتل القاتل لمباشرته والماسك لإسهامه ومشاركته، لأنه أمسك ظملاً رجلاً لمن يعلم أنه يريد قتله، كما لو أمسكه لسبع حتى أكله أو نار حتى أحرقتة¹⁰⁰⁶ بشرط أن يعلم أنه بلا المسك لا يتمكن الفاعل من قتله¹⁰⁰⁷ على خلاف رأي الحنابلة والظاهرية في هذه الحالة، فإنهم يرون أنه لو أمسك رجل رجلاً ليتمكن ثالث من قتله يقتل القاتل، ويحبس المسك حتى

¹⁰⁰³ المستشار أحمد موافى، الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، إصدار المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة 1965، ص 146.

¹⁰⁰⁴ ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ج 9، بدون تاريخ للطبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 322. الشيخ محمد حسن باقر النجفي، جوهر الكلام شرح شرائع الإسلام، الجزء 42، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981، ص 39.

¹⁰⁰⁵ شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء 7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993، ص 238. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ص 326.

¹⁰⁰⁶ أبي عبد الله محمد الخرشي، فتح الجليل شرح مختصر جليل، الجزء 8، بدون سنة طبع، ص 10.

¹⁰⁰⁷ أبي الوليد سليمان الباجي المنتقى، شرح الموطأ، الجزء 7، دار الفكر العربي، بدون سنة للطبعة، ص 121.

يموت، واعتمد اصحاب هذا الراي بما رواه الدارقطني في سننه عن نافع بن عمر عن النبي محمد صلى الله عليه وسلم انه قال: (إذا امسك الرجل وقتله الاخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي امسك).¹⁰⁰⁸

ولا جدال في ان الشريعة الاسلامية وهي النبع الذي لا ينضب للقوانين قد اشترطت لمساءلة الفاعل عن النتيجة الجرمية اسناداً مادياً وثيقاً يربط ما بين تلك النتيجة وفعله، وكثيراً ما تطرق الفقهاء المسلمون للرابطة السببية عند بحثهم للجرائم وبتفصيل يفوق ما فعله فقهاء القانون، واخص الجرائم التي تعرضوا فيها لبحث الاسناد المادي هي جرائم القتل العمد وشبه العمد بأنواعها، كما تعرضوا لبحث هذا الاسناد عندما تكلموا عن الافعال المتصلة بالقتل وقسموها الى سبب (علة) وشرط ومباشرة¹⁰⁰⁹، الامر الذي يلزمنا البحث فيها:

1. **السبب والشرط:** بخصوص موقف الفلاسفة المؤثرين في القانون الجنائي نقول: إن الفقيه والفيلسوف (هيوم) قصر الأسباب الخاصة على الحوادث الإيجابية والأشياء. بينما نجد أن حالات السببية في القانون لا تقتصر الأسباب فيها على الحوادث الإيجابية والأشياء فحسب، إنما تتضمن أوضاعاً ثابتة أو حالات الترك، كما في حالة وجود الجليد في الطريق الذي يكون السبب في حادثة ما، أو كما لو أن عدم رفع عتلة ماكنة يكون السبب في حادثة معينة. أما الفقيه والفيلسوف (ميل) فهو يؤكد في مناقشته للفكرة العامة للسبب الصورة السلبية للسبب، حيث قال: إنه بالإمكان عد الشرط السالب سبباً لحادثة ما، كما في حالة عدم إبداء المشورة الطبية لمريض فيتسبب ذلك بوفاته، وحالة الغرق التي هي في حقيقتها تتضمن شرطاً إيجابياً هو سقوط الفرد في الماء وشروطاً سلبية أخرى تكمن في كون الفرد لا يستطيع العوم وعدم تقديم المساعدة له من شخص آخر. من هنا، ينكر (هيوم) التمييز بين السبب (Cause) والشرط (Condition) والمناسبة (Occasion)، فهو يعتقد بأن سبب هذا التمييز يعود إلى أخطاء استشرى استعمالها في الفلسفة. وعلى ذلك فهو يؤمن بأن جميع الأسباب هي من نوع واحد، وبالتالي فليس من داع ولا أساس للتمييز بين أسباب فعالة وأخرى لازمة أو ضرورية، أو التمييز بين أسباب فعالة وأخرى شكلية ونهاية، لأن فعالية السبب - والقول لهيوم - مستوحاة من اتحاد ثابت لشيئين،

وحيثما يوجد هذا الاتحاد فالسبب فعال، وحيثما لا يتوفر هذا الاتحاد فليس هناك سبب من أي نوع. كما أنه ينكر التمييز بين السبب والمناسبة للاعتبار ذاته، فإذا وجد اتحاد ثابت فيما نسميه بالمناسبة فإن هذه المناسبة ستمثل سبباً حقيقياً. أما (ميل) فلم يعتنق هذا الطريق المقتضب في التمييز بين السبب والشرط، بل إنه يدعي أن السبب الحقيقي يمثل المجموع الكلي لشروط الحادثة، فليس صحيحاً أن نقصر السبب على أحد الشروط دون غيره. وإنه يرى بأن السبب هو الشرط الذي يسبق النتيجة مباشرة، وإن إتمامه يكمل مجموعة الشروط. لقد وضع (ميل) من أجل التمييز بين الأسباب والشروط اعتبار التباين بين ما هو معروف للشخص الذي يبحث عن سبب الحادثة وبين ما يحتاج إليه من أمور مجهولة له مسبقاً.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁸ الامام ابي الحسن علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، الجزء 2، الطبعة الجديدة، دار الفكر بيروت، ص 91.

¹⁰⁰⁹ عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار الثقافة، بدون تاريخ، دار الثقافة، بيروت ص 309. عبد

الخالق النواوي، جرائم القتل في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ص 48. د. عبد الحميد الشواربي، جرائم الايذاء في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة، 1986، ص 29.

¹⁰¹⁰ استاذنا أ. د. مجيد خضر احمد، السببية، مصدر سابق، ص 15-16.

والسبب عند الاصوليين، هو ما جعله الشارع علامة على سببه وربط وجود المسبب بوجوده وعدمه بحيث يلزم من وجود السبب وجود المسبب ومن عدمه. ¹⁰¹¹ والشرط عندهم هو ما يتوقف وجود الحكم الشرعي على وجوده ويلزم من عدمه عدم الحكم. ¹⁰¹² بمعنى ان الشرط هو تعليق شيء على شيء فاذا وجد الاول وجد الثاني، بمعنى أكثر وضوح ان الشرط هو ما لا يؤدي الى حدوث النتيجة بل تحدث النتيجة بعامل اخر، وانما يتوقف تأثير هذا العامل على ذلك الشرط، كالحفر مع السقوط في الحفرة، فالحفر بذاته لا يؤدي الى النتيجة التي حدثت للشخص الذي سقط في الحفرة، ولكنه عامل مساعد للسقوط ذاته، فلولا الحفر ما حدثت النتيجة، وعلى هذا الاساس فان الشرط لا يرقى الى مرتبة السبب ولا يمكن القاء عبء النتيجة من ناحية الاسناد المادي عليه. ¹⁰¹³ ويتمثل التمييز بين السبب والشرط في ان السبب هو ما أثر في التلف او الموت، ولا يحصل بذاته بل بواسطة على ان الشرط يمثل "كل ما لا يؤثر في التلف او الموت بل يحصل التلف او الموت عنده بغيره، ويتوقف تأثير ذلك الغير عليه"، ¹⁰¹⁴ هذا يعني ان الشرط لا يكون علة للموت ولا يجلب الموت أي انه فعل لا يتلف المجني عليه ولا يكون علة في تلفه، ولكن كل ما في الامر ان وجوده كان لازماً للفعل الاخر، حتى يتحقق تأثيره وأثره. ¹⁰¹⁵ وان الفقهاء المسلمون متفقون على انه لا مسؤولية على صاحب الشرط، لكون فعله ليس علة للموت لا بل لم يؤد الموت به، وانما تقع المسؤولية على صاحب المباشرة الذي بفعله ادى الى الموت مباشرة، كما تقع على صاحب السبب الذي ادى فعله الى الموت بالواسطة ومن اجل ذلك فقد اجتمع الفقهاء على مساءلة الجاني في القتل العمد في حالتي المباشرة والتسبب وسميت الاولى قتلاً مباشراً والثانية قتلاً بالتسبب، ¹⁰¹⁶ مع العرض ان القتل بالتسبب العمدي هو غير المبنى على الخطاء من حيث المسؤولية والعقوبة.

أما في منظور القانون الجنائي، وبعيداً عن الآراء التي تذهب الى القول بمساواة السبب بالشرط، فان السبب عند فقهاء القانون الجنائي هو الذي يؤدي الى النتيجة، لأنه ينطوي على الفاعلية التي تمكنه من ذلك، في حين يقتصر دور الشرط على مجرد تهيئة البيئة الملائمة، بمعنى توفير الظروف المناسبة التي يمكن للسبب ان يعمل فيها فيطلق فعاليته المكتنزة فيه. عليه، يصح القول ان العامل الذي يحتويها هو سببها، أما الشرط فإن دوره ينحصر في مجرد توفير المعاونة للسبب، فهو بهذا الوصف لا ينطوي على فعالية ذاتية ومن ثم فلا يصح اعتباره سبباً للنتيجة. ¹⁰¹⁷

¹⁰¹¹ المستشار احمد موافى، مصدر سابق، ص146. والسبب له ثلاث انواع: الاول سبب حسي كالإكراه، والنوع الثاني سبب شرعي كشهادة الزور فأنها تولد في القاضي دواعي الحكم بناء على الشهادة اما النوع الثالث فهو سبب عرفي وهو ما يولد المباشرة توليداً عرفياً لا حسياً ولا شرعياً كتقديم الطعام المسموم، للمزيد من التفصيل يراجع في ذلك علاء الدين عبد العزيز البخاري، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلامي البرودي، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1974، ص176 وما بعدها.

¹⁰¹² المستشار احمد موافى، مصدر سابق، ص 146.

¹⁰¹³ الشريف بن علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص125.

¹⁰¹⁴ د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء 2، الطبعة 3، دار التراث للطبع والنشر، 1977، ص37.

¹⁰¹⁵ د. عبد القادر عودة، المصدر السابق ص37.

¹⁰¹⁶ د. احمد الكبيسي و د. محمد شلال المختصر في الفقه الجنائي الإسلامي، الطبعة الاولى، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1989، ص212. د. عبد الحميد الشواربي، جرائم الايذاء في ضوء القضاء والفقه، مصدر سابق، ص30. د. عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي، مصدر سابق، ص48.

¹⁰¹⁷ د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1982، ص68-95.

2. **السبب والمباشرة:** سبق وأن بينا أن السبب هو كل ما يؤثر في الموت أي النتيجة المتحققة، ويحصل بواسطة، ولا يحصل بذاته، بينما تعني المباشرة الفعل الذي يؤثر في التلف (الوفاة) وتؤدي إلى حدوثه،¹⁰¹⁸ بمعنى آخر هو قدرة الفعل على تحقيق الموت بذاته لا بواسطة، بأن يكون علة له، وعلى سبيل المثال أن الطعن بالسكين أو الخنق كلاهما يحقق الموت بذاته، ويدل في الوقت ذاته على الموت.¹⁰¹⁹ وعلى ذلك فإن المباشرة هي عكس السبب، فعل يؤثر في الموت مباشرة بذاته لا بواسطة فيكون المباشر مسؤول عن فعله، لكون هذا الفعل هو علة الموت الذي أدى إليه بالذات مباشرة، وأن صاحب السبب يكون مسؤولاً عن فعله، لأن هذا الفعل أدى إلى الموت بواسطة الذي كان سبباً متسبباً فيه لا مباشراً في حصوله، ولا فرق في المسؤولية بين المباشرة والتسبب متى ما تحققت النية الجرمية لدى الجاني.¹⁰²⁰

كما أن الفقهاء المسلمين لا يشترطون في القتل العمد أن يحصل بيد الجاني مباشرة، حيث لا فرق عندهم بين أن يكون هذا القتل مباشرة أو تسبباً، فيستوي عندهم بين ما إذا طعن الجاني المجني عليه بسكين وما إذا هباً وسائل أخرى للموت وأسبابه للإطاحة بها لا بل عندهم حتى وإن كان الموت معلقاً على ظرف معين أو على مشيئة المجني عليه، فإن الجاني يعد قاتلاً متعمداً.

في كل هذه الحالات ما دام الفعل يحدث الموت بذاته أو أن رابطة السببية بين الفعل والموت كانت متحققة، فالجاني يصل إلى القتل على وجه التسبب مثلما يصل إليه على وجه المباشرة.¹⁰²¹

ويقرر الحنابلة والظاهرية والشافعية والمالكية بأن قصد القتل على وجه التسبب هو قتل عمد يستوجب القصاص، لأن التسبب في باب القصاص (العمد) له مكانة المباشرة، بينما خالفهم الأحناف بقولهم أن القصاص لا يتعلق إلا بالقتل مباشرة، لا تسبباً ويبررون ذلك بقولهم أن ضمان العدوان قيد بالمثل شرعاً، ولا مماثلة بين القتل على وجه المباشرة والقتل على وجه التسبب، منبهين إلى أن القتل بالتسبب هو قتل معنى لا قتل صورة، أما القتل مباشرة فهو قتل معنى وصورة. وإن رأي الأمام أبو حنيفة يتفق مع سائر الأئمة في عدم التفرق بين القتل بالمباشرة والقتل بالتسبب واعتبار أن كليهما قتل متعمد، إلا أنه يجعل القصاص عقوبة لمن يقتل بالمباشرة ويدراً القصاص عن القاتل بالتسبب.¹⁰²²

أما القانون الجنائي، فسار على هدي ما سار عليه جمهرة فقهاء المسلمين، فلم يفرق في العقوبة بين من يقتل آخر بصورة مباشرة أو غير مباشرة، إذ يسأل الفاعل في كليهما عن جريمة القتل العمدي وينال عقوبتها إن تحقق القصد الجرمي عنده.¹⁰²³

¹⁰¹⁸ عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي، مصدر سابق، ص36. د. عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي، مصدر سابق، ص 49. د احمد الكبيسي ود. محمد شلال، المصدر السابق، ص211.

¹⁰¹⁹ عبد القادر عودة المصدر السابق، ص36.

¹⁰²⁰ د. علي الحنيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، محاضرات أقيمت على طلبية قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، تصدر عن معهد البحوث والدراسات العربية، 1971، ص 83.

¹⁰²¹ عبد القادر عودة، المصدر السابق، ص36.

¹⁰²² د. نظام الدين عبد الحميد، جناية القتل العمد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مطبعة اليرموك، بغداد، 1975، ص104.

¹⁰²³ المصدر السابق نفسه، ص 108.

ثانياً - التسبب والسببية: السببية في المعنى اللغوي من السبب، والسبب هو (كل شيء يتوصل به إلى مقصود ما)،¹⁰²⁴ وقيل هو الحبل، وكل شيء يتوصل به إلى غيره أو إلى غاية¹⁰²⁵، ومنه سمي الطريق سبباً.¹⁰²⁶ وللسبب معان أخرى، فقد يعني كل ما يتوصل به إلى شيء غيره، كقولك جعلت فلان سبباً لي إلى فلان في حاجتي، أي جعلته لك وصلة وذريعة، أو قد يراد به معنى القرابة، كما في حديث الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم): (كل سبب ونسب ينقطع إلا سببي ونسبي)، قاصداً النسب بالولادة والسبب بالزواج.¹⁰²⁷ أما في اصطلاح الأصوليين فإن السبب هو (كل أمر جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم، وعدمه علامة على عدمه، كالزنا لوجوب الحد والجنون لوجوب الحجر والغصب لوجوب رد المغصوب إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن كان هالكاً، فإذا انتفى الزنا والجنون والغصب انتفى وجوب الحد والحجر والرد أو الضمان).¹⁰²⁸ ويبقى أن نعلم بأن السببية في المفهوم القانوني تعني (نسبة أمر ما إلى مصدر وجودي، سواء كان هذا المصدر بشرياً أم غير بشري).¹⁰²⁹ ولقد انبرى فقهاء جنائيون إلى تعريف السبب بالكيفية التي تتوافق مع نظرياتهم المتعلقة برابطة السببية. وبالرغم من أن كل هذه التعاريف كانت منتقدة على الإطلاق لمثالب علقت بها، إلا أن الفضل يعود لها في توضيح فكرة السبب من الوجهة الجنائية.¹⁰³⁰

يمكن القول ان السببية كمعنى عام مطلق تأتي على عدة دلالات، فالسببية لغةً من السبب والسبب في اللغة الحبل قال الخليل،¹⁰³¹ والسبب كل ما تسبب به من رحم أو يد أو دين،¹⁰³² وقيل السبب هو ما يتوصل به إلى غيره،¹⁰³³ وجمع سبب أسباب وكل شيء يتوصل به إلى الشيء فهو سبب. والسببية جمعها سبائب،¹⁰³⁴ والسببية عند الفقهاء هي اما المباشرة أو التسبب، وكلا المعنيين فيه معنى مشترك وهو ما يؤدي إلى نتيجة، وجاء في معجم لغة الفقهاء، السببية والسبب، ما يتوصل به إلى غيره وما يوصل إلى الشيء من غير تأثير فيه،¹⁰³⁵ والسببية هي ما يتوصل به إلى الحكم ويكون طريقاً في ثبوته،¹⁰³⁶ والسبب عند الفقهاء يطلق على أربعة أوجه هي¹⁰³⁷: 1. في مقابلة المباشرة، فيقال ان حافر البئر صاحب سبب أما دافع

¹⁰²⁴ عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط2، مطبعة سليمان الأعظمي، بغداد، 1964، ف 46 - ص 42.

¹⁰²⁵ محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1967، ص 281، تحت باب (سبب).

¹⁰²⁶ د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، ج2، دار الحكمة، بغداد، 1991، ص 38.

¹⁰²⁷ أنظر هذه المعاني ومعان أخرى للسبب عند: محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج1، ط1، المطبعة الخيرية، 1906، ص 293 فصل السين تحت كلمة سبب. ابن منظور، لسان العرب، مجلد أول، دار بيروت للطباعة والنشر، 1955، ص 458 - 549 تحت كلمة سبب.

¹⁰²⁸ د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص 42.

¹⁰²⁹ د. واثبة السعدي، محاضرات في موضوع الرابطة السببية الجنائية أقيمت على طلبة الماجستير في كلية القانون جامعة بغداد، 1997، مكتوبة بخط اليد وغير منشورة.

¹⁰³⁰ استاذنا أ. د. مجيد خضر احمد، السببية، مصدر سابق، ص 20.

¹⁰³¹ د. عبد اللطيف عوض محمد القرنى، مصدر سابق، ص 31.

¹⁰³² الخليل بن احمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق د. مهدي المخزومي ود. أبراهيم السامرائي، مؤسسة الأعلی للمطبوعات، ص 203.

¹⁰³³ ابن منظور، مصدر سابق، ص 139.

¹⁰³⁴ الخليل الفراهيدي، مصدر سابق، ص 205.

¹⁰³⁵ د. محمد رواس قلعة جي د. حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، عمان، 1987، ص 319.

¹⁰³⁶ احمد بن عبد الله القاري، مجلة الاحكام الشرعية، تحقيق عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد بن أبراهيم بن علي، مكتبة تهامة، بدون سنة طبع، ص 430.

¹⁰³⁷ أبو حامد محمد الغزالي، المستصفى، دار الكتب العربية، لبنان، 1992، ص 94. بدر الدين محمد بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير د. عمر الأشقر، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، بدون سنة طبع، ص 307.

الشخص الى البئر فهو صاحب علة لأن الهلاك حصل بالتردية لكن عند وجود السبب. 2. علة العلة، كما قيل في الرمي سبب القتل من حيث انه سبب للعلة فالموت لم يحصل بمجرد الرمي بل بالواسطة فأشبه ما لا يحصل الحكم الا به. 3. ذات العلة بدون شرط، كقولهم الكفارة تجب باليمين دون حنث فاليمين هو السبب سواء وجد الحنث أم لم يوجد. 4. الموجب والسبب، بهذا الاطلاق يكون بمعنى العلة الشرعية والعلل الشرعية فيها معنى العلامات المظهرة فشابهت الأسباب من هذا الوجه.

اما السببية في القانون الجنائي فعرفت بعدة تعريفات منها: الرابطة السببية المادية، هي (الصلة التي تربط ما بين الفعل والنتيجة، وتثبت أن ارتكاب الفعل هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة)،¹⁰³⁸ أو هي (العلاقة المباشرة أو غير المباشرة التي تشد النتيجة إلى الفعل وتصل ما بينهما)¹⁰³⁹، وهي (الرابطة بين السلوك والنتيجة التي يكتمل بقيامها الركن المادي للجريمة ويتخلف بانعدامها أو بانقطاعها)¹⁰⁴⁰، وتعريفات كثيرة أخرى شديدة الشبه فيما بينها قد ظهرت لوصف طبيعة هذه الرابطة ودورها. وهكذا فإن مسألة فرد ما عن جريمة معينة تقتضي أن يكون الأمر المعاقب عليه ناشئاً عن عمله، بأن يرتبط نشاط الجاني بالنتيجة المعاقب عليها ارتباط السبب بالمسبب والعلة بالعلول، وإلا فلا يسأل عنها. ومن أجل ذلك كان البحث عن هذه السببية من الأمور الجوهرية التي يجب مواجهتها عند النظر في مسألة فرد عن جريمة ما.¹⁰⁴¹

وفي القانون المدني تمثل السببية الصلة الناتجة عن العمل المسبب للضرر.¹⁰⁴² أو السببية هي العمل القانوني الذي يشكل الأساس المباشر لحق او منفعة¹⁰⁴³، أو مجموعة الظروف والشروط الإيجابية والسلبية التي متى تحققت ترتب عليها نتيجة مطردة وان تغيرت بتغير الزمن.¹⁰⁴⁴

ومن التعريفات الآتية، يظهر جلياً أنها تشترك في كون السببية مبدأً عقلياً ويراد به، أن لكل ظاهرة سبباً يحدثها، وهي في الحقيقة تعاريف متقاربة ولكن أوضحها التعريف الذي يشير لمعنى الذهنية بين الفعل وما ينتج عنه.¹⁰⁴⁵ وان العلاقة السببية هي ركناً من أركان المسؤولية حيث تكون ضرورة عقلية بين الخطأ والضرر قبل أن تكون ضرورة قانونية، وربما لهذا السبب لم تنال الاهتمام من قبل الباحثين القانونيين كما الاهتمام بالركنين الآخرين من أركان المسؤولية المدنية (الخطأ والضرر) أو عناصر الركن المادي للجريمة (الفعل والنتيجة الجرمية). ومع هذا فإن الكل متفق على أن العلاقة السببية ركن أو عنصر لا تتحقق المسؤولية بدونه، وبالنتيجة فقد يكون الطابع الفلسفي لفكرة السببية، وكونها من المسلمات العقلية، كان السبب في عدم امكان وضع تعريف محدد لفكرة العلاقة السببية، لا بل ان عدد كبير من الفقهاء يشكك في وجود اية فائدة

¹⁰³⁸ د. عبد الحكم فؤدة، أحكام رابطة السببية في الجرائم العمدية وغير العمدية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 8.

¹⁰³⁹ القاضي فريد الزغبى، الموسوعة الجزائرية، المجلد الأول، المدخل إلى الحقوق والعلوم الجزائية، دار صادر بيروت، ص 237.

¹⁰⁴⁰ د. عمر فاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، الجريمة والمسؤولية، المطبعة العربية الحديثة، 1986، ص 177.

¹⁰⁴¹ د. علي أحمد راشد، حول بعض قضايا المسؤولية الجنائية في قانون الجزاء، بحث منشور في مجلة إدارة الفتوى والتشريع، ع 1، الكويت، 1981، ص 18 وما بعدها.

¹⁰⁴² المحامي مويريس نخلة البعلبكي صلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي، بيروت، 2002، ص 1066.

¹⁰⁴³ المصدر السابق ص 927.

¹⁰⁴⁴ هذا تعريف جون ستيوارت ميل، أنظر استاذنا ا. د. مجيد خضر احمد السبعواوي، النظرية السببية، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المصري وقوانين عربية واجنبية بمنظور جنائي فلسفي، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2014، ص 37.

¹⁰⁴⁵ أ. د حسن علي الذنون المبسوط في المسؤولية المدنية تحقيق، د. محمد سعيد الرحو، شركة التاييمس للطبع، بغداد، ص 7.

من تعريف العلاقة السببية. ومن استقراء آراء بعض فقهاء القانون نجد أن البعض يقف موقفاً واضحاً من عدم فائدة تعريف العلاقة السببية باستحسانهم لموقف القضاء في تجنب محاولة تعريف رابطة السببية أو تحليله لكون مثل هذا العمل يستوجب دراسة فقهية دقيقة لا تؤدي إلى أية نتيجة أو حل¹⁰⁴⁶، ويأتي هذا الرأي بعد التأكيد أن المسؤولية لا تتحقق إلا بإقامة الدليل على قيام رابطة سببية بين الفعل الضار والضرر الذي حدث، عندما يكون الفعل سبب للضرر المتحقق، ومع ذلك فقد يظهر القصور لكون هذه الرابطة لا تؤدي إلى تحديد دقيق للضرر، لأن المسألة في نهاية المطاف هي إحساس وشعور أكثر مما هي مسألة علم ومعرفة، وهذا هو الموقف القانوني الذي عبر عنه البعض بأن كل محاولة لتحديد فكرة رابطة السببية علمياً دقيقاً محاولة فاشلة لا تؤدي إلى أية نتيجة.¹⁰⁴⁷

أما بخصوص السببية في القانون الجنائي فإن المجرم، هو شخص خالف مبادئ سلوكية معينة مخالفة اعتبرها المجتمع مضرة به وبالشخص الذي حلت به، فعاقب عليها جزاء محدد على وفق قوانين مرعية في المجتمع، ولهذا المجرم شخصية قد تميزه عن سائر أقرانه، إما لكونها تشكل خلافاً عضوياً أو نفسياً أو اجتماعياً، أو لكونها شخصية طبيعية دفعت بها ظروف استثنائية لمخالفة القوانين والأنظمة.¹⁰⁴⁸ فلفظ المجرم والجريمة متلازمان، وإسناد الجريمة إلى مجرم لتتحقق مسألته عنها جنائياً له وجهان من السببية في سائر التشريعات العقابية هما¹⁰⁴⁹: **الأول: وجه مادي**، بإسناد النتيجة الجرمية مادياً إلى سلوك المتهم الاجرامي، سواء كان فعلاً أو امتناعاً، وارتباط السلوك المرتكب والنتيجة المتحققة برابطة السببية المادية ارتباط العلة بالمعلول والسبب بالمسبب. **والثاني: وجه معنوي**، بإسناد النتيجة الجرمية إلى إرادة أو توقع أو استطاعة توقع متهم خالف أمر المشرع بالنهي عن ارتكاب الفعل أو الامتناع عنه مع أنه مؤهلاً لهذا التكليف، كونه يتمتع بالأهلية الجنائية التي تتحقق معها المسألة الجنائية، بأن كان مدركاً مميزاً وحرراً ذو إرادة.¹⁰⁵⁰ مما يعني ألا يكون أهلاً للمساءلة من كان وقت ارتكاب الجريمة مجنوناً أو معتوفاً أو مكراً، وهذا ما يمكن استنباطه مما أجمله قوله تعالى (كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةً)¹⁰⁵¹، وقوله تعالى (وَأَنْ لِّیْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى)¹⁰⁵²، لكون الاختيار الذي ورد في معنى هاتين الآيتين وإن كان له معنى أخلاقياً ترد إليه السببية المعنوية¹⁰⁵³، إلا أن البحث فيها وجوداً وعدمياً لا يحصل إلا بافتراض ثبوت السببية المادية¹⁰⁵⁴ ابتداءً، وإن كان قيام السببية المعنوية يكون أولاً، كما أن البحث في قيام المسؤولية الجنائية تأسيساً على قيام رابطة السببية هو أمر بالغ

¹⁰⁴⁶ أشهر من اتجه لهذا الرأي هو القانوني الفرنسي ريبير مشار إليه في أ. د حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص 30.

¹⁰⁴⁷ قال بهذا الرأي الفقيه القانوني ديموج مشار إليه من قبل استاذنا أ. د حسن الذنون، مصدر سابق، ص 6.

¹⁰⁴⁸ د. واثبة السعدي، الأسس النظرية لعلمي الإجرام والسياسة الإجرامية، مطبعة ديانا، بغداد، 1990، ص 5.

¹⁰⁴⁹ استاذنا أ. د. مجيد خضر السبعواوي، نظرية السببية، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المصري وقوانين عربية واجنبية بمنظور جنائي

فلسفي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص 50.

¹⁰⁵⁰ استاذنا أ. د. مجيد خضر السبعواوي، نظرية السببية، مصدر سابق، ص 49.

¹⁰⁵¹ سورة المدثر، الآية 37.

¹⁰⁵² سورة النجم، الآية 39.

¹⁰⁵³ استاذنا أ. د. مجيد خضر السبعواوي، نظرية السببية، مصدر سابق، ص 55.

¹⁰⁵⁴ المرجع السابق نفسه، ص 51.

الأهمية تثيره صعوبات هائلة تكمن في تحديد معنى هذه الرابطة، مع وجود مشكلات مادية ومعنوية لهذه الرابطة وسكوت التشريعات عن تفصيلها أو عدم كفاية النصوص التي تناولها أو غموض هذه النصوص.¹⁰⁵⁵

ان سبب المسؤولية الجنائية في **الفقه الإسلامي**، هو ارتكاب المعاصي إما بإتيان ما نهى الله عنه أو بترك ما أمر الله به أو بمعنى آخر توفر الخطأ في جانب الفاعل، فالمعصية تقابل الخطأ في مفهومه الواسع¹⁰⁵⁶، وقد ذهب الفقهاء المسلمون إلى بيان أن رابطة السببية تقوم بارتكاب الفاعل سلوكاً إيجابياً، سواء بصورة مباشرة كالقتل بالسيف أو الطعن بالسكين أو بإلقاء المجني عليه من علو شاهق أو بخنقه أو بإعطائه مادة سامة، أو بصورة غير مباشرة، كما في حالة شهادة الزور التي يترتب عليها موت المتهم أو حفر بئر وتغطيتها في طريق المجني عليه فيسقط فيها ويموت.¹⁰⁵⁷ كما أن رابطة السببية تقوم بارتكاب الفاعل سلوكاً سلبياً، كامتناع الأم عن إرضاع طفلها إذا أفضى الأمر إلى موته، أو الامتناع عن ربط الحبل السري للطفل إذا أدى الأمر إلى موته.¹⁰⁵⁸

والفقه المالكي يقسم السبب إلى قسمين هما: سبب قريب، مثل الإمساك، وسبب بعيد، مثل حفر البئر، فالإمساك سبب قريب، لأن الممسك مباشرة لإمساكه ولولاه ما حدثت النتيجة، وحفر البئر سبب بعيد، لأن الفاعل حفر البئر ولم يباشر، فلو أمسك رجل رجلاً ليتمكن آخر من قتله وجب القصاص على كل من الماسك والقاتل، فيقتل القاتل لمباشرته والماسك لإسهامه، لأنه أمسك ظملاً رجلاً لمن يعلم أنه يريد قتله، فأشبه ما لو أمسكه لسبع حتى أكله أو نار حتى أحرقتة¹⁰⁵⁹، بشرط أن يعلم أنه بلا المسك لا يتمكن الفاعل من قتله¹⁰⁶⁰، خلافاً لرأي الحنابلة والزيدية والشيعة الأمامية والظاهرية فعندهم أنه لو أمسك رجل رجلاً ليتمكن ثالث من قتله، يقتل القاتل ويحبس الممسك حتى يموت واستدل أصحاب هذا الرأي بما رواه الدارقطني في سننه عن نافع بن عمر عن النبي محمد صلى الله عليه وسلم أنه قال: (إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك).¹⁰⁶¹ ولا جدال في أن الشريعة الإسلامية وهي المورد الذي لا ينضب للقوانين قد اشترطت مسألة الفاعل عن النتيجة الجرمية إسناداً مادياً وثيقاً يربط ما بين تلك النتيجة وفعله. وكثيراً ما تعرض الفقهاء المسلمون لهذه الرابطة السببية عند بحثهم للجرائم وبتفصيل يفوق ما فعله فقهاء القانون، وأخص الجرائم التي تعرضوا فيها لبحث الإسناد المادي هي جرائم القتل العمد وشبه العمد بأنواعها. كما تعرضوا لبحث هذا الإسناد عندما تكلموا عن الأفعال المتصلة بالقتل وقسموها إلى سبب علة وشرط ومباشرة.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁵ استاذنا ا. د. مجيد خضر احمد السبعواوي، مصدر سابق، ص 50.

¹⁰⁵⁶ المستشار أحمد موافي، من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، إصدار المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1965، ص 146. استاذنا ا. د. مجيد خضر السبعواوي، مصدر سابق، ص 59.

¹⁰⁵⁷ الإمام ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ج 9، بدون سنة طبع، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 322. الشيخ محمد حسن باقر النجفي، جوهر الكلام شرح شرائع الإسلام، ج 42، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981، ص 39.

¹⁰⁵⁸ الإمام شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصدر سابق، ص 238. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ص 326.

¹⁰⁵⁹ الإمام أبي عبد الله محمد الخرشبي، فتح الجليل شرح مختصر جليل، ج 8، مؤسسة الوراق، بدون سنة طبع، ص 10.

¹⁰⁶⁰ الامام أبي الوليد سليمان الباجي المنتقى شرح الموطأ، مصدر سابق، ص 121.

¹⁰⁶¹ الإمام أبي الحسن علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، ج 2، الطبعة الجديدة، بدون تاريخ، دار الفكر، بيروت، ص 91.

¹⁰⁶² عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الثقافة بيروت، ص 309. عبد الخالق النواوي، جرائم القتل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ص 48. ود. عبد الحميد الشواربي، جرائم الإيذاء في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة 1986، ص 29.

والعلاقة السببية في نطاق القانون لا تعني على الإطلاق مجرد توقف عرضي زمني كما نادى بذلك قلة من الفقهاء الفرنسيين¹⁰⁶³، حيث ان ظهور الضرر بعد فترة وجيزة من ارتكاب الخطأ أو بعد وقوع فعل من الأفعال لا يكفي للقول بتوافر العلاقة السببية، كما لا يكفي مجرد وجود الشيء في مكان الحادث لقيام لعلاقة السببية كما لو أن واجهة محل من المحلات التجارية تحطمت خلال مرور إحدى السيارات فانه لا يكفي لمساءلة صاحب السيارة عن هذا الاتلاف لمجرد تحقق هذا التوافق الزمني أو المكاني، وبذلك فان العلاقة السببية لا يجوز ان تعرف او تفسر على أساس منطقي او فلسفي بحث لوجود اعتبارات علمية عديدة تختلط بها وتؤثر على الفكرة نفسها وتطبعها في نطاق قانوني بطابع ذاتي مميز.¹⁰⁶⁴

ومن كل ما تقدم، يمكن القول ان العلاقة السببية ركن مستقل قائم بذاته لقيام المسؤولية وليس معنى هذا ان نضفي على المسؤولية طابعا ماديا بحثا فنقيم بينهما وبين الخطأ حاجزا منيعا، فالعلاقة السببية هي صلة أو رابطة بين عنصرين هما الفعل والنتيجة الجرمية في القانون الجنائي أو الخطأ والضرر في القانون المدني، فهي بالتالي وصف يلحق كلا من هذين الركنين وهذا ما قد يفسر لنا قيام الجاني الذي يريد دفع المسؤولية الجنائية عنه بأنكار كلا من الخطأ والسببية في ان واحد. من هنا، يمكن تعريف العلاقة السببية بالقول، انها العلاقة المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المتضرر.¹⁰⁶⁵ أو هي ما يكون بين الفعل الذي اتاه الفاعل والنتيجة الجرمية التي يسأل عنها.¹⁰⁶⁶

وهي الصلة التي تربط ما بين الفعل والنتيجة وتثبت ان ارتكاب الفعل هو الذي أدى الى حدوث النتيجة.¹⁰⁶⁷ فالرابطة السببية هي علاقة مادية تبدأ بفعل المتسبب وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله.¹⁰⁶⁸ ومن الزاوية المدنية هي العلاقة أو الصلة المباشرة بين الخطأ الذي يرتكبه شخص والضرر الذي تكبده الغير نتيجة لنفس الخطأ.¹⁰⁶⁹ ومن ثم فالرابطة السببية هي ارتباط الضرر بالخطأ.¹⁰⁷⁰ وهي الصلة الناتجة عن العمل المسبب للضرر.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶³ قال بهذا الفقيه الفرنسي (كاربونيه) مشار اليه في أ. د حسن الذنون، مصدر سابق ذكره، ص 10.

¹⁰⁶⁴ د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2000، ص 990. أ. د حسن الذنون، مصدر سابق، ص 11 وما بعدها.

¹⁰⁶⁵ د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، المصدر السابق، ج2، ص 990 وما بعدها.

¹⁰⁶⁶ د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، دار الحديث، القاهرة، 2009، ص 396.

¹⁰⁶⁷ د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص 293.

¹⁰⁶⁸ د. عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005، ص 257.

¹⁰⁶⁹ ابتسام القرام، مرجع سبق ذكره، ص 45.

¹⁰⁷⁰ د. عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، دار المنهاج، ص 205.

¹⁰⁷¹ المحامي مورييس نخلة ود. روجي البعلبكي والمحامي صلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2002، ص 1066. عبد الرزاق السنهاوري، مصدر سابق، ص 990. د. رؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط4، 1984، ص 4 وما بعدها. =

= د. نشوة العلواني، نظرية السببية الجنائية في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2004، ص 15. عبد الحكم فودة، أحكام رابطة السببية في الجرائم العمدية وغير العمدية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 10 وما بعدها. د. عادل جبري، مصدر سابق، ص 251 وما بعدها.

ثالثاً - التسبب والتسبب: التسبب لغة، التوصل الى شيء ما بسبب معين، والسبب هو كل شيء يتوصل به الى غيره، وأسباب السماء نواحيها.¹⁰⁷² اما اصطلاحاً، فهو ايراد الحجج الواقعية والقانونية التي قادت المحكمة الى ما توصلت اليه من رأي أو حكم أو قرار.¹⁰⁷³ كما وعرفت محكمة النقض المصرية التسبب في احدى قراراتها بالقول (ان المراد بالتسبب المعبر تحرير الاسانيد والحجج المبني هو عليها والمنتجة هي له سواء من حيث الواقع ام من حيث القانون، ولكي يتحقق الغرض منه، يجب ان يكون بيان جلي مفصل بحيث يستطيع الوقوف على مسوغات ما قضي به).¹⁰⁷⁴ في حين نجد ان نص المادة 224 الفقرة أ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي وهي تحدد محتويات الحكم الجزائي فإنها توجب ان يتضمن الأسباب التي استندت اليها المحكمة في اصدار حكمها او قرارها وأسباب تخفيف العقوبة او تشديدها، وحيث ان هذا النص من النصوص الامرة فإنها تلزم المحكمة بتسبب قراراتها او احكامها.¹⁰⁷⁵ وعليه، فان التسبب هو إلزام محكمة الموضوع ببيان الأسباب والأدلة الواقعية والقانونية التي دعتها الى الاطمئنان في اصدار قرارها على الوجهة التي صدر فيها في مواجهة الجهة صاحبة الرقابة على الاحكام ألا وهي محكمة التمييز.¹⁰⁷⁶

فالتسبب لغة، مأخوذ من السبب. والسبب كما بينا سابقاً، هو كل ما يتوصل به إلى غيره وكل شيء يتوصل به إلى غيره وجعلت فلاناً لي سبباً إلى فلان في حاجتي أي وصلة وذريعة¹⁰⁷⁷، وقوله تعالى " (تقطعت بهم الأسباب) والله عز وجل مسبب الأسباب والواحد سبب وقوله تعالى (لعلي أبلغ الأسباب) وأسباب السماء مراقيها وارتقى في الأسباب إذا كان فاضلاً في الدين.¹⁰⁷⁸ وكذلك قوله تعالى (وأتيناه من كل شيء سبباً) أي وصله يتبلغ بها في التمكن من أقطار الأرض. وقوله تعالى (ثم أتبع سبباً) أي موصلاً إليه. وقوله عز وجل قال (أسباب السموات) أي أبوابها أي فليصعدوا في الأسباب التي توصلهم إلى السماء.¹⁰⁷⁹

اما في الواقع العملي، فتتطلب نظرية العمل القضائي وجود السبب بصورته الموضوعية بشكل أساسي وهو ما يعرف بأسباب الحكم وفي صورته النفسية وهو ما يعرف بالباعث.¹⁰⁸⁰ وتتصف فكرة السبب بالضبابية وعدم الوضوح لأنها تستخدم بمعانٍ مختلفة، وهذا الأمر لا يقتصر على مجال القانون بل يتعدى إلى غيره من العلوم الإنسانية المختلفة لكون فكرة السبب

¹⁰⁷² محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط5، المطبعة الاميرية ببولاق، القاهرة، 1916، ص281.

¹⁰⁷³ احمد سالم الشورى، تسبب الأحكام ورقابة محكمة النقض، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، العدد 1، السنة 35، سبتمبر 1954، ص 169. غازي حنون خلف الدراجي، استظهار القصد الجنائي في جريمة القتل العمد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص156.

¹⁰⁷⁴ نقض جنائي مصري في 1973/12/3. كما وذهبت محكمة النقض المصرية في قرارها المرقم 357 سنة 65 قضائية جلسة 1990/1/4 إلى انه (التسبب لا يعدو أن يكون بياناً وافياً لتوجه الطلب أو الدعوى تتمكن به المحكمة من التعرف على موضوع العيب الذي يعزوه الطالب الى الحكم أو الامر يستوي في ذلك أن يكون التسبب موجزاً أو مفصلاً طالما كان كلاهما وافياً بالغرض، ولا على المحكمة ان التفتت عن هذا الدفاع متى ما رأت ان حكمها استند في اسباب واضحة قامت بالرد عليه، ويكون النعي بهذا على غير اساس). سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في المرافعات، ج4، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص109.

¹⁰⁷⁵ غازي حنون خلف الدراجي، مصدر سابق، ص 157.

¹⁰⁷⁶ استاذنا ا. د. مجيد خضر احمد السبعوي، نظرية السببية، مصدر سابق، ص 464.

¹⁰⁷⁷ الأمام محي الدين أبي فيض الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1994، ص66.

¹⁰⁷⁸ العلامة أبي الفضل جمال الدين أبن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، دار صدر، بيروت، 1995، ص 458.

¹⁰⁷⁹ الشيخ فخر الدين الطريحي، مجمع البحرين، الجزء الثاني، مطبعة الآداب، النجف الاشرف، بلا سنة طبع، ص80.

¹⁰⁸⁰ د. وجدي راعب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات المدنية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974، ص502.

لها وثيق الارتباط بالإرادة¹⁰⁸¹، نظراً لخطورتها وأهميتها الكبيرة في استظهار الأدلة للتأكد من صحة النتائج التي تم التوصل إليها، ويمتاز علم القانون وهو من العلوم الاستدلالية والتي تعتمد بشكل كبير على علم المنطق لذا فكل نتيجة يتم التوصل إليها في هذه العلوم لا تكون إلا بمقدمات يجب التأكد من صحتها من أجل الوصول إلى النتائج المطلوبة، مما يجعل تلك النتائج غير مبنية على الصدفة المحضة، بل استندت على أسباب تم تمحيصها وتدقيقها ووضعت على طاولة البحث والدراسة للوصول إلى الحقيقة المرجوة، لكون هدف القاضي العادل هو الوصول إلى الحقيقة القضائية التي تتطابق الواقع، لذا فإن فكرة السبب بهذا الاطار يتم تشبيهها بالميزان من أجل وزن الأدلة المعروضة وصولاً للنتائج المرجوة.¹⁰⁸² عليه فإن الفقه يرى أن للتسبيب معنيان:

1. **المعنى النفسي للتسبيب:** فإنه يكون باطني يتعلق بالمعطيات العميقة التي ترتبط بالنفس البشرية، وتتأثر بقوامتها التي تحرك الإنسان وتدفعه للقيام بعمل معين، ولمعرفتها يجب البحث في داخل الإنسان للوقوف على الأسباب المحركة والمحفزة والدافعة التي أدت للقيام بتصرف ما. وبالمحصلة، فإن المعنى النفسي للتسبيب ينحصر في النتيجة والاثار الذي تنتجها الدفوع والأدلة في وجدان ونفس القاضي، وبالنتيجة، فإن الامر متعلق بالاقتناع الشخصي والسلطة التقديرية للقاضي على اعتبار انه إنسان تختلجه جملة من الأحاسيس والمشاعر والبواعث مثله مثل بقية البشر ويفرض عليه القانون إظهار هذه الأسباب وتثبيتها في القرار الذي سيصدره، وتسمى الأسباب التي دفعت القاضي إلى تبني اتجاه معين دون غيره.¹⁰⁸³

2. **المعنى الموضوعي للتسبيب:** ويبدو هذا المعنى أكثر انضباطاً ووضوحاً لابل وأكثر أهمية، لكونه يستند إلى أسس قانونية وواقعية تعد أصل الموضوع والاجراء وهي في الغالب محددة فلا يتم العمل القضائي الا بالجوع اليها والتي تكون بشكل قواعد سابقة.¹⁰⁸⁴ وتأسيساً على ذلك، فإن للسبب فكرة فنية تحدد وتقيّد الإعلان عن الإرادة، فهي تقيد مصدر القرار والمقصود هنا القاضي من ناحية موضوعية، أي يجب توفر ظروف موضوعية تجعل الإعلان عن الإرادة يحقق غايته.¹⁰⁸⁵ وهناك الكثير من الوسائل للقاضي الاعتماد عليها في استخراج ووصف الوقائع القانونية، فعلى سبيل المثال للقاضي طلب تقديم التوضيحات والبيانات ودعوة الخصوم واستجوابهم حتى يتسنى له الفصل بالخصومة المطروحة أمامه سواء كانت تلك التوضيحات والبيانات والاستجوابات تتعلق بالوقائع أم بإثباتها كما وله أن يثير ما يتعلق بالقانون من مسائل، لذا أصبح من الواجب عليه إتباع المنهج القانوني العلمي من أجل وصف أو الاستدلال على الوقائع وتقدير قيمتها القانونية واستظهار عناصرها.¹⁰⁸⁶ والواقع، أن التشريعات الحديثة لم تتضمن تعريفاً محدداً للتسبيب وإنما اكتفت بالنص على وجوبه بالنسبة للأحكام والقرارات الصادرة، ومرد ذلك صعوبة إيجاد تعريف جامع مانع للتسبيب، لكونه ليس بتلك السهولة المتصورة لكونها لا تزال فكرة قانونية غير محددة الجوانب بشكل واضح، وإنما يقصد بدلالته التشريعية بيان الأسباب الواقعية والقانونية التي يتوقف عليها الفصل في موضوع الدعوى دون اهمال الدفوع الجوهرية التي يثيرها الخصوم والتي قد يكون لها أثر واضح

¹⁰⁸¹ د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام المدنية وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص17.

¹⁰⁸² عبد الرحمن العلام، تحليل الأحكام، بحث منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراق، 4ع، س12، 1954، ص5.

¹⁰⁸³ د. يوسف محمد المصاروة، تسبيب الأحكام وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص23.

¹⁰⁸⁴ د. يوسف محمد المصاروة، تسبيب الأحكام وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية، مصدر سابق، ص23.

¹⁰⁸⁵ د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، مصدر سابق، ص504.

¹⁰⁸⁶ د. الطيب براه، إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، منشورات جمعية تنمية البحوث، الرباط، 1996، ص226.

في الحكم الذي سيصدره القاضي.¹⁰⁸⁷ بمعنى آخر بيان الأدلة الواقعية والأسانيد القانونية التي اعتمدتها محكمة الموضوع فأقامت عليها قضاها واقتنعت بها.¹⁰⁸⁸ وبمعنى ثالث، قد تعني ذكر الأسباب القانونية والواقعية التي أسس القاضي حكمه عليها ونطق به في الجلسة المخصصة لذلك وضمنه إعلام الحكم الصادر، ومن وجهة نظر قانونية يمكن تحليل التسبب الى عنصرين أساسيين هما¹⁰⁸⁹: **الأول**، الأسباب الواقعية التي تتضمن تأكيدات واثباتات تتصل اتصالاً وثيقاً بالواقع. **والثاني**، الأسباب القانونية والتي تعني مطابقة القانون على الواقع. فالمدلول القانوني للتسبب، يعني اشتغالها على التعليقات والحيثيات الكافية¹⁰⁹⁰ التي سوغت صدورها، وهو أحد الأركان الشكلية التي يجب أن تتضمنها ديباجة الحكم ولا بد أن تستند هذه الحيثيات إلى أحد الأسباب التي نص عليها القانون باعتباره الجزء الذي يسبق المنطوق عادةً ويتضمن الأسانيد الواقعية والحجج القانونية التي بنت المحكمة عليها قضاها¹⁰⁹¹، فالتسبب عموماً يتحقق من خلال إحاطة قاضي الموضوع بأسانيد الخصوم وفقاً للطرق القانونية في الإثبات واعتماد الأقرب للحقيقة منها وتكييفها تكييفاً قانونياً سليماً وفقاً لنصوص القانون.¹⁰⁹² وتسبب الحكم من وجهة نظر قضائية هو صياغة الأسباب التي تصلح سبباً للحكم، فيجب أن يكون هذا التسبب واضحاً ومقنعاً تتم فيه مراعاة القواعد الشكلية والموضوعية وتجنب الاسهاب والاطناب والالتزام بتسلسل الأسباب وترابطها وغيرها من المسائل التي لا بد من مراعاتها.¹⁰⁹³

المطلب الثاني: التمييز في منظور التشريع الإسلامي

في هذا الفرع نبحث في تمييز التسبب في الجرائم غير العمدية مما يتشابه به في منظور الفقه الإسلامي من حيث: التسبب ومبدأ العلية، والتسبب والقتل الذي يجري مجرى الخطأ، والتسبب والإفشاء. وكالاتي:

أولاً-التسبب ومبدأ العلية: يقصد بمبدأ العلية، إن لكل شيء سبباً وهو من المبادئ العقلية الضرورية¹⁰⁹⁴، لأن الإنسان يجد بطبيعته الباعث الذي يدفعه إلى محاولة تفسير وشرح ما يجد من أشياء، وبالتالي محاولة التوصل الى سبب وجودها من خلال معرفة أسبابها وهذا الباعث متأصل بسجية النفس البشرية، لا بل وحتى في بعض أنواع الحيوانات أيضاً، فبعض الحيوانات تنبته إلى مصدر الحركة بشكل لا إرادي؛ من أجل التعرف لسببها، ويبحث في مصدر الصوت؛ لأدراك علته. بمعنى آخر فإن الإنسان يواجه سؤال أزلي (لماذا؟) في مواجهة كل حالة او ظاهرة تستثيره، وإذا لم يتبين كنهها عزى ذلك الى سبب غامض أدى الى ذلك. وعلى أساس مبدأ العلية يتوقف إثبات الواقع الموضوعي للإحساس، والنظريات العلمية

¹⁰⁸⁷ د. يوسف المصاروة، مصدر سابق، ص 24.

¹⁰⁸⁸ د. محمود السيد التحيوي، النظرية العامة لأحكام القضاء، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2007، ص 45.

¹⁰⁸⁹ القاضي شوان محي الدين، الحيثية القضائية دراسة تحليلية تطبيقية، ط1، منشورات الحلبي، 2012، ص 82.

¹⁰⁹⁰ استاذنا ا. د. مجيد خضر احمد السبعوي، نظرية السببية مصدر سابق، ص 465.

¹⁰⁹¹ د. نجلاء توفيق فليح، تسبب الأحكام المدنية، دراسة مقارنة، ج1، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، العدد 14، 2002، ص 33-34. د. عبد الحميد الشواربي، اوجه الطعن بالنقض في تسبب الاحكام المدنية والجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 94. مرسل جورج سيوفي، محكمة التمييز، ط2، بيروت، 1993، ص 199.

¹⁰⁹² د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008، ص 478.

¹⁰⁹³ د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط2، دون ذكر الناشر ولا سنة النشر، ص 928. د. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الاردن، ط1، عمان، 1988، ص 318.

¹⁰⁹⁴ السيد محمد باقر الصدر، فلسفتنا، دراسة موضوعية في معترك الصراع الفكري القائم بين مختلف التيارات الفلسفية، دار المعارف للطبوعات، بيروت، ط4، 2014، ص 350 وما بعدها.

المستندة إلى التجربة، وجواز الاستدلال وإنتاجه في أيّ ميدان من الميادين الفلسفية أو العلمية، وبذلك يكون لمبدأ العلية دوراً أساسياً في إثبات موضوعية الإحساس، وكذلك نظريات العلم وقوانينه، ولولاه لما صحّ الاستدلال بأيّ دليل كان في مختلف مجالات المعرفة البشرية.¹⁰⁹⁵

فقد تعلق الأمر بموضوعية الإحساس نقول أنّ الحسّ لا يخرج أن يكون مرتبة من مراتب التصوّر فهو وجود لصورة الشيء المحسوس في مدارك الحسّ، التي قد لا تملك وصف التصديق، ولهذا السبب قد يشعر الإنسان بأمر في حالات مرضية ولكنه لا يصدّق بوجودها، فلا يكون الإحساس سبباً كافياً للتصديق أو الحكم أو العلم بالواقع الموضوعي، ولكن السؤال هنا إذا ما كان الإحساس بذاته لا يعد دليلاً على وجود المحسوس خارج حدود الشعور والإدراك، فكيف السبيل إلى تصديق الواقع الموضوعي؟ والجواب، هو أنّ التصديق بوجود واقع موضوعي للعالم ما هو إلا تصديق ضروري أولي، لذلك فانه لا يحتاج إلى دليل، لكونه يدل على أن للعالم الخارجي وجوداً خارجياً بالمجمل، ولكن الواقع الموضوعي للإحساس ليس معلوماً علماً ضرورياً، لذلك هنا نحتاج إلى دليل لإثبات موضوعيته، والدليل المقصود هنا هو مبدأ العلية؛ لأن تصور شيء في ظروف وشروط معينة بالتأكيد ستكشف عن وجود علّة خارجية له¹⁰⁹⁶، تطبيقاً لهذا المبدأ، وقد يكون هذا هو السبب في شعور الإنسان بأمر وبأشياء، أو يُتخيل له أنّه يراها عند مرضه، وانما لا يستكشف لتلك الأشياء واقعاً موضوعياً؛ لكون تطبيق مبدأ العلية لا يؤكد وجود هذا الواقع طالما يمكن تسبب الإحساس بتلك الحالة المرضية المعينة، وإنّما لا يثبت الواقع الموضوعي للحسّ (عندما لا يكون بالإمكان تفسيره وفقاً لمبدأ العلية) إلاّ بواقع موضوعي ينشأ الإحساس منه، الأمر الذي يمكن أن يستنتج منه ثلاثة حقائق مهمة هي¹⁰⁹⁷:

1. طالما أنّ الإحساس مجرد تصور فانه لا يكشف عن وجود واقع موضوعي؛ وليس من مهام التصوّر الكشف

التصديقي.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁵ المرجع السابق نفسه، ص 351.

¹⁰⁹⁶ د. عبد الرحمن بدوي، مدخل جديد إلى الفلسفة، دراسة لآخر الآراء حول حدود الفلسفة وغايتها ومنهجها وعرض لأهم مشاكلها، مطبعة وكالة المطبوعات، الكويت، 1978، ص 108. د. محمد عبد الرحمن مرحبا، المسألة الفلسفية، ط3، منشورات عويدات، بيروت-باريس، 1988، ص 80.

¹⁰⁹⁷ السيد محمد باقر الصدر، فلسفتنا، مصدر سابق، ص 351.

¹⁰⁹⁸ فالاستفهام التصوري هو عن التردد في تبين أحد شيئين، فبالاستفهام يعلم انه أحاط العلم بأحدهما لا بعينه سواء كان مسنداً، أو مسنداً إليهما، أو من متعلقات الإسناد. ويصلح أن يؤتى بعد التصور (أم) المتصلة المعادلة العاطفة لا المنقطعة. أما الاستفهام التصديقي هو يكون عن نسبة تردد الذهن بين ثبوتها، وانتفاءها. وحقه أن يؤتى بعده (أم) المنقطعة لا المتصلة. ولا يكون الاستفهام لطلب التصور إلا بعد حصول التصديق بأصل النسبة ولعل التصور والتصديق له حضور واضح في القرآن الكريم لما يجسده من عمق ذهني وإثراء لغوي إذ يهدف المصطلح إلى تحديد دلالة الاستفهام في الخطاب القرآني فالتصوري يحتاج إلى تعيين الجواب فقط ولا يحتاج إلى إجابة بنفي أو إثبات. أما التصديقي فيتطلب أداة من أدوات الجواب سواء كانت مثبتة أو منفية. وبهذا فقد قسم الاستفهام في القرآن إلى قسمين تصوري وتصديقي. وتهدف المقالة إلى إزاحة ما كان يكتنف البحوث من توزيع وتفرق لأقسام الاستفهام ومعانيه، فلمّ شتاتهم، ونظم ما كان منه من أفكار متناثرة، وننتف مفرقة. وقد أجمع العلماء إن أساس التصور والتصديق هو العلم أو الدراية. والعلم هو إدراك الشيء بحقيقته عند العقل ويظهر هذا المعنى جلياً في القرآن الكريم في العديد من الآيات ومن ذلك قوله تعالى (أَعِنْدَهُ عِلْمُ الْغَيْبِ فَهَوْ يَرَى) سورة النجم الآية 35، وقوله = عز من قائل (كَلَّا لَوْ نَعْلَمُونَ عِلْمَ الْيَقِينِ لَنَرُوهُنَّ الْجَحِيمَ) سورة التكاثر، الآية 5 و6، ويكون العلم أما قطعياً وهو اليقين كما ذكر في الآية المباركة أو ظنياً على سبيل المجاز كقوله عز من قائل (فَإِنْ عِلْمُهُمْ هُنَّ مُؤَمَّنَاتٍ) سورة الممتحنة، الآية 10، للمزيد ينظر: عبد القادر حسين، إثر النفاة في البحث البلاغي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة طبع، ص 128.

2. يعد حكماً ضرورياً على سبيل الاجمال أنّ العلم بوجود واقع للعالم، وانه لا يحتاج الى دليل لكونه علماً سابقاً وهو يمثل الحد الفاصل بين الواقعية والمثالية.

3. أنّ العلم بوجود واقع موضوعي لهذا الحسّ أو ذاك، يتم اكتسابه وفقاً لمبدأ العلية.

وتتوقف النظريات العلمية بصورة عامة توقفاً أساسياً في مختلف الميادين التي تعتمد التجربة والمشاهدة، على مبدأ العلية وإذا ما قلنا بسقوط هذا المبدأ من الحسابات الكونية، فيكون من المتعذر بصورة مطلقة تكوين نظرية علمية في مختلف المجالات العلمية بما فيها القانون. ومن أجل توضيح ذلك، نجد لزماً علينا الإشارة الى عدة قوانين فلسفية للعية التي يركن اليها العلم هي¹⁰⁹⁹:

أ. مبدأ العلية. ويشير الى إنّ لكلّ حادثة سبباً.

ب. قانون الحتمية. ويقصد به إنّ كلّ سبب يولّد النتيجة الطبيعية له بصورة ضرورية، ولا يمكن للنتائج أن تنفصل عن أسبابها.

ج. قانون التناسب بين الأسباب والنتائج. ويقصد به إنّ كلّ مجموعة متّفقة في حقيقتها من مجاميع الطبيعة، يجب أن تتّفق كذلك في الأسباب والنتائج.

لذلك، واعتماداً على مبدأ العلية يمكن القول ان للجريمة المرتكبة سبب وهذا السبب قد يكون خليط من الظروف النفسية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها، واعتماداً على قانون الحتمية، نستكشف أنّ هذا الخليط من الظروف عند استكمالها في ذهن الجاني فإنها ستولد الجريمة بشكل حتمي، وسيكون من العسير الفصل بينهما، وعلى أساس قانون التناسب نستطيع أن نعمّم ظاهرة الاجرام، وتفسيرها الخاص لجميع ظواهر الاجرام، فنقول: ما دامت جميع الظروف (أي الخليط من الظروف النفسية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها التي تحيط بالجاني) متّفقة في الحقيقة، فيجب أن تتّفق في أسبابها ونتائجها، فإذا كشفت التجربة العلمية عن ارتكاب شخص آخر لجريمة ما في نفس الظروف المشار اليها، أمكن القول باعتبارها ظاهرة لسائر المجرمين الذين تتماثل ظروفهم المشخّصة.

ومن الواضح أنّ القانونين الآخرين (الحتمية والتناسب)، ينبثقان عن مبدأ العلية، فلو لم تكن في الكون علية بين بعض الأشياء وبعضها الآخر، أي ان الأشياء تحدث صدفة واتّفاقاً، فلم يكن من الحتمي أن توجد ظاهرة الجريمة بدرجة معيّنة عندما تكون هناك حالة جرمية واحدة، ولم يكن من الضروري كذلك أن تشترك جميع الظروف في ظواهر اجرامية معيّنة، بل يكون من الجائز أن يصبح الاجرام في بيئة دون أخرى، لا لشيء إلا للصدفة والاتّفاق.

وبعد أن اوضحنا المفاهيم الثلاثة الرئيسية (العية، والحتمية، والتناسب) وهي التي تشكل مرتكزاً لجميع العلوم والقوانين فلو لم يعتمد مبدأ العلية هذا كحقيقة فلسفية ثابتة، لما أمكن أن تقام أي نظرية، وان يُشيد قانون علمي له صفة العموم والشمول.¹¹⁰⁰ فعلى سبيل المثال ان الدراسات والابحاث القانونية التي يقوم بها الباحثون حول حالات إجرامية معيّنة،

¹⁰⁹⁹ السيد محمد باقر الصدر، فلسفتنا، مصدر سابق، ص352.

¹¹⁰⁰ السيد محمد باقر الصدر، فلسفتنا، مصدر سابق، ص353. د. عبد الحمين بدوي، مصدر سابق، ص109.

بكل تأكيد لا يمكن ان تستغرق جميع جزئيات تلك الظاهرة، وان جُل ما يقوم به الباحثون في هذا الإطار هو أخذ عدة جزئيات محدودة ومتفقة في حقيقتها ومن خلال الأبحاث والدراسات فأنها تكشف عن اشتراك تلك الجزئيات في ظاهرة معينة، وعندما يتم التأكد من صحة تلك الدراسات والأبحاث وموضوعيتها تظهر للوجود كنظرية أو كمبدأ عام ينطبق على جميع الحالات التي تماثل موضوع تلك الأبحاث والدراسات في المجتمع، وهذا التعميم الذي هو شرط أساسي لإقامة علم طبيعي أو نظرية أو مبدأ عام لا يمكن تبريره الا من خلال مبدأ العلّية بصورة عامّة، وقانون التناسب منها بصورة خاصّة.¹¹⁰¹

ولكن هناك سؤال يثار وي طرح نفسه، وهو ماهية العلاقة بين مبدأ العلّية والتسبب؟ وللإجابة على ذلك ابتداءً نقول، ان السببية بغض النظر عن مفهومها هي التي تجعلنا ندرك العلاقة بين السبب والمسبب او السبب والمتسبب، وحيث ان الدليل الاستقرائي يسير من الخاص الى العام، فان مشكلة الصدفة المطلقة افترض لها مبدأ السببية المستقل عن التجربة، حيث يقول هذا المبدأ بأن لكل حادث سبباً، ومشكلة الصدفة النسبية تغلب عليها بنفي تكرار الصدفة على المدى الطويل، وان جميع الظواهر المطروحة للدراسة بما فيها الظواهر القانونية لا بد ان يكون لها سبب، وان مشكلة عدم الاطراد او التكرار تغلب بقضية مستنبطة من مبدأ السببية والتي مؤداها ان الحالات المتماثلة تؤدي الى نتائج متماثلة¹¹⁰². فالاستقراء قد اثبت التعميم دون الاعتماد على أساس القضايا السببية من خلال المفهوم العقلي الذي يعبر عن العلاقة المتلازمة بين السبب

¹¹⁰¹ وينص قانون التناسب على ((إنّ كلّ مجموعة متّفقة في حقيقتها، يجب أن تتّفق أيضاً في العلل والآثار))، فلو لم تكن في الكون علل وآثار، وكانت الأشياء تجري على حسب الاتفاق البحث، لما تمكن العلماء من القول: إنّ ما صحّ في التجربة في مختبرهم الخاص، يصحّ على كلّ جزء من الطبيعة على الإطلاق فعلى سبيل ان قانون التمدد الذي اثبته العلم بالتجربة هو أنّ الأجسام تتمدّد حال حرارتها، فإنّه لم يحط بتجارب جميع الأجسام التي يحتويها الكون بكل تأكيد، ولكن تلك التجارب أجريت على عدّة أجسام مختلفة، كعجلات العربة الخشبية التي توضع عليها إطارات حديدية أصغر منها، وعند ارتفاع درجة حرارتها سوف تنكمش الإطارات وإذا ما عادت الى طبيعتها سوف تشتدّ على الخشب، وان العقل والمنطق يخبرنا أنّ تلك التجربة لو أجريت عدّة مرّات على أجسام أخرى، فأنا وبكل تأكيد سوف نواجه السؤال المنطقي والعقلي القائل، ما دمتّ التجارب لم تستقص جميع الجزئيات، فكيف امكن اليمان والتصديق بأنّ إطارات جديدة أخرى غير التي أجريت عليها التجارب، هي الأخرى سوف تتمدّد هي الأخرى بالحرارة ايضاً؟ فالجواب المتوفر على هذا السؤال هو مبدأ العلّية وقوانينها فالعقل طالما لا يقبل الصدفة والاتفاق، فانه يفسّر الكون بالعلّية وقوانينها من الحتمية والتناسب، حيث يجد في التجارب المحدودة الكفاية للإيمان والتصديق بالقانون القائل بتمدّد الأجسام بالحرارة؛ لأنّ هذا التمدّد الذي كشفت عنه التجربة لم يكن صدفة، وإنّما كان بسبب الحرارة ومعلولاً لها، وحيث إنّ قانون التناسب في العلّية ينصّ على أنّ المجموعة الواحدة من حيث الطبيعة تتّفق فيما بينها من جهة الأسباب والنتائج والعلل والآثار، فلا نستغرب بعد ذلك أن تتوفر كلّ المبررات عندئذٍ للتأكيد على شمول ظاهرة التمدّد لسائر الأجسام وهكذا يتضح لنا أنّ وضع النظرية العامّة للتمدّد لم يكن من السهولة بمكان دون الانطلاق من مبدأ العلّية، فهذا العلّية هو الأساس الأوّل لجميع العلوم والنظريات التجريبية، ولكن السيد محمد باقر الصدر رحمه الله قد جدّد النظر حول مشكلة التعميمات الاستقرائية في كتابه الأساس المنطقي للاستقراء وأثبت عجز المذهب العقلي للمعرفة، بما فيه من مبدأ العلّية وقوانينها، عن حلّ تلك المشكلة، كما أنّ المذهب التجريبي للمعرفة هو الاخر عاجز عن ذلك أيضاً، وانتهى إلى أنّ الحلّ الوحيد لمشكلة التعميمات الاستقرائية يتمّ في ضوء المذهب الذاتي للمعرفة، من دون حاجة إلى الإيمان المسبق بمبدأ العلّية وقوانينها، السيد محمد باقر الصدر، الأساس المنطقي للاستقراء، الطبعة الرابعة، دار التعارف للمطبوعات، بيروت لبنان، 2008، ص 85 وما بعدها. كما ان للاستقراء علاقة وثيقة بموضوع التعريف بالمثال عندما يتم الاستعانة بتعريف الشي من خلال ذكر احد مفرداته ومصاديقه مثال له وهو اقرب الى عقول المبتدئين في فهم الأشياء وتمييزها وان الطريقة الاستقرائية هي احد أنواع التعريف بالمثال التي يدعو لها علماء التربية لتفهيم الناشئة وترسيخ القواعد والمعاني الكلية في أفكارهم والتي= مؤداها قيام المؤلف او المدرس بذكر العديد من الأمثلة والتمارين ليستنبط الطالب بنفسه المفهوم الكلي للقاعدة ومن ثم تعطى له النتيجة بعبارة واضحة ليطبق بين ما استنبطه هو وبين ما يعطى له بالنهاية من نتيجة، العلامة محمد رضا المظفر، المنطق، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت لبنان، ص 80-81. السيد كمال الحيدري، المذهب الذاتي في نظرية المعرفة، دار الهادي، دمشق، 2004، ص 255-256.

¹¹⁰² السيد كمال الحيدري، المذهب الذاتي في نظرية المعرفة، مصدر سابق، ص 255-256.

والمسبب أو السبب والمتسبب، وأن الذي يرفض علاقة السببية بالمفهوم العقلي لا يمكن له أن ينمي احتمال القانون السببي بالدليل الاستقرائي¹¹⁰³، وحيث أن الاستقراء هو استدلال من الخاص للعام كما بينا سابقاً، فهو بهذا المعنى يشمل الاستنتاج العلمي المستند على الملاحظة وكذلك الاستنتاج العلمي المعتمد على التجربة.¹¹⁰⁴

فالسببية أو العلية أو التسبب، هي مصطلحات تشير إلى مجموعة العلاقات السببية أو (علاقات سبب وتأثير) التي يمكن ملاحظتها خلال الخبرة اليومية والتي تستند إليها النظريات الفيزيائية في تعليل الحوادث الطبيعية. وعليه، فالسببية تدل على الروابط الضرورية بين الظواهر، التي تحتم الواحدة منها وتسمى السبب أو العلة الظاهرة الأخرى التي تسمى بالمسبب أو المعلول أو الأثر، وهي مبادئ أساسية للتصورات عن العالم، فلكل حادثة علة، أي مبدأ عقلي أنه لكل معلول علة أدت إلى حدوثه. كما تعد مقولة السببية (العية) واحدة من المقولات الأساسية للبحث العلمي التي تفضي دائماً إلى اكتشاف التبعية السببية الأساسية، وهناك اختلاف بين السبب الكامل والسبب المحدد، فالسبب الكامل هو المجمل الكلي لجميع الظروف التي يؤدي وجودها بالضرورة إلى حدوث الأثر، أما السبب المحدد فهو المجمل الكلي للظروف التي يؤدي وجودها إلى ظهور الأثر مع وجود ظروف كثيرة أخرى بالفعل في الموقف المعين، حتى قبل ظهور الأثر، مع توافر شروط فعل المسبب.¹¹⁰⁵ فإذا كانت مهمة الاستقراء هي تحديد العلاقة بين المقترنات من سبب ومسبب من أجل الوصول إلى أسباب الوقائع وحوادثها، فإن البحث في تلك العلاقة يشمل النظر إلى المسبب من حيث كونه حادث، وأن المبدأ العام يشير إلى أن لكل حادث سبب، ولعل هذا المبدأ هو الذي يوفر الإجابة على التساؤل المتعلق بمدى إمكانية وجود المسبب دون أن يكون له سبب ساهم في وجوده، كما يشمل أيضاً النظر إلى السبب وما له من خصائص موضوعية تميزه عن غيره أثرت في مسببه، فعندما تتوفر الشروط وتتفي الموانع بين السبب والمسبب فبكل تأكيد ستحصل النتيجة المعتمدة على خاصية السبب في التأثير والمسبب في الأثر.¹¹⁰⁶

والرأي عندنا ما نادى به الأستاذ الزلمي-رحمه الله -بأن العلة في جوهرها وحتى في حقيقتها لا تشبه السبب، وحقته أن العلة في روح الشريعة الإسلامية تعني نتيجة تطبيق أحكام الله سبحانه، وتمثل الغاية أو الغرض، وهي تتمثل في جلب المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم، وحيث أن سبب وجوب القصاص هو القتل العمد (العدوان)، فإن علة هي المحافظة على أرواح الأبرياء وسلامتهم وأمنهم، كما أن لزوم الجلد سببه الزنا وعلة المحافظة على أعراض وأنساب الناس.¹¹⁰⁷ ويرد قول العلامة (جارو) هنا بصدد موقف القانون الجنائي، إذ يسمي الأسباب غير المباشرة البعيدة التي تتعلق بالقصد بالعلل، كالذي يقتل مورثه لاستعجال حصوله على الميراث، فهذا قصد غير مباشر، أما الأسباب المباشرة القريبة من القصد فيسميها أسباباً. ويهتم القانون بالآخيرة (الأسباب) دون الأولى (العلل)، إلا في حالات استثنائية، حيث يتطلب المشرع في بعض الجرائم أسباباً بعيدة غير مباشرة، أي يتطلب القصد الخاص لدى الفاعل (الباعث الدافع) إلى جانب اعتداده (بالأسباب).¹¹⁰⁸

¹¹⁰³ المصدر السابق نفسه، ص 264.

¹¹⁰⁴ السيد محمد باقر الصدر، الأسس المنطقية للاستقراء، مصدر سابق، ص 13.

¹¹⁰⁵ السيد محمد باقر الصدر، فلسفتنا، مرجع سابق، ص 355.

¹¹⁰⁶ عبد الله القرني، المعرفة في الإسلام مصادرها ومجالاتها، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 1998، ص 430.

¹¹⁰⁷ د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، ج 2، دار الحكمة، بغداد، 1991، ص 44 وما بعدها.

¹¹⁰⁸ جارو، موجز الحقوق الجزائية، ج 1، المبادئ العامة في قانون الجزاء، ترجمة المحامي فائز الخوري، المطبعة الحديثة، دمشق، 1920، ص 256.

ثانيا - التسبب والقتل الذي يجري مجرى الخطأ: ما أُجري مجرى الخطأ، هو أحد أقسام القتل عند الفقهاء المسلمين، ويعني أن يصدر من الشخص فعل بغير إرادته، فيتسبب عنه قتل شخص، وذلك كأن ينقلب نائم على شخص فيقتله، أو يقع عليه من علو فيقتله، أو يعثر بشي فيقع على شخص فيقتله، أو يلعب بالسلاح فيخرج منه جبراً فيقتل إنساناً، أو ينكسر شيء في السيارة فتخرج عن سيطرة السائق وتقتل شخصاً، وغير ذلك من الأفعال، فإنه يعد ما يجري مجرى الخطأ، وإن كان قد حصل خارج إرادة الفاعل لكونه يشبه النوع الأول من القتل الخطأ، كما في الرجوع في السيارة إلى الخلف فتتسبب بقتل خطأ، فالأمر يشبه كسر شيء في السيارة وخروجها عن سيطرة السائق، فيكون قتلاً خطأً، وكما في أن حالة إصابة الإنسان حين يرمي الصيد قتلاً خطأً، وكذلك اعتبار حالة عبثه بالسلاح وقتل إنسان قتلاً خطأً، فالشبه بينهما واضح. أما ما أُجري مجرى الخطأ فانه لم تحصل إرادة من الفاعل مطلقاً، لا لما حصل من الفعل ولا من غيره، ولهذا لم يُقَل إنه خطأ بل أُجري مجرى الخطأ. ولهذا فإن حكمه كحكم القسم الأول من الخطأ، أي تجب فيه الدية، وتجب فيه الكفارة. واعتبر المحققون من الحنفية وبعض الحنابلة القتل الخالي من الإرادة والقصد سواء حصل هذا القتل بفعل مباشر، مثل أن يقع إنسان على آخر فيقتله، أم بسبب مثل أن يحفر بئراً أو ينصب سكيناً أو حجراً فيؤول إلى اتلاف إنسان ملحقاً بالقتل الخطأ المحض لا منه.¹¹⁰⁹ واتفقوا على تسمية الأول أي الخالي من القصد والإرادة بالجاري مجرى الخطأ¹¹¹⁰، لكن المحققين من الحنفية أفردوا القتل بالتسبب بقسم خامس من أقسام القتل وجعلوه مقابل الخطأ.¹¹¹¹ وأما بعض الحنابلة فقد جعلوه صورة من صور ما جرى مجرى الخطأ.¹¹¹² وأما الذين لم يقولوا بهما من الحنابلة فقد بحثوهما ضمن الخطأ المحض.¹¹¹³ وأما المالكية والشافعية، فلم يقولوا بهما من القسمين من القتل، ولكنهم ذكروا نفس الامثلة التي ذكرها المحققون من الحنفية وبعض الحنابلة ومثلوا لذلك فقالوا (فعل النائم، كامراً انقلبت على ولدها فقتلته)¹¹¹⁴، قال الإمام النووي (فان فقد قصد أحدهما بان وقع عليه فمات او رمى شجرة فأصابهم خطأ)¹¹¹⁵، وكذلك عملت الظاهرية في جعل من مات من غير إرادة وقصد نوعاً من أنواع القتل الخطأ، قال أبو محمد فالخطأ من رمى شيئاً فأصاب مسلماً لم يرده بما قد يموت من مثله فمات مصاباً، أو

¹¹⁰⁹ الشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، الباب في شرح الكتاب، دار الكتب العلمية بيروت، بدون سنة طبع، ص 141. شيخ الإسلام شمس الأئمة الفقيه الأصولي النصار أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، المبسوط، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص 78. أبي بكر علاء الدين بن مسعود أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، ط 2، بيروت، 1982، ص 344. المبتدي شيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشيداني الرغيناني، الهداية في شرح بداية، ط 1، دار الكتب العلمية، 2000، ص 503. الشيخ عبد القادر الرافعي، تفريرات الرافعي لمفتي الديار المصرية على رد المحتار، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 161. الإمام عبد الله بن محمود بن مولود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ط 1، دار الكتب العلمية، 1998، ص 29. الشيخ الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله ابن أحمد بن قدامة، المغني، دار الفكر، ط 1، 1984، ص 321. الشيخ شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن ابن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الفكر، ط 1، 1984، ص 335.

¹¹¹⁰ الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 344، الشرح الكبير، مصدر سابق، ص 335.

¹¹¹¹ بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص 345.

¹¹¹² المغني لابن قدامة، مصدر سابق، ص 321، الشرح الكبير، مصدر سابق، ص 335.

¹¹¹³ المغني لابن قدامة، مصدر سابق، ص 339. الشيخ منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع في فقه امام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، ط 6، المطبعة السلفية، القاهرة، ص 331.

¹¹¹⁴ شيخ الإسلام العلامة العالم حافظ المغرب الناقد البصير أبي عمر وسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987، ص 594.

¹¹¹⁵ العلامة الفاضل الشيخ محمد الزهري العمراوي، متن المنهاج مع شرح السراج الوهاج، دار المعرفة، بيروت، ص 477.

وقع على مسلم فمات من وقعته، فهذا كله لا خلاف في انه قتل خطأ لا قود (لا قصاص) فيه.¹¹¹⁶ وأما الامامية والزيدية، فقد جعلوا لكل ما يحصل بالقتل المباشر وما يحصل بالأسباب فصلا مستقلا عن الآخر وجعلوهما من الخطأ المحض في هذا التقسيم.¹¹¹⁷

أما بخصوص تعريف الفقهاء المسلمين للقتل الذي يجري مجرى الخطأ وبيان أركانه، وهو حصول القتل بفعل الجاني المباشر، أي بدون توسط شيء بين الفعل والنتيجة من إرادة الفعل وقصد القتل، أي انه في معنى الخطأ من كل وجه، وهو أن يكون على طريق المباشرة، نحو النائم ينقلب على إنسان فيقتله، فهذا القتل في معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده لا عن قصد، لأنه مات بثقله، فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية لأنه إذا كان في معناه من كل وجه، بمعنى ان الشريعة الإسلامية أوردت هذه الاحكام من اجل الدلالة عليها.¹¹¹⁸ وقد عرفت جانب من الفقه بأنه، هو قتل النائم آخر بسقوطه عليه¹¹¹⁹، بمعنى ان ينقلب نائم على شخص فيقتله.¹¹²⁰ وأما أركان القتل الجاري مجرى الخطأ فلا شك أن أركان القتل الذي يجري مجرى الخطأ هي أركان قتل الخطأ نفسها. لأن الفقهاء الذين قالوا به أعطوه نفس حكم الخطأ في الآثار المترتبة عليه، ومن هنا يمكننا ان نقول: إن أركان القتل الخطأ هي: (1). القاتل. 2. المقتول. 3. الفعل المؤدي إلى القتل. 4. وجود الخطأ في الفعل. 5. الرابطة السببية بين الفعل والخطأ). وهكذا يفهم من عبارات الفقهاء المسلمون، أنه لا قتل بدون قاتل ومقتول.¹¹²¹ وتأكيدا على ذلك فقد قال جانب من الفقه الإسلامي أن أركان الجنائية ثلاثة: (الجاني، والمجني عليه، والجنائية)¹¹²²، وقد ذهب قسم من الفقهاء المحدثين إلى أن أركان القتل الخطأ ثلاثة: (1). فعل يؤدي لوفاة المجني عليه، 2. أن يقع الفعل خطأ من الجاني، 3. أن يكون بين الخطأ ونتيجة الفعل رابطة سببية).¹¹²³

ومن كل ما تقدم، يتضح ان الفقهاء المسلمين قسموا أنواع القتل الى (القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والقتل الذي يجري مجرى الخطأ، والقتل بالتسبب). وان اركان القتل الذي يجري مجرى الخطأ هي خمسة (القاتل، والمقتول، والفعل المؤدي الى القتل، ووجود الخطأ في القتل، والرابطة السببية بين الخطأ والفعل). وان القتل الذي يجري مجرى الخطأ ملحق بالقتل الخطأ من حيث الآثار المترتبة عليه، ويأخذ حكم القتل الخطأ عند القائلين به، وعند الذين لا يقولون به جعلوه جزءاً من الخطأ ومثلوا له بنفس الأمثلة. وان الآثار المترتبة على القتل الذي يجري مجرى الخطأ أربعة اشياء اثنتان اصليتان وهما وجوب الكفارة ووجوب الدية واثنتان تبعيتان وهما الحرمان من الميراث والوصية، ان الكفارة

¹¹¹⁶ الإمام الجليل المحدث الفقيه الأصولي أبي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداوي، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 215.

¹¹¹⁷ بدائع الصنائع للكاساني، مصدر سابق، ص 344.

¹¹¹⁸ بدائع الصنائع للكاساني، مصدر سابق، ص 344.

¹¹¹⁹ الشيخ قاسم القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق الدكتور احمد بن عبد الرزاق الكبيسي، ط2، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، 1987، ص 292.

¹¹²⁰ العلامة الشيخ محمد الزهري العمراوي، متن المنهاج مع شرح السراج الوهاج، دار المعرفة، بيروت، ص 173 و 362.

¹¹²¹ المغني لابن قدامة، مصدر سابق، ص 321. الشرح الكبير، مصدر سابق، ص 335.

¹¹²² الإمام محمد بن عبد الله بن علي الخرشني المالكي، حاشية الخرشني، دار الكتب العلمية، ط1، 1997، ص 134. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق الأستاذ محمد أبو خبزة، ط1، بدون مكان طبع، 1994، ص 173.

¹¹²³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2005، ص 108.

ماحية للذنب المترتب على عدم التحرز في القتل الذي يجري مجرى الخطأ وان القتل الذي يجري مجرى الخطأ لا اثم فيه عند جمهور العلماء.

ثالثا - التسبب والإفشاء: نظراً للأهمية التي يتمتع بها موضوع الإفشاء لكون معظم فقهاء الشريعة يستخدمه للدلالة على التسبب، فأننا نبحث فيه بشيء من التفصيل:

1. تعريف الإفشاء في اللغة: الإفشاء، من افشى يفضي افشاءً. ولمادة الكلمة من الفاء والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على انفساح في شيء واتساع، ومن ذلك الفضاء الواسع.¹¹²⁴ والإفشاء في الحقيقة الانتهاء، ومنه قوله تعالى ((وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَمِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا))¹¹²⁵، ومعنى افشى بعضكم الى بعض، أي انتهى¹¹²⁶، وأوى بعضكم الى بعض وعداه ب (الى) لأن فيه معنى وصل.¹¹²⁷ وقيل الفضاء الساحة وما اتسع من الارض، يقال افشيت إذا خرجت الى الفضاء، وافشيت الى فلان بسري، وأفشى الرجل الى امرأته باشرها وجامعها.¹¹²⁸ ويتضح مما تقدم ان الإفشاء الوصول الى الشيء بسعة وهو من الفضاء.¹¹²⁹

2. تعريف الإفشاء في الفقه الإسلامي: لم يستخدم الفقهاء المسلمون مصطلح العلاقة السببية كما هو معروف في المصطلحات القانونية الحديثة، ولكن مضمونها معروف وموجود في الفقه الإسلامي، وهذا الامر لا ينتقص من الفقه الإسلامي بشيء فهي وان اختلفت في اللفظ المبني الا انها تتحد في الغاية والمعنى، فالعبرة بالمعاني المختزنة في نصوص فقهاء الشريعة الاسلامية سواء في القواعد والضوابط الفقهية أو في تعريفات المسائل التي جاءت في غاية الدقة، فقد عبروا عن العلاقة السببية بلفظ الإفشاء بمعنى افشاء الخطأ الى احداث الضرر واسناد الضرر ونسبته الى فعل المتعدي.¹¹³⁰ فعلى سبيل المثال قولهم، ومنها التسبب للإتلاف كحفر بئر في موضوع لم يؤذن فيه ونحو ذلك مما شأنه في العادة ان يفضي للإتلاف.¹¹³¹ وفي قول آخر، في معرض حديثهم في موضوع كسر الدراهم لإخراج ما فيها من الفضة، حيث قالوا ولا يخفي ان الشارع لم يأذن في الكسر الا إذا بها بأس ومجرد الابدال لنفع البعض ربما أفشى الى الضرر بالكثير من الناس، فالجزم بالجواز من غير تقييد بانتفاء الضرر لا ينبغي.¹¹³² وفي قول ثالث، الإفشاء يعبر عنه في لغة الحقوق برابطة السببية. والإفشاء

¹¹²⁴ احمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة مصدر سابق، ص 441.

¹¹²⁵ سورة النساء، الآية 21.

¹¹²⁶ د. حمدي احمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999، ص 35.

¹¹²⁷ ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص 139 كلمة (فضا).

¹¹²⁸ أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ترجمة أبو نصر الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1987، ص 248/2 كلمة (فضا).

¹¹²⁹ أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، حققه د. عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، ط2، 1998، ص 154-155.

¹¹³⁰ أ. د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، ط1، 1982، ص 96. أ. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان واحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، لبنان، ط 1997، ص 26. د. محمد أحمد سراج ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ط1، 1993، ص 49.

¹¹³¹ شهاب الدين أبي الحسين الصنهاجي القرافي، الفروق، تحقيق د. عبد الحميد هندواي المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 2002، ص 30.

¹¹³² محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخبار، دار الاصمعي، ط2، 1997، ص 318.

في اصطلاح الفقهاء الإسلاميين هو ان يكون الفعل موصولا الى نتيجة لا تختلف عنه إذا انتفعت الموانع.¹¹³³ كما وقد عبر بعض الفقهاء المعاصرين عنها بمصطلح علاقة التعدي بالضرر، اذ لا بد في الضرر ان يكون مرتبطا بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب.¹¹³⁴

وبهذا يكون معلوماً ان الفقهاء المسلمون وان لم يتطرقوا للعلاقة السببية بنحو صريح، الا ان آرائهم المختلفة تؤكد على أنه لا يكفي لإلزام الشخص بالضمان ان يتوافر ركنا التعدي والضرر بل يجب ان يكون هذا التعدي قد افضى الى الضرر المتحقق، أي ان يكون الضرر مترتباً على هذا التعدي.¹¹³⁵ كما وقد اشارت المادة/ 992 من مجلة الاحكام العدلية الى ذلك المعنى بقولها (لو أُلِف أحد مال آخر او نقص قيمته تسببا يكون ضامناً).¹¹³⁶ كما وأن الفقه الإسلامي ميز بين كل من تعدي بالمباشرة والتعدي بالتسبب من اجل تحديد الطريقة التي يحدث بها الضرر او التلف وهي حقيقة العلاقة السببية على اختلاف قوة الاسناد، فكلما كانت قوة الاسناد شديدة بحيث يكون الفعل موجد للعلّة كان الفعل مباشرة، اما إذا لم يكن من القوة بحيث لم يوجد العلة بنفسه وانما أوجد ما يستوجب وجود العلة كان تسبباً، وهذا ان دل على شيء انما يدل على عمق الخصائص الذاتية للفقه الإسلامي خاصة فيما يتعلق باختلاف الفقهاء في صور المباشر والمتسبب والتفرعات المبنية عليها.¹¹³⁷

3. تعريف الافضاء في الاصطلاح: يستعمل الفقهاء المسلمون لفظة الافضاء للتعبير عن رابطة السببية بين الخطأ والضرر ويعرف الافضاء في الاصطلاح "ان يكون الفعل موصولاً الى نتيجة لا تختلف عنه إذا انتفعت الموانع"¹¹³⁸، بمعنى انتفاء المانع للسبب، وهو الامر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب، وقد نص الفقيه القرافي على شرط الافضاء بقوله (ومنها التسبب للإتلاف) كحفر بئر في موضع لم يؤذن فيه، ووضع السموم في الاطعمة، ووضع النار بقرب الزرع ونحو ذلك ممن يكون من شأنه ان يفضي غالباً للإتلاف.¹¹³⁹ فلو أُلِف أحد مال آخر أو نقص قيمته تسبباً يعني لو كان سبباً مفضياً الى تلف مال، أو نقصان قيمته يكون ضامناً، بمعنى ان للضمان بالإتلاف تسبباً شروطاً منها¹¹⁴⁰:

- أ. أن يصدر من فاعله عن عمد، أي يكون متعمداً في ذلك السبب.
- ب. أن يكون ذلك السبب مفضياً الى الاتلاف لا محالة، بمعنى الا يكون للإتلاف سبب غيره.
- ج. ألا يتخلل بين السبب والتلف فعل فاعل مختار.

¹¹³³ أ. د. محمد فوزي فيض الله نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص 96.

¹¹³⁴ أ. د. وهبة الزحيلي نظرية الضمان، مصدر سابق، ص 26.

¹¹³⁵ د. عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية، مصدر سابق، ص 257.

¹¹³⁶ الأستاذ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب المحامي فهمي الحسني، دار الجيل، بيروت، 1990، ص 613.

¹¹³⁷ أ. د. محمد فوزي فيض الله مصدر سابق، ص 96 وما بعدها. أ. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مصدر سابق، ص 54. د. عادل جبيري محمد حبيب، مصدر سابق، ص 262 وما بعدها.

¹¹³⁸ د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان، مرجع سبق ذكره: ص 96.

¹¹³⁹ القرافي، الفروق، مصدر سابق، ص 30.

¹¹⁴⁰ الأستاذ علي حيدر، مصدر سابق، المادة 922 من مجلة الاحكام العدلية، ص 509 / 2.

والتعبير بلفظ الافضاء يشمل حال المباشرة والتسبب.¹¹⁴¹ وقد قال أحد الفقهاء "ويشمل الافضاء في الاصطلاح الفقهي كلاً من السبب والعلة". أما السبب، فهو ما يكون طريقاً الى الحكم من غير تأثير. أما العلة، فهي ما شرع الحكم عنده تحصيلاً للمصلحة.¹¹⁴²

وقد تعددت تعاريف التسبب في الاصطلاح لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث يعرفه **الأحناف** بأنه: الفعل في محل يفضي الى تلف غيره عادة¹¹⁴³، أما **المالكية** فقد عرفوا التسبب بأنه: ما يحصل الهلاك عنده بعلّة أخرى اذ ان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة¹¹⁴⁴، ويعرفه **الشافعية** بأنه: ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله.¹¹⁴⁵ كما عرفته المادة/ 888 من مجلة الاحكام العدلية بأنه: إحداث أمر في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جري العادة، ومن كل التعاريف المذكورة يتضح لنا انها وان اختلفت في اللفظ الا انها تتحد في المعنى سواء كان تصريحاً ام دلالة حيث تفيد كلها ان التعدي يكون تسبباً عندما يفضي الفعل الصادر من المتسبب الى النتيجة الضارة بواسطة وليس مباشرة، وهذا يدل بما لا يقبل الشك ان الافضاء هو في الحقيقة مرادف للتسبب، ولعل هذا ما يبرر للمشرع العراقي في قانون العقوبات استخدامه لفظ الافضاء للدلالة على التسبب بجانب استخدام الفاظ أخرى (نشأ، أدى، نجم، ترتب) كما في المواد القانونية التالية في قانون العقوبات : 410، 417، 418، 419، 342، 349، 350، 345، 354، 355، 356، 357، 359، 351، 367، 368، 369، 393، 412.

4. ارتباط الافضاء بالفعل المادي والمعنوي: من أجل إلزام الشخص بالضمان لا يكفي مجرد توافر ركن التعدي وركن والضرر، لا بل يجب أن يكون من شأن هذا التعدي الافضاء الى الضرر المتحقق، بمعنى ان يكون الضرر مترتباً على هذا التعدي، سواء كان الفعل المؤدي الى الضرر مادياً او معنوياً. وان ارتباط الافضاء بالفعل المادي الذي يعبر عنه بضرر الاتلاف او الافساد واحياناً بالاستهلاك، فان الفقهاء المسلمون لم يلتزموا التعبير بالضرر عن كل مفسدة، فارتباط الافضاء بالاتلاف سواء كان كلياً او جزئياً، فقد استعمل الحنفية لفظ الاتلاف الكلي على الاستهلاك، الذي هو اخراج الشيء من ان يكون منتفعاً به كلياً، كما في كسر الانية وحرق الثوب وقتل الحيوان، واما الاتلاف الذي هو الافساد ومن صورته النقصان، فلو وضع شخص يده على عقار غيره، فنقص بسكانه، فانه يضمن النقص بالأجماع.¹¹⁴⁶ وعند التمكن في الأمثلة المذكورة انفاً فقد يتضح لنا ارتباط الافضاء بالفعل المادي، مع ما أنتج معه الضرر بغض النظر عما إذا كان الافضاء يتعلق بحالة المباشرة ام بحالة التسبب، فالعبرة ان يكون الضرر بفعل محل اخر افضى اليه.¹¹⁴⁷ وأما بخصوص ارتباط الافضاء بالفعل المعنوي، فانه ليس بذلك الوضوح الذي عليه بموضوع ارتباطه بالفعل المادي، لكونه ليس بشيء محسوس هذا من جهة، ولكون الافضاء في الاصل رابطة ذهنية غير محسوسة من جهة ثانية، فاذا تعلق الافضاء بالفعل المعنوي أصبح الامر أكثر غموضاً لعدم اتصاله بضرر مادي ملموس، كما في حالة الضرر الذي يصيب الشخص في عاطفة الحنان والمحبة او إنزال مفسدة في

¹¹⁴¹ د. عبد اللطيف عوض محمد القرني، مصدر سابق، ص 155.

¹¹⁴² د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان، مرجع سبق ذكره ص 97، بتصرف.

¹¹⁴³ الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج 7، ص 165.

¹¹⁴⁴ القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 27.

¹¹⁴⁵ الشيخ ابي يحيى ابن زكريا الدنصاري، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب لشرح تحرير تنقيح اللباب، طبعة مصر، 1941، ج 2، ص 360.

¹¹⁴⁶ د. محمد فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، مصدر سابق، ص 131.

¹¹⁴⁷ د. عبد اللطيف عوض محمد القرني، نظرية السببية في المسؤولية، مصدر سابق، ص 156.

شخصية الآخرين وكرامتهم، وايضاً كما في حالة الضرب الذي لا يترك اثر ولكنه يمس كرامة الانسان واعتباره، واستدل الفقهاء اللذين نادوا بالتعويض عن الضرر المعنوي، بما رواه أبو رهم الغفاري رضي الله عنه.¹¹⁴⁸

وبناء على ما تقدم، يمكن ان نقرر مدى ارتباط الافضاء بالفعل، إلا أنه لا ينطبق على الافضاء معنى الركن المقصود هنا، وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وانما هو من قبيل عدم وجود المانع للسبب، والمانع للسبب هو الامر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب.¹¹⁴⁹

5. استظهار علاقة السببية من الافضاء: بعد كل ما تقدم من مقدمات في موضوع الافضاء يمكن ان نستظهر علاقة السببية من معنى الافضاء التي تتجسد في ان يكون الفعل موصلاً الى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع¹¹⁵⁰، وهو بهذا المعنى شامل لمفهوم ركن علاقة السببية بأحوالها المباشرة والتسبب، الا ان الفقهاء لم يجعلوها ركناً في الضمان واكتفوا بركني الاعتداء والضرر لكونهم يعتبرون ان الافضاء من البديهيّات العقلية التي لا يقوم الاضمان الا بتحققها.¹¹⁵¹

وان ما يميز لفظ الافضاء هو كونه وصفاً أكثر اتصالاً بالضرر لان الافضاء في حقيقته هو الانتهاء، مما يعني ان المدرسة الموضوعية المادية أكثر حضوراً في الفقه الإسلامي، وان العلاقة السببية وان كان بالإمكان اثباتها بطرق مادية ومع ذلك فأنها بالأصل افضاء ذهني بين الفعل والضرر، ولذلك يمكن ان نقول ان الافضاء هو المعنى الاساسي الذي تقوم عليه علاقة السببية كركن من اركان المسؤولية.¹¹⁵² ومرة أخرى يتوصل الفقهاء المسلمون الى كون الإفضاء من السببية وإن السببية من التسبب وأن التسبب من السبب، ومن ثم فإن الإفضاء والتسبب من السببية ذات الكيان المادي ولا صلة لها بالأصول المعنوية للجريمة، وهو أمر قد لا يأتلف والفكرة الجنائية عن التسبب أو الإفضاء ذات الطابع المعنوي.

¹¹⁴⁸ ابو رهم الغفاري اسمه كلثوم بن حصين بن خالد، وقيل بن حصين بن عبيد الغفاري مشهور باسمه وكنيته كان ممن بايع تحت الشجرة وكان اذ شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم احداً قد رمى بسهم في نحره فجاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فبصق فيه، فكان ابو رهم يسمى المنحور، واستخلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على المدينة مرتين: مرة في عمرة القضاء، ومرة في عام الفتح في خروجه الى مكة وحنين والطائف، كان يسكن المدينة، وكان له منزل ببني غفار، حيث قال ((كنت اسوق الهدى واركب على البدن في عمرة القضية، وبيننا رسول الله صلى الله عليه وسلم يسير من الطائف الى الجعرانة، وابو رهم الى =جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ناقه له، وفي رجليه نعلان له غليظتان، اذ زحمت ناقته ناقه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابو رهم: فوق حرف نعلي على ساقه فأوجعه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (اوجعتني ، اخر رجليك)، وقرع رجلي بالسوط قال : فأخذني ما تقدم من امري، وما تأخر، وخشيت ان ينزل في قران لعظيم ما صنعت، فلما اصبنا بالجعرانة خرجت ارعى الظهر وما هو يومي فرقاً ان يأتي للنبي صلى الله عليه وسلم رسول يطلبني، فلما روجت الركاب سألت فقالوا: طلبك النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: احداهن والله فجئته وانا اترقب فقال (انك اوجعتني برجلك فقرعتك بالسوط واوجعتك، فخذ هذه الغنم عوضاً من ضربتي)، قال ابو رهم: فرضاه عني كان احب الي من الدنيا وما فيها)). اخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى، ص242، وصححه الدلباني في السلسلة الصحيحة، حديث رقم (3043). الحافظ ابي الفضل شهاب الدين احمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون سنة طبع، ص141.

¹¹⁴⁹ د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان، مصدر سابق، ص96. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مصدر سابق، ص 18.

¹¹⁵⁰ د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان، مصدر سابق، ص96.

¹¹⁵¹ د. عبد اللطيف عوض محمد القرني، نظرية السببية في المسؤولية، مصدر سابق، ص 158.

¹¹⁵² د. عبد اللطيف عوض محمد القرني، نظرية السببية في المسؤولية، مصدر سابق، ص 159. د. محمد احمد سراج، مصدر سابق، ص 205.

د. محمد عبيد الدوسري، دفع المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه بالمعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، الرياض، 2003، ص 355.

الخاتمة:

بعد الانتهاء من البحث فقد توصلنا لجملة من النتائج والاستنتاجات نجملها ادناه:

أولاً: النتائج:

1- ان كلمة السبب في لغة العرب، تعني كل ما تسبب به للوصول إلى المطلوب من حبل أو وسيلة أو رحم أو قرابة أو طريق أو محجة، وغير ذلك وتأتي بأربع معاني في القرآن الكريم فقد تأتي بمعنى الطريق وقد تأتي بمعنى الباب وقد تأتي بمعنى الحبل وقد تأتي بمعنى الشفيع.

2- ان لفظة الإفشاء تأتي كمرادف من حيث المعنى اللغوي لمصطلح التسبب فكلاهما يعبران عن معنى الوصول والتواصل، وان استخدام المشرع لمصطلح (أفصى) في بعض المواد الجزائية وفي جرائم مشابهة للجرائم التي استخدم فيها مصطلح التسبب دلالة على ذلك المعنى. فعلى سبيل المثال، أشارت إلى مصطلح أفصى بمعنى التسبب جريمة الضرب المفضي إلى الموت في المادة 410 عقوبات بالقول (من اعتدى عمداً على آخر بالضرب أو ... ولم يقصد من ذلك قتله ولكنه أفصى إلى موته). وفي جريمة الاجهاض المفضي إلى الموت في المادة (2/417) عقوبات بالقول (... وإذا أفصى الاجهاض أو الوسيلة التي استعملت في احداثه ولو لم يتم الاجهاض إلى موت المجني عليها فتكون العقوبة ...). وفي المادة (2/418) عقوبات بالقول (وتكون العقوبة ... إذا أفصى الاجهاض أو الوسيلة التي استعملت في احداثه ولو لم يتم الاجهاض إلى موت المجني عليها). وفي جريمة الحريق المفضي إلى الموت في المادة (4/342) عقوبات بالقول (وتكون العقوبة ... إذا أفصى الحريق إلى موت انسان). وفي جريمة الغرق المفضية إلى الموت في المادة (349) عقوبات بالقول (وتكون العقوبة ... إذا أفصى الغرق إلى موت انسان).

3- ان لفظة (أدى) تأتي بمعنى انتهى وأفصى، وبالتالي فأنها من الممكن ان تستخدم كمرادف للإفشاء وللتسبب، وان المشرع العراقي استخدم لفظة أدى للدلالة على لفظ التسبب الخطأ في عدة نصوص، فقد أشار قانون رعاية الأحداث العراقي رقم (76) لسنة 1983 إلى حالة التسبب خطأ في ارتكاب الجرائم غير العمدية، حيث جاء في الفصل الثالث المتعلق بمسؤولية الأولياء في المادة (29) منه على أن (أولاً - يعاقب ... كل ولي أهمل رعاية الصغير أو الحدث إهمالاً أدى إلى التشرد أو انحراف السلوك). كما نص على بعض الجرائم التي تكون النتيجة فيها متعمدة قصد الجاني، حيث تمثل النتيجة الشديدة فيها حالة التسبب الخطأ التي عبر عنها المشرع بلفظ (أدى)، كما في جريمة الاعتداء على وسائل النقل المفضية إلى الموت في المادة (354) عقوبات بالقول (يعاقب ... من عرض عمداً للخطر بأية طريقة كانت سلامة الملاحة الجوية أو المائية أو سلامة قطار أو ... وتكون العقوبة ... إذا أدى ذلك إلى موت انسان). والمادة (3/1/355) عقوبات بالقول (1 - يعاقب ... كل من أحدث عمداً تخريباً أو اتلفاً بطريق عام أو مطار أو جسر أو قنطرة أو سكة حديدية أو ... 3 - وتكون العقوبة ... إذا أدى ذلك إلى كارثة أو موت انسان). وفي قانون العقوبات العسكري العراقي رقم (19) لسنة 2007 الجرائم المرتكبة على المال أو النفس في أثناء النفي الواردة في الفصل التاسع من هذا القانون، حيث نصت المادة (61) منه على أن (... سادساً - يعاقب ... إذا أدى استعمال القوة إلى إحداث عاهة مستديمة في جسم المجني عليه. سابعاً - تكون العقوبة ... إذا أدى استعمال القوة إلى موت المجني عليه).

6-ان لفظة (نجم) تأتي بمعنى نشأ التي هي إحدى مرادفات الافضاء والتسبب كما مر بنا سابقاً، وان المشرع العراقي استخدمها في قانون رعاية الأحداث العراقي رقم (76) لسنة 1983، حيث جاء في الفصل الثالث المتعلق بمسؤولية الأولياء في المادة (29) منه على أن (أولاً - يعاقب ... كل ولي أهمل رعاية الصغير أو الحدث إهمالاً أدى الى التشرد أو انحراف السلوك. ثانياً - تكون العقوبة ... إذا نجم عن هذا الإهمال ارتكاب الحدث جنحة أو جناية عمدية). وفي الجرائم التي تكون فيها النتيجة متعمدية قصد الجاني، حيث تكون النتيجة الشديدة التي نجمت عن فعل الاعتداء العمدي نتيجة غير عمدية، كما في جريمة الاعتداء على وسائل النقل المفضية الى الموت في المادة (354) عقوبات بالقول (يعاقب ... من عرض عمداً للخطر بأية طريقة كانت سلامة الملاحة الجوية أو المائية أو سلامة قطار أو سفينة أو طائرة أو اية وسيلة من وسائل النقل العام. وتكون العقوبة ... إذا نجم عن الفعل حدوث كارثة للقطار أو غيره مما ذكر...).

4-ان لفظ (ترتب) تأتي بمعنى نتج التي هي من معاني لفظة افضى المرادفة للفظ تسبب. وان المشرع العراقي استخدم لفظ ترتب في جريمة المفرقات والمتفجرات المفضية الى الموت في المادة (345) عقوبات بالقول (يعاقب ... كل من استعمل او شرع في استعمال المفرقات او المتفجرات استعمالاً من شأنه تعريض حياة الناس للخطر. فاذا ترتب على استعمال المفرقات او المتفجرات ضرر جسيم بالأشخاص او ترتب عليه موت انسان كانت العقوبة ...).

5-أن كلاً من العلة والسبب علامة على الحكم، وكل منهما بني الحكم عليه وربط به وجوداً وعدماً، ولكل منهما حكمة في ربط الحكم به وبنائه عليه، فاذا كانت المناسبة في هذا الربط مما يدركه العقل البشري أطلق على الوصف بانه علة وأطلق عليه أيضاً سبب، اما إذا كانت مناسبة هذا الربط مما لا يستطيع العقل البشري ادراكه أطلق عليه سبب فقط، دون ان يسمى علة.

6-ان لفظ (السبب) في القرآن الكريم جاء على أربعة معان هي: الباب والطريق والمنزل والعلم، والحبيل (بالمعنى المادي أو المجازي). وقد اختلفت اقوال المفسرين في تحديد بعض الفاظ الآيات الكريمة التي وردت فيها كلمة السبب ولا مجال للتوسع فيها هنا، ومهما يكن من أمر فإن هذا التعدد في المحصلة لا يخرج عن هذه المعاني الأربعة التي ذكرناها انفاً.

13-قدر تعلق الامر بمنظور القانون الجنائي، وبعبداً عن الآراء التي تذهب الى القول بمساواة السبب بالشرط، فان السبب عند فقهاء القانون الجنائي هو الذي يؤدي الى النتيجة، لأنه ينطوي على الفاعلية التي تمكنه من ذلك، في حين يقتصر دور الشرط على مجرد تهيئة البيئة الملائمة، بمعنى توفير الظروف المناسبة التي يمكن للسبب ان يعمل فيها فيطلق فعاليته المكتنزة فيه. عليه، يصح القول ان العامل الذي يحتويها هو سببها، أما الشرط فإن دوره ينحصر في مجرد توفير المعاونة للسبب، فهو بهذا الوصف لا ينطوي على فعالية ذاتية ومن ثم فلا يصح اعتباره سببياً للنتيجة.

7-ان السببية كمعنى عام مطلق تأتي على عدة دلالات، فالسببية لغةً من السبب والسبب في اللغة الحبيل والسبب كل ما تسبب به من رحم أو يد أو دين، وقيل السبب هو ما يتوصل به الى غيره، وجمع سبب أسباب وكل شيء يتوصل به الى الشيء فهو سبب. والسببية جمعها سبائب، والسببية عند الفقهاء هي اما المباشرة أو التسبب، وكلا المعنيين فيه معنى مشترك وهو ما يؤدي الى نتيجة، وجاء في معجم لغة الفقهاء، السببية والسبب، ما يتوصل به الى غيره وما يوصل الى الشيء من غير تأثير فيه، والسببية هي ما يتوصل به الى الحكم ويكون طريقاً في ثبوته، والسبب عند الفقهاء يطلق على أربعة أوجه

هي: أ. في مقابلة المباشرة، فيقال ان حافر البئر صاحب سبب أما دافع الشخص الى البئر فهو صاحب علة لأن الهلاك حصل بالتردية لكن عند وجود السبب. ب. علة العلة، كما قيل في الرمي سبب القتل من حيث انه سبب للعلة فالموت لم يحصل بمجرد الرمي بل بالواسطة فأشبه ما لا يحصل الحكم الا به. ج. ذات العلة بدون شرط، كقولهم الكفارة تجب باليمين دون حنث فاليمين هو السبب سواء وجد الحنث أم لم يوجد. د. الموجب والسبب، بهذا الاطلاق يكون بمعنى العلة الشرعية والعلل الشرعية فيها معنى العلامات المظهرة فشابهت الأسباب من هذا الوجه.

8-ان العلاقة السببية في القانون الجنائي هي ركن مستقل قائم بذاته لقيام المسؤولية وليس معنى هذا ان نضفي على المسؤولية طابعا ماديا بحثا فنقيم بينهما وبين الخطأ حاجزا منيعا، فالعلاقة السببية هي صلة أو رابطة بين عنصرين هما الفعل والنتيجة الجرمية في القانون الجنائي أو الخطأ والضرر في القانون المدني، فهي بالتالي وصف يلحق كلا من هذين الركنين وهذا ما قد يفسر لنا قيام الجاني الذي يريد دفع المسؤولية الجنائية عنه بأنكار كلا من الخطأ والسببية في ان واحد. من هنا، يمكن تعريف العلاقة السببية بالقول، انها العلاقة المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المتضرر. أو هي ما يكون بين الفعل الذي اتاه الفاعل والنتيجة الجرمية التي يسأل عنها. وهي الصلة التي تربط ما بين الفعل والنتيجة وتثبت ان ارتكاب الفعل هو الذي أدى الى حدوث النتيجة. فالرابطة السببية هي علاقة مادية تبدأ بفعل المتسبب وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله. ومن الزاوية المدنية هي العلاقة أو الصلة المباشرة بين الخطأ الذي يرتكبه شخص والضرر الذي تكبده الغير نتيجة لنفس الخطأ. ومن ثم فالرابطة السببية هي ارتباط الضرر بالخطأ. وهي الصلة الناتجة عن العمل المسبب للضرر.

9-ان الفقهاء المسلمون وان لم يتطرقوا للعلاقة السببية بنحو صريح، الا ان آرائهم المختلفة تؤكد على أنه لا يكفي لإلزام الشخص بالضمان ان يتوافر ركنا التعدي والضرر بل يجب ان يكون هذا التعدي قد افضى الى الضرر المتحقق، أي ان يكون الضرر مترتبا على هذا التعدي. كما وقد اشارت المادة/ 992 من مجلة الاحكام العدلية الى ذلك المعنى بقولها (لو أتلّف أحد مال آخر او نقص قيمته تسببا يكون ضامنا). كما وأن الفقه الإسلامي ميز بين كل من تعدى بالمباشرة والتعدي بالتسبب من اجل تحديد الطريقة التي يحدث بها الضرر او التلف وهي حقيقة العلاقة السببية على اختلاف قوة الاسناد، فكلما كانت قوة الاسناد شديدة بحيث يكون الفعل موجد للعلة كان الفعل مباشرة، اما إذا لم يكن من القوة بحيث لم يوجد العلة بنفسه وانما أوجد ما يستوجب وجود العلة كان تسببا، وهذا ان دل على شيء انما يدل على عمق الخصائص الذاتية للفقه الإسلامي خاصة فيما يتعلق باختلاف الفقهاء في صور المباشر والمتسبب والتفريعات المبنية عليها.

ثانيا: الاستنتاجات:

1-يتجلى معنى التسبب في اللغة والشريعة والاصطلاح من السبب، فكلمة التسبب مشتقة من السبب، وهو معنى من معاني السببية، وهو الأمر الذي قد يجعل البعض يتكلم عن التسبب كنظير للسببية ويجد التسبب ليس أكثر من الرابطة السببية التي محلها الركن المادي، بيد أننا ينبغي أن نتذكر بأن وصف التسبب بالسبب ووصف السبب بالسببية لازال في إطار اللغة والشريعة وليس في إطار القانون الجنائي الذي قد يكون للتسبب فيه معنى مختلف ومحللاً مختلف يفصح عنه المشرع الجنائي.

2- ان المشرع العراقي في قانون العقوبات من مصطلح التسبب، نجده قد استخدم مصطلح التسبب صراحة في عدة مواضع، جاءت بمعنى غير واضح فقد يكون المعنى قريب من مصطلح السبب الذي يناظر مصطلح التسبب في اللغة، كما مر بنا، وقد يكون المعنى قريب من الخطأ، بيد أن المشرع العراقي وفق رأينا، كان يريد بمصطلح التسبب معنى الخطأ غير العمدي في صورة عدم التوقع فهو يقر بوجود سببية تربط بين النتيجة والفعل الجرمي مثلما يقر بوجود إسناد معنوي بين الجريمة والفاعل ومن ثم فلا يمكن أن يقصد بكلمة التسبب معنى السببية، إذ لا يمكن ان يقيم المشرع المسؤولية الجنائية على عنصر السببية المادية حيث كما تقرر القاعدة الجنائية الحديثة (لا مسؤولية دون إثم)، ثم لا توجد سببية خطأ وسببية عمدية فلا يمكن أن يكون قصد المشرع (السببية غير العمدية) عبارة (أو تسبب في قتله من غير عمد) الواردة في المادة (411) عقوبات عراقي، إنما كان قصده (الخطأ بغير توقع) بعد ذكره عبارة (من قتل شخصاً خطأ) وكان يقصد بها (الخطأ مع التوقع).

3- من يتأمل طروحات الفقهاء والشرح في تناول موضوع السبب وتعريفه يتضح له انهم مختلفون فيه من حيث كونه يتضمن معنى العلة او عدمه، ومن أجل ذلك، نجد ان البعض الذي يرى انه يشمل العلة لا يفرق بين ان يكون هذا السبب مناسباً لتشريع الحكم مناسبة ظاهرة، او غير مناسب له مناسبة ظاهرة. أما البعض الاخر الذي يرى انه لا يشتمل عليها، فنجدهم يشترطون عدم مناسبتها الظاهرة لتشريع الحكم، وبالمحصلة يمكننا القول ان للسبب (التسبب) ثلاث معانٍ هي: يطلق السبب على ما إذا كان بين الحكم والوصف مناسبة ظاهرة وغير ظاهرة. ويطلق السبب على ما يضاف الحكم اليه لتعلق الحكم به. ويطلق السبب على ما كان بينه وبين الحكم مناسبة غير ظاهرة فقط.

4- ان الفقهاء المسلمين يبحثون موضوع التسبب عند بحث موضوع الضمان حتى ان موقف الفقه الانكلوسكسوني يبدو أنه تأثر كثيراً بموقف الفقه الإسلامي في موضوع التسبب من حيث ان التسبب لا قصاص فيه، كما ان الفقه الانكلوسكسوني يلحق التسبب بالتعويض المدني فقط وسنفضل ذلك لاحقاً، فقد قسم الفقهاء المسلمين القتل الى عدة تقسيمات في معرض كلامهم عن الضمان، وهي: **الرأي الأول**: رأي الأحناف وقد قسموا الجناية على النفس الى خمسة اقسام هي: القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ، وما أجري مجرى الخطأ، والقتل بالتسبب. والذي يهمننا من هذا التقسيم هو النوع الرابع والخامس. حيث ان النوع الرابع يتطرق الى ما أجري مجرى الخطأ، بمعنى حصول الموت بما لا يصدر عن إرادة وقصد من الجاني. أما **الرأي الثاني**: وهو رأي بعض الحنابلة، حيث قُسم بعض فقهاء الحنابلة القتل الى أربعة اقسام هي: العمد، وشبه العمد، والخطأ، وما يجري مجرى الخطأ، ونجدهم هنا ادخلوا التسبب في قسم ما يجري مجرى الخطأ. **والرأي الثالث**: وفيه قُسم أبي حنيفة ومحمد ومالك والشافعية وأكثر الحنابلة القتل الى ثلاثة اقسام هي: العمد، وشبه العمد، والخطأ، وجعلوا التسبب وما يجري مجرى الخطأ ضمن الخطأ. **والرأي الرابع**: وفيه قُسم المالكية والليث بن سعد واهل الظاهر وبعض الزيدية القتل الى قسمين هما: العمد، والخطأ.

5- ومن تقسيمات القتل، يتضح لنا ان جانب من الفقهاء افردوا اقسام مستقلة للتسبب، وما يجري مجرى الخطأ، وقسم اخر اعتبرهما ملحقين بالخطأ، مما يعني انه بالمحصلة النهائية هناك اجماع فقهي على ان التسبب هو خطأ وليس عمد وهذا واضح من أحكام الضمان التي تقررت لكل حالة حيث لا قصاص في التسبب ولا ما يجري مجرى الخطأ.

6- سار القانون الجنائي، على هدي ما سار عليه جمهرة فقهاء المسلمين، فلم يفرق في العقوبة بين من يقتل آخر بصورة مباشرة أو غير مباشرة، إذ يسأل الفاعل في كليهما عن جريمة القتل العمدى وينال عقوبتها إن تحقق القصد الجرمي عنده.

7- من وجهة نظر قانونية يمكن تحليل التسبب الى عنصرين أساسيين هما: الأول، الأسباب الواقعية التي تتضمن تأكيدات واثباتات تتصل اتصالاً وثيقاً بالواقع. والثاني، الاسباب القانونية والتي تعني مطابقة القانون على الواقع. فالمدلول القانوني للتسبب، يعني اشتغالها على التعليلات والحيثيات الكافية التي سوغت صدورها، وهو أحد الأركان الشكلية التي يجب أن تتضمنها ديباجة الحكم ولا بد أن تستند هذه الحيثيات إلى أحد الأسباب التي نص عليها القانون باعتباره الجزء الذي يسبق المنطوق عادةً ويتضمن الأسانيد الواقعية والحجج القانونية التي بنت المحكمة عليها قضاءها، فالتسبب عموماً يتحقق من خلال إحاطة قاضي الموضوع بأسانيد الخصوم وفقاً للطرق القانونية في الاثبات واعتماد الأقرب للحقيقة منها وتكييفها تكييفاً قانونياً سليماً وفقاً لنصوص القانون. وتسبب الحكم من وجهة نظر قضائية هو صياغة الأسباب التي تصلح سبباً للحكم، فيجب أن يكون هذا التسبب واضحاً ومقتعاً تتم فيه مراعاة القواعد الشكلية والموضوعية وتجنب الاسهاب والاطناب والالتزام بتسلسل الأسباب وترابطها وغيرها من المسائل التي لا بد من مراعاتها.

8- أن العلة في جوهرها وحتى في حقيقتها لا تشبه السبب، وحجته أن العلة في روح الشريعة الإسلامية تعني نتيجة تطبيق أحكام الله سبحانه، وتمثل الغاية أو الغرض، وهي تتمثل في جلب المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم، وحيث أن سبب وجوب القصاص هو القتل العمد (العدوان)، فإن علته هي المحافظة على أرواح الأبرياء وسلامتهم وأمنهم، كما أن لزوم الجلد سببه الزنا وعلته المحافظة على أعراض وأنساب الناس. ويرد قول العلامة (جارو) هنا بصدد موقف القانون الجنائي، إذ يسمي الأسباب غير المباشرة البعيدة التي تتعلق بالقصد بالعلل، كالذي يقتل مورثه لاستعجال حصوله على الميراث، فهذا قصد غير مباشر، أما الأسباب المباشرة القريبة من القصد فيسميها أسباباً. ويهتم القانون بالأخيرة (الأسباب) دون الأولى (العلل)، إلا في حالات استثنائية، حيث يتطلب المشرع في بعض الجرائم أسباباً بعيدة غير مباشرة، أي يتطلب القصد الخاص لدى الفاعل (الباعث الدافع) إلى جانب اعتداده (بالأسباب).

9- بالرغم من تعدد التعاريف التي قيلت في التسبب فقد اتضح لنا انها وان اختلفت في اللفظ الا انها تتحد في المعنى سواء كان تصريحاً أم دلالة حيث تفيد كلها ان التعدي يكون تسبباً عندما يفضي الفعل الصادر من المتسبب الى النتيجة الضارة بواسطة وليس مباشرة، وهذا يدل بما لا يقبل الشك ان الافضاء هو في الحقيقة مرادف للتسبب، ولعل هذا ما يبرر للمشرع العراقي في قانون العقوبات استخدام لفظة الافضاء للدلالة على التسبب بجانب استخدام الفاظ أخرى (نشأ، أدى، نجم، ترتب) كما في المواد القانونية التالية في قانون العقوبات : 410، 417، 418، 419، 342، 349، 350، 345، 354، 355، 356، 357، 359، 351، 367، 368، 369، 393، 412.

10- على الرغم من ارتباط الافضاء بالفعل، إلا أنه لا ينطبق على الافضاء معنى الركن المقصود، وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وانما هو من قبيل عدم وجود المانع للسبب، والمانع للسبب هو الامر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب.

11- يمكن ان نستظهر علاقة السببية من معنى الافضاء التي تتجسد في ان يكون الفعل موصلاً الى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع، وهو بهذا المعنى شامل لمفهوم ركن علاقة السببية بأحوالها المباشرة والتسبب، الا ان الفقهاء لم يجعلوها

ركناً في الضمان واكتفوا بركني الاعتداء والضرر لكونهم يعتبرون ان الإفضاء من البديهيات العقلية التي لا يقوم الاضمان الا بتحققها. وان ما يميز لفظ الإفضاء هو كونه وصفاً أكثر اتصالاً بالضرر لان الإفضاء في حقيقته هو الانتهاك، مما يعني ان المدرسة الموضوعية المادية أكثر حضوراً في الفقه الإسلامي، وان العلاقة السببية وان كان بالإمكان اثباتها بطرق مادية ومع ذلك فأنها بالأصل إفضاء ذهني بين الفعل والضرر، ولذلك يمكن ان نقول ان الإفضاء هو المعنى الاساسي الذي تقوم عليه علاقة السببية كركن من اركان المسؤولية. ومرة أخرى يتوصل الفقهاء المسلمون الى كون الإفضاء من السببية وإن السببية من التسبب وأن التسبب من السبب، ومن ثم فإن الإفضاء والتسبب من السببية ذات الكيان المادي ولا صلة لها بالأصول المعنوية للجريمة، وهو أمر قد لا يأتلف والفكرة الجنائية عن التسبب أو الإفضاء ذات الطابع المعنوي.

قائمة المراجع

بعد القرآن الكريم.

القواميس:

1. إبراهيم انيس وعبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله احمد، قاموس المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004.
2. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار بيروت للطباعة والنشر، 1955.
3. أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ترجمة أبو نصر الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1987.
4. احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الجليل، الرياض، 1999.
5. الأستاذ الطاهر احمد الزاوي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير واساس البلاغة، ج2، ط2، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، 1972.
6. الامام محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح ط5، المطبعة الاميرية ببولاق، 1916.
7. الأمام محي الدين أبي فيض الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1994.
8. أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، حققه د. عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، ط2، 1998.
9. د. عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، دار المنهاج،
10. د. محمد رواس قلعة جي د. حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، عمان، 1987.
11. العلامة أبي الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، دار صدر، بيروت، 1995.
12. المحامي موريس نخلة ود. روجي البعلبكي والمحامي صلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2002.
13. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1967.
14. محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط5، المطبعة الاميرية ببولاق، القاهرة، 1916.
15. محمد بن مكرم الافريقي المصري ابن منظور، لسان العرب، ج1، دار صادر، ط1، بيروت 2010.
16. محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط5، 1996.
17. محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الكريم الغرابوي، دار التراث العربي، 1966.
18. محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج1، ط1، المطبعة الخيرية، 1906.

ثانيا: المصادر الفقهية:

1. ابن عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الابصار، ج6، دار الفكر، بيروت، 1992.
2. ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
3. ابن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج5، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2005.
4. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، بدون سنة طبع.

5. ابو الحسن بن علي الامدي، الاحكام شرح اصول الاحكام، تحقيق د. سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1996.
6. أبو بكر عبد القاهر بن عبد الرحمن بن محمد الجرجاني، دلائل الاعجاز في علم المعاني، مطبعة المدني، القاهرة، 1992.
7. ابو حامد محمد الغزالي، المستصفى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992.
8. أبو شجاع الاصفهاني، غاية الاختصار، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دارا لخير، دمشق، 1994.
9. ابي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات، تحقيق عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998.
10. ابي الوليد سليمان الباجي المنتقي، شرح الموطأ، الجزء 7، دار الفكر العربي، بيروت، بدون سنة طبع.
11. أبي بكر علاء الدين بن مسعود احمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، ط2، بيروت، 1982.
12. ابي جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل القرآن، حققه وخرج أحاديثه محمود محمد شاكر، ج18، دار المعارف، مصر، بدون سنة طبع.
13. ابي عبد الله محمد الخرشي، فتح الجليل شرح مختصر جليل، الجزء 8، بدون سنة طبع.
14. احمد بن ادريس الصنهاجي القرافي، الفروق، تحقيق خليل المنصور، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.
15. احمد بن عبد الله القاري، مجلة الاحكام الشرعية، تحقيق عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد بن إبراهيم بن علي، مكتبة تهامة، بدون سنة طبع.
16. احمد بن محمد بن ابي بكر ابن خلكان، وفيات الاعيان وانباء أبناء الزمان، تحقيق احسان عباس، دار صادر بيروت، 1994.
17. الأستاذ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب المحامي فهمي الحسني، دار الجيل، بيروت، 1990.
18. إسماعيل بن يحيى المزني، المختصر، ج7، دار الفكر، دمشق، 1980.
19. الإمام ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
20. الامام ابي الحسن علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، الجزء 2، الطبعة الجديدة، دار الفكر بيروت، بدون سنة طبع.
21. الامام أبي الوليد سليمان الباجي المنتقى شرح الموطأ، الجزء 7، دار الفكر العربي، بدون سنة للطبعة.
22. الإمام أبي عبد الله محمد الخرشي، فتح الجليل شرح مختصر جليل، ج8، مؤسسة الوراق، بدون سنة طبع.
23. الإمام الجليل المحدث الفقيه الأصولي أبي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداوي، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
24. الإمام شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصدر سابق، ص 238.
25. الإمام عبد الله بن محمود بن مولود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ط1، دار الكتب العلمية 1998.
26. الإمام محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي، حاشية الخرشي، دار الكتب العلمية، ط1، 1997.
27. بدر الدين محمد بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحرير د. عمر الأشقر، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، بدون سنة طبع.
28. ابو الحسن بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق محمد عبد القادر شاهين، ط1، ج2، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1998.
29. جلال الدين المحلي، جمع الجوامع وشرح المحلى له، مطبعة الحلبي، مصر، ط2، 1937.
30. الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الابصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، ط1، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.

31. خليل بن احمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق د. مهدي المخزومي ود. أبراهيم السامرائي، مؤسسة الأعلى للمطبوعات، بدون سنة طبع.
32. خير الدين الزركلي، الاعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط5، 1980.
33. د. عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الثقافة بيروت، بدون سنة طبع.
34. د. عبد الرحمن بدوي، مدخل جديد الى الفلسفة، دراسة لآخر الآراء حول حدود الفلسفة وغايتها ومنهجها وعرض لأهم مشاكلها، مطبعة وكالة المطبوعات، الكويت، 1978.
35. د. عبد العزيز الربيع، السبب عند الاصوليين، مطابع جامعة الامام، الرياض، 1978.
36. د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء 2، الطبعة 3، دار التراث للطبع والنشر، 1977.
37. د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، دار الحديث، القاهرة، 2009.
38. د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط2، مطبعة سليمان الأعظمي، بغداد، 1964.
39. د. عبد اللطيف عوض محمد القرني، نظرية السببية في المسؤولية بين الفقه الإسلامي والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.
40. د. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، محاضرات أُلقيت على طلبة قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، تصدر عن معهد البحوث والدراسات العربية، 1971.
41. د. محمد أحمد سراج ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ط1، 1993.
42. د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، 1982.
43. د. محمد مصطفى الزحلي، كتاب الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ط2، ج1، دار الخبر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2006.
44. د. مصطفى إبراهيم الزلي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، ج2، دار الحكمة، بغداد، 1991.
45. د. وهبة الزحلي، نظرية الضمان واحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، لبنان، 1997.
46. د. زهير بن ابي سلمى، ديوان زهير بن ابي سلمى، المحقق علي حسن فاعور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1988.
47. د. سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني الشافعي، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.
48. د. سليمان عبد القوي الطوفي، شرح مختصر الروضة، تحقيق عبد المحسن التركي، ط2، 1998.
49. السيد الشريف ابي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي، التعريفات، وضع حواشيه وفهرسه محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
50. السيد كمال الحيدري، المذهب الذاتي في نظرية المعرفة، دار الهادي، دمشق، 2004.
51. السيد محمد باقر الصدر، الأسس المنطقية للاستقراء، الطبعة الرابعة، دار التعارف للمطبوعات، بيروت لبنان، 2008.
52. السيد محمد باقر الصدر، فلسفتنا، دراسة موضوعية في معترك الصراع الفكري القائم بين مختلف التيارات الفلسفية، دار المعارف للمطبوعات، بيروت، ط4، 2014.
53. شرف الدين موسى بن احمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل، ج4، تحقيق عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
54. الشريف بن علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988.
55. شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، الجزء 7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993.

56. شمس الدين بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، ط1، ج24، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
57. شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، العبر في خبر من غبرت، تحقيق صلاح الدين المنجد، ط2، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، 1984.
58. شهاب الدين أبي الحسين الصنهاجي القرافي، الفروق، تحقيق د. عبد الحميد هندواوي المكتبة العصرية، بيروت، 2002.
59. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق الأستاذ محمد أبو خبزة، ط1، بدون مكان طبع، 1994.
60. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب، بيروت، 1994.
61. الشيخ أبي يحيى ابن زكريا الانصاري، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب لشرح تحرير تنقيح اللباب، ج2، طبعة مصر، 1941.
62. شيخ الإسلام العلامة العالم حافظ المغرب الناقد البصير أبي عمر وسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987.
63. شيخ الإسلام شمس الأئمة الفقيه الأصولي النصار أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، المبسوط، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.
64. الشيخ الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله ابن أحمد بن قدامة، المغني، دار الفكر، ط1، 1984.
65. الشيخ شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن ابن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الفكر، ط1، 1984.
66. الشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، دار الكتب العلمية بيروت، بدون سنة طبع.
67. الشيخ عبد القادر الرافعي، تقارير الرافعي لمفتي الديار المصرية على رد المحتار، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
68. الشيخ فخر الدين الطريحي، مجمع البحرين، الجزء الثاني، مطبعة الآداب، النجف الاشرف، بلا سنة طبع.
69. الشيخ قاسم القنوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق الدكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، ط2، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، 1987.
70. الشيخ محمد حسن باقر النجفي، جوهر الكلام شرح شرائع الإسلام، الجزء 42، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1981.
71. الشيخ منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع في فقه امام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، ط6، المطبعة السلفية، القاهرة.
72. عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الثقافة، بيروت، بدون تاريخ طبع.
73. عبد الخالق النواوي، جرائم القتل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.
74. عبد العزيز البخاري، كشف الاسرار، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، طبعة بالوافست، 1974.
75. عبد القادر حسين، اثر النحاة في البحث البلاغي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة طبع.
76. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2005.
77. عبد الكريم زيدان، الوحي في أصول الفقه، ط2، مطبعة سليمان الأعظمي، بغداد، 1964.
78. عبد الله القرني، المعرفة في الإسلام مصادرها ومجالاتها، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 1998.
79. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل، دار احياء التراث العربي، ط1، ج9، بيروت، لبنان، 1419 هجرية.
80. علاء الدين عبد العزيز البخاري، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلامي البزودي، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1974.

81. العلامة الشيخ محمد الزهري العمراوي، متن المنهاج مع شرح السراج الوهاج، دار المعرفة، بيروت.
82. العلامة محمد رضا المظفر، المنطق، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت لبنان.
83. الماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، ج13، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
84. المبتدي شيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشيداني الرغيناني، الهداية في شرح بداية، ط1، دار الكتب العلمية، 2000.
85. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، اصول الفقه، تحقيق ابو الوفا الافغاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
86. محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار، شرح الكوكب المنير، تحقيق د. محمد الزحيلي ونزيه حماد، جامعه ام القرى، 1993.
87. محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخبار، دار الاصمعي، ط2، 1997.
88. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق محمد البدر، دار الفكر بيروت، ط1، 1991.
89. محمود بن عمر الزمخشري، اساس البلاغة، تحقيق، محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، 1998.
90. محمود بن عمر الزمخشري، اساس البلاغة، دار بيروت، بيروت، 1984.
91. موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر في اصول الفقه، ط4، مكتبة الرشد، 1996.
92. يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصي النمري القرطبي، الكافي في فقه اهل المدينة المالكي، تحقيق ولد ماديك الموريتاني ومحمد محمد اعيد، ج2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1980.

المصادر القانونية:

1. د. احمد الكبيسي و د. محمد شلال المختصر في الفقه الجنائي الإسلامي، الطبعة الاولى، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1989.
2. د. الطيب براده، اصدار الحكم المدني وصياغته الفنية في ضوء الفقه والقضاء، منشورات جمعية تنمية البحوث، الرباط، 1996.
3. جارو، موجز الحقوق الجزائية، ج1، المبادئ العامة في قانون الجزاء، ترجمة المحامي فائز الخوري، المطبعة الحديثة، دمشق، 1920.
4. د حسن علي الذنون المبسوط في المسؤولية المدنية تحقيق، د. محمد سعيد الرحو، شركة التايمس للطبع، بغداد، بدون سنة طبع.
5. د. حمدي احمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999.
6. د. رؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقانون، ط4، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984.
7. د. عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2005.
8. د. عبد الحكم فودة، أحكام رابطة السببية في الجرائم العمدية وغير العمدية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
9. د. عبد الحكم فودة، أحكام رابطة السببية في الجرائم العمدية وغير العمدية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.
10. د. عبد الحميد الشواربي، اوجه الطعن بالنقض في تسبب الاحكام المدنية والجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
11. د. عبد الحميد الشواربي، جرائم الإيذاء في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة، القاهرة، 1986.
12. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2000.

13. د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام المدنية وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
14. د. عمر فاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، الجريمة والمسؤولية، المطبعة العربية الحديثة، 1986.
15. د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط2، دون ذكر الناشر ولا سنة النشر.
16. د. مجيد خضر احمد السباعوي، النظرية السببية، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المصري وقوانين عربية واجنبية بمنظور جنائي فلسفي، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2014.
17. د. محمد عبد الرحمن مرجبا، المسألة الفلسفية، ط3، منشورات عويدات، بيروت-باريس، 1988.
18. د. محمود السيد التحيوي، النظرية العامة لأحكام القضاء، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2007.
19. د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1982.
20. د. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الاردن، ط1، عمان، 1988.
21. د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008.
22. د. نشوة العلواني، نظرية السببية الجنائية في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004.
23. د. نظام الدين عبد الحميد، جناية القتل العمد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مطبعة اليرموك، بغداد، 1975.
24. د. واثبة السعدي، الأسس النظرية لعلمي الإجرام والسياسة الإجرامية، مطبعة ديانا، بغداد، 1990.
25. د. واثبة السعدي، محاضرات في موضوع الرابطة السببية الجنائية أقيت على طلبة الماجستير في كلية القانون جامعة بغداد، 1997، مكتوبة بخط اليد وغير منشورة.
26. د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات المدنية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1974.
27. د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف الإسكندرية، 1974.
28. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان واحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، لبنان، 1997.
29. د. يوسف محمد المصاروة، تسبيب الاحكام وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
30. سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في المرافعات، ج4، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997.
31. غازي حنون خلف الدراجي، استظهار القصد الجنائي في جريمة القتل العمد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
32. القاضي شوان محي الدين، الحيثية القضائية دراسة تحليلية تطبيقية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
33. القاضي فريد الزغبى، الموسوعة الجزائية، المجلد الأول، المدخل إلى الحقوق والعلوم الجزائية، دار صادر بيروت.
34. مرسل جورج سيوفي، محكمة التمييز، ط2، بيروت، 1993.
35. المستشار احمد موافى، الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، اصدار المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية، القاهرة 1965.

الرسائل:

1. د. محمد عبيد الدوسري، دفع المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه بالمعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، الرياض، 2003.

البحوث:

1. احمد سالم الشورى، تسبيب الأحكام ورقابة محكمة النقض، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، العدد 1، السنة 35،

سبتمبر 1954

2. د. علي أحمد راشد، حول بعض قضايا المسؤولية الجنائية في قانون الجزاء، بحث منشور في مجلة إدارة الفتوى والتشريع، ع1، الكويت، 1981.
3. عبد الرحمن العلام، تحليل الأحكام، بحث منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراقي، ع4، س12، 1954.
4. د. نجلاء توفيق فليح، تسبيب الأحكام المدنية، دراسة مقارنة، ج1، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، العدد 14، 2002.

القوانين:

1. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.
2. قانون رعاية الاحداث رقم (76) لسنة 1983.
3. قانون العقوبات العسكري العراقي رقم (19) لسنة 2007
4. قانون مناهضة العنف الاسري في إقليم كردستان -العراق رقم 8 لسنة 2011.

فتدة الدية طبقاً لمدونة التجارة الموريتانية

دكتور محمد عبد الله حمد

المستشار القانوني لوزير التجارة والسياحة الموريتاني

باحث بسلك الدكتوراه في القانون الخاص

جامعة محمد الخامس

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - السويسي الرباط

مقدمة

تُطبق مسطرة معالجة صعوبات المؤسسات¹¹⁵³ على كل مؤسسة وقعت في استحالة مواجهة ديونها الواجبة الأداء بوصولها المتوفرة ، بما في ذلك الديون التي نشأت عن التزامات أمضيت في إطار التسوية عن طريق التراضي ، فهكذا حدد المشرع التجاري الموريتاني الطبيعة القانونية لمسطرة المعالجة القضائية ، على أن هذه الطبيعة القانونية تنطوي على مفهوم أو شرط مبدئي جوهري وهو حالة التوقف الفعلي عن الدفع .

ويلاحظ على سبيل المفارقة أن المشرع التجاري الموريتاني لم يتعرض مباشرة لتعريف آلية التوقف عن الدفع¹¹⁵⁴ ، مع كونه رتب عليه آثار في غاية الأهمية ، ومن بين هذه الآثار نجد فترة الرية إذ ليس من الجديد أن أي مدين عندما يوجد في ورطة مالية أو اقتصادية يقوم غالباً بالبعض من التصرفات الرامية إلى ترتيب حالة إعساره أو محبة البعض من دائنيه وذلك إخلالاً بالقاعدة الأساسية القاضية بالمساواة بين الدائنين¹¹⁵⁵ ، وبما أن الأمر يتعلق بظرفية بالغة الدقة بالنسبة للمدين المعرض خلالها لشتى التعاملات المضرة بحقوق الدائنين وسلامة التعامل ، فقد عرفت منذ القديم¹¹⁵⁶ هذه الظرفية من الزمن - بما تكتنفه من تصرفات هشة - بفترة الرية ، وتلك الفترة هي أخطر الفترات على جماعة الدائنين وأشدّها إضراراً بهم¹¹⁵⁷ ، ففي هذه الفترة يغلب على المفلس الشعور بالاضطراب في أعماله ، وأنه لا مهرب من شهر إفلاسه ، فيلجأ إلى مختلف الطرق لإخفاء سوء حالته عن سائر الدائنين ، ويستغل فرصة هذا الإخفاء ليقوم بتصرفاته بعيداً عن أي رقابة وإشراف ، وقد

¹¹⁵³ . تنص المادة 1268 من مدونة التجارة الموريتانية على " تعني المؤسسة في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي ممارس لنشاط تجاري أو صناعي أو حرفي وكذلك كل شخص اعتباري من القانون الخاص ذي نشاط اقتصادي " .

¹¹⁵⁴ . تعددت تعريفات التوقف عن الدفع بين آراء فقهاء القانون ، وإن كان مجملها يتمحور حول وجود المدين في حالة مالية يستحيل معها قيامه بوفاء جميع التزاماته المالية .

¹¹⁵⁵ . تنص المادة 1169 من ق ل ع م على أن >> أموال المدين ضمان عام لدائنيه ، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ، ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية << .

¹¹⁵⁶ . ظهرت فترة الرية في القرن التاسع عشر و هذا بفضل سبق الفقهاء الإيطاليين لها، فقد ميز هؤلاء بين التاجر المفلس الذي توقف تماماً عن الدفع ، وبين التاجر الذي هو على حافة الإفلاس، غير أنهم لم يكونوا متفقين على تحديد التاريخ الذي يفصل بين حالة التاجر المفلس والحالة التي يعتبر فيها على وشك الإفلاس، فقد كان البعض من هؤلاء يحدد هذا التاريخ بعشرة أيام والبعض الآخر بخمسة عشرة يوماً .

¹¹⁵⁷ . الفقيه محمد السيد، القانون التجاري {الأوراق التجارية، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك}، منشورات الطيبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 339.

نظم المشرع الموريتاني فترة الريبة في مدونة التجارة¹¹⁵⁸ من المادة 1408 إلى المادة 1415 . ويمكن التعرف على ماهية هذه الآلية القانونية بتحديد مجالها (المطلب الأول) ونظام البطلان المترتب عليها (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مجال فترة الريبة

يتحدد هذا المجال بواسطة تميز فترة الريبة عن البعض من الآليات القريبة منها (الفقرة الأولى) وبيان مدة الزمن التي تسري خلالها (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: تمييز فترة الريبة عن الآليات القريبة منها

إن فترة الريبة بصفتها أداة لنقض التصرفات الصادرة عن المدين - الواقع بالفعل تحت قبضة الإجراءات الجماعية - لحمله على التعاطي من وفاء ديون مؤسسته وانقاذها بحسب الإمكان ، تتقاطع في البعض من مقاصدها مع آليات قانونية أخرى معروفة من هذا القبيل تتمثل في الدعوى البوليصية والدعوى بعدم الاحتجاج .

أولا : في ما يتعلق بالدعوى البوليصية

لا شك في التقارب الحاصل سلفا بين دعوى البطلان المرتبطة بفترة الريبة والدعوى الأقدم والأعم في مجال المطالبة بالإبطال على أساس الغش المعروفة اصطلاحا - في أصول القانون - بالدعوى البوليصية¹¹⁵⁹ بينما لا توجد إشارة بشأنها على نحو صريح في التشريع الموريتاني¹¹⁶⁰ .

فالهدف من دعوى البطلان في كلتا الحالتين إنما يتمثل في الزجر عن الاحتيال والتدليس والحيلولة دون إلحاق الضرر بحقوق الدائنين ، وهكذا - إشارة إلى التماهي ، خصوصا في المغزى ما بين الدعوتين ، وإلى شمولية الدعوى البوليصية بالنسبة لدعوى البطلان في فترة الريبة - توصف هذه الأخيرة أحيانا من قبل الفقهاء بكونها دعوى بوليصية معززة أو مشددة. ومع ذلك يوجد فرق أساسي ما بين هاتين الدعوتين بدليل أنه يقع اللجوء إلى الدعوى البوليصية كعقاب عند التثبت من الغش ضد المدين ، بينما تستند دعوى البطلان لفترة الريبة على حالة التوقف عن الدفع وحظر التصرف المترتب عليها ، حيث لا يقتصر الأمر على معاقبة الأعمال المشوبة بالغش بل يرمي فضلا عن ذلك إلى إلغاء التصرفات تحدث اختلالا خطيرا بالنسبة للمساواة بين الدائنين والتي قد تعرض مهمة إصلاح وضع المؤسسة للخطر في موضوع الإجراءات الجماعية .

وهكذا فإن دعوى البطلان المرتكزة على حالة التوقف عن الدفع لها نظامها الخاص سيما أنها أيضا تسمح بالطعن في تصرفات لا تدخل عادة ضمن المجال الأصلي للدعوى البوليصية ، مثل الوفاءات وعمليات القسمة ، كما أن البطلان المؤسس عليها يكون في بعض الحالات إلزاميا بمعنى أنه على المحكمة التصريح به دون الحاجة¹¹⁶¹ إلى ثبوت الغش في جانب المدين .

¹¹⁵⁸ . مدونة التجارة الموريتانية الصادرة بموجب القانون رقم 05-2000 صادر بتاريخ 18 يناير 2000

¹¹⁵⁹ . الدعوى البوليصية: نسبة إلى الإمبراطور بولص أحد قضاة الرومان الذي كان أول من ابتدعها

¹¹⁶⁰ . على عكس المشرع المصري الذي نص عليها في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون المدني تحت عنوان " ما

يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان " المواد 234 - 264 مدني مصري

¹¹⁶¹ . وجيه جميل خاطر، نظرية فترة الريبة في الإفلاس، دار الثقافة للنشر، بيروت، الطبعة الثالثة 1992، ص 54

ولعل من أبرز أوج التقارب - أو التمايز - بين دعوى البطلان المرتبطة بفترة الريبة والدعوى البوليصة أن فقه القضاء المقارن يميل إلى إتاحة المزاوجة بينهما أمام المحكمة المختصة¹¹⁶² ، وهو اجتهد بالغ الجدوائية من الناحية العملية ، خاصة أن الدعوى التقليدية بالبطلان ، بالرجوع إلى الغش ، تفسح المجال من حيث المبدأ إلى التصدي للأعمال المشتبه فيها ، بصفة مطلقة ، أي مهما كان تاريخها بالنسبة للتوقف عن الدفع بما يوفر البعض من الموازنة لما عليه التشريع حالياً من تقليد لفترة الريبة ، غير أن الجزء الأرجح فقهما في هذه الحالة ليس من قبيل بطلان تصرف المدين وإنما عدم الاحتجاج به على دائنيه¹¹⁶³

ثانياً: بخصوص الدعوى بعدم الاحتجاج

تكون التصرفات القانونية التي يقوم بها المدين ابتداء من اليوم الذي يتقاعس فيه عن الدفع مشبوهة بريئة غش بالنسبة لدائنيه وهذا هو السبب في أن الفترة الزمنية الممتدة من تاريخ توقفه عن الدفع إلى تاريخ الحكم القاضي بفتح المسطرة حياله تسمى " فترة الريبة " وقد عرف نظام الإجراءات الجماعية قديماً نوعاً من التشدد في هذا الصدد ، حيث كان يرجع بتاريخ الإفلاس إلى تاريخ التوقف عن الدفع وهو ما يعني بطلان جميع التصرفات الحاصلة بعد هذا التاريخ ، مع ما ينطوي عليه هذا الموقف من نتائج خطيرة على حقوق الأغيار من ذوي النوايا الحسنة المتعاملين مع المدين وهم على غير علم بكونه في حالة توقف عن الدفع ، وقد جرى تصحيح هذه الوضعية بالتخلي - لمرحلة ما - عن اللجوء إلى بطلان تصرفات المدين في فترة الريبة¹¹⁶⁴ ، والاكتفاء بعدم الاحتجاج بها ضد " كتلة الدائنين " ، بصفته الإجراء الأنسب لموازنة المصالح خلال هذه الفترة .

إلا أن إعادة ترتيب الأولويات في إطار التوجهات الاقتصادية الحديثة لمادة صعوبات المؤسسات وعلى رأسها التركيز على إجراءات الإنقاذ ، إضافة إلى هجران ما كان يسمى " بكتلة الدائنين " قد سارت بالوضعية التشريعية هنا إلى الوراء - كما ينعكس الآن في التشريع الموريتاني - ، وذلك بالعدول عن التصدي للتعاملات في فترة الريبة بواسطة الدفع بعدم الاحتجاج ، والعودة بها مجدداً لكنف الآليات القائمة على البطلان .

الفقرة الثانية: تحديد فترة الريبة

تنص المادة 1408 من مدونة التجارة على أن فترة الريبة تبدأ من تاريخ التوقف عن الدفع ولغاية الحكم بفتح المسطرة ، وتضيف المادة 1409 من نفس المدونة أنه يبين بواسطة نفس الحكم تاريخ التوقف عن الدفع ، على أن لا يتجاوز هذا التاريخ في جميع الأحوال ثمانية عشر شهراً قبل التوقف عن الدفع ، ابتداء من تاريخ صدور الحكم ، مع أنه يمكن للمحكمة ذات الاختصاص تأجيل تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات وذلك بطلب ، لتغيير هذا التاريخ ، ويرفع هذا الطلب إلى المحكمة من طرف أمين التفلسة قبل انتهاء أجل الخمسة عشر يوماً التالية للحكم الذي يحدد المخطط المشار إليه في المادة

¹¹⁶² . مصطفى كمال طه ، القانون التجاري (الأوراق التجارية ، العقود التجارية ، عمليات البنوك ، الإفلاس) ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية

، 1999 ، ص 606

¹¹⁶³ . محمد كاظم محمد ، صعوبات المؤسسات ، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العددان 1 و 2 ، 2010 ، ص 388

¹¹⁶⁴ . علي جمال الدين عوض ، الإفلاس في قانون التجارة الجديد ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، دون سنة الطباعة ، ص 360

1303 من مدونة التجارة¹¹⁶⁵ وعلى من أن المشرع لا يعترف بالحرف للمحكمة سوى بإمكانية تأجيل تاريخ التوقف عن الدفع، فإن لها الحرية كذلك في تعجيله (أي تأخيرها) إلى وقت ما في الفترة اللاحقة على الحكم القاضي بفتح المسطرة، إلا أن حريتها أي المحكمة في جميع الحالات ليست مطلقة، حيث أنه لا يمكن تأجيل تاريخ التوقف عن الدفع أكثر من ثمانية عشر شهرا من تاريخ الحكم بفتح المسطرة، علما بأنه من الممكن تمديد هذه الفترة إلى أربعة عشر شهرا بالنسبة لبعض العقود، عملا بالمادتين 1408 و 1410 من مدونة التجارة.

كما أنه لا بد أن يعرض طلب بتأجيل تاريخ التوقف عن الدفع أو تغييره في أجل الخمسة عشر يوما الموالية لصدور الحكم المتضمن المخطط بشأن إعداد الحل.

المطلب الثاني: نظام دعوى البطلان

تمارس دعوى البطلان المنجزة عن فترة الريبة من طرف أمين التفلسة كما أنها ترمي إلى إعادة جمع أصول المؤسسة، بدون أي تلميح من طرف المشرع - بهذا الخصوص - إلى ما كان يعرف " بكتلة الدائنين "، ويبدون الأمر مختلفا نوعا ما عندما يتعلق الأمر بدعوى التعويض الموجهة ضد الأغيار من أجل إصلاح الأضرار الحاصلة منهم، على معنى المادة 1415 من مدونة التجارة¹¹⁶⁶.

ويوجد صنفان من البطلان صممهما المشرع بحسب درجة الاشتباه التي يتلبس بها التصرف، ففي البعض من الحالات - يفترض أنها هي الأخطر - تكون المحكمة ملزمة بنقض التصرف، وذلك لمجرد أنه أنجز خلال فترة الريبة، وهذا هو البطلان التلقائي أو اللزومي (الفقرة الأولى) وفي حالات أخرى يكون البطلان اختياريا أو جوازيا، حيث يعترف القانون للمحكمة بسلطة تقديرية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: البطلان التلقائي أو الوجوبي

هذا الصنف من البطلان يصرح به من طرف المحكمة على سبيل الوجوب، كما أنه يمكن لأمين التفلسة أن يطالب به دون أن يكون عليه أن يثبت غش المدين أو سوء نية الدائن، ولا أن التصرف قد ألحق ضررا بالمؤسسة.

ويقتصر مجال هذا النوع من البطلان بمقتضى النصوص في القانون الموريتاني على التعاملات في الأشياء العقارية أو المنقولة التي يجريها فيها المدين بصفة مجانية، أي من غير عوض له، ابتداء من التصريح ضده بالتوقف عن الدفع كما هو وارد في المادة 1410 من مدونة التجارة، التي تنص على أنه " يعتبر باطلا كل عقد بدون مقابل قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع. يمكن كذلك للحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في الأشهر الستة السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع " يلاحظ من خلال هذا النص أن المحكمة ملزمة بإبطال التصرفات التي يتحمل فيها المدين التزامات من جانبه فقط

¹¹⁶⁵ - المادة 1303 تنص على أنه " يجب على أمين التفلسة أن يبين في تقرير يده، الميزانية المالية والاقتصادية والاجتماعية للمؤسسة وذلك بمشاركة رئيسها وبالمساعدة المحتملة لخبير أو عدة خبراء. وعلى ضوء هذه الميزانية، يقترح أمين المؤسسة إما مخططا للتسوية يضمن استمرارية المؤسسة أو التنازل عنها إلى أحد الأغيار أو التصفية القضائية. يجب أن تعرض هذه الاقتراحات على القاضي المنتدب داخل أجل أقصاه أربعة أشهر تلي صدور حكم فتح المسطرة، ويمكن أن يجدد مرة واحدة من طلب أمين التفلسة "

¹¹⁶⁶ - المادة 1415 : تمكن على أساس دعوى من أمين التفلسة بصفته ممثلا لمصلحة الدائنين إدانة الأغيار دائنين أم لا الذين اسهموا رسميا في تأخير التوقف عن الدفع أو في إنقاص أموال المدين أو زيادة عجزه للتعويض عن الضرر الحاصل جراء ذلك لكتلة الدائنين

(الهبّة - التبرع) ولعل المشرع جعل إبطال هذه التصرفات ضمن البطلان الوجوبي لأنها تؤثر بشكل سلبي على أموال المقولة ، ولذلك فالمشرع أعطى الحق لأمين التفلسة¹¹⁶⁷ في ممارسة دعوى البطلان قصد إعادة جمع أصول المؤسسة ، ولا بد من الإشارة إلى أننا عندما نتحدث عن البطلان الوجوبي فذلك يعني إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد (إرجاع الحال على ما كان عليه قبل العقد)¹¹⁶⁸

الفقرة الثانية : البطلان الاختياري أو الجوازي

يمكن للمحكمة أن تستجيب للطلب المقدم إليها في هذا البطلان أو أن ترفضه ، كما أن هذا البطلان له شروطه ومجاله (أولاً) الذي لا يتحدد بالرجوع إلى طبعة التصرف المطعون فيه ، كما هو الحال بالنسبة للبطلان اللزومي ، وإنما انطلاقاً من البعض من المعايير الأخرى الأكثر مرونة (ثانياً)

أولاً: الشروط أو المجال

تتمثل شروط البطلان الاختياري في أنه:

- 1 - يجب أن يكون العمل الملتزم بإبطاله قد أنجز في فترة الرتبة أو خلال ستة أشهر السابقة عليها، كما نصت على ذلك المادة 1410 فقرة 2 من مدونة التجارة.
- 2 - لا بد من أن يكون الغير على علم عند تعامله مع المدين بتوقف هذا الأخير عن الدفع ، أي أن يكون قد تعامل معه من غير حسن نية ، لا بالمعنى المعروف في القواعد العامة أو في الدعوى البوليصية ، بل يكفي مجرد حصول العلم للغير أو من ينوب عنه بحالة التوقف عن الدفع بغض النظر عن الغش أو سوء النية من طرفه .
- 3 - يجب أن يكون العمل قد ألحق ضرارا بالدائنين وبالمؤسسة وذلك مراعاة للقاعدة العامة : لا دعوى بدون مصلحة .

ثانياً: المعايير

فأما معايير أو أنواع التصرفات المستهدفة بالبطلان الاختياري فإنها تستنتج بالجمع بين ما هو وارد ضمن المادتين 1410 و1411 من مدونة التجارة، حيث ورد: بالفقرة الثانية من المادة 1410 أنه " يمكن كذلك للحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في الأشهر الستة السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع " . وبالمادة 1411 أنه " يمكن للمحكمة أن تبطل كل عقد بمقابل أو كل أداء أو كل تأسيس لضمان أو كفالة إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع " .

فالبطلان الاختياري أو الجوازي ينطبق في الواقع على جميع التصرفات ، لكنه يتركز من حيث الأساس على الحالات الأربع الوارد ذكرها بالنص على النحو التالي :

- 1 - عقود التبرع، وقد أراد المشرع - سعيًا وراء إدراجها في فترة الرتبة - تمديد هذه الأخيرة إلى غاية سنتين قبل صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة.

¹¹⁶⁷ المادة 1413 تنص على أنه " غير أنه يمكن لأمين التفلسة أن يرفع دعوى لاسترداد المدفوع ضد صاحب الكمبيالة أو في حالة سحب لحساب الغير، ضد الأمر بالسحب وكذا ضد المستفيد من الشيك والمظهر الأول لسند الأمر والمستفيد من الدين المتنازل إذا ثبت أن هؤلاء الساحبين كانوا على علم بالتوقف عن الدفع، وقت اكتساب الورقة التجارية أو تحويل الدين "

¹¹⁶⁸ - فتية المشماسي ، محاضرات في صعوبات المقولة ، https://rabitasouissi.blogspot.com/2015/01/s5_6.html

- 2 - عقود بعوض ، ومنها عمليات تفويت الملكية كالبيع وتقديد حصص الاشتراك .
- 3 - الأداءات ، والتي تجري منها بالطرق العادية على وجه التحديد مثل الوفاء نقداً أو بواسطة التحويل .
- 4 - تقديم الضمانات ، حيث كانت عينية أو شخصية من طرف المدين أو نيابة عنه .

ويوجد استثناء وحيد بالنسبة للمجال شبه اللامحدود لهذا الصنف من البطلان ، يتعلق أحدهما بما يعرف بالتأمينات والآخر بحالة خاصة من الأداءات . فبالنسبة للحالة الأولى تنص المادة 1412 من مدونة التجارة على أنه " غير أنه ، واستثناء من أحكام المادة السابقة ، لا يمكن إبطال الكفالات أو الضمانات مهما كانت طبيعتها والمؤسسة قبل أو بتزامن مع نشوء الدين المضمون " . أما الحالة الثانية فقد وردت صلب المادة 1413 من نفس المدونة والتي تشير في فقرتها الأولى إلى أنه " لا تمس أحكام المادة 1411 بصحة أداء كميالية أو سند لأمر أو شيك أو دين تم تفويته طبقاً للمقتضيات بالتخلي عن الديون المهنية " .

ويستند هذا الاستثناء - كسابقه - إلى أولوية تأمين الثقة والائتمان في المعاملات التجارية ، سيما بشأن تداول الأوراق التجارية ، فيمكن إذن لحامل إحدى هذه الأوراق أن يتقدم بها للوفاء وأن يتسلم مبلغها المحدد من طرف المسحوب عليه أو المكتتب ، حتى لو كان هذا الحامل سيئ النية أي أنه على بينة من التوقف عن الدفع . ويبدو أن خطورة هذا الجانب حتى فيما يتعلق بسلامة التعامل بالأوراق التجارية لم يكن غائباً عن ذهن المشرع الذي صرح الوضعية في اتجاه آخر ، حيث خول لأمين التفلسة أن يرفع دعوى لاسترداد المبلغ المدفوع ضد صاحب الكميالية ، أو في حالة سحب لحساب الغير ضد الأمر بالسحب وكذا ضد المستفيد من الشيك والمظهر الأول للسند للأمر ، والمستفيد من الدين المتنازل عنه ، إذا ثبت أن هؤلاء الساحبين كانوا على علم بالتوقف عن الدفع وقت اكتساب الورقة التجارية أو تحويل الدين ، وذلك طبقاً للفقرة الثانية من المادة 1413 من مدونة التجارة .

ويمارس أمين التفلسة دعاوي البطلان حسب المادة 1414 من مدونة التجارة قصد إعادة أصول المؤسسة ، وتمارس الدعوى حسب المادة 1290 من مدونة التجارة¹¹⁶⁹ أمام المحكمة الموجودة في مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة ، وتكون المحكمة المختصة التي تنظر في صعوبات المقابلة المختصة بالنظر في جميع الدعاوي المتصلة بها .

وصفوة القول أن المشرع الموريتاني لم ينظم نصوصاً كافية تحكم فكرة التوقف عن الدفع رغم أهميته في تحديد نطاق فترة الريبة التي تتميز بأن تصرفات المدين داخل حيزها الزمني تتأرجح بين البطلان الوجوبي والبطلان الجوازي ذلك شريطة أن لا يكون المدين قد وفى مسبقاً التزامه اتجاه الطرف الآخر الذي لم يوفى التزامه اتجاه المدين ، وذلك قبل الحكم بالتوقف عن الدفع أو في العقود التبادلية المبرمة من قبل المدين قبل فترة التوقف عن الدفع وخارج نطاق فترة الريبة ، رغم أنها سارية التنفيذ

¹¹⁶⁹ . تنص المادة 1290 على أنه " يكون الاختصاص للمحكمة الموجودة في مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو مقر الشركة أو الشخص الاعتباري المعني .

تكون المحكمة التي تفتح مسطرة المعالجة أمامها ، مختصة كذلك للنظر في جميع الدعاوي المتصلة بها .
تدخل في إطار اختصاص المحكمة بصفة خاصة ، الدعاوي المتعلقة بتسيير المسطرة أو التي يقتضي حلها تطبيق مقتضيات هذا الباب "

حقوق السجناء بين المعايير الدولية والقوانين الخاصة: دراسة في قواعد الحد الأدنى النموذجية للحقوق والحريات بسلطنة عمان

د. حسين بن علي السناني

دكتور في الحقوق

مقدمة

طفت العلاقة بين الحقوق والحريات ووضعية السجناء في السجون منذ أمد ليس بالقريب، حيث اقترن مفهوم السجن بالتعذيب وممارسة تقييد الحريات العامة والخاصة للسجين، وفي خضم هذا الترابط بين المفهومين ظهرت العلاقة بين السجون وحقوق الإنسان، والتي عرفت تطورات كبيرة منذ منتصف القرن الماضي، حيث ظهرت منظمات غير حكومية تعنى بالحقوق والحريات العامة للأفراد، والتي عرفت بدورها انتقالاً من مطالبتها بمنح الحقوق العامة إلى المطالبة بإقرار الحقوق الدنيا دستوريا لجميع فئات المجتمع وفي كل الأنظمة العالمية.

ومع تنامي المطالب بضرورة إقرار الحقوق والحريات الأساسية ودسترتها منذ بداية ثمانينات القرن الماضي من طرف المنظمات الحقوقية وتمثيلياتها داخل الدول لاسيما الديمقراطية منها، وأيضا من طرف مكونات المجتمع المدني في جميع أقطار العالم، وأيضا نتيجة للتغيير الذي عرفته العقوبات السجنية بجميع أنواعها، وما اتخذته من أشكال انتقلت من الأساليب التقليدية في التعذيب إلى أساليب أكثر علاجية وإصلاحية، فقد أضحت المطالبة بتمتع السجناء خلال فترات قضاءهم للعقوبة أكثر إلحاحا، خاصة من خلال إلزامية الدول بضرورة تمكينهم من مجموعة من الحقوق والحريات بغرض تحقيق أغراض التأهيل والإصلاح وإعادة الإدماج، وكذا التخلص من الآثار الجانبية للسجين جراء ارتكابه الفعل الجرمي من جهة، وقصد إعادة تأهيلها للاندماج في المجتمع من جديد من جهة ثانية.

وبالعودة إلى تاريخ المطالبة بضرورة الاهتمام بحقوق السجين، سنجد أن فترة النهضة الأوربية شهدت ميلاد تيار فكري من بعض الباحثين والمفكرين وبعض رجال الدين نادى إلى ضرورة إصلاح السجون، والانتقال بها من المؤسسات العقابية إلى مؤسسات إصلاحية تهيئية، لكن هذه الحركة لم تتخذ مظهرا جديا إلا في القرن الثامن عشر. وبلغت الأفكار العقابية والإنسانية المناهية بإصلاح السجون أوج صورها باعتمادها من طرف هيئة الأمم المتحدة في 20 غشت من سنة 1955، عن طريق إصدار قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء¹¹⁷⁰، ومن خلالها أخذت طابعا رسميا ودوليا لدعوتها إلى استعمال السجن كأداة إصلاح وعلاج في إطار احترام الحقوق الأساسية للمسجون وعلى رأسها حقه في الكرامة والمعاملة الحسنة والإصلاح.

¹¹⁷⁰ - القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي تم تبنيها في المؤتمر الأول للأمم المتحدة حول الوقاية من الجريمة ومعاملة المجرمين والذي انعقد في جنيف في 1955، وأقرت من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي في قراره رقم 663 في 31 يوليو 1976. لمزيد من التفصيل انظر الموقع: منشورات مكتبة حقوق الإنسان على الموقع:

وعلى مستوى التجارب العربية، وبالعودة إلى سنوات السبعينيات والثمانينيات من القرن الماضي فقد شهدت العديد من المآسي المتعلقة بالسجناء لاسيما فئة السجناء السياسيين، وشكلت بذلك إحدى المظاهر السلبية على مستوى سلم الحقوق والحريات في العديد من الأقطار العربية، مما جعل المنظمات غير الحكومية تنادي بضرورة إقرار هذه الحقوق دستورياً، وهو ما سارت عليه بعض الأنظمة العربية منذ مطلع التسعينيات.

ولئن سلطنة عمان شهدت نهضة اقتصادية واجتماعية، جعلت من العنصر البشري إحدى أولويات التطور، فقد انعكست إيجاباً على المستوى المعيشي للمواطن، مما ساهم في تسجيل مستويات منخفضة من الجرائم المفضية إلى العقوبة الحبسية، أضف إلى ذلك استراتيجية الدولة في تعزيز ترسانتها القانونية في مجال الحقوق والحريات، مكن من تفاديها لمؤاخذات المنظمات الحقوقية، إذ أن التشريعات العمانية سارت في اتجاه توفير ضمانات أكبر في مجال الحقوق والحريات، والالتزام بما أقرته المواثيق الدولية في هذا المجال، تماماً كما أكد عليه المشرع الدستوري من خلال مقتضيات النظام الأساسي للدولة¹¹⁷¹.

وفي هذا الصدد فإننا دراستنا يراود بها الاطلاع على مدى توافق المقتضيات التشريعية الدولية مع القوانين الداخلية لسلطنة عمان في مجال الحقوق والحريات، وذلك من خلال معالجة إشكالية محورية مفادها ما مدى مواءمة القوانين الخاصة للدول مع مقتضيات القواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء (سلطنة عمان نموذجاً)؟ حيث يجدر بنا الإجابة عن تساؤلين فرعيين، الأول مرتبط بأبعاد إصدار قواعد الحد الأدنى النموذجية لمعاملة السجناء؟ أما الثاني فيعلق بمدى تطبيق هذه القواعد على مستوى البيئة التشريعية لسلطنة عمان؟

بناءً على ما سبق، سنعمل على دراسة "حقوق السجناء بين المعايير الدولية والقوانين الخاصة: دراسة في قواعد الحد الأدنى النموذجية للحقوق والحريات بسلطنة عمان"، من خلال البحث في أبعاد تنزيل قواعد الحد الأدنى النموذجية لمعاملة السجناء (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك نتطرق بالتحليل والدراسة لمدى مواءمة التشريع العماني مع حقوق السجناء انطلاقاً مما نصت عليه مقتضيات التشريع الدولي لاسيما قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قواعد الحد الأدنى النموذجية لمعاملة السجناء بين التنزيل والتطبيق

تعتبر المعايير الدولية الخاصة بالحقوق والحريات آليات رقابة دولية على التشريعات الوطنية والممارسات اليومية لواقع الحقوق والحريات في بلد ما، حيث ظهرت المعايير الدولية الخاصة بحقوق السجناء بناءً على اعتماد بعض الاتفاقيات الدولية التي تنص وجوباً على احترام حقوق السجين طيلة فترة امتثاله أمام العدالة.

وتعتبر قواعد الحد الأدنى النموذجية لمعاملة السجناء إحدى الآليات التي توخت من وراءها هيئة الأمم المتحدة والمنظمات الحقوقية وضع قواعد لاحتزام حقوق السجناء في جميع أنحاء العالم، وبالتالي فإن الغرض من صياغة هذه القواعد يتمثل في ضمان تمتع السجين بجميع الحقوق المدنية والسياسية، تطبيقاً لمقتضيات الفصل 10 من ميثاق الأمم المتحدة¹¹⁷².

¹¹⁷¹ - تنص المادة 72 من الباب السابع من النظام الأساسي لسلطنة عمان على ما يلي "لايخل تطبيق هذا النظام بما ارتبطت به سلطنة عمان مع الدول والهيئات والمنظمات الدولية من معاهدات واتفاقيات".

المادة 72 من النظام الأساسي للدولة، الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم 96/101.

¹¹⁷² - الفصل 10 من ميثاق الأمم المتحدة.

بناء عليه، يجدر بناء دراسة أبعاد إصدار قواعد الحد الأدنى النموذجية لمعاملة السجناء (أولاً)، بعد ذلك التطرق لمجموعة القوانين التكميلية لها والتي تم إصدارها بهدف تعزيز حقوق السجناء في العالم (ثانياً).

أولاً- إصدار القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء

اتفق المجتمع الدولي في منتصف القرن الماضي على صياغة مجموعة من القواعد واليات تشكل حداً أدنى لمعالجة السجناء في العالم، خاصة بعد الانتهاء من مأساة الحرب العالمية الثانية، وما عاناه السجناء في جميع أنحاء العالم إبان تلك الفترة، حيث كان لزاماً إصدار هذه المقتضيات القانونية لوضع حد لهذه المساواة، والتي انتهت بفقدان العديد من السجناء لأرواحهم جراء أشنع أشكال التعذيب التي تعرضون لها.

وبذلك جاءت القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء نتيجة لعملية تطويرية طويلة بدأت منذ حقبة تاريخية قدمت وانتهت خلال سنة 1926، حينما اضطلعت اللجنة الدولية للإصلاح والتي سميت فيما بعد اللجنة الدولية للعقوبة والإصلاح، بالعمل على إعداد قواعد المعاملة الدنيا للسجناء، واستمرت مع إجراء مراجعة لها سنة 1933، ثم إجراء تحديث إضافي قامت به لجنة من خبراء مخصصة سنة 1949، توجت بإصدار لائحة لمجموعة من المبادئ الأساسية التي ينبغي تمتيع السجناء بها طيلة فترة بقاءه محتجزاً أو سجيناً، والتي تمثلت تحديداً في وضع قواعد للضمانات المرتبطة بفترة التقاضي وأخرى تمثل مجموعة من الحقوق طيلة فترة سجنه.

باستقراء المسار التاريخي لاعتماد القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، نجد أن اللجنة الدولية للعقوبة والإصلاح¹¹⁷³ طرحت قبل حلها بفترة وجيزة، وتحديدًا سنة 1951 مشروعاً منقحاً للقواعد، والتي اعتمدت في نهاية المطاف خلال مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين سنة 1955، ووافق عليها المجلس الاقتصادي والاجتماعي سنة 1957¹¹⁷⁴، وسرعان ما أصبحت القواعد، على الرغم من أنها لم تكن ملزمة قانوناً، معترفاً بها باعتبارها النموذج الذي تقاس عليه المعايير الأخرى لمعاملة السجناء على مدى أكثر من 60 سنة¹¹⁷⁵.

نافلة القول نعتقد أن المجتمع الدولي اتجه نحو إقرار هذه القواعد بهدف توحيد المقتضيات المتعلقة بالحقوق والحريات في جميع سجون العالم، وبالتالي وضع تشريع داخلي موحد خاص بالسجون، ولربما أن الاعتقالات السياسية وكذا محاكمة السجناء السياسيين في جميع دول العالم خلال مرحلة الحرب الباردة بين القطبين، ساهم بشكل كبير في بروز هذا الجيل من الحقوق والحريات، والذي يمكن أن نسميها بالحقوق والحريات السياسية المتعلقة بالسجناء، إذ شهدت تلك الحقبة أشنع صور التعذيب في السجون خاصة بالنسبة لفئة السجناء السياسيين في سجون دول غير الدول التي ينتمون إليها، مما أفرز بروز تيار أممي يدعو إلى الإسراع في تنزيل تشريع دولي خاص بقواعد الحد الأدنى حتى لا يتم اضطهاد السجناء السياسيين وتفادي إرغامهم على الاعتراف بكل أشكال التعذيب النفسي والجسدي، ونقر أن أولى لبنات وضع تشريع دولي

¹¹⁷³ - انتقلت وظائف اللجنة الدولية للعقوبة والإصلاح، وهي منظمة حكومية دولية مشكّلة على نحو غير رسمي، إلى الأمم المتحدة سنة 1950.

¹¹⁷⁴ - قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي 663 جيم (د-24)، الأمم المتحدة، الوثائق الرسمية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي، الملحق رقم 1، صفحة 11 من النص الإنكليزي، وثيقة الأمم المتحدة E/3048 (1957).

¹¹⁷⁵ - مازن ليلو راضي، حيد ادهم عبد الهادي، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، دار قنديل لنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص: 19-20.

خاص بحقوق السجناء تمت خلال هذه المرحلة، وأسست للجيل الذي سيتم إصداره في المرحلة الموالية بهدف تكملة مجموعة الحقوق والحريات الخاصة بالسجناء.

ثانيا- الاتفاقيات التكميلية للقواعد الدنيا لحقوق السجناء

بالاطلاع على مجموعة النصوص المنظمة للقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء سيوضح أنها بصفة عامة لغة بسيطة وسهلة الفهم، وما تنص عليه من مبادئ لايزال بالأهمية ذاتها التي كان عليها عندما وافق المجلس الاقتصادي والاجتماعي على القواعد لأول مرة، ويظهر فيما بعد إصدار قواعد الدنيا عن الأمم المتحدة مجموعة من الصكوك التي تركز على معاملة السجناء، ومنها اثنا عشر صكا جاءت مكملة للقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء بدءا من سنة 1975.

بعد ذلك جاء إقرار مبادئ آداب مهنة الطب المتعلقة بدور الموظفين الصحيين ولاسيما الأطباء المكلفين بحماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة سنة 1982¹¹⁷⁶، واتفاقيات إجراءات التنفيذ الفعّال للقواعد الدنيا النموذجية لمعاملة السجناء الصادرة سنة 1984¹¹⁷⁷، كما تم إقرار ضمانات تكفل حماية حقوق الذين يواجهون عقوبة الإعدام تم إقرارها في نفس السنة، وأيضا إصدار اتفاق نموذجي بشأن نقل السجناء الأجانب وتوصيات بشأن معاملة السجناء الأجانب 1985¹¹⁷⁸.

وتجدر الإشارة إلى أنه س المجلس الاقتصادي والاجتماعي اعتمد سنة 1984، في قرار له تحت رقم: 47/1984¹¹⁷⁹، إجراءات التنفيذ الفعّال للقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، استجابة لتحديات ترجمة القواعد إلى أحكام وممارسات على الصعيد الوطني¹¹⁸⁰. حيث تضمنت الإجراءات أحكاما تشجع الدول الأعضاء على إضفاء الطابع المؤسسي على القواعد في نظامها الخاص، وبغية التحقق من التقدم المحرز في تنفيذ القواعد، دعيت الدول الأعضاء أيضا إلى إبلاغ الأمين العام كل خمس سنوات بمدى تطبيق القواعد وبأية صعوبات صودفت في تنفيذها، وقُدمت هذه المعلومات ردا على استبيانات كانت الأساس لخمس دراسات أجريت في الفترة من سنة 1970 إلى 1990، كما نظرت لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية أيضا في عدة تقارير بشأن تنفيذ القواعد¹¹⁸¹.

أما خلال مرحلة التسعينيات ومع تفكك الاتحاد السوفياتي، والتطور الذي شهده الاقتصاد العلمي والنمو الكبير في مستوى العيش لدى دول أوروبا الغربية، فقد ساهم بشكل كبير في ظهور الجيل الثالث من الحقوق والحريات الخاصة بفئة السجناء حيث تم إصدار مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز

¹¹⁷⁶ - الأطباء المكلفين بحماية المسجونين والمحتجزين من التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة سنة 1982.

¹¹⁷⁷ - اتفاقيات إجراءات التنفيذ الفعّال للقواعد الدنيا النموذجية لمعاملة السجناء الصادرة سنة 1984.

¹¹⁷⁸ - اتفاق نموذجي بشأن نقل السجناء الأجانب وتوصيات بشأن معاملة السجناء الأجانب 1985.

¹¹⁷⁹ - اعتمدت الإجراءات على أساس توصيات مؤتمر الأمم المتحدة السادس لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين ولجنة منع الجريمة ومكافحتها.

¹¹⁸⁰ - قرار الجمعية العامة 2858 (د-26) بتاريخ 20 ديسمبر 1971، الذي تسترعي فيه الجمعية انتباه الدول الأعضاء إلى القواعد وتوصي بتنفيذها الفعّال في إدارة المؤسسات العقابية والإصلاحية.

¹¹⁸¹ - أنظر على سبيل المثال معايير الأمم المتحدة وقواعدها في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية، تقرير الأمين العام، إضافة، استخدام وتطبيق القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، الوثيقة E/CN.15/1996/16/Add.1.

أو السجن 1988-1182، وهناك أيضاً المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء 1990-1183، وقواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم 1990-1184، وأيضاً المعاهدة النموذجية بشأن نقل الإشراف على المجرمين المحكوم عليهم بأحكام مشروطة أو المفرج عنهم إفراجاً مشروطاً 1990-1185، وأيضاً إعلان كمبالا بشأن أحوال السجناء في أفريقيا 1996-1186، وأخيراً قواعد الأمم المتحدة لمعاملة السجينات والتدابير غير الاحتجازية للمجرمات 2010-1187.

وبالعودة إلى الترسانة التشريعية لسلطنة عمان، فقد كان موقفها واضحاً بشأن التزاماتها المبدئية بالمعاهدات والاتفاقيات والمواثيق الدولية التي انضمت إليها، وهو ما تم إقراره دستورياً من خلال مضمون المادة 10 من النظام الأساسي للدولة¹¹⁸⁸.

وبالرغم من إقرار مجموعة من القواعد النموذجية لمعاملة السجناء وكذا بعض القوانين التكميلية، إلا أن المحافظة على حقوق السجين اصطدمت مع ما يتناقض مع القوانين الداخلية (كقوانين مكافحة الإرهاب، وما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية)، وهو ما ألزم مجموعة من الدول في الوطن العربي والإسلامي على ضرورة تكييف قوانينها الداخلية مع قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء، حيث تم تطوير تنفيذها بما يتلاءم وتشريعاتها الداخلية.

الفرع الثاني: مواءمة التشريع العماني مع حقوق السجناء وفق مقتضيات قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء

باستقراء قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء سنجد مجموعة من الضمانات التي تعتبرها شروطاً أدنى لمعاملة السجناء في العالم، يتضح أنها ركزت على قواعد الحد الأدنى في الخدمات الطبية لفئة السجناء، والحق في التعليم وفي التواصل والاتصال مع الأسرة والعالم الخارجي، وهو نفس الاتجاه الذي ينفرد به الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والذي يشير إلى القيود على هذه الحقوق العامة للفرد¹¹⁸⁹.

وهكذا نجد أن هذه القيود الخاصة بالسجن لا تؤثر بأي حال من الأحوال على احترام الحق في مجموعة من الحقوق الأساسية التي ينبغي أن يتمتع بها الإنسان، وخاصة ما يتعلق بالحق في الخدمات الصحية (أولاً)، وإلزامية التمتع بالحق في التعليم والتعلم (ثانياً)، وأخيراً أهمية تمكين السجين من الاتصال والتواصل (ثالثاً).

¹¹⁸² - اتفاقية حماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن 1988.

¹¹⁸³ - اتفاقية المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء 1990.

¹¹⁸⁴ - اتفاقية قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم 1990.

¹¹⁸⁵ - اتفاقية المعاهدة النموذجية بشأن نقل الإشراف على المجرمين المحكوم عليهم بأحكام مشروطة أو المفرج عنهم إفراجاً مشروطاً 1990.

¹¹⁸⁶ - إعلان كمبالا بشأن أحوال السجناء في أفريقيا 1996.

¹¹⁸⁷ - قواعد الأمم المتحدة لمعاملة السجينات والتدابير غير الاحتجازية للمجرمات 2010.

¹¹⁸⁸ - المادة (10) من النظام الأساسي للدولة بمقتضى مرسوم سلطاني رقم (96 / 101) تنص على:

"... توثيق عرى التعاون وتأكيد أواصر الصداقة مع جميع الدول والشعوب على أساس الاحترام المتبادل، والمصلحة المشتركة، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية، ومراعاة المواثيق والمعاهدات الدولية والإقليمية وقواعد القانون الدولي المعترف بها بصورة عامة وبما يؤدي إلى إشاعة السلام والأمن بين الدول والشعوب ...".

¹¹⁸⁹ - تنص المادة 2/29 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ما يلي "يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحياته لتلك القيود التي يقرها القانون، فقط لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحياته واحترامها، ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والإخلاف في مجتمع ديمقراطي".

أولاً- الحق في الخدمات الصحية

باستقراء مقتضيات قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء، نجد العديد من هذه القواعد التي تطالب بتوفير الحماية الطبية لفائدة فئات السجناء، بحيث عملت هذه القواعد على أن تنظم الخدمات الطبية على نحو وثيق الصلة بإدارة الصحة العامة على المستوى المحلي أو الوطني، ومنه فقد اشترطت هذه القواعد بضرورة السماح بدخول الخدمات الطبية في المجتمع المحلي إلى السجن واستفادة المسجونين منها أو علاجهم بواسطة الخدمات الصحية الخارجية في حدود المعقول¹¹⁹⁰، وهو ما نص عليه المشرع العماني في قانون السجون الصادر في عام 1998 رقم 48.

ولئن كانت المادة الثانية والعشرين تلح على ضرورة توفير الاحتياجات الطبية الضرورية كشرط مسبق للخدمة الطبية والرعاية الصحية الفعالة، فقد ضمت ثلاث فقرات تلزم بضرورة توفير الخدمات الصحية للسجناء، حيث نصت الفقرة الأولى على أن يكون في السجن طبيب مؤهل واحد على الأقل يكون له بعض الإلمام بالطب النفسي ووجود فرع للطب النفسي إذا احتاج الأمر لتشخيص حالات الاضطراب العقلي وعلاجها عند الضرورة¹¹⁹¹، فيما أتاحت الفقرة الثانية العلاج في مؤسسات متخصصة أو مستشفيات مدنية خارج السجن لعلاج السجناء الذين يتطلبون عناية متخصصة مع ضرورة أن تتوافر في السجن خدمات العلاج التي تقدمها المستشفيات، وتوافر المعدات والأدوات اللازمة، وكذلك وجود جهاز من الموظفين المؤهلين. فيما اشترطت الفقرة الثالثة منها ضرورة توافر الاستعانة بخدمات طبيب أسنان مؤهل، فإنه بذلك تم تكريس مبدأ توفير الخدمات الأساسية على مستوى السجن، بحيث ينبغي توفره على أطر طبية إضافة إلى تقديم لخدمات الطبية الضرورية في الحالات المستعجلة، أضف إلى ذلك الحماية الطبية المتمثلة في مراقبة صحة السجناء.

كما تلزم القاعدة الثانية والأربعين على الطبيب بفحص كل سجين بعد دخوله السجن، وأيضاً كلما اقتضت الضرورة وخصوصاً لاكتشاف أي مرض جسدي أو عقلي يمكن أن يكون مصاباً به واتخاذ جميع التدابير الضرورية لعلاج، وعزل السجناء الذين يشك في كونهم مصابين بأمراض معدية أو سارية، وهو ما تم الجزم في تطبيقه في مختلف السجون العمانية، كون الخدمات الطبية تشكل إحدى الركائز الأساسية التي ينبغي توفيرها تطبيقاً لمقتضيات قواعد الحد الأدنى لمعالجة السجناء¹¹⁹².

كما تفرض القاعدة الخامسة والعشرين على الطبيب مراقبة الصحة العامة والعقلية للمرضى، وعليه أن يعامل يوميا جميع السجناء المرضى وجميع أولئك الذين يشكون من اعتلال أو مرض، وأي سجين استرعى انتباهه إليه، كما أنه مطالب بتقديم تقرير إلى مدير السجن كلما بدا له أن الصحة الجسدية أو العقلية لسجين ما قد تتضرر أو ستتضرر من جراء استمرار سجنه¹¹⁹³.

¹¹⁹⁰ - عبد الله خليل، دليل مهارات تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان أمام القضاء، منشورات مركز حقوق الإنسان لمساعدة السجناء، 2010، ص: 72.

¹¹⁹¹ - القاعدة 22 من قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء.

¹¹⁹² - القاعدة 42 من قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء.

¹¹⁹³ - في نفس الاتجاه سارت القاعدة 26 حيث أكدت على الطبيب معاينة الجوانب الصحية لمعيشة السجناء، وذلك من خلال قيامه المنتظم بما يلي:

1- تقديم النصح لمدير السجن بشأن كمية الغذاء ونوعيته وإعداده؛

أكدت قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء على متطلبات الرعاية الصحية لبعض فئات المسجونين ومنهم المرأة، مدمني المخدرات، المرضى والمضطربين عقليا، فتؤكد القاعدة 23 على توافر المنشآت الخاصة الضرورية لتوفير الرعاية والعلاج في سجون النساء قبل الولادة وبعدها، وكلما كان ذلك ممكنا اتخاذ ترتيبات بجعل الأطفال يولدون في مستشفى مدني، وإذا ولد الطفل في السجن لا ينبغي ذكر ذلك في شهادة ميلاده، وبذلك إنشأت بالسجون العمانية إدارة الرعاية الاجتماعية لهذه الفئة .

وأخيرا فقد استقرت القاعدة التسعين على أهمية تمتع السجناء بالخدمات الطبية بدون تمييز على أساس وضعهم القانوني؛ وبالتالي ضرورة متابعة حالاتهم الصحية، أما بالنسبة للمحبوسين احتياطيا فقد نصت القاعدة الواحدة والتسعين على السماح للمحبوس احتياطيا بأن يزوره ويعالجه طبيبه أو طبيب أسنانه الخاص إذا كان لطلبه مبرر معقول وكان قادرا على دفع النفقات¹¹⁹⁴.

ونرى في هذا الصدد أن حرص هذه القاعدة على مستقبل الطفل المولود حتى لا يقابل بعد كبره نظرة غير سوية تجعل صعوبة تأقلمه مستقبلا مع المجتمع، غير أن هذه القاعدة استثنت الحالة التي تلزم بضرورة بقاء أطفالهن معهن قصد الرضاعة، حيث ينبغي اتخاذ التدابير اللازمة لتوفير دار حضانة مجهزة بموظفين مؤهلين إذا كان من المسموح به بقاء الأطفال الرضع إلى جانب أمهاتهم في السجن، وهو معمول به في السلطنة.

بالعودة إلى قراءة التشريع العماني سنجد أنه لم يستثني الاهتمام بحق السجين في الرعاية الصحية، حيث يعالج الفصل الخامس من قانون السجون العماني وتحديدًا من المواد 28 إلى 35 الرعاية الصحية والإشراف الطبي للسجناء في سلطنة عمان حسب قانون تنظيم السجون في البلاد¹¹⁹⁵، إذ ركز المشرع في المادة 28 على ضرورة تمتع النزلاء والمحبوسين بالرعاية الصحية والاجتماعية المجانية داخل السجون وأماكن الحبس الاحتياطي، وسار في نفس اتجاه قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء حيث خصص لكل سجن طبيب مقيم يعاونه عدد من المساعدين ومنحه مسؤولية اتخاذ ما يحفظ الصحة العامة للسجناء¹¹⁹⁶.

وحسنا فعل المشرع العماني بمبادرته الاهتمام بالقيمة الغذائية للسجين التي تعتبر أهم الخطوات للمحافظة على صحة السجين¹¹⁹⁷، حيث اعتبر مبدأ الوقاية خير من العلاج، وهو إجراء تثبتته المشرع العماني لسببين هاميين: الأول مرتبط بالتزامات

2- مدى إتباع القواعد الصحية والنظافة في السجن لدى السجناء؛

3- حالة المرافق الصحية والتدفئة والإضاءة والتهوية؛

4- القواعد المتصلة بالتربية المدنية والرياضية في حالة عدم تخصص منظمي هذه الأنشطة والتقييد بها، وتلقي هذه القاعدة واجبا على مدير السجن في الأخذ في الاعتبار التقارير والنصائح المقدمة له من الطبيب وتنفيذها إذا وافق، وترك الأمر إلى سلطة أعلى إذا اختلف مع هذه التوصيات وكانت خارج نطاق اختصاصاته.

¹¹⁹⁴ - القاعدة 91 من قواعد الحد الأدنى تنص على أنه "يرخص للمتهم بأن يزوره ويعالجه طبيبه أو طبيب أسنانه الخاص، إذا كان لطلبه مبرر معقول وكان قادرا على دفع النفقات المقتضات".

¹¹⁹⁵ - القانون رقم 48 لسنة 1992 المتعلق بقانون السجون في سلطنة عمان.

¹¹⁹⁶ - المادة 29 من قانون السجون العماني.

¹¹⁹⁷ - المادة 30 من قانون السجون العماني.

الدولة إزاء المواثيق الدولية في شأن حقوق السجناء، والثاني بجعله إستراتيجية لتفادي مصاريف إضافية تتعلق بالعلاج والأدوية، وتتبع السجن المريض.

وقد تعامل المشرع مع المرأة السجينة معاملة خاصة، تصنف على أنها من الحقوق الفضلى التي تم منحها لفائدة المرأة السجينة، إذ بمجرد ظهور أعراض الحمل من الناحية الطبية، وسار في اتجاه حفظ الكرامة للنزيلة حيث طالب من خلال المادة 32 أن يذكر ميلاد الطفل من السجينة في وثائق ميلاده، كما أشار في المادة 35 من قانون السجون إلى ضرورة تواجد هيئة من الخبراء والأخصائيين النفسيين حسب الأقسام المتواجدة في السجون قصد المساهمة في الرعاية الاجتماعية والنفسية لجميع السجناء¹¹⁹⁸.

إن ما يلاحظ على مواد الفصل الخامس من قانون السجون العماني، أن المشرع حاول مسايرة التشريع الدولي من خلال التطرق لجميع الجوانب المرتبطة بصحة السجن والسجينة، وركزت على بعض الأمور العادية في التعامل مع السجن من ناحية الوقاية، ولم تهتم بالتركيز على شروحات تتعلق بأدق التفاصيل التي تساهم في حفظ صحة السجن قبل وأثناء وبعد إصابته بأمراض قد تنعكس سلباً في حالة تفاقمها على الصحة العامة بالسجن، وإنما ترك المجال مفتوحاً بغاية توفير ظروف صحية لفائدة السجن بجميع الوسائل المتاحة.

عموماً، ومن خلال استقراء مجموعة من قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء ونظيرتها من مقتضيات من اللائحة التنفيذية لقانون السجون العماني، سجد تشابهاً كبيراً في عديد من المواد الخاصة بعلاج السجناء مع بعض الفروق؛ فعلى سبيل المثال تؤكد المادة 1/22 من قواعد الحد الأدنى على توفير طبيب مؤهل واحد في كل سجن، وهو ما سار عليه المشرع العماني بالرغم من عدم ذكر الطاقة الاستيعابية للسجن، علماً بأن قواعد الحد الأدنى تحدد أن يكون الحد الأقصى بكل سجن 500 سجين ليس أكثر، ونجد تشابهاً أيضاً بين القاعدتين 24-25 من قواعد الحد الأدنى التي تتحدث عن دور الطبيب بفحص السجناء بعد دخولهم السجن ومراقبة صحتهم البدنية والعقلية وعزل السجناء المشكوك في (إصابتهم بأمراض معدية أو سارية) وهو ما تمت الإشارة إليه من خلال مقتضيات المواد 29 و30 من قانون السجون. كما تتفق القاعدة 22 بخصوص نقل السجناء الذين يتطلبون عناية خاصة إلى سجون متخصصة أو مستشفيات مدنية مع المادة 33 من اللائحة التنفيذية لقانون السجون العماني¹¹⁹⁹.

بينما يوجد في قانون السجون العماني ما يشابه القاعدة 23 التي تتحدث عن توفير المنشآت الخاصة الضرورية لتوفير الرعاية والعلاج قبل الولادة وبعدها في سجون النساء، وعناية قانون السجون العماني بخدمات طب الأسنان، مثل ما هو منصوص عليه في القاعدة 3/22 من قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء، وفي ما يتعلق بالأحكام الواردة بالقاعدتين 82-83 من قواعد الحد الأدنى الخاصتين بمعاملة وعلاج المسجونين المصابين بالجنون أو بالشذوذ، أشار المشرع العماني للمصابين من السجناء بالأمراض النفسية من خلال المادة 35¹²⁰⁰، وإذا كانت الحالة مستعصية يحال المحكوم عليه لمستشفى المسرة التخصصي لأمراض النفسية.

¹¹⁹⁸ - المادة 35 من قانون السجون العماني.

¹¹⁹⁹ - قرار رقم 2009/96 المتعلق بتنفيذ اللائحة التنفيذية لقانون السجون العماني.

¹²⁰⁰ - المادة 35 من قانون السجون العماني.

ولئن عمل المشرع العماني على إقرار مجموعة من الضمانات المتعلقة بحقوق السجين فيما يخص الجانب الصحي، فقد حاولت الدولة إحاطة تلك الحقوق بمجموعة من الامتيازات المكتملة، حيث جاء في تقريرها المرفوع لمنظمة الأمم المتحدة في النقطة المتعلقة بالصحة والخدمات الصحية الإشارة إلى أن السلطنة مازالت تواصل خططها في المجال الصحي إعمالاً للمادة (12) من النظام الأساسي للدولة¹²⁰¹.

ثانيا- الحق في التعليم والتعلم

يعتبر التعليم والتوعية من أهم أسس الانتقال بالعقل البشري من مرحلة الفراغ الفكري إلى مرحلة التفكير والتدبر، بحيث أن التعليم يشكل أداة رئيسية لجعل السجين في طريق الإصلاح والتهذيب وعدم المعاودة لارتكاب الأفعال الإجرامية. فالغرض الأساسي الذي تستهدفه العقوبة السالبة للحرية هو تأهيل وإصلاح المحكوم عليه، بمعنى إعادة المحكوم عليه للمجتمع مواطناً صالحاً، فالتأهيل وما يرتبط به من أساليب المعاملة العقابية ليس محض التزام تفرضه الدولة على المحكوم عليه، ولكنه كذلك حق له قبل الدولة¹²⁰²، والسبيل إلى ضمان حق المحكوم عليه في التأهيل مجموعة من نظم المعاملة التي يجب أن تحدد أحكامها،

بحيث تكفل لها أن تكون وسائل ملائمة لضمان هذا الحق ومن أهمها "التعليم"، فتعليم المحكوم عليه عنصر جوهري من عناصر العملية الإصلاحية، وينظر رجال الإصلاح إلى التعليم في المؤسسات العقابية كأداة ينبغي أن تمتد وظيفتها لتشمل جميع ميادين الحياة؛ بمعنى أن يسعى برنامج التعليم في المؤسسة العقابية إلى إعادة تشكيل شخصية النزير واتجاهاته وقدراته ونضوجه من جميع النواحي حتى يصبح قادراً على أن يشق طريقه في الحياة الشريفة، وأن يساهم في إسعاد ورفاهية المجتمع الذي يعيش فيه¹²⁰³.

¹²⁰¹ - تنص المادة 12 من النظام الأساسي لسلطنة عمان على ما يلي:

- العدل والمساواة وتكافؤ الفرص بين العمانيين دعائم للمجتمع تكفلها الدولة.
- التعاضد والتراحم صلة وثيقة بين المواطنين، وتعزيز الوحدة الوطنية واجب. وتمنع الدولة كل ما يؤدي، للفرقة أو الفتنة أو المساس بالوحدة الوطنية.
- الأسرة أساس المجتمع، وينظم القانون وسائل حمايتها، والحفاظ على كيانها الشرعي، وتقوية أواصرها وقيمها، ورعاية أفرادها وتوفير الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم وقدراتهم
- تكفل الدولة للمواطن وأسرته المعونة في حالة الطوارئ والمرض والعجز والشيخوخة، وفقاً لنظام الضمان الاجتماعي، وتعمل على تضامن المجتمع في تحمل الأعباء الناجمة عن الكوارث والمحن العامة.
- تعنى الدولة بالصحة العامة وبوسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة، وتسعى لتوفير الرعاية الصحية لكل مواطن، وتشجع على إنشاء المستشفيات والمستوصفات ودور العلاج الخاصة بإشراف من الدولة ووفقاً للقواعد التي يحددها القانون. كما تعمل على المحافظة على البيئة وحمايتها ومنع التلوث عنها .
- تسن الدولة القوانين التي تحمي العامل وصاحب العمل وتنظم العلاقة بينهما، ولكل مواطن الحق في ممارسة العمل الذي يختاره لنفسه في حدود القانون، ولا يجوز فرض أي عمل إجباري على أحد إلا بمقتضى قانون ولأداء خدمة عامة وبمقابل أجر عادل.
- الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالفائمين بها، ويستهدف موظفو الدولة في أداء وظائفهم المصلحة العامة وخدمة المجتمع. والمواطنون متساوون في تولي الوظائف العامة وفقاً للشروط التي يقررها القانون.

¹²⁰² - فادية أبو شهبه، تطور التنفيذ العقابي في مصر، التعليم بالمؤسسات العقابية، المجلة الجنائية العمومية، العدد الثاني والثالث، يوليو-

نوفمبر 1992، ص: 15.

¹²⁰³ - فادية أبو شهبه، نفس المرجع، ص 17.

ويعد الحق في التعليم من أهم الحقوق الأساسية التي نصت عليها العديد من الوثائق والاتفاقات الدولية، ونستدل في هذا الصدد بما جاء في نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في الفقرة الأولى من المادة 26 منه على أن "لكل شخص حق في التعليم ويجب أن يوفر التعليم مجاناً، على الأقل في مرحلتيه الابتدائية والأساسية ويكون التعليم الفني والمهني متاحاً للعموم، ويكون التعليم العالي متاحاً للجميع تبعاً لكفاءتهم"¹²⁰⁴.

من جهة أخرى فقد جاءت القاعدة رقم السابعة والسبعين من مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين، والواردة تحت عنوان "التعليم والترويح" وفرضت أن يكون التعليم الأساسي إجبارياً بالنسبة للأميين وصغار السن، وأن تهتم الإدارة السجنية بذلك اهتماماً خاصاً، أما بالنسبة للمراحل التعليمية الأعلى - كالتعليم الثانوي بأنواعه المختلفة والفني والمهني والتعليم العالي -، فإن حق المحكوم عليه يقتصر على التزام الإدارة بتوفير وسائل تنمية لتعليم القادرين عليها¹²⁰⁵.

وهو ما سار في اتجاهه المشرع العماني بجعل إلزامية التعليم للأميين من النزلاء (السجناء)، وخصص الفصل الرابع من قانون السجون لما يتعلق بالتعليم والثقافة في السجون العمانية، حيث ركز على أن تعمل الإدارة على تعليم النزلاء الآخرين وتدريبهم مهنيًا مع مراعاة سنهم ومدى استعدادهم ومدة العقوبة المحكوم عليهم بها¹²⁰⁶.

ونستدل في هذا الإطار بمضمون القاعدتين الثامنة والخمسين والتاسعة والخمسين الواردتين بالجزء الثاني الخاص بالقواعد التي تطبق على طوائف من المسجونين المحكوم عليهم بعقوبة، تحت عنوان "المبادئ الموجهة"، واللذان أشارتا إلى التعليم كوسيلة من وسائل العلاج التي يمكن الاستعانة بها في سد الاحتياجات الفردية للمحكوم عليهم لغرض حماية المجتمع من الجريمة، بينما أشارت القاعدة الستين إلى وجوب تقليل الفوارق بين حياة السجن والحياة الحرة إشعاراً للمحكوم عليه بكرامته ومسئوليته قبل الجماعة¹²⁰⁷.

في نفس الاتجاه جاء النص على "أن التعليم حق" في كل من الدستورين المصري والكويتي بالمادتين 18 و40 على التوالي، وكذلك المغربي وإن جاء بمعنى التربية والشغل "العمل" حق المواطنين على السواء¹²⁰⁸، بينما أشار الدستور اللبناني إلى أن التعليم حر ما لم يخل بالنظام العام أو ينافي الآداب أو يتعرض لكرامة أحد الأديان أو المذاهب...¹²⁰⁹. بالعودة إلى اللائحة التنفيذية لقانون السجون العماني سنجد أن صيغتها أكثر وضوحاً، حيث تشير المادة 23 منه إلى أن الإدارة تجعل السجينة شريكة في عملية محو الأمية والتعليم داخل السجون وخولها إمكانية وضع مناهج التعليم والتدريب مع الجهات المسؤولة عن التعليم والتدريب¹²¹⁰، وحددت اللائحة التنفيذية لقانون السجون العماني من خلال المادة 29 مكافأة تشجيعية لمن تمكن من حفظ القرآن أو قام ببحث علمي، مما يفسر تشجيع المشرع على البحث العلمي خلال فترة تواجده في السجن، لما في ذلك من مساهمة في تهذيب النفس وعدولها عن ارتكاب الجرائم وإصلاحها بالطرق التربوية.

¹²⁰⁴ - المادة 26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

¹²⁰⁵ - القاعدة 77 من قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء.

¹²⁰⁶ - المادة 22 من قانون السجون العماني.

¹²⁰⁷ - القاعدة 60 من قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء.

¹²⁰⁸ - الفصل 13 من الدستور المغربي.

¹²⁰⁹ - المادة 10 من الدستور اللبناني.

¹²¹⁰ - المادة 23 من قانون السجون العماني.

ونرى أنه بالرغم من إيجابية هذا النص الأخير وتميزه عن قوانين السجون في بعض الدول العربية، إلا أننا نرى ضرورة وجود بند خاص يشير إلى حق السجناء في التعليم النظامي ومتابعة الدراسة في مختلف المستويات، باعتبار أن السجن لا يحتوي على سجناء من الشارع فقط، وإنما في كثير من الأحيان فهو يأوي طبقة مثقفة وذات مستويات ثقافية عالية، وهو ما يمثل في اعتقادنا قصورا ينبغي على المشرع العماني تداركه وعدم تجاهله، والنص عليه بشكل محدد وواضح كما أشارت إليه قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء، رغم أن عمليا هناك دراسة نظامية بداخل السجون حتى الدراسات العليا كما يوفر للنزول كل الإمكانيات لاسيما مكتبة السجون الغنية بالمصادر العلمية.

ثالثا- الحق في الاتصال والتواصل

يعتبر التواصل مع السجناء أهم وسيلة للإصلاح والثني عن ارتكاب الجرائم والفعل الجرمي من بعد، وتشكل زيارة السجناء شكلا من أشكال التواصل الأمثل مع السجين، وتمثل زيارة السجين الموجود في الداخل - والمحروم من معرفة ما يدور بالخارج- أهمية مزدوجة خاصة عندما يقترن هذا الوضع بمنع إدخال الصحف والجرائد -وهو ما يحدث عمليا في السجون العمانية- بسبب ما توفره الزيارة من وجود قناة اتصال مستمرة تكفل للسجين الشعور بالاطمئنان على أسرته وأبنائه، كما يعتبر اتصاله بمحاميه أداة أمان له في معرفة مدى وضعه القانوني، كما تمثل الزيارة بالنسبة للأسرة أهمية قصوى بما توفره من معرفة أحوال ابنها الصحية والبدنية ودعمه بما يحتاجه من الخارج سواء كان أدوية أو أطعمة أو أي شيء كان، كما تعد اتصالات السجناء بالعالم الخارجي جزءا ضروريا من إعادة تأهيلهم الاجتماعي وعودتهم للمجتمع.

وهنا لا بد أن نستحضر الدور الهام الذي تلعبه الأسرة في التواصل من الشخص السجين، حيث يشعر بحنين الأسرة، كما يشعر بندمه على ما اقترفه من أفعال إجرامية، إذ تكتسي الاتصالات مع الأسرة أهمية قصوى، وما أكدته القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء في القاعدة الواحدة والستين¹²¹¹، على أنه لا ينبغي التركيز على إقصاء السجناء عن المجتمع ولكن على كونهم يظلون جزء منه، وفي تناولنا لحق اتصال السجين بالعالم الخارجي نقسم هذا إلى الاتصال مع الأسرة والأصدقاء، ومدة الزيارة وعدد المرات المسموح بها، ومن يسمح لهم بالزيارة، وبشكل عام الشروط العامة للزيارة.

فيما يخص التأكيد على توثيق الروابط مع الأسرة كأساس لإعادة التأهيل الاجتماعي تشير القاعدة السابعة والعشرين على السماح للسجين في ظل الرقابة الضرورية بالاتصال بأسرته وبذوي السمعة الحسنة من أصدقائه على فترات منتظمة بالمراسلة، وبتلقي الزيارات على السواء. ونجد أيضا القاعدة الثانية والتسعين والتي سارت في نفس الاتجاه حيث مكنت الشخص المتهم بكل السبل من أجل إبلاغ أسرته فوراً نبأ احتجازه، وإعطائه كل التسهيلات المعقولة للاتصال بأسرته وأصدقائه وباستقبالهم، ودون أن يكون ذلك مرهونا إلا بالقيود والرقابة الضرورية لصالح إقامة العدل وأمن السجن وانتظام إدارته.

¹²¹¹ - تنص القاعدة 61 من قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء على ما يلي: " ولا ينبغي، في معالجة السجناء، أن يكون التركيز على إقصائهم عن المجتمع، بل -على نقيض ذلك- على كونهم يظلون جزءا منه. وعلى هذا الهدف ينبغي اللجوء، بقدر المستطاع، إلى المؤازرة التي يمكن أن توفرها هيئات المجتمع المحلي لمساعدة جهاز موظفي السجن على إعادة التأهيل الاجتماعي للسجناء. ويجب أن يكون هناك مساعدون اجتماعيون يتعاونون مع كل مؤسسة احتجاز وتناط بهم مهمة إدامة وتحسين كل صلات السجين المستتبوبة بأسرته وبالمنظمات الاجتماعية الجزيلة الفائدة. كما يجب أن تتخذ، إلى أقصى الحدود المتفقة مع القانون ومع طبيعة العقوبة، تدابير لحماية ما للسجين من حقوق تتصل بمصالحه المدنية ويتمتع به بالضمان الاجتماعي وغير ذلك من المزايا الاجتماعية".

أي أن هذه القواعد لم تشترط قيوداً على الزيارة في الحالة الأولى إلا بوجود "رقابة"، وفي الحالة الثانية بأن تكون هذه الرقابة ضرورية للصالح العام مثلاً في إقامة العدل وأمن السجن وانتظام إدارته.

في نفس السياق، أشارت القاعدة الرابعة والأربعين إلى حق كل سجين في إعلام أسرته فوراً باعتقاله أو بنقله إلى سجن آخر، كما تتطلب توثيق وتسهيل القيام بالاتصال بين السجن وأسرته إمكانية إيداع السجن في مكان قريب من محل الإقامة مع كل سجين فور وصوله إلى السجن¹²¹².

في هذا الصدد لم يفرد المشرع العماني مواد كثيرة تعالج إشكالية الاتصال والتواصل مع العالم الخارجي بالنسبة للسجين، واكتفى بالإشارة إلى أربعة مواد في الفصل السادس المتعلق بالزيارة والمراسلة من قانون السجون وتحديد المواد 36 إلى 39 من خلالها سار في نفس اتجاه قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء، ونخص بالذكر ما جاء في المادة 36 حيث منح حق الزيارة واستقبال النزول للزوار والمراسلة، ووكّل أمر تنظيم حق الزيارة للمدير العام للسجن، وهو ما جاء في اللائحة التنفيذية لقانون السجون أيضاً من خلال المادة 46 الفقرة 7 حيث منح المدير العام صلاحيات السماح بزيارات ومراسلات واتصالات إضافية للنزول في بعض الحالات الاستثنائية التي يبقى أمر تقديرها من اختصاص المدير العام للسجن.

نافلة القول نرى أن المشرع العماني تعامل بالشكل الدقيق مع الحق في الاتصال والتواصل تحقيقاً للحقوق العديد من الحقوق الرئيسية في هذا الباب، أهمها استعمال وسائل الاتصال الحديثة في السجن، حيث كان النص صريحاً على عدم إدخال السجن لأي شكل من أشكال الاتصال والتواصل وتحديد ذكر بالحرف (الهاتف، المذياع)، وهذا ما يؤكد حرص المشرع على الهاجس الأمني وتبنيه المقاربة الأمنية داخل السجن بدل المقاربة الحقوقية ما يشكل تناسب بين الحقوق والحريات وتنفيذاً لأحد أهم قواعد الحد الأدنى المتعلقة باتصال وتواصل السجن مع العالم الخارجي.

خاتمة

عانت فئة السجناء لحق بتاريخية غابرة من جميع أنواع وأشكال التعذيب الجسدي والنفسي، وشكلت إحدى النقاط السوداء في تاريخ البشرية، حيث تذكر بعض كتب التاريخ كيف تعاملت الأنظمة السياسية الغربية مع السجناء، وكيف مورست عليهم جميع أنواع العذاب المفضي إلى الموت والعاهات المستديمة، فالتاريخ البشري لا زال يذكر مآسي السجناء خلال الحربين العالميتين، وأيضاً خلال فترة الحرب الباردة بين القطبين العظميين، وكذا خلال مرحلة ما بعد تفكك الاتحاد السوفيتي، وكيف تم تنفيذ الإبادة الجماعية على سجناء أعراق عديدة، تماماً كما شهد العالم من خلال ما بثته صور تلفازات العالم خلال منتصف تسعينيات القرن الماضي في صربيا وكرواتيا وفي إفريقيا وأمريكا اللاتينية وفي جميع سجون العالم.

وشكل ظهور الجيل الجديد من الحقوق والحريات العامة مفصلاً تاريخياً نحو تحرير السجناء من الاضطهاد والإبادة والانتقال من ممارسة أبشع صور التعذيب إلى إمكانية إعادة التأهيل والاندماج داخل المجتمع، وهو ما ركزت عليه قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء منذ إقرارها لمقتضيات الترسانة التشريعية الدولية.

ولئن سلطنة عمان، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، نعمت خلال مرحلة حكم السلطان قابوس -رحمة الله عليه- بمستويات رفيعة من العيش والتمتع بالحقوق والحريات على عدة أصعدة، مما نتج عنه آثاراً جانبية أهمها على الخصوص،

¹²¹² - القاعدة 44 من قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء.

ضعف نسب الجرائم المرتكبة، وبالتالي ضعف نسب السجناء مقارنة مع دول أخرى، مما مكن الدولة من تطبيق إستراتيجيتها في معاملة السجناء، والتي طبعها التأهيل وإعادة الاندماج في المجتمع، وبالتالي فقد تمكن من مواءمة قوانينها الداخلية مع المقتضيات التشريعية الدولية بكل مرونة، وبالتالي جاءت قوانينها الداخلية متوافقة الى حد كبير مع ما دعا إليه المنتظم الدولي، وهو ما تكرر من خلال تقارير المنظمات الحقوقية، والتي أشارت في العديد من تقاريرها إلى تجاوب السلطنة مع مقتضيات التشريع الدولي في مجال الحقوق والحريات، حتى في أوج فترات الثورات العربية والحركات الاحتجاجية، والتي شهدت احتقانا في جميع أنحاء الوطن العربي، أرغمت الأنظمة العربية على إعادة صياغة الدساتير الداخلية لها، لتستجيب لمتطلبات مواطنيها بإقرار الحقوق والحريات العامة، وهو ما لم تشهده سلطنة عمان، نتيجة رقي الحقوق والحريات العامة تشريعا وتنزيلا على أرض الواقع، وتمتع فئات المجتمع العماني بأبهى صور الحقوق والحريات، ليس فقط بالنسبة للمواطنين العاديين وإنما بالنسبة لفئة السجناء بجميع أطيافهم، مما يجعلنا نقر بأن إستراتيجية الدولة في بناء العنصر البشري لفائدة وطنه، لازالت في مسارها الايجابي تماما كما أحدثت منذ بداية عصر النهضة إلى وقتنا الحالي، دون إقصاء فئة على أخرى، ودون تمييز بين السجناء أو غيرهم من مواطني سلطنة عُمان.

دور الاجتهاد القضائي في تحديد معالم ومجال القانون الجنائي للأعمال بالمغرب

د. عبد الواحد الدافري

دكتور في القانون الخاص

مقدمة

تتسم مادة القانون الجنائي للأعمال، بمجموعة من الخصوصيات التي تميزها عن القواعد الكلاسيكية المتعارف عليها في مادة القانون الجنائي، بحيث تشد قواعدهما عن كثير من قواعد القانون الجنائي الكلاسيكي شكلاً ومضموناً، أهمها خاصية المرونة في صياغتها، كما تتميز بالتشعب والتنوع في المجال بدءاً من مقتضيات مجموعة القانون الجنائي، ومدونة التعمير، مدونة الجمارك، مدونة التجارة وقوانين الشركات، مدونة الشغل، قانون حرية الأسعار والمنافسة، قانون الملكية الصناعية، مدونة التشريع الضريبي، قانون زجر الغش في البضائع، قانون حماية المستهلك، ومن هنا يأتي دور الاجتهاد القضائي الذي يلعب دوراً أساسياً في تحديد مجال ومعالم هذه المادة، المعتبرة في حكم المواد التي هي قيد التشكل بالنسبة للحالة المغربية، ومن هنا تبرز أهمية الاجتهاد القضائي المغربي بصدد المساهمة في تحديد المعالم المميزة لها، والمرتبطة ببنية الاقتصاد الوطني.

وانطلاقاً من دور القضاء في تحقيق الأمن القضائي، وتكريس الأمن القانوني بشكل عملي في مختلف الميادين والفروع القانونية المختلفة، فإن هذا الدور يكتسي أهمية بالغة، لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع في هذا الشأن¹²¹³، من خلال إضفاء الطابع العملي الحي للقاعدة القانونية، خصوصاً في حالات غموض النص القانوني وإبهامه، كمحاولة منه لاستخلاص الحلول التي تتماشى والسياسة الجنائية المتبعة من طرف المشرع بخصوص ميدان المال والأعمال، تبعاً للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة، فيحرص على القضاء على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة، وأوضاع المجتمع المتغيرة خصوصاً ما يهم الجوانب المرتبطة بالدورة الاقتصادية في مجالها الواسع والمتشعب (الإنتاج - والتوزيع - الاستهلاك)، لبلورة قانون جنائي يؤطر مجال الأعمال يراعى جميع المصالح والمتضاربة أحياناً، وحماية الاستثمارات الوطنية والأجنبية.

ومن هذا المنطلق تظهر تشعبات هذه المادة، بحيث يتسع مجالها ليشمل عدة فروع قانونية، وبما أن منهجية المشرع المغربي، تصنف ضمن خانات الترسنة القانونية التي تجمع بين مجموعة القانون الجنائي والقوانين الخاصة، كأسلوب تشريعي يتماشى مع السياسة التشريعية الوطنية وخصوصيتها¹²¹⁴، كما أن المشرع لا يحدد بدقة بعض المفاهيم، ذات المضمون الجنائي للأعمال، من قبيل النظام العام الاقتصادي، الغش في البضائع، الإشهار الكاذب¹²¹⁵. وبالتالي يمكن تعريف هذه

¹²¹³ محمد شيلح: محاولة قراءة منهجية في كيفية استخلاص المبادئ القانونية من قرارات المجلس الأعلى، مجلة القانون والاقتصاد، ع. 3،

1987، ص 127

¹²¹⁴ أنوار محمد صدقي: المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط. 1، 2007، ص 125

¹²¹⁵ أحمد التهامي: محاضرات أُلقيت على طلبة السنة الثانية لتحضير دبلوم الدراسات العليا المعمقة "وحدة البحث والتكوين في العلوم الجنائية" في مادة القانون الجنائي للأعمال، بتاريخ 15 يناير 2007، برحاب كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، جامعة عبد المالك السعدي.

المادة، بمجموعة من النصوص القانونية المنظمة لشروط الإنتاج وتوزيع واستهلاك الأموال والخدمات، وكذلك طرق تبادل الأموال والخدمات، وتحديد الجزاءات المترتبة عن انتهاكها من طرف الفاعلين¹²¹⁶.

ودور القضاء بهذا الخصوص، نابع من الخصوصيات التي تنفرد بها جرائم الأعمال عن الجرائم التقليدية الواردة في القانون الجنائي العام، فيما يخص عناصر المكونة لجرائم الأعمال وما تتطلبه من فهم قضائي متخصص، وهي مميزات ينفرد بها سواء على مستوى الموضوع وعلى مستوى الشكل. فإذا كانت مادة القانون الجنائي بمفهومها الكلاسيكي محكومة بمبدأ الشرعية الجنائية، والتفسير الضيق، فإن خصوصيات المادة الجنائية المرتبطة بعالم المال والأعمال، والتي ينبغي أن تكون مسيطرة للمستجدات وفق قضاء متخصص، فماهي مظاهر الإجتهد القضائي الجنائي المغربي في مادة القانون الجنائي للأعمال؟ ولنفرض جدلاً وجدت هل استطاعت تحديد معالم ومجال هذه المادة المتفردة؟.

وذلك ما سنعمل على تناوله عبر محورين.

المحور الأول: رصد لبعض الإجتهدات القضائية في ميدان القانون الجنائي للأعمال

من خلال هذا المحور سنعمل على تناول بعض الإجتهدات القضائية، التي حاولت معالجة موضوع القانون الجنائي للأعمال، سواء من خلال اجتهدات محاكم الموضوع، أو على مستوى قرارات محكمة النقض كأعلى سلطة قضائية تعمل على توحيد الإجتهدات الصادرة عن محاكم الموضوع، في مختلف القضايا التي تهم المال والأعمال.

أولاً: في بلورة السياسة الجنائية للشيك كورقة تجارية

بإصدار مدونة التجارة لفاتح غشت 1996، والتي حفلت بمستجدات تهم عالم المال والأعمال ومن بينها مؤسسة الشيك، حيث تمت إعادة النظر في النظام القانوني المؤطر لها، وعمل القضاء بمختلف درجاته، على بلورتها وتكريس الأسس والمنطلقات التي اعتمدها المشرع، ومنها اعتبار الشيك كوسيلة وفاء في مجال الأعمال.

وبخصوص توافر القصد الجنائي بنوعيه، كركن في الجرائم المرتبطة بالشيك، جعل القضاء من هذا الركن أمر غير متطلب، وأن مسألة سوء النية مفترضة بمجرد عدم توافر مؤونة الشيك عند تقديمه للأداء، الأمر الذي أكدته المجلس الأعلى سابقاً في قراره الصادر بتاريخ 12 يناير 2005 في ملف عدد 1108/04 والذي تضمن ما يلي: "أن مسألة سوء النية في جريمة إصدار شيك تتحقق بمجرد عدم توفر مؤونته عند تقديمه للأداء"¹²¹⁷، هو نفس الاجتهاد الذي أقره في قراره الصادر بتاريخ 12 أبريل 2004 في ملف عدد 1108/2002 حيث ذهب إلى أن "جنحة عدم توفير مؤونة شيك تتحقق بمجرد إصدار شيك وعدم توفير مؤونته عند تقديمه للأداء وسوء النية الذي يثبت بمجرد انعدام الرصيد أو عدم كفايته"¹²¹⁸.

¹²¹⁶ أنور محمد صدقي المساعدة: م.س، ص 99

¹²¹⁷ قرار أورده آمحمد لمروجي: دراسات قانونية معمقة، "جرائم الشيك وعقوباتها الجنائية والمدنية"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، عدد

2، 2005، ص 132

¹²¹⁸ قرار عدد: 10794/98، بتاريخ 21 يناير 2004، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 61، الإصدار الرقمي دجنبر 2004، ص 247

كما تبنى القضاء المغربي في تطبيق مقتضيات مدونة التجارة، فيما يخص الشيك بنوع من الصرامة حيث نقض المجلس الأعلى سابقاً، حكم محكمة الموضوع التي تمتعت المتهم بظروف التخفيف بناء على مقتضيات القانون الجنائي، حيث جاء في قراره الصادر بتاريخ 12 أبريل 2004، في ملف عدد 15396/03، تكون المحكمة قد خرقت المادة 316 من مدونة التجارة، عندما قضت على المطلوب بغرامة 1000 درهم، كحد أدنى لعقوبة الغرامة ما لم تكن نسبة خمسة وعشرين في المائة من مبلغ الشيك أكثر من ذلك¹²¹⁹. حيث لم يسمح المجلس الأعلى بالنزول عن الحد الأدنى للعقوبة، بإعمال ظروف التخفيف وهي مقارنة يعتبرها البعض لا تخدم السياسة العقابية في مجال الشيك، من خلال عدم إعطاء الجانب الشخصي للمتهم أدنى اعتبار، وعدم الاكتراث بسكوت المشرع نفسه عن الإشارة إلى حظر العمل بمقتضيات الفصلين 146 و 149 من القانون الجنائي¹²²⁰، ولعل ذلك يفسر برغبة العمل القضائي إعطاء مصداقية أكثر لهذه الورقة التجارية.

كما عمل الاجتهاد القضائي، على إيضاح القانون الواجب التطبيق، بشأن الشيك، وهكذا نجد محكمة الاستئناف بالدار البيضاء قضت بتطبيق مقتضيات مدونة التجارة، بخصوص جرائم الشيك الواردة في المادة 316¹²²¹ كما أن المجلس الأعلى سابقاً تبنى صراحة الاتجاه الرامي إلى تطبيق القانون الجديد في قرار صادر عن غرفتيهما غرف المجلس الأعلى عدد 1263/6، بتاريخ 18 يوليوز 2002¹²²².

بعد الفراغ من عرض بعض الاجتهادات القضائية المرتبطة بالشيك، نرى من المفيد ملامسة نظرة القضاء الجنائي لتحديد مفهوم المسؤولية الجنائية في مجال الأعمال.

ثانياً: في تحديد المسؤولية الجنائية

لا شك أن موضوع المسؤولية الجنائية من أهم الموضوعات التي تمس القانون الجنائي عامة، وفي مجال الأعمال بصفة خاصة¹²²³، وأهم ما يثار هنا هو مسؤولية الأشخاص المعنوية الخاصة بارتباطها مع المسؤولية الجنائية لمسيرى ومتطرفي المقاولات أثناء تعرضها لنزاعات جنائية، حيث وتوثر الاجتهاد القضائي على إقرار المسؤولية الجنائية للشركات التجارية، بعد إقرار المشرع المغربي في الفصل 127 من مجموعة القانون الجنائي على العقوبات الممكن تطبيقها على الشخص المعنوي، إلا أن القوانين الخاصة كقانون 17-95 المتعلق بشركة المساهمة في المادة 7 منه، والمادة 2 من قانون 5-96 المتعلق بباقي الشركات، أقر بالمسؤولية الجنائية للشركات، بعدما كان القانون المغربي لما قبل 1962، لا يقر بمسؤولية الشخص المعنوي وكان

¹²¹⁹ قرار عدد: 15396/03، بتاريخ 21 أبريل 2004، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 62، الإصدار الرقمي 2004، ص 230

¹²²⁰ مصطفى زروقي: المقتضيات الجزية في مدونة التجارة وتعدد القراءات، مجلة المعيار، ع. 27، 2001، ص 192

¹²²¹ قرار رقم 9760، بتاريخ 15 يونيو 1998، أورده هشام بوحوص: خطر الأشخاص المعنوية على الحقوق الخاصة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات

العليا المعمقة القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، 2006 - 2007، ص 113

¹²²² منشور بمجلة القضاء والقانون، ع. 146، ص 153

¹²²³ Philippe Bonfils - Eudoxie Gallardo : Le droit pénal des affaires, Editeur : L.G.D.J, Paris, 2 éd, 2016, p 41 - 83

القضاء المغربي آنذاك هو الآخر يسير في نفس الاتجاه، ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 659 بتاريخ 2 يونيو 1960، جاء فيه "لا يمكن تقرير المسؤولية للشخص المعنوي إلا بنص صريح"¹²²⁴.

أما الاجتهاد القضائي، فقد تواترت هو الآخر اجتهاداته على الاعتراف بالشخصية المعنوية للشركات، ومن ثم المسؤولية الجنائية في حقها، وفي هذا الإطار نجد حكما صادرا عن المحكمة الابتدائية لعين السبع الحي المحمدي بالدار البيضاء، بتاريخ 25 مارس 1995 بمؤاخذة شركة (أب) في شخص مسيرها القانوني بغرامة مالية قدرها 10,000 درهم بجنحة الغش في مادة القهوة¹²²⁵، وتوجد الكثير من الأحكام تسير في نفس الاتجاه، منها حكم محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 28 يوليوز 1997 التي ادانت فيها شركة (أح) بجنحة الغش في البضائع بغرامة 8000 درهم¹²²⁶.

وهناك قرارات أخرى تذهب في اتجاه إقامة المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، والحكم عليها بعقوبات تتلائم وطبيعتها غير المادية تكون قبيل الغرامة ونشر حكم الإدانة في الصحف وفي مختلف وسائل الاعلام، من خلال هذه الأحكام تتجلى مساهمة الاجتهاد القضائي في تحديد المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في ظل الثغرات التي تعري القانون المغربي، خصوصا شروط أعمال هذه المسؤولية بكيفية أكثر تفصيلا في القانون الجنائي للأعمال أصبحت من متطلبات السياسة الجنائية المعاصرة في ضبط إجرام الأشخاص المعنوية لدورها المحوري في الدورة الاقتصادية وطنيا وعالميا.

فالمسؤولية الجنائية في مجال المال والأعمال لها خصوصيتها، من خلال المواد المنظمة لشركة المساهمة، فالمشرع أولها أهمية كبرى ومنها وجود الإحالة بين المواد، وهو ما يتطلب تقنية الربط بين المواد، وتطبيقها بشكل سليم، وكذا توحيد العمل القضائي في حالات الفراغ والإبهام في القانون، وما أكثره عندنا في المغرب¹²²⁷.

وفيما يخص مسؤولية مسيري ومتصرفي الشخص المعنوي، نعلم أن هذا الأخير لا يستطيع القيام بمهامه، إلا من خلال ممثليه وهم أشخاص طبيعيين ومن ثم ثار نقاش حول مدى مسؤولية مسيري الشخص المعنوي، حيث ذهب المجلس الأعلى سابقاً في قراره المؤرخ بتاريخ 01 أكتوبر 1998 "إلى أنه لا يوجد ما يعفى مدير الشركة ما باعتباره ممثلاً للشخص المعنوي من المسؤولية الجنائية متى ثبت أن الأفعال التي ارتكبها ولو باسم الشركة التي يمثلها أو بتفويض منها تندرج ضمن الأفعال المجرمة قانوناً" وأضاف المجلس الأعلى قائلا "أن صفة التمثيل أو رخصة التفويض التي تسمح بالتصرف نيابة عن الشخص المعنوي لا تعتبر إطلاقاً رخصة للتصرف خلافاً لقانون ولا تعذره أن يكون جاهلاً لمقتضياته"¹²²⁸.

¹²²⁴ محي الدين أمزازي: العقوبة، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة الأمنية، الرباط، 1993، ص 13

¹²²⁵ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بعين السبع الحي المحمدي بالدار البيضاء في ملف جنحي رقم 92/5297، عدد 2922 بتاريخ 28 مارس 1995، ص 53، أوردته رشيدة مزاج: المسؤولية الجنائية للشركة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، 1998-1999، ص 53

¹²²⁶ م.س، ص 53

¹²²⁷ عبد العالي العضاوي: المسؤولية المدنية والمهنية والجنائية لمسير ومصرفي المقاولات في حالات تعرضها للصعوبات، مطبعة فضالة

المحمدية، 2005، ط. 1، ص 3

¹²²⁸ قرار عدد 98/8774، بتاريخ 10 أكتوبر 1998، مجلة قضاء المجلس الأعلى - الإصدار الرقمي دجنبر 2004، ع. 55، ص 298

وهناك اجتهاد قضائي آخر صادر عن المجلس الأعلى سابقاً مؤرخ في 14 يوليوز 2004، حيث كرس عمل قضائي مهم سبق للقضاء الفرنسي أن تبني هذا النهج، بالقول أن الظنين اعترف بتوقيعه التي ثبت من خلال شواهد البنك المسحوب عليه أن الحساب لا يتوفر على مؤنثتها، وبالتالي يكون ما صدر منه ثابتاً في حقه انطلاقاً مما سبق من كونه المسؤول عن الشركة التي يوقع الشيكات باسمها، وحيث أن ما أثاره الدفاع من استقلال ذمة الظنين المالية عن ذمة الشركة التي يمثلها وإن كان في محله، إلا أن مسؤولية عدم توفر حساب الشركة في مقابل الشيكات التي سحبها باسمها تقع عليه للسبب المذكور أعلاه، ولكون الفصل 316 من مدونة التجارة إنما يعاقب صاحب الشيك وليس صاحب الحساب¹²²⁹.

وسمة التشدد هذه تتماشى مع السياسة العقابية في مجال الأعمال خصوصاً وأن بعض المسيرين لا يفرقون بين ذمتهم المالية الشخصية وذمة الشركة التي يسيرونها، ويستعملونها كما أركان الأمر يتعلق بمصالحهم الشخصية، ومن شأن ذلك أن يضمن السير الجيد للمقولة عدم تعريض موجوداتها للخطر¹²³⁰، كتوجه جديد للقضاء في تحقيق صرامة في العقاب لمسؤولي الشخص المعنوي.

ومن جانبنا نرى أن القضاء يراعي مصلحة الشخص المعنوي، ويخصها باعتبار خاص تحصينا لها ضد دوي النيات السيئة.

ثالثاً: مساهمة الاجتهاد القضائي في مجال القوانين الجنائية الخاصة المتصلة بالأعمال

في هذه النقطة سنحاول ملامسة بعض الاجتهادات القضائية، في القوانين الجنائية الخاصة المتصلة بمجال المال والأعمال.

1- في قانون زجر الغش في البضائع

بخصوص جرائم الغش في البضائع، لعب القضاء دوراً جد فعال في إبراز خصوصية هذه الجرائم، فهاجس توفير حماية قصوى للمستهلك، اقتضت أن يكون القضاء الجنائي على مستوى تطلعات الطرف الضعيف، خصوصاً في ظل غياب تراكم حماية قانونية للمستهلك.

فالجوانب القضائية في مادة جرائم الغش في البضائع، جعلت المبادئ التقليدية للفعل الجرمي متجاوزة، خصوصاً في ركنها المعنوي، وتساءل بعض الفقه عن المعيار الذي يجب على القضاء الاهتداء به في التصدي للأفعال الإجرامية الماسة بالمستهلك¹²³¹.

ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 26 نونبر 1990، تمت إدانة الشركة الصناعية (أم) حيث ان المحكمة بعد مراجعتها لوثائق الملف، تأكد لها أن الحكم الابتدائي الذي اعتمد له ما يبرره، وحيث ثبت أن ما تسرب من الهواء إلى

¹²²⁹ قرار عدد 04/5841، بتاريخ 14 يوليوز 2004، منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع. 7، 2005، ص 79

¹²³⁰ ربيعة غيث: الدور الزجري للقضاء تجاه شركة المساهمة "مسؤولية أعضاء أجهزة التدبير والتسيير"، المجلة المغربية لقانون الأعمال

والمقاولات، ع. 10، 2006، ص 39

¹²³¹ بوعبيد عباسي: تأملات حول بعض الاجتهادات القضائية في مجالي الركن المعنوي والإسناد في جرائم الغش في البضائع، مجلة المنتدي،

ع. 4، 2004، ص 177

قنينات المشروب ناتج عن عدم سدها بإحكام من طرف الشركة المنتجة التي تعتبر مسؤولة عن ذلك، وحيث أن عدم سد تلك القنينات بإحكام وكذا عدم مراقبة ما تسرب إليها من هواء من طرف الشركة حتى تبعده عن القنينات المعروضة للبيع قريبة على ثبوت سوء نية المتهم¹²³²، كما تمت إدانة بائع السكر الذي لم يتحقق من وزنها الحقيقي دونما اعتبار شخصية المتهم أو البحث عن نيته¹²³³.

فالاجتهاد القضائي في هذا المجال، ومنذ تسعينات القرن الماضي وإلى الآن، خطى خطوات كبيرة، ووصل بالقصد الجنائي إلى أدنى درجات تقلصه، حيث اكتفى لقيام جريمة ما، بالتثبت من عدم تطابق البضاعة مع النتيجة المعلن عنها، أو عدم مطابقتها للنصوص القانونية التي تحدد مواصفاتها الرئيسية¹²³⁴.

إذا كان المهاجس الأساسي للقضاء الجنائي، هو تحقيق ما يهدف إليه المشرع، وأن إثبات سوء النية لدى الجاني يواجه بصعوبات جمة في إثباتها، وهو ما قد يترتب عنه إفلات المجرمين من العقاب وإلحاق الأذى بمصالح حيوية للمستهلك والاقتصاد ككل، ليكن دور القضاء هو سد الثغرات عبر العمل على تقليص من الركن المعنوي المطلوب في جرائم الغش في البضائع، وتوفير حماية للمستهلك لا سيما في ظل الإعلانات التجارية الخادعة والمضلة للمستهلك¹²³⁵.

كما أن الحماية القضائية للمستهلك، رغم ما سبق ذكره فإن مظاهرها تبقى محدودة في ظل نصوص لا تسعف الآلة القضائية في الخروج بأحكام وقرارات تعطي مجال الحماية ومعالمها الحقيقية، بحيث تصدر أحكام تحمل عبارات غامضة وفضفاضة لحماية المستهلك وأحيانا عبارات عامة¹²³⁶، إن تقييم الحماية القضائية في ظل النصوص الحالية تبقى جهود مستحسنة، في حاجة للتطور لتكون أكثر فعالية في المستقبل.

2. الاجتهاد القضائي في مدونة الجمارك

تكتسي مدونة الجمارك أهمية بالغة في الاقتصاد الوطني، وفي ارتباط هذا الفرع القانوني مع تطبيقاته القضائية، نجد أن الدعوى الجمركية تثير مجموعة من الإشكالات، من قبيل تنازع القواعد الاجرائية العامة ومقتضيات مدونة الجمارك، والتي تنفرد بمجموعة من الخصوصيات من أهمها صياغة نصوصها بشكل مرن.

وقد تعامل القضاء الجنائي مع المقتضيات الجزية لمدونة الجمارك، بكيفية تحافظ على خصوصياتها، محاولا إعطائها بعدا عمليا ينبغي الحفاظ عليه، وهكذا نجد المجلس الأعلى سابقا في ملف عدد 04/21709 صادر في 2 مارس 2005، بنقض

¹²³² قرار محكمة الاستئناف بمراكش، رقم 7705، بتاريخ 26 نونبر 1990، أورده بوعبيد عباسي مرجع سابق، ص 186

¹²³³ قرار محكمة الاستئناف ببني ملال، رقم 89/1186، بتاريخ 28 دجنبر 1990، أورده بوعبيد عباسي مرجع سابق، ص 187

¹²³⁴ حكم المحكمة الاستئناف ببني ملال، ملف عدد 6873، بتاريخ 31 أكتوبر 1990، أورده بوعبيد عباسي مرجع سابق، ص 190

¹²³⁵ محمد العروضي: الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات التجارية الخادعة، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع. 7، 2005، ص

34

¹²³⁶ محمد شعبيبي: الحماية القضائية للمستهلك في مادة زجر الغش في البضائع محاكم الدار البيضاء نموذجا "أشغال ندوة حماية المستهلك بالمغرب"، مجلة القانون والاقتصاد عدد خاص 10، 1985، ص 69-80

وإبطال قرار خرق القانون الجمركي حيث ذهب إلى أن "الحلول القانوني لإدارة الجمارك محل شركة التبغ بمقتضى ظهير 5 يونيو 2000 فيمل يتعلق باستخلاص ما يلزم من أداءات في قضايا المخبرات والتبغ المهرب، يسري على جميع القضايا التي لم يتم الفصل فيها لصرف النظر عن تاريخ الأفعال التي بنيت عليها ما دام لا يوجد أي نص يقيد هذا الحلول من حيث الزمان والمكان"¹²³⁷.

من خلال نص هذا القرار، نستشف إقرار القضاء بخصوصية الجريمة الجمركية، من حيث الفورية في تطبيق القانون الجمركي، حتى على الأفعال التي حدثت قبل دخول القانون الجديد حيز النفاذ، وهو ما يحد من مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية بمعناه الكلاسيكي، بغية ضمان معاقبة مرتكبي مثل هذه الجرائم وعدم إفلاتهم من العقاب، وذلك اعتباراً للأضرار التي تلحق بالاقتصاد الوطني.

وفي قرار آخر تحت عدد 2/418 مؤرخ في 13 أبريل 2005، صادر عن المجلس الأعلى سابقاً ذهب فيه إلى أن "البراءة من التزوير واستعماله لا تقتضي بالضرورة التصريح بالبراءة من المخالفة الجمركية، طالما أن المسؤولية الجنائية تبقى مفترضة في حائز البضاعة المرتكب الغش بشأنها، طبقاً للمادة 223 من مدونة الجمارك، ولا يمكن دحض هذا الافتراض إلا بإثبات المعني بالأمر وجود قوة قاهرة أو حسن نية أو جهله بالغش"¹²³⁸.

هذا القرار هو الآخر تبنى الصرامة التي ينبغي انتهاجها لمواجهة المخالفات الجمركية، قصد الحفاظ على مناعة الاقتصاد الوطني، ومثل هذه التطبيقات القضائية لا نجدها في الحالات العادية ذات المرجعية القانونية العامة، لاختلاف المنطلقات والغايات المتوخاة منها.

ونفس التوجه كرسه القضاء على مستوى الإثبات، من خلال الإقرار بالقوة الثبوتية للمحضر المنجز من طرف الضابطة القضائية المختصة "يوثق بمضمون محاضر أعوان الجمارك في المخالفات والجنح التي يضبطونها ولا يمكن الطعن فيها إلا عن طريق الزور وهو نفس الشيء المتتفي في هذه النازلة..."¹²³⁹ وفي قرار آخر تحت عدد 2/246 بتاريخ 11 فبراير 2004 بالقول "أنه لا يمكن للخبرة الفنية أن تستبعد الإثباتات المادية المتضمنة بالمحاضر الجمركية"¹²⁴⁰، وفي قرار آخر عدد 8/5493 بتاريخ 28 أكتوبر 1999، إن مبررات الحيابة يجب الإدلاء بها لأعوان الإدارة عند أول طلب وليس أمام المحكمة¹²⁴¹.

3- في مكافحة الغش الضريبي

¹²³⁷ قرار 7/494 المؤرخ في 2 مارس 2005، ملف عدد 04/21709، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. 67، 2007، ص 392-393-394.

¹²³⁸ قرار 2/418 المؤرخ في 13 أبريل 2005، ملف عدد 04/15421، م.س، ص 377.

¹²³⁹ قرار محكمة الاستئناف بالناظور عدد 278، بتاريخ 8 فبراير 1991، أورده عبد الله ولد: مدونة الجمارك مع اجتهاد القضاء المغربي والمقارن، مطبعة النجاة الجديدة، الدار البيضاء، 2005، ص 170.

¹²⁴⁰ قرار المجلس الأعلى سابقاً، عدد 531/3 بتاريخ 16 فبراير 2000، منشور بالمجلة الإلكترونية، ندوات محاكم فاس، عدد خاص "مدونة الجمارك"

ع. 3، 2006، ص 90

¹²⁴¹ م.س، ص 90

بالنسبة للغش الضريبي، حاول القضاء إرساء التمييز بين الغش والتهريب الضريبي، حيث استقر القضاء المغربي على توافر أربعة شروط مجتمعة، لاعتبار التهريب مغالى فيه ومستوجبا تطبيق جزاء الغش الضريبي على أساس التعسف في استعمال الحق.

وتتمثل هذه الشروط في:

أن يكون العقد المبرم مخالفا للممارسات العقدية المألوفة - أن يتم إبرامه بقصد التملص من الضريبة - أن تكون النتيجة الاقتصادية الناتجة عن هذا العقد مماثلة بشكل محسوس للنتيجة التي يمكن أن يؤدي إليها عقد منشئ للضريبة - أن يكون في اتجاه القانون ومقاصده ما يؤدي إلى فرض الضريبة على هذا العقد.

إلا أنه رغم الجهود القضائية والفقهية، لا زال الغموض يعتري مفهوم الغش الضريبي وعدم وضوح مجاله عن التهريب الضريبي¹²⁴².

وفي موقف للمجلس الدستوري سابقاً، بخصوص التشريع الضريبي قرار عدد 1439 صادر في 11 نونبر 1999، في ملف رقم 99/345 حيث صرح بما يلي "أن مبدأ عدم رجعية القانون المنصوص عليه في الفصل الرابع دستور 1996 لا يشكل قاعدة مطلقة، إذ ترد عليه استثناءات تقوم بخصوص قانون المالية على معيار يستند إليه المشرع في إصلاح أوضاع غير عادية محددة من طرف الإدارة وتهدف إلى الصالح العام"¹²⁴³.

من خلال ماسبق، يتضح مدى حرص الاجتهاد القضائي، على إعطاء القوانين ذات الصلة بمجال القانون الجنائي للأعمال، لاستخلاص معالمها ومجال تطبيقها.

المحور الثاني: محاولة لاستخلاص أهم معالم ومجال القانون الجنائي للأعمال

سنعمل على استخلاص مجال هذه المادة (ثانياً) ومحاولة استخلاص معالمها على ضوء الاجتهاد القضائي (أولاً).

أولاً: بعض معالم القانون الجنائي للأعمال

سنقتصر في هذا الجانب على تناول ثلاث نقاط، خصوصية الجانب الإجرائي (3)، ثم العقوبة (2)، الركن المعنوي (1).

1- تلاشي الركن المعنوي

بالرجوع للنصوص الجنائية في مجال المال والأعمال، نجد مبدأ افتراض قيام القصد الجنائي وتوافره لدى الفاعل، والاجتهاد القضائي هو الآخر كرس هذا الافتراض، وعمل على التقليل من الركن المعنوي، من العمد إلى الإهمال إلى الافتراض

¹²⁴² محمد أبو الحسن - أحمد البوعزاوي - يحيى الصافي - رجا الرمال - عبد الله البكري: الغش الضريبي، الهلال العربية، 1996، ص 32

¹²⁴³ منشور بمجلة القانون المغربي، ع. 7، 2005، ص 95

إلى الجريمة المادية¹²⁴⁴، وتجلّى هذا التوجه من خلال مجموعة من الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء، ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا عدد 2/427 بتاريخ 13 أبريل 2005 "يفترض في الأشخاص الموجودة البضائع المرتكب الغش بشأنها، أنهم مسؤولون جنائيا عن ذلك الغش، وهذا الافتراض لا يمكن دحضه إلا بالإثبات الدقيق لحالة القوة القاهرة عملا بمقتضيات المادة 224 من مدونة الجمارك"¹²⁴⁵، وفي قرار آخر عدد 2/418 بتاريخ 13 أبريل 2005 "المسؤولية الجنائية تبقى مفترضة في حائز البشاعة المرتكب الغش بشأنها، طبقاً لمادة 223 من مدونة الجمارك، ولا يمكن دحض هذا الافتراض إلا بإثبات المعني بالأمر وجود قوة قاهرة أو حسن نية أو جهله بالغش"¹²⁴⁶، وفي قرار آخر عدد 9/64 بتاريخ 8 يناير 2003 في موضوع التقليد وحماية الملكية الصناعية، جاء فيه "عنصر العمد، معنوي تستخلصه المحكمة من وقائع القضية، واستعمال العلامة من خلال بيع منتجات مقلدة وعدم تناسب الأثمان وجودة البضائع المعروضة للبيع عملاً تدليسياً، وأن عدم التوفر على رخصة من صاحب العلامة الأصلية وعدم التوفر على فاتورة تحدد مصدر السلع قرائن على سوء النية"¹²⁴⁷، نفس الشيء نجده في الاجتهادات القضائية الصادرة في الشيك قرار عدد 4855 بتاريخ 26 يوليو 1983 "يكفي لتوفر سوء النية ... عدم وجود رصيد قابل للتصرف أو وجود رصيد يقل عن قيمة الشيك، إذ المفروض في الشخص أن يتتبع حساباته لدى البنك وألا يسحب شيكاً إلا بعد التحقق من توافر القيمة"¹²⁴⁸.

وهناك احكام وقرارات قضائية صادرة عن المحاكم الابتدائية والاستئناف، تبلور انكماش الركن المعنوي وإصباغ وصف ارتكاب جرائم الغش في البضائع من جريمة عمدية إلى جريمة غير عمدية، إلى مجرد الإهمال لقيام الجريمة وهو ما صار عليه الاجتهاد القضائي المقارن. حيث كرس مبدأ افتراض سوء النية في الجرائم المرتبطة بالقانون الجنائي للأعمال.

من خلال ما سبق، فإن مقارنة الركن المعنوي في جرائم الأعمال من طرف القضاء تتسم بالخصوصية، ويفسر هذا التوجه بطبيعة ارتكاب جرائم الأعمال، وصعوبات إثباتها بالوسائل المتعارف عليها في باقي الجرائم، إذ أن الأدلة تندثر بسرعة مما يصعب معه على جهة الاتهام إثبات القصد الجنائي، إضافة إلى أن عالم الأعمال يطبعه الاحتراف، وممارسيه من ذوي الخبرة الكبير، وبالتالي عدم تساهل القضاء في زجر الأفعال المؤذية من جانبهم، حماية للمستهلك كطرف ضعيف في مواجهته للمهنيين، وحماية للاقتصاد الوطني ككل.

2. العقوبة في مجال الأعمال

¹²⁴⁴ بوعبيد عباسي: م.س، ص 181

¹²⁴⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 2/427، مؤرخ في 13 أبريل 2005، ملف جنحي 04/24065، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. 67، 2007، ص 380

¹²⁴⁶ قرار المجلس الأعلى عدد 2/418، مؤرخ في 13 أبريل 2005، ملف جنحي 04/24056، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، م.س، ص 380

¹²⁴⁷ قرار المجلس الأعلى، عدد 9/64، بتاريخ 8 يناير 2003، منشور بمجلة المجلس الأعلى. الإصدار الرقمي، ع. 61، 2004، ص 305

¹²⁴⁸ قرار المجلس الأعلى، عدد 4855، بتاريخ 26 يوليو 1983، ملف جنحي عدد 15372، منشور بمجلة المجلس الأعلى. الإصدار الرقمي، ع.

ثبت أن العقوبات الجنائية السالبة للحرية، لا تقدم أجوبة مقنعة في ميدان الأعمال، ومن ثم تبقى العقوبات المالية تحتل مكانا بارزا في السياسة الجنائية للأعمال، والعمل على تبنى مبدأ العقاب من جنس الفعل الإجرامي، لأن الجرائم التي تقع في نطاق الأعمال تحركها دوافع مالية، وتغذيها ميول غريزية كالطمع والجشع والنهم للثروة¹²⁴⁹.

وبالفعل فقد أخذت التشريعات الجنائية، في مختلف الأنظمة القانونية إلى الأخذ بالعقوبات المالية، كرد مناسب وعملي وحتى نبرهن على صحة هذا القول نورد بعض الأحكام القضائية لمحاكم الدار البيضاء.

جريمة الغش في الحبوب ملف رقم 5842/1/96 بتاريخ 31 دجنبر 1996، تضمن الحكم بالغرامة 10.000 درهم - جريمة الغش في المنتجات الغذائية ملف رقم 7409/1/98 بتاريخ 7 يوليوز 1999، تضمن الحكم بالغرامة 15.000 درهم - جريمة الغش في البضاعة ملف رقم 04/2360 بتاريخ 8 يناير 2004، تضمن الحكم بالغرامة 15.000 درهم.

من خلال هذه الأحكام، نجد غلبة سمة العقوبات المالية، لكبح جماح إجرام الأعمال، وفي عدد من النصوص القانونية ذات الارتباط بمجال الأعمال والصادرة في العقود الأخيرة، عمل المشرع على إيجاد العقوبات المالية إلى جانب العقوبات السالبة للحرية، وفي قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقاً نقض حكماً نزل منطوقه عن الحد الأدنى للغرامة، وهذا التوجه نابع من الرغبة في ضرب من يهدد الثقة المفترضة في الأداة المالية، قرار عدد 10/1220 بتاريخ 21 أبريل 2004 "تكون المحكمة قد خرقت المادة 316 من مدونة التجارة، عندما قضت على المطلوب بغرامة قدرها 1000 درهم وهي غرامة تقل عن الحد الأدنى المقرر قانوناً بمقتضى المادة المذكورة التي حددت مبلغ 2000 درهم كحد أدنى لعقوبة الغرامة ما لم تكن نسبة 25٪ من مبلغ الشيك أكثر من ذلك"¹²⁵⁰.

وتأخذ العقوبة المالية في مادة القانون الجنائي للأعمال، بمبدأ الغرامة النسبية كما بالنسبة للشيك، التي يحدد مقدارها بالإستناد إلى قيمة المال محل الجريمة، أو عدد السلع وحجمها، ومن الضروري أن ينص المشرع في الغرامة النسبية على حدها الأدنى، وترك السلطة التقديرية للقضاء في إطار تفريد العقاب.

كما تحتل العقوبات الإدارية مكانة مهمة في إطار القانون الجنائي للأعمال، بل وتساهم في تقدير مثلاً البضاعة المحجوزة، وقد أقر الاجتهاد القضائي ذلك في قرار عدد 174 بتاريخ 17 يناير 2007 "ذلك أن إدارة الجمارك حددت قيمة البضائع المتنازع بشأنها بناء على مقتضيات الفصل 219 من مدونة الجمارك، الذي ينص على قيمة الشيء في حالة جيدة بالسوق الداخلية وقت ارتكاب الجريمة..."¹²⁵¹.

¹²⁴⁹ عبود السراج: شرح قانون العقوبات الاقتصادي في التشريع السوري والمقارن، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 1990، ص 187

¹²⁵⁰ قرار المجلس الأعلى سابقاً عدد 10/1220، بتاريخ 12 أبريل 2004، منشور بمجلة المجلس الأعلى - الإصدار الرقمي، ع. 62، 2004، ص 230

¹²⁵¹ قرار المجلس الأعلى سابقاً، عدد 174، أورده عبد الله ولد: م.س، ص 159

كما أصبحت بعض المؤسسات تعمل على التصدي لإجرام الأعمال مثلاً في الشيك، مكافحة تبيض الأموال، كنوع من خصوصية العقاب الجنائي، كما تحتل عقوبة المصادرة أهمية خاصة، لملائمتها لطبيعة الجرائم المالية، وتحقيق غايات العقوبة بشكل فعال.

3- خصوصية الجانب الإجرائي

يكتسي الجانب الإجرائي أهمية كبرى، إذ بمقتضاه تتضح معالم الشرعية الإجرائية ومدى نجاعتها في ضبط الجرائم المخلة بالنشاط الاقتصادي، وتتمظهر أولى الجوانب الإجرائية، بتدخل أجهزة الضبط الإداري وحجية المحاضر المنجزة من طرفها، فهناك قرارات صادرة عن المجلس الأعلى سابقاً منها قرار عدد 4/5302 بتاريخ 2 يوليوز 1997 "إن حجية المحاضر المحررة من طرف أعوان إدارة الجمارك موثوق بها فيما يخص الإثباتات المادية المضمنة فيها طبقاً للفصل 224..."¹²⁵²، وهو ما أكدته المجلس الأعلى سابقاً في قرار آخر رقم 3/531 بتاريخ 16 فبراير 2000¹²⁵³، بل حتى على مستوى تحريك الدعوى العمومية تملك الإدارة صلاحية تحريك المتابعة من عدمها، منها قرار المجلس الأعلى سابقاً عدد 20454 "ضابط مصلحة المياه والغابات هو المحرك للدعوى العمومية في موضوع المخالفات الغابوية وأن النيابة العامة تملك فقط تبني تلك المتابعة"¹²⁵⁴. كما تتدخل أجهزة أخرى موازية، مثل مجلس المنافسة، الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، لأن هذه الأجهزة لها دراية مهنية، يفيد تدخلها في ضبط النزاعات الناشئة في عالم الأعمال.

أما حضور الجوانب التقنية، مثل الخبرة هو أمر متطلب حتى يضع القضاء في الصورة الحقيقية التي ينبغي أن يكون فيها، لأن الجوانب الفنية والتقنية لا يستطيع القاضي أن يكون ملماً بها، فهناك نصوص أمرة منصوص عليها في القوانين الجنائية الخاصة بالأعمال، وهو ما أكدته الاجتهاد القضائي في قرار للمجلس الأعلى سابقاً عدد 8/144 بتاريخ 17 يناير 2002 "المقتضيات القانونية الأمرة المنصوص عليها في الفصلين 25 و 33 من ظهير 5 أكتوبر 1984 المتعلق بزجر الغش في البضائع توجب إحالة العينات على المختبر الرسمي للتحليل وإنجازه داخل آجال محدد، ويكون القرار المطعون فيه سليماً حينما رتب على عدم احترام الأجل القانوني لإنجاز التحليل إبطال الخبرة المنجزة على مادة الدقيق وقضى بالبراءة"¹²⁵⁵. كما ان الخبرة في ميدان الأعمال، خصوصاً في جوانب يعتريها الغموض ولا تسعف في تحقيق محاكمة عادلة، وهو ما حرص القضاء على التصدي له متى تبين أن إغفال هذه الجوانب قد أثر سلباً في تكوين اليقين القضائي السليم¹²⁵⁶.

¹²⁵² قرار المجلس الأعلى سابقاً، منشور بمجلة المجلس الأعلى - الإصدار الرقمي، ع. 61، 2004، ص 305

¹²⁵³ قرار المجلس الأعلى سابقاً، عدد 3/531، بتاريخ 16 فبراير 2000، منشور بالمجلة الإلكترونية لمحاكم فاس، م.س، ص 91

¹²⁵⁴ قرار المجلس الأعلى سابقاً عدد 20454، بتاريخ 28 دجنبر 1994، منشور بمجلة المجلس الأعلى - الإصدار الرقمي، ع. 48، 2000، ص 203

¹²⁵⁵ قرار المجلس الأعلى سابقاً عدد 8/144، بتاريخ 17 يناير 2002، منشور بمجلة المجلس الأعلى - الإصدار الرقمي، ع. 62، 2004، ص 210

¹²⁵⁶ قرار المجلس الأعلى سابقاً عدد 1069، بتاريخ 31 يناير 1985، منشور بمجلة المجلس الأعلى - الإصدار الرقمي، ع. 39، 2000، ص 171

ومن الملاحظات الأساسية المبدأة بشأن سريان الخصومة الجنائية في مجال الأعمال، أن مجال المصالحة يبقى عريضاً نظراً لإيجابياتها، عن طريق سير إجراءات الدعوى، ولهذا نجد جل القوانين تنص على المصالحة، تعطي إمكانية إبرام الصلح كما جاء في قرار عدد 140 بتاريخ 20 يوليو 2000 "إن عقد المصالحة المبرم بين الإدارة هو عقد رضائي خاضع للقانون"¹²⁵⁷.

من خلال ما تقدم تتضح بعض الخصوصيات المميزة للقانون الجنائي للأعمال في جانبها الموضوعي والإجرائي، حيث أفسح المجال للصلح، بالإضافة إلى أجهزة بديلة للجهاز القضائي أو موازية له، حتى تستجيب لأغراض فلسفة القانون الجنائي في هذا المجال، وحتى تستكمل الرؤية سنحاول إبراز مجال قانون الأعمال في جانبه الجزري (ثانياً).

ثانياً: محاولة استخلاص مجال القانون الجنائي للأعمال

إن تحديد مجال القانون الجنائي للأعمال، من طرف الاجتهاد القضائي تبقى ضرورة ملحة حتى ترسم أسس سياسة جنائية واضحة، لتعطي نظرة إيجابية للفاعلين الاقتصاديين الوطنيين والأجانب¹²⁵⁸.

فالمادة جد متشعبة، قواعدها مبثوثة هنا وهناك، مفهومها معقد، عبارة عن خليط، نطاق مقتضياتها يمتد خارج مجموعة القانون الجنائي، ومن هنا يطرح الإشكال حول مدى وجود نظرية القانون الجنائي للأعمال، أكيد أن إقامة نظرية متكاملة لهذه المادة ليس من اختصاص المشرع، بل هو عمل فقهي متخصص، وبمساهمة من الاجتهاد القضائي انطلاقاً من دوره الخلاق وفهمه العالم¹²⁵⁹.

فجال هذه المادة واسع جداً، مدنية، جنائية، تجارية، مالية، مصرفية، إدارية، قد يمكن تصنيفها ضمن موضوعات القانون الجنائي الخاص، إنما مجالها هو الأموال والمعاملات الواردة عليهما، وهو ما يؤثر على تشعب موضوعات المادة.

ومن خلال مفهوم المادة وخصوصياتها المميزة عن الشريعة العامة للقانون الجنائي، والاجتهادات القضائية ذات الصلة، نجد فعلاً أن مجالات المادة تشمل أساساً المجال المالي والبنكي، والنشاطات الإنتاجية والتسويقية والاستهلاكية، ومن ثم فقواعدها ليست محصورة، بل تتوزع موضوعاتها بتوسع التشريعات المنظمة للدورة الاقتصادية، مما قد يوحي بعدم توفر هذا الفرع القانوني على هوية مخصصة، باعتباره قانون شتات لكن هذا لا يمنع من توفر المادة على هوية خاصة تبدو معالمها واضحة، خاصة على مستوى الإجراءات المتبناة من طرف المشرع للتصدي للجرائم الماسة بالنظام العام والخاص في المجال الاقتصادي.

فمجال القانون الجنائي للأعمال، يرتبط بالمقاولة ويسعى لحمايتها، وهو ما يستشف من الاجتهادات القضائية المتواترة في هذا الشأن¹²⁶⁰، حيث عمل القضاء على تطويع وملائمة النص القانوني لما هو اقتصادي، كما هو في نظام صعوبات المقاولة،

¹²⁵⁷ قرار المجلس الأعلى سابقاً، عدد 140، بتاريخ 20 يوليو 2000، منشور بالمجلة الإلكترونية لمحاكم فاس، م.س، ص 91

¹²⁵⁸ حميد الوالي: دور القضاء الجنائي في التنمية، مجلة المعيار، ع. 27، 2001، ص 23

¹²⁵⁹ ملحم مارون: الجريمة الاقتصادية في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، ص 187

¹²⁶⁰ الفهمي بوزيان: علاقة مدونة التجارة بالقانون الجنائي، مجلة القصر، ع. 14، 2006، ص 36-47

استحضار الاعتبارات الاقتصادية وترجيحها على غيرها من الاعتبارات الأخرى، انطلاقاً من مبدأ خدمة القانون للاقتصاد والحفاظ على المصالح ذات الأولوية، كحالة استمرارية المقاول، والتي تشكل أرضية تلتقي فيها العديد من المصالح الفردية والجماعية، يضمنها قضاء اقتصادي¹²⁶¹، يركز على حماية المقاول وما يرتبط بها.

وارتباطاً بتحديد المجال من طرف الاجتهاد القضائي في هذه المادة، نعتقد أن الأمر رهين بانخراط الفاعلين المتدخلين، بدءاً بالمشرع في وضع نصوص قانونية تراعى ضوابط الجودة التشريعية، ومن طرف السلطة القضائية المعهد إليها بتطبيق القانون وضبط مفاهيمه، لبلورة نظام عام اقتصادي¹²⁶².

كما تجب الإشارة في هذا الخصوص، أن موضوع التجارة الإلكترونية وما يرتبط بها من إشكالات في ميدان المال والأعمال، فرغم المجهودات التشريعية الرامية إلى تأطير المجال، وما واكبها من تطبيق قضائي، فإن العديد من المستجدات المتوالية الناجمة عن إفرازات الواقع العملي، وبما أن التجارة الإلكترونية تقع ضمن مجال القانون الجنائي للأعمال باعتباره الحاضن الطبيعي لها في العديد من جوانبها، والتي تتطلب من القضاء تجاوز المفاهيم التقليدية المتجاوزة من قبيل المجال الإقليمي، والفاعل الجنائي، الضحية، وتبني مفاهيم حديثة مواكبة لتطور أسلوب الإجرام الإلكتروني في مجال الأعمال الوطنية والدولية.

خاتمة:

كخلاصة لما تم تناوله، عملت على رصد لأبرز الاجتهادات القضائية الصادرة في مجال الأعمال، حيث تبين أن موقف القضاء من تطبيق مقتضيات التشريعية الخاصة بالشيك، اتسمت بالشدة والصرامة، وفي ما يخص المسؤولية الجنائية، المعتمدة من بين ركائز القانون الجنائي بصفة عامة، والقانون الجنائي للأعمال بصفة خاصة، واعتباراً أيضاً للدور الذي يقوم به الشخص المعنوي في الحياة الاقتصادية، وما قد ينجم عن نشاطاتها من انحرافات، أقر القضاء مسؤوليتها جنائياً.

وفي تطبيقات القضاء المغربي لمقتضيات القوانين الخاصة، ذات الارتباط بمجال الأعمال في ابعاده الجنائية، فإن عمل القضاء استهدف ضمن أولويته حماية المستهلك، وهاجس توفير حماية قصوى للاقتصاد الوطني.

وبخصوص استنتاج معالم القانون الجنائي للأعمال، تبين تلاشي الركن المعنوي في جرائم الأعمال، واعتبار القصد الجنائي متوافراً في بعض الجرائم، نظراً لصعوبة الإثبات وحماية المصالح الأساسية والجوهرية للاقتصاد الوطني، من خلال نهج عقوبات مالية، لدورها الردعي، وتجاوز بعض الشكليات الواجبة الاتباع في الحالات العادية، منها وسائل الإثبات، والاستعانة بالخبرة في العديد من الجوانب الفنية والتقنية، وإنزال عقوبات مالية في أغلب الحالات متى تبين فاعليتها في ردع الجناة.

¹²⁶¹ عبد الحميد اخريف: الدور القضائي الجديد في القانون المغربي لمعالجة صعوبات المقاول، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص،

جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، 2000-2001، ص 7

¹²⁶² عبد الفتاح بنوار: مجموعة قانون الأعمال مع اجتهاد القضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2000، ط. 1، ص 4

غير أنه يصعب الحديث عن وجود اجتهادات قضائية وازنة ومؤسسة، من طرف القضاء المغربي في مجال القانون الجنائي للأعمال، حيث يعزى ذلك لغياب قضاء متخصص في هذه المادة، غير أنه يمكن القول ان هناك إرهاصات لإحداث محاكم المال والأعمال، وجعل القضاة في هذا المجال مؤهلين بالمعارف القانونية وفقهية، بالإضافة إلى اكتساب خبرات مهنية مواكبة للمستجدات الحاصلة في المجال على جميع الأصعدة، لركوب قطار التنمية بمفهومها الشامل.

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}

www.Droitetentreprise.com



محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية

La fusion et les obstacles relatifs à la nationalité des sociétés commerciales

✉ Mounir ARBAOUI

Professeur de l'enseignement supérieur assistant

Faculté des sciences juridique, économique et sociale d'Eljadida

La nationalité des sociétés n'a jamais fait l'objet d'une définition aussi bien en droit français qu'en droit marocain. Par conséquent, il est revenu à la doctrine et à la jurisprudence de définir les contours de la notion de la nationalité des sociétés. En effet, selon le juriste marocain Ahmed CHOKRI ESSIBAI, la nationalité d'une société est un lien juridique, économique et politique qui l'attache à un pays¹²⁶³. Elle est définie également comme étant « un lien juridique de caractère permanent, rattachant un individu ou une personne morale à un Etat »¹²⁶⁴. Néanmoins, la dernière définition soulève des problématiques quand elle est appliquée aux personnes morales et notamment les sociétés à cause de la portée du sens « caractère permanent », parce que si la question de la nationalité des personnes physiques a été nuancée depuis longtemps, celle des personnes morales a dû attendre des années avant la consécration de la notion de la nationalité des sociétés.

Donc, pour essayer d'apporter un éclairage à la problématique de la nationalité des sociétés en matière de fusion, nous serons appelés à répondre aux questions suivantes : quels sont les contours de la notion de la nationalité des sociétés ? (Paragraphe 1), quels sont les critères qui la déterminent ? (Paragraphe 2) et quelles sont les différentes entraves juridiques qui se posent en matière de la fusion internationale (Paragraphe 3)?

Paragraphe 1 : La notion de la nationalité des sociétés.

A l'instar des personnes physiques, les personnes morales doivent disposer d'une nationalité. Cette analogie se fonde sur la théorie de la réalité de la personne morale, et puisque l'entreprise est une personne¹²⁶⁵, elle a droit elle aussi à jouir d'une nationalité¹²⁶⁶. En effet, l'exigence d'une nationalité est même plus capitale pour l'entreprise dans la mesure où la personne physique peut ne pas en avoir, tandis que la société en a nécessairement besoin¹²⁶⁷.

Cette exigence de l'existence de la nationalité s'explique par sa commodité pratique pour désigner l'attachement d'une société à un Etat en vue de faire valoir un certain nombre de droits

¹²⁶³ أحمد شكري السباعي، "الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الإقتصادي" الجزء الأول والثاني، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف

342.ص: الجديدة، الرباط، دار نشر المعرفة 2003.

¹²⁶⁴ Voir en ce sens CORNU. G, Vocabulaire juridique, association Henri Capitant, 4^{ème} édition., Presse universitaire de France, 2003. Cité par WANDOREN. B, « La nationalité des entreprises multinationales : fiction ou réalité juridique ? », mémoire de maîtrise 2008, Université de Québec à Montréal. p. 8.

¹²⁶⁵ La société diffère de ses membres (personnes physiques) par le fait qu'elle est dotée d'un ensemble d'attribut lui permettant d'assurer une vie bien distincte de ses membres, dans le sens où elle dispose d'une dénomination propre, d'un patrimoine et d'un siège. D'autant plus qu'elle peut être responsable pénalement et civilement. Voir en ce sens WANDOREN. B, « La nationalité des entreprises multinationales : fiction ou réalité juridique », mémoire 2008, Université de Québec à Montréal. p. 37.

¹²⁶⁶ LEVY. L, « La nationalité des sociétés », Paris L.G.D.J 1984, cité par WANDOREN. B, op.cit., p. 36.

¹²⁶⁷ GERMAIN. M, « Les sociétés commerciales », LGDJ, 19^{ème} éd., 2009, p. 126.

consécutifs tels que la protection de la société face à l'Etat étranger qui pourrait porter atteinte à ses intérêts¹²⁶⁸.

Nous entendons par « la protection » non seulement la protection diplomatique¹²⁶⁹ issue du droit international public, mais aussi celle qui relève du droit international économique en vertu des accords et conventions bilatéraux qui visent d'une part l'encouragement des sociétés étrangères à créer des filiales dans d'autres pays comme le Maroc, et d'autre part, à régler les conflits qui pourraient surgir entre un Etat et un opérateur privé¹²⁷⁰, tout en prévoyant une panoplie de mesures destinées à protéger les droits des parties comme la possibilité du recours à l'arbitrage transnational auquel l'Etat s'engage de s'y soumettre en cas de litige¹²⁷¹.

Si pendant longtemps la doctrine refusait de comparer les sociétés à des individus en refusant de leur attribuer la nationalité, il n'en demeure pas moins que ces dernières années, cette notion s'est consacrée dans les réglementations de la plupart des pays y compris le Maroc et ce dans plusieurs dispositions ¹²⁷². Ainsi, le législateur marocain à l'instar de son homologue français a reconnu aux sociétés une nationalité comme les personnes physiques tout en faisant la distinction entre la société nationale et la société étrangère.

En somme, la détermination de la nationalité des sociétés vise non seulement la détermination de la loi qui régirait son existence, son fonctionnement, sa restructuration et voire même sa dissolution, mais aussi l'appréciation de la capacité de la société de jouir des droits conférés aux nationaux¹²⁷³. Par conséquent, la détermination de la nationalité d'une société peut être une source de sécurité aussi bien pour les tiers que pour les associés¹²⁷⁴.

Toutefois, il convient de souligner que la détermination de la nationalité se heurte par plusieurs obstacles liés à la diversité des critères adoptés pour son attribution, ce qui explique l'absence d'un critère unique.

Paragraphe 2: Les critères adoptés en matière de détermination de la nationalité des sociétés.

Le débat autour de la notion de la nationalité des sociétés et les différents critères la déterminant n'est en aucun cas loin de l'objet de notre étude au regard des nombreuses problématiques soulevées lors des fusions transnationales.

La détermination de la nationalité des sociétés va toujours précéder la résolution d'un problème de droit s'agissant notamment de la loi applicable à la société en cas de fusion. Cette détermination est utile lorsque les dispositions d'une loi s'appliquent aux seuls nationaux ou aux seuls étrangers¹²⁷⁵. C'est pourquoi la doctrine a mis en place un ensemble de critères¹²⁷⁶ pour l'acquisition de la nationalité dont les plus pertinents sont : le critère du siège social (A) qui est considéré comme le principal critère compte tenu de sa simplicité, toutefois, il devient parfois incapable de déterminer la

¹²⁶⁸ CACHARD. O, « *Droit du commerce international* », Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011.p. 98.

¹²⁶⁹ Voir en ce sens BASTID. Z, « *La nationalité des sociétés et la protection diplomatique* », Ed Dalloz, 1971.

¹²⁷⁰ Comme l'accord bilatéral conclu entre le Maroc et la France à Rabat le 15 juillet 1975 et dont l'article 2 dispose que chaque partie signataire garantit un traitement équitable des investissements réalisés par les ressortissants de l'autre pays sur son territoire que ce soit des personnes physiques ou morales.

¹²⁷¹ ASSI. R, « *Le régime juridique des investissements étrangers au Liban au regard de l'ordre de l'ordre juridique international* », Thèse de Doctorat soutenue en 2014, Université Aix-Marseille. p. 82.

¹²⁷² Voir plus bas dans le troisième paragraphe.

¹²⁷³ NASSIF. E, « *Les sociétés commerciales* », 1994, p. 272.

¹²⁷⁴ ASSI. R, op.cit., p. 84.

¹²⁷⁵ BONNARD. J, « *Droit des sociétés* », 7^{ème} édition, hachette. p. 76.

¹²⁷⁶ Comme le critère de lieu d'exploitation, la nationalité des dirigeants et des associés et l'incorporation. Pour une étude approfondie de ces critères Voir AUDIT. B et D'AVOUT. L, « *Droit international privé* », Paris, Economica, 7^{ème} éd, 2013.

vraie nationalité de la société eu égard aux différentes manœuvres frauduleuses adoptées par certaines sociétés qui, quoiqu'elles aient le siège social dans le pays, elles ne contribuent pas à son développement économique¹²⁷⁷ puisqu'elles transmettent leurs bénéfices à d'autres pays¹²⁷⁸. D'où l'importance de l'existence d'un autre critère qui est celui du contrôle ou le centre de décision (B).

A) Le critère du siège social.

Le critère du siège social est un critère simple et facile à adopter : il s'agit tout simplement du lieu où se localise le siège social de la société faisant abstraction de la nationalité des associés et celle des membres du conseil d'administration. De même, il peut être défini aussi comme étant « **le lieu où se situe la direction de la société et ses organes sociaux** 1279 ». Autrement dit, le centre juridique où s'exercent la direction et le contrôle de la société.

Le siège social présente à la fois un aspect formel et matériel : l'aspect formel du siège social résulte de la mention du lieu dans les statuts de la société qui détermine le greffe du tribunal de commerce compétent pour immatriculer la société au registre de commerce. Ainsi, toute société qui précise dans ses statuts qu'elle a son siège social en France, elle doit être immatriculée au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel elle a son siège. L'aspect matériel du siège social implique que le siège réel doit se situer également en France¹²⁸⁰.

Il est indispensable de rappeler que le législateur marocain bien qu'il ait abordé la question de la notion de la nationalité des sociétés dans plusieurs articles, il n'a pas établi des règles claires susceptibles de la déterminer. Et nous pouvons nous hasarder à dire que l'article 5 de la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes qui a abordé implicitement la question en disposant dans son premier alinéa que « Les sociétés anonymes dont le siège social est situé au Maroc sont soumises à la législation marocaine ».

Dans le même ordre d'idée, le Dahir (9 ramadan 1331) du 12 Août 1913 sur la condition civile des français et des étrangers dans le Protectorat français du Maroc dispose dans son article 7 que « La nationalité d'une société est déterminée par la loi du pays dans lequel a été établi, sans fraude, son siège social légal ». Donc, d'après ce qui précède, nous pouvons dire que le siège social est le principe alors que le critère du contrôle est l'exception. Il faut signaler que le législateur marocain – pendant la période d'adoption de la loi de la marocanisation – se référait aussi bien au critère du siège social qu'à celui du contrôle.

B) Le critère du contrôle ou le centre de décision.

Le contrôle se fonde essentiellement sur un critère pragmatique et réaliste contrairement au critère du siège social qui ne reflèterait pas toujours la réalité économique¹²⁸¹. En effet, selon certains juristes le critère de contrôle essaie de lever le voile de la société que constitue le siège social et la personne morale sur le territoire de l'État¹²⁸². Ce critère cherche essentiellement à déterminer qui domine et dirige réellement l'entreprise, dans la mesure où le siège social pourrait être une simple façade derrière

¹²⁷⁷ Il doit y avoir un lien de rattachement entre l'entreprise et l'Etat qui s'appelle également le lien d'allégeance économique en vertu duquel la société doit œuvrer pour le progrès économique du pays qu'elle porte sa nationalité. Voir en ce sens WANDOREN. B, op.cit., p. 96.

¹²⁷⁸ حسني المصري: "الجوانب القانونية لاندماج شركات الإستثمار في شركات مساهمة عادية" الطبعة الأولى، 1986، ص: 110.

¹²⁷⁹ NASSIF. E, op.cit., p. 264.

¹²⁸⁰ BOUDERHEM. R, « La nationalité des sociétés en droit français », Université de BOURGOGNE, Faculté de Droit et de sciences politiques, Thèse, 2012. p. 38.

¹²⁸¹ BEGUIN. J, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », *Loc cil.*, Paris, Litec, 2001, p. 864.

¹²⁸² LOUSSOUARN. Y, « Nationalité des sociétés », *Loc. Cil.*, note 60, p.16 cité par WANDOREN. (B), op.cit., p. 104.

laquelle se cacheraient ces personnes qui contrôlent cette entité afin de bénéficier des privilèges et facilités accordés par l'Etat.

Donc, c'est dans l'hypothèse où le siège social d'une société peut être fictif ou non sérieux que les systèmes juridiques peuvent recourir accessoirement à ce critère de contrôle¹²⁸³. Celui-ci va au-delà de l'apparence pour déterminer la nationalité effective de la société en identifiant la nationalité de ses principaux associés et dirigeants ainsi que la provenance des capitaux dans le but de protéger les intérêts de l'Etat qui abrite son siège social.

A côté du critère de contrôle, il y a aussi le critère du centre de décision. Celui-ci est évoqué par la doctrine. Mais il est un peu délicat voire même dangereux de déterminer la nationalité d'une société sur la base de la localisation des membres du conseil d'administration. En effet, la dangerosité du critère vient du fait que le risque est grand de prétendre et juger que telle société est étrangère pour la simple raison que ses dirigeants résident à un certain moment dans un autre pays que celui dans lequel se trouve le siège social. En effet, avec les nouvelles technologies de communication le droit positif français facilite la non résidence des dirigeants sociaux en permettant par exemple la participation au conseil d'administration d'une société anonyme par des moyens électroniques¹²⁸⁴.

Si la question de la nationalité a soulevé d'intenses discussions juridiques, ceci est dû à l'importance des nombreux intérêts qui sont attachés à ce problème. En effet, il est nécessaire dans certaines situations « Bénéfice de traités internationaux, transfert international du siège social, fusion transfrontalière... » de connaître la nationalité d'une société ainsi que la loi et le régime juridique qui lui sont applicables. Autrement dit, la détermination de la nationalité des sociétés va toujours précéder la résolution d'un problème de droit en déterminant notamment la loi applicable.

Les questions qui se posent sont : est-ce que la fusion entre deux ou plusieurs sociétés pourrait avoir lieu bien qu'elles aient une nationalité différente ? Et quelle est la loi applicable quant à la rédaction du contrat de fusion ? Et lors d'une fusion par constitution d'une nouvelle société, est-ce que cette dernière devrait obligatoirement préserver la nationalité des sociétés fusionnantes ?

Paragraphe 3 : Les différentes entraves juridiques en matière de la fusion internationale.

En dehors des avantages inhérents à toute opération de fusion, celle qui s'opère entre des sociétés étrangères présente des avantages alléchants du moment qu'elle permet aux entreprises fusionnantes de procéder à une extension de leurs activités au-delà des frontières des pays de leur siège. En ayant recours à la technique de fusion internationale les entreprises peuvent accentuer la globalisation de leurs activités ainsi que la consolidation de la capacité concurrentielle des entreprises impliquées.

Toutefois, la réalisation de la fusion internationale, bien qu'elle soit économiquement avantageuse, demeure quasi-impossible. En effet, la différence des traditions juridiques et les disparités des législations nationales est l'élément principal qui freine la mise en œuvre de cette opération. D'ailleurs, la notion elle-même de la fusion n'est pas toujours la même dans toutes les législations. Ce qui peut constituer une fusion sous l'angle d'un droit, ne l'est pas forcément dans un autre système juridique et il en va de même en ce qui concerne les effets de la fusion. S'il ne fait aucune difficulté pour certains Etats, comme la France, à accepter qu'une fusion transfrontalière entraîne transmission universelle du patrimoine, d'autres, comme l'Angleterre, n'envisagent que le transfert d'actifs¹²⁸⁵.

Mais, même dans le cas où la conception de l'opération et ses effets sont communes, les divergences de droits nationaux en ce qui concerne le déroulement de la fusion sont loin d'être minimes.

¹²⁸³ ASSI. R, op.cit., p. 100.

¹²⁸⁴ BOUDERHEM. R, op. cit., p. 39.

¹²⁸⁵ TZINIERI. I, « Les fusions transfrontalières des sociétés commerciales », mémoire de DEA, Université ROBERT SCHUMAN STRASBOURG, 2001- 2002.p. 9.

Ainsi, par exemple, avant 2005, il y avait des disparités dans les droits nationaux des pays membres de l'union européenne de sorte que les droits allemand et italien organisent un contrôle judiciaire ou administratif de la fusion, alors que les droits belge et luxembourgeois confient le contrôle de l'opération au notaire; De même, les règles relatives à l'établissement du projet de fusion ou à la protection des créanciers et des associées connaissent des différences très sensibles¹²⁸⁶.

Selon Mr ROUTIER « *l'opération esquissée relève plus de l'aventure que de la stratégie* », cette phrase illustre les difficultés qui entravaient la réalisation de cette opération entre deux ou plusieurs sociétés étrangères ayant des nationalités différentes. En effet, lors de cette fusion il y aura deux droits nationaux au moins qui se mettent en jeu et la question qui se pose est de savoir quelle est la loi applicable dans les différentes étapes de la fusion.

Au niveau de l'union européenne, les obstacles juridiques ont été levés grâce à la mise en place de la directive 2005/56/CE qui a unifié les dispositions législatives des Etats membres en matière de fusion. Toutefois, le problème persiste dans le cas où il y aurait une société ayant une nationalité d'un pays n'appartenant pas à l'union européenne qui veut fusionner avec une société d'un Etat membre de l'union.

Dans les trois pays du Maghreb¹²⁸⁷, seule la Tunisie reconnaît expressément le principe de la fusion internationale¹²⁸⁸.

En effet, l'article 412 du Code des sociétés commerciales tunisien dispose en son alinéa 3 que « la fusion d'une ou plusieurs sociétés étrangères avec une ou plusieurs sociétés tunisiennes doit aboutir à la constitution d'une société dont la majorité du capital doit être détenue par des personnes physiques ou morales tunisiennes ».

La doctrine tunisienne voit, en cette possibilité ouverte aux sociétés nationales, une mesure leur permettant de se mettre au niveau des institutions économiques les plus performantes pour pouvoir faire face aux défis de la concurrence¹²⁸⁹. De surcroît, le législateur égyptien a autorisé expressément la fusion d'une société étrangère dans une société nationale ou la fusion entre les deux en constituant une nouvelle société égyptienne¹²⁹⁰.

Malheureusement, le législateur marocain n'a pas prévu le cas de la fusion entre une société marocaine et une autre étrangère. Il aurait dû se prononcer clairement et sans équivoque sur cette possibilité de fusion internationale en vue d'encourager les sociétés marocaines à renforcer leur structure économique et potentialités concurrentielles notamment dans ce contexte économique difficile. Toutefois, l'absence des dispositions régissant ce point ne signifie en aucun cas l'opposition du législateur aux fusions internationales.

Et parmi les entraves de la fusion internationale, nous citons les conditions de majorité auxquelles l'opération peut se réaliser. En effet, le principal obstacle qui empêchait la mise en œuvre de cette opération a été levé au niveau de l'union européenne, étant donné qu'avant l'adoption du règlement européen n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne et la directive sur les fusions transfrontalières précitée, la décision devait être prise à l'unanimité des associés de la société dissoute. Toutefois, le problème est toujours présent en dehors de l'Union européenne du

¹²⁸⁶ GOLDMAN. B, « Rapport concernant le projet de convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes », RDTE, 1974, n° 6.

¹²⁸⁷ Le Maroc, l'Algérie et la Tunisie.

¹²⁸⁸ MESSAGER. R, « Les fusions internationales de sociétés dans les droits français et des pays du Maghreb » mémoire, Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, 2009.p. 10.

¹²⁸⁹ BEN NASR. T, « Aspects de la fusion dans le code des sociétés commerciales », Revue Tunisienne de Droit, 2005, p. 72.

¹²⁹⁰ المادة 130 من قانون الشركات المصري الجديد 159 لسنة 1981

moment que l'exigence d'unanimité persiste toujours comme le cas du Maroc. L'article 223 de la loi 17-95 dispose en son alinéa 3 que « Toutefois, lesdites opérations ne peuvent avoir pour effet une modification de la répartition des droits des associés ou une augmentation de leurs engagements, sauf leur accord unanime ».

Ainsi, après avoir soumis la décision de fusion à l'assemblée générale extraordinaire des sociétés fusionnantes, dans les conditions de majorité requises pour la modification des statuts, le législateur marocain impose l'unanimité des associés lorsque la fusion aurait pour effet d'augmenter les engagements d'associés ou d'actionnaires de l'une ou de plusieurs sociétés en cause ou une modification de la répartition de leurs droits.

En effet, les associés de la société dissoute, de par l'échange de titres, acquièrent automatiquement la qualité d'associés de la société bénéficiaire de la fusion (société absorbante ou société nouvelle). Il y a donc à leur égard un changement de la loi applicable à leur engagement. Cette soumission à deux lois successives peut être perçue comme un conflit mobile¹²⁹¹. Ce changement de loi applicable devrait impliquer leur consentement unanime à la fusion internationale.

Toutefois, le législateur marocain est tombé dans l'ambiguïté en disposant dans l'article 110 de la loi 17-95 dans son premier alinéa que « L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions ; toute clause contraire est réputée non écrite. Elle ne peut, toutefois, comme il est dit à l'article premier, augmenter les engagements des actionnaires, sous réserve des opérations résultant d'un regroupement d'actions régulièrement effectué, ni changer la nationalité de la société ».

Et l'article 28 de la loi 5-95 dispose que « Les associés ne peuvent pas changer la nationalité de la société. Toute modification des statuts est décidée avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires. Les clauses édictant des conditions plus strictes de majorité sont réputées non écrites ».

De même, l'article 75 de la même loi dispose que « Les associés ne peuvent pas changer la nationalité de la société. Toute modification des statuts est décidée par les associés représentant au moins les trois-quarts du capital social. Toute clause exigeant une majorité plus élevée est réputée non écrite. Toutefois, en aucun cas, la majorité ne peut obliger un associé à augmenter son engagement social ».

Cette ambiguïté a soulevé une controverse doctrinale¹²⁹². Ainsi, le professeur Mohamed ELIDRISSI ELALAMI ELMACHICHI¹²⁹³ souligne que le législateur permettait dans l'article 31 du droit des sociétés (dahir 1922 et 1926) aux sociétés de changer leur nationalité si les associés le décident unanimement. Toutefois, la nouvelle loi relative aux sociétés anonymes a interdit la modification de la nationalité d'une société marocaine. Le professeur ELMACHICHI pense que cette position s'approche des principes du dahir 6 septembre 1958 régissant la nationalité marocaine, et qui ne donne pas la possibilité d'abandonner cette nationalité. Alors que le professeur ESSIBAI attribue la position du professeur ELMACHICHI à l'ambiguïté et à la formulation confuse des dispositions précitées, car selon lui, cela s'oppose aux normes internationales et aux exigences de la mondialisation et s'oppose également aux intérêts du pays. Et le professeur s'appuie sur plusieurs arguments tangibles et solides pour appuyer sa position¹²⁹⁴ :

¹²⁹¹ MESSAGER. R, op.cit., p. 13.

¹²⁹² ابتسام فهيم، مرجع سابق، ص : 48-47

¹²⁹³ محمد الإدريسي العلمي المشيشي "خصائص الشركات التجارية في التشريع الجديد" مجلة المحاكم المغربية، يناير، فبراير 2000، عدد 80، ص : 76

¹²⁹⁴ ابتسام فهيم، مرجع سابق، ص 49

1)- Le législateur a prévu la possibilité du changement de la nationalité d'un établissement de crédit et ce dans l'article 24 du Dahir portant loi n° 1-93-147 du 15 moharrem 1414 (6 juillet 1993) relatif à l'exercice de l'activité des établissements de crédit et de leur contrôle, qui dispose en son premier alinéa que « Les changements qui affectent la nationalité, le contrôle d'un établissement de crédit, le lieu de son siège social et la nature des opérations qu'il effectue habituellement, sont subordonnés à l'octroi d'un nouvel agrément demandé et délivré, s'il y a lieu, dans les formes et les conditions prévues à l'article 21 ci-dessus».

2) Le législateur a adopté le critère du siège social dans la détermination de la nationalité de la société. Dès lors, le transfert du siège social à l'étranger après l'accord unanime des associés est susceptible de changer la nationalité de la société marocaine.

3) Ce que le législateur entend par l'interdiction de changer la nationalité édictée dans les articles précités est que le changement ne peut avoir lieu selon les conditions de quorum et de majorité édictées dans ces articles. Et par contre cela exige l'unanimité des associés.

D'après ce qui précède, nous pouvons nous permettre de dire que les arguments avancés par le professeur ESSIBAI semblent pertinents. Ainsi, le législateur marocain aurait dû ajouter à ces articles sauf à l'unanimité pour qu'il soit en harmonie avec les autres lois aussi bien nationales qu'étrangères.

Droit, justice et mutations technologiques actuelles

✉ Sami kanouni

*Doctorant chercheur en droit des transports,
de distribution et de la logistique - F.S.J.E.S-Fès*

Introduction

Les technologies de l'information et de la communication ont une dimension sociétale puis que on les associe généralement à la société de l'information vu leur impact étendu, autrement dite L'avènement des TIC représente une formidable mutation pour notre société, en ce sens qu'elle permet entre autres de s'instruire, s'informer, se divertir, ou de communiquer dans de meilleures conditions en abolissant toute notion de distance, de frontière. Elle offre donc un nouveau mode de fonctionnement de la société qui passe de la société industrielle à la société de l'information. Nous assistons cependant aussi, de manière parallèle, à une transformation radicale du comportement des hommes que ce soit dans les milieux : professionnel, familial, pédagogique ou dans les relations sociales en général. Voir même la civilisation et on dit fréquemment qu'à chaque invention ou développement technologique correspond une ère civilisationnelle nouvelle¹²⁹⁵.

De même, les Nouvelles Technologies de l'Information et Communication (NTIC) possèdent un caractère incontournable dans le développement de la société toute entière. Malgré ses multiples appellations (TIC ou ICT en Anglais), un dénominateur est toujours présent, celui faisant référence à la numérisation de l'information, des télécommunications et de l'audiovisuel. Considérées comme le moteur de la nouvelle économie, les NTIC connaissent ainsi, depuis plusieurs décennies, un développement rapide qui conduit les entreprises à se mettre au rythme des changements technologiques et à adopter de nouvelles habitudes face au travail, dans un souci de perfectionnement et de productivité¹²⁹⁶.

Certes, Les NTIC regroupent donc l'ensemble des techniques qui contribuent à numériser et à digitaliser l'information, à la traiter, à la stocker et à la mettre à la disposition d'un ou plusieurs utilisateurs. Les NTIC sont un atout irremplaçable dans la circulation rapide de l'information, l'élaboration collective de plans d'action et de nouvelles façons de faire, la coordination de l'action, la mémorisation et la capitalisation des expériences, l'accès rapide à des connaissances très diverses¹²⁹⁷.

De ce qui précède, il est ainsi important de signaler que les mutations technologiques actuelles influencent également sur le droit en général en tant qu'une science, également sur la justice à titre particulier.

Sans doute, il devient urgent d'améliorer le cadre juridique pour faciliter le commerce international et attirer les investissements étrangers, et ce, par une implication positive des nouvelles technologies dans cette dynamique. Pour des motifs raisonnables liés à l'accès aux systèmes juridiques dans le monde entier et une meilleure connaissance des règles juridiques régissant les contrats en matière de commerce, de finance et d'affaires, sont devenus un impératif pour les sociétés internationales. En

¹²⁹⁵ Mohammed ZAZA, « *l'impact des technologies de l'information et de la communication sur l'entreprise* », 2015, P.5.

¹²⁹⁶ Kader kane INAGNIBOMOUA, « *L'essor des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication au Gabon : quelles incidences perçues sur l'organisation du travail et la santé des employés ?* », Thèse présentée et soutenue publiquement le 22 Mars 2016 en vue de l'obtention du doctorat de Psychologie du travail à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, P. 1.

¹²⁹⁷ K.K, INAGNIBOMOUA, *op.cit.*, P.9.

outre, l'élaboration de règles modernes et équitables répondant au développement accéléré des transactions commerciales, sont devenus les préoccupations de la plupart des pays inscrits dans la dynamique de l'économie et de la mondialisation de manière à répondre aux objectifs et aspirations de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI).

Il va sans dire que l'utilisation des technologies modernes de l'information et de la communication en matière de justice est susceptible de réaliser un développement sensible au niveau de l'efficacité et de l'efficience du service public de la justice, et de constituer un facteur d'amélioration de la rentabilité de l'ensemble des partenaires institutionnels qui y interviennent, avec l'amélioration de la qualité des services fournis à ses usagers que cela entraîne¹²⁹⁸. Plus encore, sa majesté le Roi Mohamed 6, a précisé que « *l'efficacité et la transparence de l'administration judiciaire doivent être renforcées grâce à l'utilisation des technologies de l'information* »¹²⁹⁹.

Actuellement, la modernisation du système juridique marocain passe obligatoirement par l'intégration d'une dimension numérique, jugée primordiale pour s'adapter aux changements socio-économiques et transformations numériques que connaît le monde.

Signalons que les expériences comparées ont également démontré que l'intégration de l'aspect numérique dans la stratégie de modernisation du droit, offre concrètement des solutions réalistes qui conviennent aux exigences de célérité, de transparence, de qualité et de stabilité.

Certes, l'étude de ce phénomène est d'une importance cruciale, dans la mesure où il permet de mettre la lumière sur l'influence des nouvelles technologies sur le droit en général et la justice en particulier.

Ce présent sujet, suscite fréquemment des interrogations. La problématique ainsi de la présente recherche, s'articule autour de la question suivante :

Dans quelle mesure les mutations technologiques actuelles influencent sur la dynamique du droit en général, et contribuent au renforcement de la transparence des services de justice, et de moralisation du système judiciaire ?

Pour répondre à cette problématique, nous avons consacré la première partie à la l'impact des mutations technologiques actuelles sur le système juridique marocain (I). Tandis que la deuxième partie est tournée autour de l'étude de la dématérialisation de la justice en tant que garantie de transparence des services judiciaires (II).

I. L'impact des mutations technologiques actuelles sur le système juridique marocain

Les nouvelles technologies contribuent sans aucun doute au progrès que connaissent les transactions entre les parties (A), mais il arrive parfois qu'il y ait lieu à une exploitation risquée, donnant lieu à un nouveau phénomène criminel, on parle essentiellement de la cybercriminalité (B).

A. L'influence des nouvelles technologies sur le processus contractuel

Il convient de rappeler que le droit marocain des contrats n'est pas en principe un droit formel, ce qui signifie que, dans la plupart des cas, aucune forme particulière n'est requise pour qu'un acte juridique soit valide et qu'il produise tous ses effets. Il s'en déduit que les contrats sont, en principe, valides dès l'échange des consentements peu importe leur forme (oral, écrit,...). Toutefois, il est fortement recommandé d'établir un contrat par écrit afin de pouvoir, en cas de difficulté, pourvoir apporter la preuve des engagements pris.

¹²⁹⁸ La 2^{ème} édition de la conférence internationale de Marrakech sur la justice, dédiée à « la justice & investissements : Défis Et Enjeux », organisée le 21 & 22 octobre à Marrakech.

¹²⁹⁹ Extrait du message Royal adressé aux conférenciers lors de la première édition de la conférence internationale de Marrakech sur la justice, dédiée à l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Exceptionnellement, le droit marocain impose de se conformer à des formalités spécifiques, à défaut de quoi la validité d'un acte peut être contestée. En effet, selon l'article 417-1 du Code des obligations et contrats, ce dernier affirme que : «l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité». Le contrat sous forme électronique est donc reconnu par le droit marocain comme ayant la même force probante qu'un écrit. Toutefois, la preuve sera admise si, et seulement si, le contrat électronique permet d'identifier la partie contractante. Selon les dispositions de l'article 417-2 du Code des obligations et contrats, «la signature [...] identifie celui qui l'appose et exprime son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. [...] lorsqu'elle est électronique, il convient d'utiliser un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache».

En cas de litige, la méthode de signature électronique est jugée fiable par les tribunaux, trois conditions suivantes doivent être satisfaites. Premièrement, le procédé de signature électronique met en œuvre une signature électronique sécurisée, selon l'article 6 de la loi n°53-05, relative à l'échange électronique de données juridiques. La signature électronique sécurisée doit satisfaire aux conditions suivantes : être propre au signataire ; être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; garantir, avec l'acte auquel elle s'attache, un lien tel que toute modification ultérieure dudit acte soit détectable.

Deuxièmement, le dispositif de création de la signature électronique doit avoir été certifié par l'Autorité nationale d'agrément et de surveillance de la certification électronique (ANASCE). Troisièmement, le certificat électronique doit avoir été délivré par un prestataire de services de certification électronique agréé par l'ANASCE et doit comporter les données prévues par la loi n°53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques¹³⁰⁰.

De même, ces dernières années, grâce à l'évolution de l'usage des Technologies de l'Information et de la Communication au Maroc, le secteur du e-commerce est en pleine expansion. Quelles sont alors les mesures prises pour protéger le cyberconsommateur marocain ? Dans un souci d'instaurer un climat de confiance numérique et dans le cadre de la stratégie Nationale pour la société de l'information et de l'économie numérique (2009-2013) ayant pour but de positionner le Maroc parmi les pays émergents dynamiques dans les Technologies d'Information, le secteur du e-commerce est en progression constante.

Plusieurs actions ont été mises en œuvre pour la réalisation des objectifs et ambitions de la confiance numérique. En ce qui concerne le cadre législatif et précisément le volet de la protection du consommateur, la loi n° 31-08 1301 vient encadrer les dispositions relatives aux relations entre les fournisseurs et consommateurs y compris celles relatives à la vente en ligne.

B. Les défis liés à l'utilisation risquée des NTIC¹³⁰²

Il arrive parfois que ces nouvelles technologies soient déployées d'une manière risquée, dangereuse parfois frauduleuse, portant atteinte à la stabilité de la société et à la conscience collective, faisant appel à un nouveau concept, c'est la « cybercriminalité ».

De même Ali El AZZOUZI affirme que : « L'internet a transformé le monde en un village planétaire. Il améliore la productivité des entreprises, révolutionne les méthodes de travail et rend possible l'émergence de nouveaux modèles d'affaires permettant de communiquer, négocier, échanger

¹³⁰⁰ Mohamed OULKHOUIR, « les dispositions légales de la signature électronique », publié le 05.01.2017, disponible en ligne sur le site web : <http://www.leseco.ma/conseils-juridiques-cwa/53425-les-dispositions-legales-de-la-signature-electronique.html> (consulté le 21.12.2019)

¹³⁰¹ La loi n° 31-08 (2011) relative à la protection du consommateur marocain.

¹³⁰² NTIC : Nouvelles technologies de l'Information et de la télécommunication.

et de commercialiser en temps réel. En ce sens, son apport est capital pour nos sociétés. Il est devenu au fil des temps si indispensable que peu d'organisations et de particuliers peuvent s'en passer aujourd'hui. Or cette révolution a également rendu possibles de nouvelles formes de criminalité liées au cyberspace. En effet, l'internet n'a pas été développé, dès le départ, de manière sécurisée. Ses multiples composants matériels, logiciels et protocolaires étaient et demeurent empreints de nombreuses failles de sécurité qui peuvent avoir en cas d'exploitation des conséquences bien réelles. Ce qui a favorisé l'émergence des comportements déviants dans le cyberspace. La cybercriminalité est ainsi née ».1303

Signalons que le Maroc a procédé à l'adoption de trois textes législatifs :

- La loi n°07-03 complétant le code pénal en ce qui concerne les infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé des données ;
- La loi n°53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques ;
- La loi n°09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Signalons par ailleurs, comme cela est de coutume, en particulier lorsqu'il s'agit de domaines liés aux nouvelles technologies, les rédacteurs de ces lois se sont contentés de reproduire presque littéralement les dispositions de la loi française. Il s'agit notamment des lois suivantes :

- La loi n°2004-801 du 6 août 2004, qui modifie la loi du 06 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et libertés ;
- La loi du 5 janvier 1988 dite Loi Godfrain ;
- La loi n°2000-230 du 13 Mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

Certes, ces textes permettront au Maroc de mettre à niveau son arsenal juridique, mais à l'état actuel, nous ne pouvons pas dire que nous disposons de tous les textes permettant de réprimer la cybercriminalité avec ses multiples visages. Ils nous arrivent d'ailleurs souvent de nous rabattre sur les infractions de droit commun telles que l'escroquerie, le faux et usage de faux pour incriminer des infractions comme la fraude à la carte bancaire commise sur l'internet par exemple1304.

II. La dématérialisation de la justice en tant que garantie de transparence des services judiciaires

A l'occasion de la deuxième édition de la conférence internationale organisée le 21 & 22 octobre 2019 à Marrakech, dédiée à : « la justice et investissements : défis et perspectives ». les conférenciers ont insistés sur l'importance de l'intégration de la dimension numérique dans la stratégie de modernisation de la « justice des affaires » en particulier, offre concrètement des solutions réalistes qui conviennent aux exigences de célérité, de transparence, de qualité et de stabilité de la jurisprudence, en fonction des besoins d'instauration d'un climat économique national solide, ouvert et intégré au monde. Ceci est confirmé par le fait que des organisations internationales qui pèsent de tout leur poids dans le domaine de l'économie mondiale, commencent à considérer la transformation numérique de la justice des affaires comme un facteur essentiel de la dynamique de l'environnement des affaires.

Actuellement, la technologie demeure nécessaire pour le bien être de la justice marocaine en général, et celle spécialisée en matière des affaires a titre particulier, dans la mesure où elle tend à

¹³⁰³ Ali El AZZOUZI, « la cybercriminalité au Maroc », édition 2010, P. 14.

¹³⁰⁴ A. EL AZZOUZI, *op.cit.*, P. 112.

renforcer la transparence du fonctionnement de la justice (A) d'une part, et a l'efficacité et l'efficience de la justice marocaine d'autre part (B).

A. L'utilisation des nouvelles technologies comme garant de transparence du fonctionnement de la justice

L'adoption des nouvelles technologies en tant que moyen de renforcer la transparence du fonctionnement de la justice et des services judiciaires. Tendant également à améliorer l'accès au droit et de vulgariser l'information ; ce qui est rendu possible par le biais de la création de plates-formes électroniques ouvertes au public et aux entreprises, à travers lesquelles sont publiées les lois, les procédures, les actes.

Ainsi que les décisions judiciaires et la jurisprudence, permettant également de fournir des services électroniques au profit du public et la gestion dématérialisée des actes de justice en ce qui concerne les professions judiciaires, supprimant ainsi le principe du contradictoire en tant que concept traditionnel de l'action en justice. Sachant que les nouvelles technologies offrent également, et contrairement à ce que l'on pense, des garanties plus larges en vue de préserver la justesse des informations et des données en circulation, et de les protéger de toute modification ultérieure en comparaison avec les documents, registres et archives papier¹³⁰⁵.

B. L'implication des nouvelles technologies comme pilier d'efficacité et d'efficience de la justice

Concernant l'efficacité et l'efficience de la justice. Il englobe tout ce qui se rapporte aux systèmes et à l'infrastructure informatique, qui permettent de délaisser les supports papier et d'éviter le travail manuel lent et répétitif.

L'automatisation totale des procédures et des actes internes dans les services judiciaires, et l'adoption de la machine comme moyen essentiel d'exécution, des tâches, ne constituent pas seulement un outil d'assistance à la prise de décision et à la production, la circulation, le stockage, l'archivage et la protection des informations par voie électronique, mais elles sont un support permettant de simplifier les actes et de limiter ou réduire la marge d'erreur. Elles permettent ainsi de maîtriser et de limiter le gaspillage du temps judiciaire, tout en accordant davantage de temps aux acteurs pour se concentrer sur les affaires essentielles, et se préoccuper de l'amélioration et l'optimisation du travail¹³⁰⁶.

Conclusion :

Au Maroc, révolution numérique que connaît le monde, qui était jusqu'à une date récente un phénomène marginalisé, attire de plus en plus l'attention des pouvoirs publics et des intervenants spécialisés en la matière. De nouvelles lois ont été promulguées, de nouvelles organisations ont été créées et un programme ambitieux de confiance numérique proposé dans le cadre de la stratégie « Maroc Numérique 2013 » a été lancé. Ainsi, la culture de sécurité, bien qu'elle n'est que dans un état embryonnaire, commence à s'installer non seulement dans les institutions publiques et privés mais aussi dans l'esprit de tout un chacun.

¹³⁰⁵ La 2^{ème} édition de la conférence internationale de Marrakech sur la justice, dédiée à « la justice & investissements : Défis Et Enjeux », organisée le 21 & 22 octobre à Marrakech.

¹³⁰⁶ *Idem*.

Justice transitionnelle et vérité officielle au Maroc

✉ Mounir OMRANI

Chercheur en droit Privé

Au Maroc, tourner les pages sombres de son histoire des violences et oppression tout en briguant une transition éventuelle vers la démocratie et l'État de droit, la solution a été - à travers l'appel à la mémoire - une justice réparatrice et décréter une amnistie générale voilant les exactions et horreurs d'un passé criminel.

Certes, cette conception ne manquait pas d'avantages. Elle a permis d'en rompre, relativement, avec la violence politique et d'amorcer une ouverture et libéralisation du système. Pourtant, une page qui était tournée sans avoir été intégralement lue, plusieurs questions si controversées restent entières : comment un travail de mémoire et de vérité sur les « années de plomb », mené par le pouvoir sans qu'aucune crise ne l'ait fomentée, peut se réaliser s'il ne s'accompagne pas de reconnaissance officielle de ce qui s'est passé véritablement ? la réconciliation et mettre à bien le processus de transition doit-il être justification d'énoncer certaines vérités et léser le droit des victimes et leurs familles à la vérité ou encore l'absolution des crimes commis, notamment, sous le règne de Hassan II ?

Vérité et mémoire sont dissociables mais interdépendants. La première renvoie au droit de connaître et clarifier ce que les victimes ont enduré, ce qui inclut l'identification des auteurs des abus, les causes qui ont conduit à telles violations et – le cas échéant – le sort des disparues. La seconde évoque un devoir de l'Etat qui consiste en la connaissance par le peuple de l'histoire de son oppression la préserver et l'intégrer dans son patrimoine. Mais pas de mémoire sans vérité issue des archives et autres moyens de preuve relatifs aux violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire, et donc une vérité officielle.

Il existe des vérités qui peuvent être construites sous des angles différents. Celle qui a fait l'État et celle que font les victimes eux-mêmes. Ainsi, l'ambition de cet essai est de resituer le modèle marocain en matière de la construction de la vérité officielle dans son contexte local notamment la perpétuation du régime, mais également international ; et de faire saisir ses enjeux politiques.

Il prétend être aussi une opportunité de réincarner, même de façon succincte, le débat sur la nature de la transition sur lequel ce processus extrajudiciaire est censé déboucher, l'impunité, et le pardon, etc.

En matière de la construction de la vérité officielle, le caractère distinctif de l'expérience marocaine est d'être contestée dans ses buts comme dans ses réalisations. Ainsi, la teneur sera présentée en deux sections. Dans une approche politique tout d'abord, pourquoi est-elle controversée dans ses buts ou seront envisagés successivement les différents contextes, invoqués par le régime et ceux contestataires, explicitant sa raison d'être ; aussi que ses enjeux eu égard aux impératifs d'une vérité et mémoire crédibles : la vérité comme forme de réparation due aux victimes, instrument de réconciliation et de non-répétition (**Section 1**).

Dans les faits cette fois-ci, les contestations de telle vérité dans son existence ou seront abordées l'inexistence ou la partialité de la vérité officielle et leurs causes (**Section 2**).

Section 1: Une vérité contestée dans ses buts

Deux mouvances s'affrontent selon les observateurs : l'expérience qu'a connu le Maroc en matière de la justice transitionnelle et *a fortiori* la vérité officielle, est vue soit comme un instrument d'ouverture du champ politique soit comme une instrumentalisation du processus pour entériner le régime et le légitimer. Cette dernière position, seule qui sera abordée ici, refuse à telle processus tout pertinent (§2) ; mais aussi la réalité de ses fondements prétendus (§1).

§1. – Une vérité des contextes divergents

Bien des hypothèses très éloignées ont tenté d'expliquer le pourquoi de l'expérience de la justice transitionnelle marocaine. Il convient d'opposer les appréciations qui avançait son caractère volontaire et voulu (A) et celles qui l'évoquaient comme la résultante des contraintes aussi bien locales qu'étrangères (B).

A. Des raisons illusoires

Le droit de savoir, exercé aussi bien à travers des procédures judiciaires qu'extrajudiciaires est, en fait, l'obligation que l'État devrait tenter d'établir, et ce même que des procès immédiats soit ou non possibles. En effet, la raison d'être de l'Instance Équité et Réconciliation, enclenchait par le roi le 7 janvier 2004^[1307] sur recommandation du Conseil Consultatif des droits de l'Homme (CCDH), était de faire la lumière sur les épisodes de violence politique et les exactions agressives perpétrées par le pouvoir à l'égard de ses opposants de 1956 à 1999.

L'initiative, unanimement saluée et par la société civile marocaine et par l'étranger, de la création de telle Instance visant à apurer les violences d'État des « années de plomb », s'inscrit, ordinairement, dans la logique du nouveau discours officiel venant prétendre d'engager le pays sur la voie des réformes et de consolider l'État de droit, mais encore il s'agit d'une pierre angulaire des « politiques d'après-violence » afin de satisfaire aux attentes de nombreux marocains de tourner la page d'une période sombre de leur histoire contemporaine.

En somme, il s'agit de revenir sur le passé par la mémoire dans la continuité du régime, et donc la vérité qui lui sert d'instrument n'est qu'historique^[1308]. Apparemment, ceci n'est pas tout à fait faux. Mais il faut tenir compte d'autres considérations selon lesquelles le processus est vu imposé.

B. Des impératives de survivre

Deux séries de considérations sont envisageables. D'abord, sur le plan interne, un travail sur les périodes sombres s'inscrivant dans la ligne des confrontations entre les gouvernants et les militants (divergents politiquement et internationalement soutenus)^[1309] autour de la vérité, n'a donc pas pour réel but d'exhumer cette dernière et réécrire une histoire crédible, mais d'institutionnaliser les revendications des victimes des « années de plomb » en vue de leur démobilisation^[1310] et d'imposer une vérité officielle.

S'y adjoignent la succession dynastique et l'accession au trône de Mohamed VI^[1311]. L'état de santé détérioré et la maladie incurable de son prédécesseur sont diagnostiqués et le changement n'était qu'une question de temps. Pour cela, Hassan II durant les années 90 pencha plutôt vers l'assurance

[1307]. Officialisée par le Dahir n° 1.04.42 du 19 safar 1425 (10 avril 2004) relatif à l'approbation des statuts de l'Instance équité et réconciliation (IER) ; publié au Bulletin officiel du 12 avril 2004.

[1308]. Driss El Yazami, rapport de séminaire régional sur « les Commission de vérité et de réconciliation : l'expérience marocaine » organisé le 27 mars 2004 à Rabat. p. 40. Disponible sur le site internet : <https://www.fidh.org/IMG/pdf/Ma396f.pdf>. Consulté le 10 oct. 2017.

[1309]. Il s'agit, principalement, du Forum marocain de vérité et justice (FVJ), l'Association marocaine des droits humains (AMDH) et l'Organisation marocaine des droits humains (OMDH). Les ONG internationales telle Human Rights Watch (HRW), la Fédération Internationale des Droits de l'Homme (FIDH) ou Amnesty International (AI).

[1310]. Frédéric Vairel, « Le Maroc des années de plomb : équité et réconciliation ? », *Politique africaine* 2004/4 (N° 96), p. 182.

[1311]. A. Amine, « Maroc : le sombre bilan de l'Instance équité et réconciliation », *Mouvements*, 10 avril 2008.

d'une succession sans remous du trône par le biais de l'ajustement politique et de repenser la gestion du dossier des droits et libertés.

Ensuite, au niveau mondial, à l'effondrement du bloc de l'Est et la dépoliarisation géopolitique en 1991, le Maroc s'est trouvé face à l'hégémonie d'un occident dont les droits humains sont d'importance capitale dans son discours ^[1312]. Ainsi, l'avènement des réformes à mener pour consacrer l'éventuel État de droit apparaît, à l'instar de celles économiques, comme la conséquence nécessaire de se conformer aux exigences de ses partenaires, singulièrement les institutions financières internationales (la Banque mondiale (BM), le Fond monétaire international (FMI)) et l'Union européenne dans le cadre de sa politique de voisinage.

La question du Sahara, considérablement ternie par l'image du royaume à l'étranger en raison de la gestion désastreuse des droits humanitaires sous l'empire de Hassan II ^[1313], par surcroît, autre motif pour lequel les dirigeants passent de la dénégation systématique avant les années 1990 pour décider de clore définitivement le dossier des violations graves à travers le recours, entre autres, l'appel à l'opposition (le gouvernement d'alternance est né en 1998) et à la mémoire comme vecteur de la justice transitionnelle et donc indispensablement à la vérité.

En réalité, le processus n'est pas délibérément un choix, il s'est imposé, un besoin impérieux pour la survie du régime alors que le Maroc était au bord d'une crise cardiaque ^[1314]. L'instauration de l'IER, n'était, en effet, qu'un prolongement de nombreuses mesures prises depuis Hassan II qui visent en premier lieu, à débarrasser la monarchie de son image autoritaire : « *Nous souhaitons – et nous y sommes résolus – clore définitivement le dossier des droits humains (...) afin que le Maroc ne traîne plus derrière lui une réputation qui ne reflète pas son vrai visage ni ne correspond à son passé ou son présent* » ^[1315]; et assurer la stabilité du régime après l'intronisation de son successeur.

En conséquence, il s'est développé une mouvance, née de la mobilisation des activistes des droits de l'homme et les groupes de victimes, qui a critiqué le processus en lui reprochant d'être un simple outil d'asservissement politique et de légitimation interne, visant à convaincre ses interlocuteurs, au Maroc comme ailleurs, qu'une réforme du système politique est prévue. Ces remarques permettent de comprendre comment peut être la qualité de la vérité émergente de tel travail. Une vérité ainsi, qui ne peut être établie que dans les limites venant de l'instigateur du projet et à raison de ses enjeux politiques.

§2. – Une vérité impertinente

Pour que la vérité puisse estimée fiable et pertinente, il faut qu'elle concoure à la transition politique et à la démocratie (A) mais surtout qu'elle ait une complémentarité avec les autres mécanismes de la justice transitionnelle (B). Mais ce n'était pas, à proprement parler, le cas au Maroc.

A. Une vérité sans transition

En 2001, le roi lors d'un entretien accordé au journal français le Figaro ^[1316], en consacrant la continuité historique de sa légitimité validée par la constitution de 1962 et en refusant toute comparaison avec la monarchie espagnole, affirma le caractère exécutif de la monarchie marocaine et laisse donc s'ancrer l'idée que toute éventualité de réforme du système politique demeure infructueuse

^[1312]. Entretien avec Fouad Abdelmoumni « L'impunité au Maroc », *Confluences Méditerranée* 2004/4 (N°51), p. 69.

^[1313] Khadija Mohsen-Finan, « Changement de cap et transition politique au Maroc et en Tunisie », *Pouvoirs* 2013/2 (n° 145), p. 110.

^[1314]. C'est l'expression par laquelle le roi Hassan II a dépeint la situation économicopolitique alarmante devant le Parlement lors de la session d'ouverture en octobre 1995.

^[1315]. Discours du roi Hassan II devant le Parlement le 9 oct. 1998,

^[1316]. Publié par le Figaro, le 8 sep. 2001.

[1317]. Le roi conserve tous les pouvoirs, toujours règne et gouverne et les institutions étatiques (judiciaire et législative) encore lui sont dépendantes, et ce même après la révision constitutionnelle de 2011.

Les responsables pendant les « années de plomb » (suspectés d'avoir ordonné ou participé aux exactions), hormis Driss Basri, ex-ministre de l'intérieur et homme fort du régime de Hassan II limogé de ses fonctions par le roi pour des motifs incertains, sont demeurés longtemps à occuper de hautes fonctions [1318].

En clair, il s'agit d'une continuité du régime déguisée en un projet de transition était supposée constituer la finalité de tel processus, que des transitologues et spécialistes des droits de l'homme en conviennent. Il devient nécessaire d'occulter toute vérité les concernant, sans doute, remis en cause le régime dans son ensemble. Comme si le Maroc, pendant une période de quarante-trois années, était une « *terra nullius* » [1319].

Certes, ce n'est pas seulement une expérience de justice transitionnelle sans transition politique sincère, mais également, dont la divulgation de la vérité, en dépit de sa qualité, n'avait aucun intérêt pratique.

B. Une vérité isolée

La promotion de la réconciliation, une raison d'être de la justice transitionnelle, requiert une vérité débouchant sur l'identification des bourreaux avec qui les victimes et la société doivent se réconcilier. Dans un pays où il n'y avait de guerre civile, ni de conflit religieux ou encore de génocide, la réconciliation, en l'occurrence, c'est avec l'Etat sous le règne de Hassan II, qu'elle doit s'effectuer à travers, outre la reconnaissance officielle de ce qui s'est véritablement déroulé (faits et responsabilités), le pardon [1320]. Paradoxalement, un régime qui puise sa souveraineté dans la continuité historique, refuse à demander le pardon ou de présenter des excuses officielles claires et directes aux victimes de la violence de l'État pour son passé proche.

S'agissant de la réparation, deuxième volet de la justice transitionnelle, quant à elle, fait appel à la vérité afin d'approprier les indemnisations aux besoins et particularités des victimes.

Le Maroc s'est révélé novateur en optant pour une conception élargie de la réparation en instaurant, outre la réparation individuelle, une réparation collective (communautaire ou générale) et de genre. Cependant, en l'absence d'une volonté politique de mener à bien le processus, des réparations a été débuté bien avant d'enquêter, et donc l'établissement d'une vérité complète et crédible était indifférent à cet égard. En fait, le groupe chargé des réparations travaillait séparément de celui chargé des investigations.

En définitive, des réparations, majoritairement matérielles, comme seul et unique but de la justice transitionnelle sans vérité parfaite, n'est qu'un achat de silence.

[1317]. Marguerite Rollinde, « L'alternance démocratique au Maroc : une porte entrouverte », Confluences Méditerranée 2004/4 (N°51), p. 57.

[1318]. Le président Benzekri a, de manière dissuasive, justifié telle situation par la stabilité des institutions. Ainsi, le Commandement général de la gendarmerie royale Hosni Benslimane, impliqué notamment dans l'assassinat de l'opposant Mehdi Ben Barka, n'est mis à la retraite que le 4 décembre 2017 après être décoré du Grand Cordon du Wissam Al Arch.

[1319]. Pour reprendre l'expression de Driss Basri lors de son entretien avec le Figaro pour dire qu'il n'était pas le seul ni le haut responsable des exactions de son époque. Citée par Khadija Mohsen-Finan dans : « Mémoire et réconciliation nationale au Maroc », Politique étrangère 2007/2 (Été), p. 335.

[1320]. Berrada Adberrahim, rapport de séminaire régional sur « les Commission de vérité et de réconciliation : l'expérience marocaine » organisé le 27 mars 2004 à Rabat. Disponible sur le site internet : <https://www.fidh.org/IMG/pdf/Ma396f.pdf>. Consulté le 10 oct. 2017.

En plus de cela, contrairement à nombreuses expériences conduites ailleurs, au Maroc, le travail institutionnalisé sur la vérité est conçu de façon à faire triompher l'impunité et le déni. L'Instance à qui incombe l'établissement de la vérité des années noires, après avoir effectué les enquêtes nécessaires, point n'est habilitée à invoquer les responsabilités individuelles quelles qu'elles soient ^[1321]. Elle « *n'est pas une instance judiciaire et ne peut nommer les responsabilités individuelles* » ^[1322]. Comme l'a énoncé le président du CCDH Omar Azziman, aucune poursuite judiciaire n'est possible. En conséquence, les victimes sont doublement torturées, la première fois par les malheurs qui ont souffert, la deuxième fois par le silence.

Pour l'IER, il ne s'agit plus d'un choix dans ce sens et rien n'empêche les victimes de se faire justice à ce sujet. C'est une question d'incompétence judiciaire en la matière ^[1323]. En l'espèce, toutes les actions sont vainement intentées.

Quant à la non-répétition des atteintes graves aux droits de l'homme, tout d'abord. Une connaissance imprécise des violations perpétrées par le passé rend difficile d'éviter qu'elles ne se reproduisent.

Ainsi en allait-il, par exemple, les arrestations massives d'islamistes après les attentats du 16 mai 2003 et les dépassements des forces de sécurité dans les enquêtes menées ^[1324], notamment à la suite du vote de la loi antiterroriste qui a ouvertement amplifié leurs agissements, ou encore dans la façon dont elles ont ouvert le feu sur les migrants sub-sahariens à Ceuta et Melilla en octobre 2005. De même, la disparition politique et le recours à la torture sont perdurée au moment même où l'IER est en pleine mission, comme en témoigne le centre de détention de Témara, administré par la DST ^[1325]. Un rapport d'Amnesty International cite 173 cas de torture et autres mauvais traitements entre 2010 et 2014 ^[1326]. Certains types d'abus, relevant du registre du respect des droits humains, sont toujours commis et la victimisation réitérée. À preuve les protestations du Rif en 2017.

Ces difficultés à faire de la vérité officielle incontestée dans ses buts vont jusqu'à la nier toute existence.

Section 2: Une vérité contestée dans son existence

La vérité sur les abus et violations qui incombe à l'État d'établir, aussi bien par le truchement d'une procédure judiciaire que non judiciaire, devrait d'être absolue et complète « (...) *quant aux événements qui ont eu lieu, aux circonstances spécifiques qui les ont entourés, et aux individus qui y ont participé, y compris les circonstances dans lesquelles les violations ont été commises et les raisons qui les ont motivés* » ^[1327]. Cependant, les critiques faites à la vérité officielle au Maroc ne paraissent pas résister à l'analyse à bien des égards. Ils concernent son existence ou sa portée lorsqu'elle existe (§1) ; mais aussi les handicaps qui ont caractérisé sa réalisation (§2).

^[1321]. Il s'agit d'une sorte d'amnistie, touchant un certain nombre de personnes ayant commis des exactions au nom du devoir d'Etat, acceptée par le roi à la suite d'un avis consultatif du CCDH émis le 2 avril 1999.

^[1322]. Article 6, Dahir n° 1.04.42, 19 safar 1425 (10 avril 2004) portant approbation des statuts de l'IER.

^[1323]. Entretien avec Naima Benwakrim, « l'expérience de l'instance équité et réconciliation au Maroc », *Recherches internationales* n° 77, 3 - 2006, p. 81.

^[1324]. CCDH, dans son rapport sur la situation des droits de l'homme au Maroc, 2003 ne reconnut que 11 cas de violations.

^[1325]. Amnesty International, « Lutte contre le terrorisme » et recours à la torture : le cas du centre de détention de Témara, Londres, 24 juin 2004. Disponible sur le site Internet :

<https://www.amnesty.org/fr/documents/mde29/004/2004/fr>. Visité le 3 déc. 2017.

^[1326]. Amnesty International, « L'ombre de l'impunité torture au Maroc et au Sahara occidental », 19 mai 2015. Disponible sur le site internet :

<https://www.amnesty.org/fr/documents/mde29/001/2015/fr>. Consulté le 12 déc. 2017

^[1327]. Rapport de 2006 du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme sur la Promotion et Protection des droits de l'Homme : Étude sur le droit à la vérité, du 8 fév. 2006, à la p. 15, au §59.

§1. – Une vérité supposée inexistante ou partielle

Pour impressionnante qu'elle soit, la vérité officielle marocaine est une question qui agite et divise l'opinion. Ainsi, elle a fait l'objet d'une controverse plus ou moins radicale qui a pu aller de sa partialité (B) jusqu'à sa négation pure et simple (A).

A. Des vérités inexistantes

Quant à l'inexistence, la vérité construite par l'Instance ne dit rien sur la responsabilité des institutions et appareils de l'Etat (le ministère de l'Intérieur, le rôle de l'armée et celui des services secrets, etc.) comme sur celle individuelle expressément interdite par les statuts (V. *infra*). Tout au plus, elle a invoqué, de manière globale, la responsabilité partagées, c'est-à-dire étatique et non étatique touchant des victimes impliquées dans des tentatives violentes (ex. coups d'Etat de 1971 et 1972) en minorisant ainsi la première ^[1328]. Pareillement, des dossiers emblématiques tel que celui de l'enlèvement de Mehdi Ben Barka à Paris en 1965 ^[1329], de Houcine Manouzi et de Omar Benjelloun des leaders de l'opposition et figures symboliques de la vie politique et syndicale marocaine de l'époque, elle est restée muette. De même, aucun éclaircissement sur les circonstances de certain nombre de disparitions forcées, le sort des disparus et les lieux de détention ou d'inhumation ^[1330].

Sur ce point et en ce sens, Abdelaziz Bennani (IER) et ex-président de l'OMDH, a relevé que « *même si la création de l'IER est une étape cruciale dans l'établissement de la vérité concernant les années de plomb, la question des disparus reste d'actualité puisque la vérité sur la disparition d'un grand nombre d'opposants n'a toujours pas été dévoilée* » ^[1331].

Par ailleurs, On ignore qui sont les tortionnaires, hormis quelques noms qui ont rarement été cités lors des témoignages publics ou aisément identifiables compte tenu des lieux, des faits et de la période concernés ^[1332], aucun responsable, officiellement parlant, n'est désigné. Au contraire, Ahmed Boukhari, ex-agent du « CAP1 », a été pris en filature, menacé, rejugé et condamné à un an de prison pour un chèque sans provision pour ses apparitions médiatiques et ses révélations ^[1333].

Il n'est pas douteux que certaines vérités restées occultes. Encore faut-il signaler celles incomplètes ou partiellement découvertes.

B. Des vérités imparfaites

Quoi qu'il en soit, la vérité divulguée par l'IER est restée tronquée. C'est ce que son rapport final ^[1334] ou encore celui sur le suivi de la mise en œuvre des recommandations de l'Instance Equité et Réconciliation ^[1335] ont affirmé.

^[1328]. Fouad Abdelmoumni, préc., p. 70.

^[1329] Ahmed Boukhari, ex-agent de « CAB 1 », a affirmé que son service a organisé l'enlèvement de Ben Barka, sa torture à mort lors de sa détention et l'organisation en secret de transfert de son corps au Maroc, où il aurait été dissous dans une cuve d'acide.

^[1330]. Par exemple, la disparition et l'assassinat d'ex-résistants entre 1963 et 1964 à Derb Moulay Chrif par les services de sécurité marocains n'ont pas été élucidé ; ou encore le centre de détention secrète point fixe 3, où sont enterrés de nombreux cadavres de disparus.

^[1331]. Abdelaziz Bennani, document publié dans l'hebdomadaire arabophone *Assahifa Al Maghribia*, cité dans le site yabladi.

<https://www.yabiladi.com/article-politique-864.html>. Consultée le 18 déc. 2017.

^[1332]. Khadija Mohsen-Finan, « Mémoire et réconciliation nationale au Maroc », *Politique étrangère* 2007/2 (Été), p. 334.

^[1333]. Libéré après trois mois de prison, mais il est resté priver de son passeport, en dépit d'une décision judiciaire en sa faveur du tribunal administratif de Casablanca.

^[1334]. Disponible sur le site Internet du Conseil national des droits de l'homme (CNDH) :

<http://www.cndh.ma/fr/rubriques/documentation/publications/rapport-de-linstance-equite-et-reconciliation/rapport-final>, Consulté le 2 déc. 2017.

^[1335]. Rapport sur le suivi de la mise en œuvre des recommandations de l'Instance Equité et Réconciliation, décembre 2009, disponible sur le site Internet du CNDH :

Initialement, un nombre de 800 ^[1336] cas dont le sort est éclairci par rapport des milliers de victimes, ne peut être que contestable. A titre d'exemple, 9 cas de disparition forcée parmi 66, lesquels ont fait l'objet d'une enquête par la Commission de suivi, restaient à ce moment non élucidé.

À l'identique, des lieux d'inhumation cette fois-ci, 173 personne qui ont péri au cours de leur détention arbitraire ou de leur disparition, n'ont pas été déterminé.

En ce sens, Abdelhamid Amine, l'ex président de l'AMDH, a ainsi écrit qu'il ne s'agit que des vérités partielles sur certains dossiers tel « *de la répression et des soulèvements populaires de mars 1965 et de juin 1981 à Casablanca, de janvier 1984 dans les villes du Nord, du 14 décembre 1990 à Fès, mais black-out total sur la répression du Rif de 1958-1959 et sur les victimes de l'« opération Ecouvillon »* » ^[1337]

En définitive, certaines vérités ont été occultées. Peu importe que la raison soit des considérations politiques ou encore un consensus populaire ^[1338], le travail de l'Instance a été intimidé.

§2. – Une vérité entachée

Au Maroc, l'idée même d'une vérité institutionnelle objective et précise est inconcevable. Il y a deux raisons à cela. Des contraintes objectives, d'une part, (A) et, d'autre part, des contraintes d'ordre juridique (B). Mais les deux sont indéniablement bien voulues.

A. Des contraintes objectives

Selon les observateurs, la confiance manifestée par ceux qui militent en faveur de la vérité dévoilée officiellement est à relativiser. Le mandat de l'IER, ainsi, s'est trouvé renfermer dans une série de limites non négligeables qui pèsent sur la qualité de son travail, et ce à plusieurs égards.

Une raison de philosophie, d'abord : la manière de concevoir telle vérité, d'en apprécier, ne fait pas l'unanimité. Elle était unidimensionnelle, de sorte à viser que la victime et la placer au centre de l'ensemble du processus ^[1339]. En ce sens, le Président Benzekri a déclaré que la philosophie de l'IER est « (...) *de placer la victime au centre de notre travail* » ^[1340]. Il s'agit donc d'une vérité uniquement des victimes et pour elles afin de les indemniser. En conséquence, « *aucun fonctionnaire (...) n'a été entendu par l'IER* » ^[1341], car la vérité touchant les bourreaux est expressément écartée puisqu'elle est politiquement couteuse pour le régime entier.

D'autre côté, différemment à la solution retenue en Afrique du sud, les agents de l'Etat n'avaient certes pas, en théorie du moins, la possibilité d'une amnistie de quoi ils auraient des révélations complètes des infractions commises lors de l'exercice de leurs fonctions. En toute logique, il devrait en résulter qu'ils ne coopéraient point avec l'IER, en lui remettre les documents ou les témoignages pertinents dans la recherche de la vérité qui, assurément, les condamne.

<http://www.cndh.org.ma/fr/rapports-thematiques/rapport-desuivi-de-mise-en-oeuvre-des-recommandations-de-lier>, Consulté le 2 déc. 2017.

^[1336]. Est la somme des 742 cas qui ont été élucidé par l'IER et les 58 par la Commission de suivi du travail de l'IER créé par CCDH.

^[1337]. A. Amin, préc.

^[1338]. Intervention d'Olivier de Frouville membre du G.T.D.F.L, « Treizième session du Conseil des droits de l'Homme Panel sur le droit à la vérité », en ligne :

http://www.frouville.org/Publications_files/INTERV-DROITVERITE-DEF.pdf. Consulté le 2 déc. 2017.

^[1339]. Khadija Mohsen-Finan, « Mémoire et réconciliation nationale au Maroc », *Politique étrangère* 2007/2 (Été), p. 332.

^[1340]. Rapport Human Rights Watch, « La commission marocaine de vérité : le devoir de mémoire honoré à une époque incertaine », nov. 2005 Vol. 17, n° 11(E), p. 33. Disponible sur le site :

<https://www.hrw.org/fr/report/2005/11/27/la-commission-marocaine-de-verite/le-devoir-de-memoire-honore-une-epoque#56c8d3>. Consulté le 17 déc. 2017.

^[1341]. Idem.

Ensuite, la durée du mandat de l'Instance (neuf mois renouvelables six mois) ^[1342] et la période de quarante-trois années aussi longues sont indispensables pour prendre conscience de la disproportionnalité entre la tâche de la commission et le délai lui est accordé pour l'effectuer. Le président Driss Benzekri précisait qu'il s'agissait de « *près de 40000 correspondances, concernant 25000 à 30000 dossiers* » alors que l'IAI ^[1343] s'est confié un mandat de quatre années pour qu'un total de 5127 demandes. Évidemment, l'accélération du processus n'est pas dénuée de tout enjeu politique.

L'autonomie de l'Instance, soulève quant à elle des vives controverses. L'IER est composée, outre le président, de 16 membres dont la moitié est issue du (CCDH). Cela dit, la question de son indépendance et sa partialité à l'égard d'un Conseil nommé et financé par le roi, et dont les recommandations lui sont également adressées, mais également à l'égard du gouvernement qui lui signe les chèques, est à poser. Au Maroc, l'institution monarchique est, simultanément, l'instigateur du projet, son financeur et son organisateur ^[1344].

Outre ces principaux subterfuges amoindrissaient la valeur de la vérité officielle, les statuts de l'instance ont fait exister d'autres mais de nature juridique.

B. Des contraintes juridiques

La seconde raison, proprement juridique, touche singulièrement les attributions quant à leur champ de compétence *ratione materiae* et *temporis* que leur nature non judiciaire et non contraignante.

D'abord, la compétence *ratione temporis* de l'Instance, comme toutes autres expériences, est strictement définie dans le temps. Elle n'embarrasse que les exactions perpétrées entre 1956 : l'année de l'indépendance du Maroc et 1999 : la date de la mort du roi Hassan II. Certes, est une période aussi longue mais, les événements antérieurs à l'indépendance, ni ceux parvenus lors de la mission de l'IER ne sont pas pris en considération.

Il est à noter que la raison selon laquelle la sphère temporelle d'attribution de l'instance a été fixée est purement politique et soigneusement choisie, désirant tout en préservant sa continuité, marquer une rupture avec le régime sous l'égide de Hassan II dans certains de ses aspects mais, sans le remettre en cause ni être responsable éthiquement et politiquement de ses actes du fait du principe de la continuité de l'Etat.

Ensuite, s'agissant de la compétence *ratione materiae*, initialement, seules les disparitions forcées et les détentions arbitraires faisant objet de ses attributions, et donc un nombre considérable de violations graves et de lèse-humanité ne sont pas parties du mandat de l'IER. Par suite des critiques regrettant telle limitation, elle s'est élargie pour englober l'exil forcé, les violences sexuelles, les atteintes au droit à la vie et la torture mais toutefois, sans aborder sérieusement les affaires épineuses.

Enfin, d'autres anomalies, entachant les attributions de l'IER, résident dans leur nature non judiciaire et non contraignante. Les statuts énoncent en premier lieu que « *n'invoquent pas la responsabilité individuelle dans les violations* » ^[1345]. Le travail de l'IER n'a guère soulevé la responsabilité pénale des responsables présumés et les membres de l'Instance, qui avait l'obligation de silence absolu, ne peuvent nommer publiquement les responsables présumés ou ceux qui ont été impliqués dans les exactions cruelles du passé. Des noms que l'IER a noté et a renfermé dans la partie du rapport destiné au roi et non au public ^[1346]. De même, les victimes auditionnées n'ont pas pu

[1342] La durée du mandat de l'IER, à l'origine est fixée dans une année pour arriver au terme en avr. 2005, mais elle a été prolongée jusqu'à fin nov. 2005.

[1343]. La mission de l'IAI est débutée le 16 août 1999 et fut achevée le 10 juillet 2003.

[1344]. Khadija Mohsen-Finan, préc., p.337

[1345]. Article 6, Dahir préc.

[1346]. Interview de Benzekri à Human Rights Watch, Rabat 6 avr. 2004, rapport Human Rights Watch, préc.

divulguer leurs noms puisqu'elles ont signé un « protocole d'honneur » par lequel s'engagent à garder un silence identique.

En second lieu, bien que les statuts mentionnent expressément que « (...) toutes les autorités et institutions publiques apportent à l'instance leur concours et lui fournissent toutes les informations, données lui permettant d'accomplir ses missions » ^[1347], en réalité, les agents de l'Etat n'étaient pas dans l'obligation de coopérer et les statuts ne réservent à l'IER aucun pouvoir pour les contraindre. Selon Abdelaziz Bennani (IER) « la Direction Générale des Etudes et de la Documentation, qui a remplacé le CAB1, n'a remis aucun document à l'Instance » ^[1348]. Et l'instance en contrepartie, selon son président Benzekri, n'a rien demandé à ce propos (V. *supra*). Il en résulte que la vérité présentée au marocains comme au monde est largement viciée, tout au plus, des semi-vérités.

Conclusion

L'enjeu de cette étude, sur le thème de la justice transitionnelle et la vérité officielle ici abordé à propos de la violence politique lors des « années de plomb » au Maroc, était de présenter de manière sommaire certains de ses aspects reprochés en consacrant dans un premier temps, la discussion houleuse qui s'est toujours posée dans les mêmes termes : les buts quant aux contextes, la pertinence mais également les enjeux. Dans un second temps, de constater nettement que les réalisations, bien qu'elles soient appréciables, elles sont insusceptibles d'être coulées dans le moule d'un travail de mémoire pour la transition démocratique.

L'étude de l'expérience marocaine, qui a connu depuis 2011 un regain d'intérêt, met en évidence sa spécificité parce que bien qu'elle soit enfantée de l'expérience sud-africaine et bénéficie du cumul international en la matière, comme le phénomène du Dahir, elle a pu inventer sa propre version de la justice transitionnelle et sa marocanisation.

Les aspects de son particularisme sont variables, et découle largement de la nature du régime politique en place, ses atouts et ses enjeux. Pourtant, l'hétérogénéité, existant entre les autres expériences vécues ailleurs et la nôtre, s'est amplement admissible puisque la justice transitionnelle n'est pas un modèle à porter.

Toutefois, et contrairement à la logique des politiques de transition post-violence fondées sur la mémoire, au Maroc, les dispositifs adoptaient en matière de la vérité qui lui sert d'instrument auront absolument pour effet de faire de toute une période de notre histoire un temps immémorial. Hormis les réparations et une image bien restaurée de la monarchie, ni la préservation de la mémoire ni la non répétition étaient ses enviables objectifs ; certains de ses dispositifs sont consacrés à l'injustice et l'impunité telles que, l'irresponsabilités individuelles et l'obligation du silence sur les bourreaux et tortionnaires.

Elle apparaît ainsi comme une recette d'inspiration machiavélique, beaucoup de politique et moins de droits, abondante de contraintes satisferont des objectifs non déclarés. Pour résumer, la vérité des années sombres, ce n'est pas seulement ce qui est dit mais encore le non-dit ou prohibé à dire ; la vérité de la vérité dévoilée c'est que notre mémoire est trouée et on s'expose à ce qui s'est passé recommence un jour. La réconciliation recherchée par le plus fort et à sa guise, ne peut être véritable et viable. Il est fondamental qu'elle puise sa force dans des valeurs et intérêts communs, qu'elle repose sur le droit et la justice, qu'elle reconnaisse les diverses voix et versions sur les faits de notre passé et le préserver tel quel.

^[1347]. Article 7, Dahir préc.

^[1348]. Abdelaziz Bennani, préc.

LA DISTRIBUTION DU CREDIT BANCAIRE A LA LUMIERE DU DROIT FRANÇAIS L'impact du dispositif anti-blanchiment sur la distribution du crédit en France : un exemple inspirant pour le Maroc

✉ CHAMA BENSEGHIR

titulaire d'un doctorat en droit privé de l'Université Paris Descartes
et chargée d'enseignement à l'université paris dauphine et Panthéon Assas à paris

Affaire Cahuzac, « offshore leaks », affaire UBS, une série d'affaires judiciaires a mis à jour l'utilisation, supposée ou réelle, de mécanismes de blanchiment de capitaux, ayant un impact négatif sur l'opinion publique, a fortiori en période de récession économique. Si la dimension politique, éthique et morale est notable, le droit doit intervenir afin d'appréhender la réalité protéiforme de la lutte contre le blanchiment de capitaux.

Le droit de la distribution du crédit doit à cet effet intervenir dans l'adaptation du dispositif anti-blanchiment eu égard à sa nature protéiforme (I) ce qui sous-tend *de facto* à la mise en œuvre efficiente de contrôles internes (II). Dans cette même perspective, le dispositif anti-blanchiment contribue à l'identification et à la responsabilisation des professionnels financiers (III).

I. Le blanchiment, une définition protéiforme

Le blanchiment se matérialise par « l'utilisation du système économique et financier aux fins de jouir légalement du fruit d'activités illicites. [II] consiste à introduire, dissimuler et convertir des flux d'origine illicite dans le système économique et financier pour en tirer profit »¹³⁴⁹. A ce titre, il apparaît que l'estimation de l'ampleur du blanchiment est peu aisée et difficilement mesurable à cause, en premier lieu, du caractère occulte des flux.

Le GAFI relève à ce propos que « les méthodes et techniques de blanchiment de capitaux évoluent au gré des contre-mesures qui sont déployées » et que se développent, « des combinaisons sophistiquées de techniques, telles que l'usage croissant de personnes morales afin de dissimuler la véritable propriété et le véritable contrôle des produits d'activités illicites, ainsi que le recours accru à des professionnels pour obtenir des conseils et de l'assistance afin de blanchir des fonds criminels »¹³⁵⁰.

Dans cette perspective, la mise en place d'un dispositif anti-blanchiment efficient sous-tend à la mise en œuvre des obligations de vigilance et de déclaration prescrites par le dispositif français de lutte

¹³⁴⁹ Direction générale du Trésor, *Rapport, Évaluation de la menace en matière de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme*, 4 janv. 2012 ; A. Michel, « comment lutter contre les nouvelles formes de blanchiment d'argent ? » publié dans le journal le Monde, le 28 novembre 2018 rub. Sociétés ; V. également François Villeroy de Galhau, discours sur « l'actualité de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme », discours du 21 juin 2019, ACPR Banque de France accessible sur le site web banque-banque.fr.

¹³⁵⁰ GAFI, *propos introductif aux recommandations révisées*, cité dans C. Cutajar, L'extension du champ de la déclaration de soupçons et ses conséquences, RD bancaire et fin. 2009, n 3, p. 107.

contre le blanchiment¹³⁵¹. les professionnels assujettis sont tenus de mettre en place des processus préventifs notamment fondés, sur une approche par les risques. Cette approche se matérialise *de facto* par « *la faculté pour les personnes assujetties d'affecter les moyens adéquats à la mise en œuvre dans ce domaine, en fonction de l'analyse qu'ils font des risques de blanchiment et de financement du terrorisme auxquels leur activité les expose* »¹³⁵²

Une telle approche « *permet aux professionnels assujettis de moduler leurs vigilances en fonction des niveaux de risques déterminés par le législateur et selon leur évaluation des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, sous le contrôle dans ce dernier cas de leurs autorités respectives dans le domaine du blanchiment* »¹³⁵³

La loi traduit cette nécessité par « *l'obligation de mettre en place des systèmes d'évaluation et de gestion des risques de blanchiment des capitaux* »¹³⁵⁴ et « *d'assurer la formation et l'information régulière de leurs personnels en vue du respect des obligations [de lutte anti- blanchiment]* »¹³⁵⁵.

L'approche *in concreto* ainsi préconisée, a des applications pratiques efficaces en matière de lutte contre le blanchiment.

II. La mise en place de contrôles internes efficaces, gage de protection de la distribution du crédit

En premier lieu, les processus internes de lutte contre le blanchiment sont adaptés aux spécificités de l'activité et/ou la clientèle de la profession assujettie et traduisent « *l'optimisation des moyens, parce qu'elle repose sur les analyses propres à chaque établissement et non plus sur une norme impliquant en principe une application uniforme pour tous* »¹³⁵⁶.

En sus, un dispositif anti-blanchiment efficace sous-tend à un contrôle interne de la gestion et à un traitement de l'information en bonne et due forme.

La qualité de l'analyse interne des risques s'articule à cet autour de plusieurs éléments, notamment la formation du personnel, l'évaluation et la révision de la pertinence des indicateurs et procédures, ainsi que l'efficacité des diligences internes. Le contrôle interne apparaît donc comme « *le seul à pouvoir disposer des moyens pour exercer un contrôle permanent sur l'adéquation des analyses et diligences internes : il est celui qui a la meilleure connaissance à la fois de la clientèle, des produits et des outils de gestion et de traitement de l'information de l'établissement* »¹³⁵⁷

La mise en place d'un dispositif interne efficace est largement contrôlée par les autorités de supervision¹⁰ qui veillent au respect de l'exigence de formalisation des obligations issues du dispositif. Tout manquement dans la mise en place du dispositif, par exemple une formalisation insuffisante des obligations déclaratives ou un manquement à la vigilance opérationnelle peut justifier une sanction

¹³⁵¹ PE et Cons. UE, dir. 2015/849/UE, 20 mai 2015 : JOUE n° L 141, 5 juin 2015, p. 73 ; PE, communiqué, 21 mai 2015 ; V. également « Des règles plus strictes sur le blanchiment d'argent pour lutter contre l'évasion fiscale et le financement du terrorisme », RD bancaire et fin. n°4, Juillet 2015, alerte 32.

¹³⁵² E. Fernandez-Bollo et A. Moulin., *L'approche fondée sur le risque : le point de vue du contrôleur bancaire*, RD bancaire et fin. 2009, n° 3, p. 86.

¹³⁵³ E. Fernandez-Bollo et A. Moulin, *L'approche fondée sur le risque : le point de vue du contrôleur bancaire, précité*.

¹³⁵⁴ C. mon. fin., français art. L. 561-32.

¹³⁵⁵ C. mon. fin., français art. L. 561-33.

¹³⁵⁶ Fernandez-Bollo E. et Moulin A.-M., *préc.*

¹³⁵⁷ Autorité de contrôle prudentiel et Autorité des marchés financiers, Art. L.561-36 CMF ; R.Boulle « Fraude, blanchiment, financement du terrorisme, les nouvelles attentes de l'ACPR » publié le 20 janvier 2018 sur le site web de argusdel'assurance.com rubrique assureurs.

disciplinaire. L'exigence de formalisation des processus opérationnels participe à la stabilité juridique de la distribution du crédit et à la protection du professionnel assujetti.

III. L'identification et la responsabilisation des professionnels financiers

En second lieu, l'approche *in concreto* permet une responsabilisation des professionnels, par une analyse plus adaptée des risques et la mise en place de mesures de correction, dans l'objectif de conforter la place des établissements financiers en tant que partenaires des autorités publiques de contrôle. En matière de crédit, le devoir de vigilance est particulièrement important dans la gestion des comptes ou des moyens de paiement¹³⁵⁸. Le devoir de vigilance peut d'abord justifier l'interdiction de financement d'activités illicites ou interdites¹³⁵⁹. L'établissement de crédit ne doit pas prendre des risques excessifs ou déraisonnables¹³⁶⁰. L'obligation pour l'établissement de crédit doit permettre en outre, de faire respecter une indisponibilité des fonds¹³⁶¹ ou l'affectation des crédits.

A contrario, les exigences de conformité sont rendues parfois difficilement intelligibles au vu de la constante évolution de la réglementation ainsi qu'à une réticence en pratique, des professionnels face à l'impact certain de la mise en place de ces dispositions sur leurs relations commerciales avec les clients. A l'instar du dispositif de contrôle interne, la fonction de conformité définit des procédures internes et prévoit des outils de détection des risques, couplée à une formation du personnel, un contrôle de terrain, *des reporting* de mise en œuvre aux organes exécutifs. Dans le cas de groupes de sociétés, la conformité doit revêtir un caractère central assurant la cohérence des systèmes propres à chacune des filiales.

Toutefois, la mise en œuvre efficiente d'un dispositif de conformité, si elle est fondamentale pour assurer le respect des dispositions anti-blanchiment, ne doit pas conduire à l'instauration d'un processus rigide et lourd sur le plan opérationnel.

Il s'agit d'opérer une harmonisation et une formalisation des approches, communes à l'ensemble des professionnels, de manière à « *faire partager la conviction qu'aucune fonction, ni aucune réglementation ne remplace l'éthique personnelle ni la responsabilité individuelle de tous les acteurs de la banque, à tous les niveaux* »¹³⁶²

Le niveau hiérarchique doit *in fine* demeurer indifférent avec une véritable prise en compte des relations et de l'interdépendance entre conformité centrale et conformité locale¹³⁶³ et ce, en faveur d'une distribution du crédit féconde. Les mécanismes d'amélioration des ratios prudentiels à la lumière du droit français

Il existe en pratique différents mécanismes de rétablissement du crédit aux fins de renforcer la réglementation Bâle III et d'affiner la réglementation Bâle IV. La révision de la réforme Bâle III pourrait à cet effet intégrer directement des techniques d'amélioration des ratios prudentiels.

¹³⁵⁸ D. Legeais, *Traité des opérations de crédit*, ed. Lexis Nexis, 03/2018 .p.292.

¹³⁵⁹ Crédit accordé pour un achat illicite de ses parts par une SARL : CA Rennes, 23 févr. 2010 : *JCP E* 2011, 1882, obs.N.M. ; *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 127.

¹³⁶⁰ Crédit accordé pour un achat illicite de ses parts par une SARL : CA Rennes, 23 févr. 2010 : *JCP E* 2011, 1882, obs.N.M. ; *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 127.

¹³⁶¹ Cass.com., 2 juin 1992 : Bull. civ. 1992, n°217 ; Cass. 1ère civile., 8 juin 1994 : *JCP E* 1995, 1046, II, 652, note D. Legeais

; *RD com.* 1995, 170, obs. M. Cabrillac ; CA Paris, 9 sept. 1999 : *RD bancaire et fin.* Janv.-févr. 2000, p.19, obs. D. L. ; CA Montpellier, 27 sept. 2005 : *JurisData* n°2005-316202.

¹³⁶² Cass.com., 7 juill.2009 : *Banque et droit sept.-oct.* 2009, 46, obs.Th. Bonneau.

¹³⁶³ P. Werner, *La conformité comme outil de prévention du blanchiment*, *RD bancaire et fin.* 2009, n° 3, p. 113.

Les mécanismes d'amélioration des ratios prudentiels pourraient se matérialiser en premier lieu par le biais de la diminution des crédits mal notés (I). A plus large horizon, le recours à l'opération de titrisation apparaît en second lieu comme un levier d'amélioration des ratios prudentiels (II). Ceci étant, force est de constater qu'il n'existe pas *in fine* de mécanisme optimal d'amélioration des ratios prudentiels, le recours à des techniques incitatives comme alternatives au rétablissement de crédit n'est donc pas à exclure (III).

I. La diminution des crédits mal notés

En effet, les établissements de crédit peuvent d'une part, diminuer les crédits mal notés, soit qu'ils soient consentis à des entreprises à risques, soit qu'ils soient insuffisamment garantis. Le professeur Dominique Legeais précise en outre, que « *la prise en compte des ratios va aussi guider le choix des garanties dans la mesure où les crédits garantis par des sûretés reposant sur l'utilisation du droit de propriété sont mieux notés* »¹.

II. Le recours à l'opération de titrisation, un mécanisme risqué

Les établissements de crédit peuvent d'autre part, recourir à l'opération de titrisation. Les créances seront ainsi cédées à un organisme de titrisation lequel émet en contrepartie des parts ou actions ou des titres de créances négociables pouvant être offerts à la négociation sur un marché réglementé. Une fois transférées au marché, ces créances ne figureront plus au bilan de l'établissement de crédit, ce qui va contribuer à améliorer le ratio prudentiel. Toutefois, cette technique est pour le moins contestable dans la mesure où la titrisation est porteuse de risques de mauvais crédit².

En effet, la titrisation apparaît comme un mode de financement structuré risqué et complexe. L'opération de titrisation³ contribue à la diversification des sources de financement⁴.

1 D. Legeais, *Traité des opérations de crédit*, ed. Lexis Nexis, 03/2018 p.283.

2 R. Routier et M. Storck, « *la notion de prêt responsable, quelles applications ? Quelles évolutions ?* » in *Aspects émergents du droit des affaires*, Litec, mai 2010, p.395 ; P. Le Cannu, T. Granier et R. Routier, *Instruments de paiement et de crédit, titrisation*, Dalloz, 2010, n°594 et s.

3 P. Le Cannu, T. Granier, M. Jeantin et R. Routier, *Instruments de paiement et de crédit, titrisation*, Précis Dalloz, 9ème éd, 2017.

4 Banque de France, direction des entreprises- référentiel des financements des entreprises, « la titrisation des créances », fiche

430. Version du 10/11/2010.

Elle permet à une entreprise de se financer par un recours direct au marché. Elle permet en outre, la réduction d'éventuels coûts de financements.

La décision d'investir étant conditionnée par la qualité des actifs cédés, une entreprise qui est dans une mauvaise situation financière pourrait tout autant lever des fonds à des conditions satisfaisantes. Elle permet une amélioration de la présentation du bilan. En d'autres termes, le refinancement des actifs permet de réduire les besoins en fonds de roulement et plus largement les capitaux engagés comptabilisés au bilan.

Ceci étant, l'opération de titrisation entraîne corrélativement, un transfert total ou partiel des risques liés aux actifs cédés aux investisseurs. Elle contribue en pratique, à amplifier l'activité *des shadow bankers* et entraîne une dispersion du risque de crédit auprès des investisseurs. La dispersion des risques se transforme par conséquent, en concentration des risques. De surcroît, les entités du *shadow banking system* accentuent le phénomène d'asymétrie d'informations et appuient un phénomène d'anti- sélection d'informations. Corrélativement, une mauvaise évaluation des risques est constatée. Le cas de l'effondrement de l'offre de crédit par les courtiers en titre (*broker-dealers*) aux Etats-Unis en 2007 en est une parfaite illustration. Les fonds monétaires (*money market fund*) ne

doivent pas être sous-estimés quant à leur rôle d'accélérateur et de diffusion de la crise aux Etats unis, du fait des désengagements massifs et brutaux (*runs*) des investisseurs.

Le shadow banking system affecterait par conséquent, la chaîne de financements. A chaque étape, les financements sont soumis au développement d'interdépendances croisées et à une complexification du risque. Par voie de conséquence, il n'existe pas de mécanisme optimal d'amélioration des ratios prudentiels.

III. Le recours à des techniques incitatives comme alternative au rétablissement de crédit

Les établissements de crédit frileux en termes de mécanismes de rétablissement de crédit peuvent toujours se voir consentir des prêts et des garanties consentis par l'Etat. En effet, par une loi du 16 octobre 2008, la France prévoit un mécanisme de refinancement destiné à stabiliser les marchés financiers. Elle devait créer une Société de financement de l'économie française ayant pour objet de consentir des prêts aux établissements de crédit agréés et contrôlés dans les conditions prévues par le Code monétaire et financier. Les établissements de crédit prennent en principe, des engagements

En contrepartie, cette société était habilitée à mobiliser des créances et à fournir la garantie de l'Etat. En d'autres termes, l'Etat accorde sa caution à cette société dont il veut faciliter les opérations d'emprunt, en garantissant au prêteur le remboursement en cas de défaillance du débiteur. L'Etat supporte à cet effet un risque de défaut de l'établissement emprunteur, ce qui aurait sans conteste, un impact potentiel sur les comptes publics. Cela dit, une coordination entre politiques macro-prudentielles et monétaire apparaît indispensable.

Les techniques de contrôle du crédit à l'aune du droit français

Les gouvernements doivent pouvoir agir sur la politique du crédit, qu'il s'agisse des volumes du crédit ou de leurs taux. Il s'agit en pratique, de prévenir tout risque de défaillance ou de liquidité d'une part, par le biais d'une intervention efficiente de l'Etat et d'autre part, par la mise en place de mécanismes nouveaux afin de permettre le rétablissement du crédit.

Les techniques de contrôle du crédit se matérialisent d'une part, par un ajustement des taux de crédit par les autorités (I) ainsi que les réserves obligatoires que les établissements de crédit doivent conserver à la Banque de France (II). Les techniques de contrôle du crédit se matérialisent d'autre part, par une intervention des établissements de crédit (III) ainsi que la mise en œuvre effective de la procédure d'*open market* sur le marché (IV). Les facilités permanentes ne doivent pas *in fine* être occultées au regard de la spécificité du droit français (V).

I. Ajustement des taux de crédit par les autorités

En premier lieu, les taux de crédit¹ peuvent être ajusté par les autorités. Les taux d'intérêt à court terme sont en principe, déterminés par la Banque centrale européenne. Ils influent en outre, sur les coûts de refinancement. Une réduction des taux d'intérêts constitue indirectement une incitation économique à la consommation.

Les autorités bancaires agissent par conséquent, sur la distribution du crédit en agissant sur la masse monétaire². Le contrôle du crédit est à cet effet indirect car il repose en réalité, sur le contrôle de la liquidité bancaire, la mobilisation des créances tout en s'adaptant à la politique budgétaire³. Ceci étant, l'ajustement des taux du crédit n'est pas la seule alternative qui s'offre aux institutions européennes et nationales, elles peuvent tout autant se voir imposer des réserves.

II. Les réserves

Les réserves obligatoires⁴ sont des sommes que les établissements de crédit doivent conserver à la banque de France sous forme d'avoirs inscrits en compte de réserve et dont le montant, calculé en

fonction d'une assiette définie par les textes, génère une rémunération au profit des établissements de crédit assujettis à l'obligation de constitution de réserves obligatoires. Les établissements de crédit ont l'obligation de déposer en compte une fraction des dépôts reçus. Ils ne sont plus tenus de déposer en compte une fraction des dépôts reçus.

1 D. Legeais, *Traité des opérations de crédit*, ed. Lexis Nexis, 03/2018 p.286.

2 G. Dianna, « Le refinancement du crédit par la Banque Centrale », Dalloz, coll. « Actes », 2012, p.187.

3 J. Weill, « L'aspect macroéconomique du crédit bancaire », Dalloz.coll. « Colloque », 2012, p.5.

4 Les règles relatives aux réserves obligatoires sont énoncées par des règlements émanant du Conseil de l'Union européenne et de la Banque Centrale Européenne (BCE). Il s'agit plus spécifiquement des Règl. n°2531/98 du 23 nov. 1998

En d'autres termes, les établissements de crédit de la zone euro sont tenus de conserver un certain montant de réserves sur leur compte courant auprès de leur Banque Centrale Nationale (BCE). Les autorités bancaires obligent à cet effet les établissements de crédit à se refinancer, en réduisant les liquidités disponibles. En pratique, la réduction de liquidités disponibles est source d'un coût et donc d'un renchérissement du crédit. Dans cette même perspective, l'intervention sur les marchés constitue en sus, une alternative intéressante à la distribution du crédit.

III. Intervention sur les marchés

En effet, les établissements de crédit interviennent activement sur les marchés, en empruntant les sommes qu'ils vont prêter⁵. Le coût du crédit est à cet effet, conditionné par le taux qui leur est appliqué. Ces établissements doivent également se refinancer. En d'autres termes, ils peuvent céder des créances représentatives des crédits consentis. Les autorités monétaires peuvent dès lors agir sur les actifs éligibles. Le refinancement s'opère aujourd'hui, sur le marché monétaire plus spécifiquement, le marché interbancaire et le marché monétaire ouverts à tous les opérateurs, quelle que soit leur qualité. La mise en œuvre de la procédure d'*open market* ne doit pas pour autant être occultée.

IV. La procédure d'*open market*

La procédure d'*open market* désigne *de facto* le système européen des banques centrales (SEBC), qui est en charge de la politique monétaire. Les opérations d'*open market* permettent aux établissements de crédit de se refinancer. En d'autres termes, ces opérations consistent pour le Banque Centrale à intervenir sur le marché monétaire pour acheter ou vendre des titres contre de la monnaie centrale.

La BCE peut piloter les taux d'intérêts et gérer la liquidité⁶. Les Banque Centrale cherche en pratique, à modifier à la baisse ou à la hausse, le taux du marché monétaire. L'*open market* influence la liquidité bancaire grâce à un effet prix et un effet quantité. L'effet quantité est direct d'une part, en achetant des titres, la Banque centrale met sa monnaie en circulation. En les vendant, elle retire sa monnaie. L'effet prix est indirect d'autre part. Quand la Banque Centrale achète des titres, leurs prix augmentent et les taux d'intérêt baissent.

5 M.-N. Nsouli, « *Recherches sur les critères d'une banque centrale moderne. Etude comparative entre la banque du Liban, la Banque de France et la Banque Centrale Européenne* », LGDJ, 2003, préf. D. Legeais, p.145 et s.

6 Les opérations d'*open market* peuvent être divisées en quatre catégories : les opérations principales de refinancement qui ont

une fréquence d'une semaine, les opérations de financement à plus long terme, les opérations de réglage qui visent à faire face aux fluctuations imprévues de la liquidité, les opérations structurelles permettant à l'euro système d'ajuster le montant des

Les établissements de crédit peuvent à cet effet se refinancer à un prix ou à un coût faible⁷. Inversement, lorsque la Banque Centrale vend des titres, les taux d'intérêt augmentent, ce qui crée des tensions sur le marché. La procédure peut *de facto*, être scindée en deux modalités⁸. La Banque centrale prête d'une part, de l'argent ou emprunte. Des liquidités sont fournies sur appels d'offres ou mises en pension à diverses échéances d'effets représentatifs de crédits ou de titres négociables.

V. Les facilités permanentes

La Banque centrale peut d'autre part, agir directement sur les marchés de capitaux par achats et ventes de titres. Cette procédure présente en pratique, des avantages notables. Il s'agit tout d'abord d'une procédure directe de marché dans la mesure où la Banque Centrale intervient au même titre que n'importe quel agent.

Elle peut à cet effet ajuster ses interventions en déterminant à la fois les montants et le moment. En outre, elle constitue une procédure à la discrétion de la Banque Centrale, d'où la souplesse relative à son utilisation. Il s'agit en dernier lieu, d'une procédure réversible. En d'autres termes, les autorités bancaires peuvent fournir ou retirer des liquidités sur le marché monétaire. Par conséquent, il s'agit d'une procédure qui permet un réglage et un ajustement précis de la liquidité du système bancaire.

L'octroi de facilités permanentes constitue *in fine*, la dernière technique permettant d'influencer la distribution du crédit. Les facilités permanentes sont des opérations effectuées à la demande des établissements bancaires, leur permettant de se refinancer ou de déposer au jour le jour leurs surplus de liquidités. Elles peuvent être de deux types.

La facilité de prêt marginal permet d'une part, d'obtenir de la Banque de France, contre des actifs éligibles, des liquidités à vingt-quatre heures à un taux d'intérêt préétabli et vise à satisfaire des besoins temporaires de liquidités. Les apports de liquidité sont dès lors effectués par le biais de prises en pension de titres négociables à vingt-quatre heures ou de prêts à vingt-quatre heures garanties par des créances privées. La facilité de dépôt permet d'autre part, la constitution de dépôts rémunérés à taux préétabli à vingt-quatre heures auprès de la Banque de France. Les facilités permanentes sont enfin, gérées de manière décentralisées par les Banques Centrales Nationales (BCN). Leurs modalités de fonctionnement sont identiques dans toute la zone euro. Une contrepartie peut faire autant d'opérations, qu'elle le juge nécessaire sans limitation de montant. Les opérations de facilités de prêts et de dépôts sont rémunérées. Les taux de rémunération sont à cet effet, décidés par la Banque Centrale Européenne (BCE).

7 G. Dianna, « Le refinancement du crédit par la Banque Centrale », in *Le crédit préc.* Dalloz, coll. « Actes », 2012, p.195.

8 Déc.n° 2010-04, 31 déc.2010, relative aux instruments et procédures de politique monétaire et de crédit intra journalier de la Banque de France, mod. par déc. n°2011-01, 1^{er} février 2011.

Les nouvelles mesures de la loi 49-16 relative aux baux à usage commercial, industriel ou artisanal

مستجدات القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي

FARAJ MOUNIR

Doctorant chercheur en droit privé
Laboratoire droit des affaires FSJES - settat

ملخص باللغة العربية:

يعتبر القانون 16-49 المتعلق بكراء العقارات والمحلات المخصصة للاستعمال التجاري والصناعي والحرفي والذي تم بموجبه نسخ ظهير 24 ماي 1955 ثورة نوعية في المجال التشريعي من خلال تحديد مجال تطبيق القانون الجديد، وسن مقتضيات جديدة تضمن حماية المكثري والمكثري في الكراء التجاري، كمنح المكثري إمكانية للتعويض نتيجة إفراغ المحل... إلخ.

كما أن هذا القانون الجديد سن مجموعة من المقتضيات من شأنها حماية المكثري، كمنح هذا الأخير إمكانية تنفيذ الحكم بالإفراغ الصادر لفائدته دون انتظار لرفع دعوى التعويض لتقاعس هذا الأخير عن تقديم طلبه الرامي إلى الحصول على التعويض رغم حضور إجراءات دعوى الإفراغ.

كل هذه المقتضيات يستهدف المشرع من خلالها تحقيق الأمن التعاقدية والأمن القضائي رغبة في حماية الأطراف التعاقدية وتشجيع الاستثمارات وأخيرا التخفيف من كثرة المنازعات الخاصة بالكراء التجاري المعروضة على المحاكم.

ملخص باللغة الإنجليزية

It is known that the law 49-16 related of real-estate rental and shops designated for commercial, industrial and crafts use, by which the Dahir of may 24, 1955 was considered a qualitative revolution in the legislative field by defining the scope of the application of new law and enacting new requirements that ensure the protection of the renter and the lessor in the commercial rental, such as giving the renter the possibility to compensate as a result of emptying the shop...etc.

Also, this new law enacted a set of requirements that would protect the lessor such as granting the latter the ability to implement the ruling on emptying his benefit without waiting for the compensation case to be filed because the latter failed to present his request aimed at obtaining compensation despite attending the emptying suit procedures.

All of these requirements through which the legislator aims to achieve contractual and judicial security in a desire to protect contractual parties and encourage investments and finally reducing the high number of commercial rental conflicts presented to the courts.

Le bail est défini par le Dahir des obligations et des contrats dans son article 627 comme étant un contrat par lequel l'une des parties cède la jouissance d'une chose mobilière ou immobilière pendant un certain temps moyennant un prix déterminé que l'autre partie s'oblige à lui payer. Par ailleurs, le bail commercial est un contrat de location des locaux utilisés pour l'exploitation d'un fonds de commerce, industriel ou artisanal. Selon Victoire de Bary : « Le bail commercial est un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble le loue à un preneur, qui est commerçant, industriel ou artisan, afin que ce dernier puisse y exercer une activité commerciale, industrielle ou artisanale »¹³⁶⁴.

Par ailleurs, le droit de location n'est pas un droit émergent. C'est l'un des anciens droits qui ont émergé depuis la découverte de la relation du louage. Dans l'ancien Dahir du 24 mai 1955 abrogé, on constatait la complexité d'obtention du droit à la location et la redondance du formalisme et des procédures.

Avant l'avènement de la loi, l'objectif de création d'un cadre juridique spécifique au bail commercial était la protection du fonds de commerce afin de permettre au commerçant de procéder aux investissements nécessaires aux moyens de production et de vente. Aujourd'hui, l'objectif est d'instaurer un équilibre entre la propriété commerciale et la propriété foncière, en permettant la cohabitation entre les règles d'ordre public et les règles conventionnelles qui sont laissées au libre choix des parties contractantes.

Au Bulletin officiel n°6490, en date du 11 août 2016, est publiée la loi n°49-16, relative aux baux à usage commercial, industriel ou artisanal qui a abrogé le Dahir du 24 mai 1955 après des décennies d'attentes de cette révision. Cette réforme a essayé d'adapter les dispositions législatives au développement du contexte et des besoins de l'économie actuelle en matière de sécurité des relations entre locataires et propriétaires, la restauration d'une équité dans les rapports entre eux, le développement et la pérennité des investissements réalisés par les locataires, le développement de l'immobilier commercial, la réduction du secteur informel¹³⁶⁵.

C'est difficile de dire que la nouvelle loi a rétabli l'équilibre entre la propriété foncière et la propriété commerciale, car il s'agit d'un objectif idéal. Toutefois, cette nouvelle loi a tenté de mettre en œuvre l'équilibre entre ces deux propriétés en adoptant des lignes directrices claires visant à protéger la sécurité contractuelle en élargissant la portée des avantages, en simplifiant les procédures de contentieux et en encourageant les propriétaires des fonds de commerce à des déclarations fiscales fiables et à les protéger contre l'arbitraire des propriétaires des immeubles. Ainsi, le législateur a essayé de tirer profit des solutions créées par la jurisprudence pour pallier le manque de textes juridiques ou l'ambiguïté. Ainsi, la loi 49-16 a modifié l'environnement juridique des propriétaires et des locataires de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal. La loi a élargi le champ d'application, a exigé un écrit en plus de la désignation d'état des lieux et la réglementation de la pratique pas de porte.

Ainsi, on s'interroge sur la manière avec laquelle la loi 49-16 a essayé d'instaurer l'équité entre le bailleur et le locataire et la sécurité juridique ?

¹³⁶⁴ Victoire de BARY, Le bail commercial : De la rédaction à la fin du contrat conseils pratiques, Afnor éditions, 2012, p : 2.

¹³⁶⁵ Mustapha EL HAFI, Les apports de la loi 49-16 au régime des baux commerciaux, Revue droit commercial, n°4, 2017, p : 226.

Pour répondre à cette problématique, nous allons traiter dans le premier chapitre : l'équité entre le bailleur et le locataire à la lumière de la loi 49-16, et dans le deuxième : l'instauration de la sécurité judiciaire entre le bailleur et le locataire à partir des dispositions de la loi 49-16.

Chapitre premier : L'équité entre le bailleur et le locataire à la lumière de la loi 49-16

La loi 49-16 relative aux baux à usage commercial, industriel ou artisanal contient des dispositions à travers lesquelles, le législateur tend à garantir un équilibre entre les droits des parties contractantes, à savoir ; le bailleur et le locataire. Certaines dispositions tendent à garantir les droits du bailleur (paragraphe 1) et d'autres tendent à garantir les droits du locataire (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les dispositions garantissant les droits du bailleur :

Dans la relation contractuelle, le bailleur peut être le maillon faible de cette relation, d'où la nécessité d'instaurer des dispositions pour le protéger, et parmi ces dispositions l'article 7 de la loi 49-16. Sachant que le bailleur doit une indemnité de résiliation sous réserve des exceptions prévues par l'article 8 de la même loi. Toutefois, le bailleur peut justifier par tous moyens que le préjudice causé est moindre, sans que l'indemnisation ne soit inférieure au montant du « pas-de-porte ». Par ailleurs, la loi interdit aussi toute clause dans le contrat qui tend à priver le locataire de l'indemnisation sauf les cas prévus par la loi 49-16¹³⁶⁶.

Le locataire peut exercer une ou plusieurs activités non prévues par le contrat de bail si ces activités ne soient pas incompatibles avec l'objet et les caractéristiques de l'immeuble¹³⁶⁷. Ainsi, le locataire ne peut affecter l'immeuble à un usage différent de celui déterminé par le contrat ou par l'immeuble¹³⁶⁸. Et si le bailleur conteste et en l'absence de titre, on doit décider en faveur du propriétaire¹³⁶⁹.

Par ailleurs, l'article 25 de la loi 49-16 prévoit que le locataire a le droit à la cession du bail à un tiers. En comparant cette disposition au droit commun, dans ce dernier, la cession du bail à un tiers ne peut avoir lieu qu'avec le consentement du locataire. En droit commercial, le locataire a le droit de céder son droit au bail sans obtenir l'accord du bailleur. La cession doit être signifiée au bailleur, à défaut, celle-ci lui sera inopposable. D'un autre côté, cette loi a institué un droit de préemption au profit du bailleur qui a le droit de reprendre le local en versant les sommes engagées par le nouveau locataire, et cela dans un délai de 30 jours à compter de sa signification. Passé ce délai, le bailleur sera déchu de son droit de préemption¹³⁷⁰.

La sous-location, soit total, soit partielle des locaux loués est autorisée sauf stipulation contraire. Toutefois, si le loyer de la sous-location est supérieur au loyer principal, le bailleur a le droit de demander la révision du loyer, soit à l'amiable, soit par voie judiciaire.

Parmi les droits du bailleur, nous citons le droit de refuser le renouvellement du bail commercial venu à terme. Le refus du bailleur donne lieu à un versement d'une indemnité d'éviction. Si le bailleur veut mettre fin au contrat de bail, il doit mettre en demeure le locataire en précisant la raison qu'il invoque et accorde un délai d'éviction dès la réception de la mise en demeure ; le premier délai est de 15 jours si le motif est le non-paiement des mensualités locatives ou si le local menace de

¹³⁶⁶ Article 8 de la loi 49-16 relative aux baux à usage commercial industriel ou artisanal.

¹³⁶⁷ Article 22 de la loi 49-16 précitée.

¹³⁶⁸ Article 663 du Dahir (9 ramadan 1331) formant code des obligations et des contrats (BO.12 septembre 1913).

¹³⁶⁹ Article 669 du Dahir des obligations et des contrats précité.

¹³⁷⁰ Article 25 alinéa dernier de loi 49-16 précitée.

tomber en ruine, et de trois mois, lorsque la requête est basée sur une volonté de reprendre le local pour usage personnel, pour démolition et reconstruction, pour extension ou surélévation ou pour un motif sérieux relatif à l'inobservation par le locataire des clauses du bail. Dans le délai de 6 mois de la fin du délai accordé au locataire, le bailleur a le droit de saisir la justice pour l'homologation de la mise en demeure. Le président du tribunal statuant en référé procède à l'examen du motif justifiant le congé et accepte la demande ou la refuse.

Par ailleurs, le bailleur peut demander la reprise des locaux au président du tribunal statuant en référé pour la reprise des locaux restant fermés ou abandonnés pendant une durée de six mois et le locataire ne paie pas son dû durant la même période. Alors, le président du tribunal statuant en référé peut ordonner l'ouverture du local et l'autorisation de sa restitution à son propriétaire. La demande de reprise du local en cas d'impayés doit être accompagnée des pièces justificatives : le contrat de bail, les constatations prouvant la fermeture ou l'abandon du local en précisant la durée, la mise en demeure si cette dernière reste infructueuse. Le président du tribunal ordonne une enquête pour s'assurer de la fermeture ou de l'abandon du local. Le juge pourra ordonner l'ouverture du local et autoriser sa restitution. Les effets de l'exécution de la décision intervenue en référé sont définitifs si l'absence du locataire se prolonge pendant une durée dépassant six mois à compter de la date de la décision, ce qui entraîne alors la résiliation du contrat de bail et la vente des biens meubles aux enchères¹³⁷¹. Si le locataire manifeste pendant la procédure, c'est-à-dire ; avant l'expiration du délai de six mois de la date de l'ordonnance, il peut saisir le président du tribunal de 1^{ère} instance statuant en référé pour la remise en état des lieux. Dans ce cas, le président du tribunal accorde au locataire un délai qui ne dépasse pas 15 jours pour régulariser sa situation, sinon, la procédure d'exécution se poursuivra.

L'article 8 de la loi 49-16 présente les cas d'exonération du bailleur de l'indemnité :

- Le défaut de paiement des loyers dans un délai de 15 jours à compter de la réception de la mise en demeure,
- Le changement d'activité du fonds de commerce sans l'accord du bailleur sauf si le locataire s'engage de remettre les lieux en état dans les 3 mois.
- Si le locataire procède à des changements sur les locaux sans l'accord du bailleur nuisant à l'immeuble et à sa sécurité ou augmentant ses charges à moins que le locataire s'engage à remettre les lieux à l'état initial dans le délai fixé par la mise en demeure et que les travaux soient effectués, dans tous les cas, dans un délai n'excédant pas trois mois,
- La perte de la clientèle et de la réputation du fonds de commerce en cas de cessation d'activité suite à la fermeture du local pendant au moins deux ans.
- Si le local est tombé en ruine du fait du locataire, de la force majeure ou d'un cas fortuit,
- La sous location en violation d'une clause contractuelle.

Concernant la clause résolutoire, et contrairement à l'ancien Dahir de 1955 relatif au bail commercial, le pouvoir discrétionnaire du juge est réduit. Si le bailleur insère une clause résolutoire

¹³⁷¹ Mohamed NAKHLI, La protection du fonds de commerce contre le bailleur des locaux : la propriété commerciale, Revue marocaine du droit commercial et des affaires, n° double 4-5, 2018, p : 21.

au contrat de bail commercial, et adresse une mise en demeure au locataire défaillant qui n'a pas payé trois mensualités, et cette mise en demeure reste infructueuse pendant 15 jours de sa date de réception, il a le droit de saisir le juge des référés pour la constatation de la réalisation de la condition et bien sûr ordonner la restitution du local.

Paragraphe2 : Les dispositions garantissant les droits du locataire :

Le locataire dans un contrat de bail commercial peut être un grand commerçant comme il peut être un petit commerçant. Dans le souci de préserver les intérêts de ce dernier, la nouvelle loi 49-16 a prévu des dispositions garantissant ses droits.

Ainsi, le locataire bénéficie du droit de renouvellement du contrat de bail quand la durée de jouissance est d'au moins deux années consécutives, cependant, le Dahir du 24 mai 1955 prévoyait quatre années si le contrat de bail est verbal. Si le locataire a payé une somme d'argent en contrepartie du droit au bail, la condition de jouissance de deux années ne sera pas requise. C'est la nouvelle notion du « pas-de-porte » qui n'était pas réglementé sous l'ancien Dahir de 1955.

Parmi les apports de la nouvelle loi 49-16, le locataire peut adjoindre une activité complémentaire à l'activité principale. Il peut élargir son activité à d'autres non prévues par le contrat si ces activités ne soient pas incompatibles avec l'objet et les caractéristiques de l'immeuble et ne compromettent pas la sécurité du local. Alors, si le locataire désire un changement d'activité, il devra faire connaître son intention au bailleur, ce dernier dispose de deux mois pour donner sa réponse et son silence vaut acceptation. En cas de refus, le locataire a le droit de saisir le président du tribunal statuant en référé pour l'autoriser à exercer la nouvelle activité¹³⁷². Par ailleurs, la cession du droit au bail a été réglementé par l'article 25 de la loi 49-16, cependant l'ancien Dahir du 24 mai 1955 avait laissé ladite cession à l'appréciation du juge ; certains considèrent que la notification au locataire n'est pas obligatoire et d'autres la considère comme une obligation. Dans la nouvelle loi, le preneur doit signifier la cession au bailleur pour qu'elle lui soit opposable. La sous-location est permise à travers les dispositions de l'article 24 de la loi 49-16 sans l'autorisation du propriétaire à moins que le contrat stipule autrement. Pour que la sous-location produit ses effets à l'égard du propriétaire, elle doit être signifiée à celui-ci. Quand le loyer de la sous-location est supérieur au prix de la location principale, le propriétaire a le droit d'exiger une augmentation du loyer, elle est déterminée soit par accord des parties soit par la justice en cas de désaccord.

Par ailleurs, l'éviction du locataire en cas de démolition et reconstruction du local donne lieu à un droit de préférence à celui-ci lorsque l'immeuble reconstruit ne permet pas la réinstallation de tous les locataires¹³⁷³. Ainsi, le propriétaire doit respecter le droit de priorité. Le non-respect de cette obligation donne droit au locataire d'une indemnité. Le locataire peut demander au juge d'astreindre le bailleur à prendre en charge les frais d'attente. Ce dernier a un délai de deux mois pour entamer les travaux, faute de quoi, il devra payer au locataire l'indemnité d'éviction, sauf si cela est dû à une force majeure.

Quand le bailleur refuse de renouveler sans justification, le locataire a droit à une indemnité égale au préjudice subit du défaut de renouvellement. Ainsi, la nouvelle loi 49-16 astreint les propriétaires à renouveler le bail commercial. L'indemnité d'éviction doit être égale à la valeur marchande du fonds de commerce établie à travers les déclarations fiscales des quatre dernières années, y s'ajoutent les frais de déménagement, de réinstallation, les frais supportés par le locataire

¹³⁷² Article 22 de la loi 49-16 précitée.

¹³⁷³ Article 14 de la loi précitée.

pour les réparations et amélioration du local et les éléments perdus du fonds de commerce et les frais de changement de domiciliation. Toutefois, sont nulles les clauses qui ont pour effets de faire échec au droit du locataire de bénéficier de l'indemnité résultant du refus du bail commercial.

La loi 49-16 a accordé trois mois au locataire pour remettre le local à son état initial s'il a changé son état ou a changé l'activité commerciale qu'il exerce¹³⁷⁴. Concernant, la validation du congé donné au locataire, le bailleur est déchu du droit de demander sa validation après six mois de la date d'expiration du délai accordé au locataire.

Toutes ces dispositions ont pour but d'instaurer l'équité entre le bailleur et le preneur.

Chapitre 2 : La sécurité judiciaire entre le bailleur et le locataire à travers les dispositions de la loi 49-16 :

Le grand souci de la nouvelle loi 49-16 est d'instaurer la sécurité judiciaire et contractuelle à travers l'exigence d'un acte écrit pour la conclusion du contrat de bail commercial (paragraphe1), il s'ajoute d'autres exigences qui visent à éviter la survenance de différends qui ont engorgé les tribunaux sous le toit de l'ancienne loi, en plus de converger la jurisprudence sur les questions qui ont soulevé des divergences (paragraphe2).

Paragraphe1 : Le formalisme dans le contrat de bail commercial :

La rédaction d'un acte écrit en matière du bail commercial est considérée comme l'une des nouveautés de la loi 49-16. Selon l'article 3 de ladite loi, le contrat de bail commercial doit être conclu par un acte écrit ayant date certaine¹³⁷⁵. En plus, les parties au contrat doivent établir un état descriptif des lieux lors de la remise du local qui servira plus tard comme preuve entre les parties.

D'une manière générale, l'importance de l'écrit incombe au locataire, car il s'agit d'un moyen de preuve, notamment lors du renouvellement du contrat de bail commercial car c'est un droit du locataire. L'objectif du législateur en imposant aux parties la rédaction d'un acte écrit ayant date certaine, était d'éviter les problèmes rencontrés par les tribunaux pour prouver l'existence du contrat. Cependant, cet acte a fait couler beaucoup d'encre entre deux positions doctrinales. Le développement de la position du législateur marocain en passant du principe d'échange du consentement dans le contrat de bail commercial à l'adoption de l'écrit, n'était pas au hasard. Il s'explique par un ensemble de raisons qui ont conduit à l'obligation de la rédaction d'un acte écrit dans ce type de contrat. La première raison, est la lutte contre l'évasion fiscale, car ces actes vont être la base de recettes fiscales importantes lors de leurs enregistrements. La deuxième raison, c'est de réduire les litiges soumis aux tribunaux. Ainsi, le système de formalisme offre un ensemble de garanties et de protection aux investisseurs.

Le débat doctrinal se présente comme suit : est ce que l'écrit est nécessaire pour la validité de l'acte ?

Le législateur a imposé l'écrit comme condition obligatoire pour la réalisation d'un contrat de bail commercial. Cependant, il a laissé aux parties du contrat le soin de rédiger leur contrat selon l'article 38 de la loi 49-16. Ainsi, l'écrit n'est pas une condition pour appliquer la loi 49-16, ce dernier reste applicable même si un bail commercial ne respectant pas l'article 3 de la loi 49-16.

¹³⁷⁴ Article 8 de la loi 49-16 précitée.

¹³⁷⁵ Article 3 de la loi 49-16 précitée.

Par ailleurs, l'inventaire des lieux se présente comme un document qui oblige le preneur à assumer sa responsabilité pour détérioration futur.

En droit français, le bailleur doit donner un inventaire des impôts et taxes supportés par le local et les charges payées pour sa maintenance.

Paragraphe 2 : Les dispositions visant à assurer la sécurité judiciaire dans la loi 49-16 :

En plus de consacrer la forme de l'écriture aux contrats des baux commerciaux, le législateur a stipulé un ensemble d'autres exigences visant à éviter la survenance de différends qui ont été mis aux regards des tribunaux en vertu de l'ancienne loi, et de converger la jurisprudence en la matière. Parmi les dispositions qui sont prévues par la loi 49-16, et qui ont pour but mettre fin aux divergences de la jurisprudence marocaine en matière des baux commerciaux, on trouve :

- ✓ Précise le délai accordé au locataire pour remettre les lieux à l'état initial dans un délai n'excédant pas trois mois (article 8, paragraphes 2 et 3) au lieu de laisser cette période indéfinie, ce qui ouvrirait la porte à des jurisprudence divergente ;
- ✓ Établir le principe de l'indemnité de résiliation, car le locataire a droit au renouvellement du bail commercial, sur des critères objectifs spécifiques et précis afin de réduire les différences observées entre les valeurs de l'indemnisation ordonnées par les tribunaux (article 7).
- ✓ Prévoir les cas où les baux des immeubles ou des locaux loués à usage commercial industriel ou artisanal et utilisés pour une partie comme habitation accessoire à ce dernier, dans lesquelles, le propriétaire n'a pas le droit à l'évacuation de cette partie ¹³⁷⁶:
 1. La reprise du local va porter préjudice grave à l'exploitation du fonds de commerce ;
 2. L'annexe des établissements touristiques et autres genres d'hébergements touristiques, des cliniques et établissements similaires et des établissements de l'enseignement privé ;
 3. Si locataire utilise une partie de l'immeuble en tant qu'habitation et l'éviction de cette partie ne peut avoir lieu indépendamment de la partie à usage commercial.
- ✓ Le montant de la cession du bail doit être déposé auprès d'une instance légalement habilitée à consigner les dépôts ¹³⁷⁷ ;
- ✓ Quand le tribunal décide le versement de l'indemnité complète pour causes de résiliation prévues par l'article 7 de la loi 49-16, la somme due ne peut être perçue qu'après la production d'une attestation délivrée par le secrétariat-greffe attestant que ledit fonds de commerce n'est grevé d'aucune inscription, et lorsque ce dernier est grevé d'une inscription, le locataire est tenu de notifier ses créanciers inscrits que l'éviction a eu lieu et qu'une indemnisation lui est due en lui donnant délai de 15 jours de la date de l'accusé de

¹³⁷⁶ Article 20 de la loi 49-16 précitée.

¹³⁷⁷ Article 25 de la loi 49-16 précitée.

réception pour s'opposer au versement de l'indemnité. Après l'expiration du délai de 15 jours, le locataire peut percevoir l'indemnité¹³⁷⁸.

Conclusion :

Si les principes de sécurité contractuelle et juridique tentent de coexister à travers la nouvelle loi relative aux baux des immeubles ou des locaux loués à usage commercial, industriel ou artisanal, il ne fait aucun doute que le pouvoir judiciaire, avec son rôle dans la réalisation de la sécurité judiciaire, aura la plus grande responsabilité dans l'application équitable et l'interprétation correcte des exigences de la loi.

Par ailleurs, il faut mettre en relief les centres commerciaux qui sont devenus nombreux, et ils dérogent aux dispositions de la loi 49-16. Ainsi, le locataire dans ces centres peut être évincé sans indemnité. Alors que la loi 49-16 n'a prévu aucune disposition pour la protection de ces commerçants et de leurs salariés.

Bibliographie :

Ouvrage en français :

- ✓ Victoire de BARY, Le bail commercial : De la rédaction à la fin du contrat conseils pratiques, Afnor éditions, 2012.

Articles en français :

- ✓ Mohamed NAKHLI, La protection du fonds de commerce contre le bailleur des locaux : la propriété commerciale, Revue marocaine du droit commercial et des affaires, n° double 4-5, 2018.
- ✓ Mustapha EL HAFI, Les apports de la loi 49-16 au régime des baux commerciaux, Revue droit commercial, n°4, 2017.

Lois :

- ✓ Loi 49-16 relative aux baux des immeubles ou des locaux loués à usage commercial, industriel ou artisanal promulguée par le Dahir n°1-16-99 du 13 chaoual 1437 (18 juillet 2016).

¹³⁷⁸ Article 30 de la loi 49-16 de la loi précitée.



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{ER}

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{ER}

www.Droitetentreprise.com



المركب الجامعي صندوق البريد: 539 طريق الدار البيضاء سطات 26000 المغرب

الهاتف: + (212) 5 23 72 12 76/75

الفاكس: + (212) 5 23 72 12 74

البريد الإلكتروني: www.uhl.ac.ma