



مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}

www.Droitetentreprise.com

جامعة الحسن الأول

UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}



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

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

مجلة القانون والأعمال الدولية

العدد 30 - أكتوبر 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

مجلة القانون والأعمال الدولية

الإيداع القانوني : ISSN: 2665-7910 - 2019 PE0018

ملف الصحافة : 2017 / 05

المدير المسؤول : الدكتور مصطفى الفوري

الهاتف : 0662226677

البريد الإلكتروني : Mforki22@gmail.com

جميع الحقوق محفوظة - مجلة القانون والأعمال الدولية 2020 ©



INTERNATIONAL
Scientific Indexing

Fresh Ideas for Growing your Citations

Certificate

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

Editor ICR Team
(ISI)

International Scientific Indexing
(ISI)



شهادة رقم (481-2020)

معامل التأثير العربي

مجلة القانون والأعمال الدولية

ISSN:2509-0291

قد حصلت على معامل التأثير العربي لعام 2019 وقدره 0.6

الاستاذ الدكتور محمود عبد الحافظ



مدير مشروع معامل التأثير العربي
13 أكتوبر 2019

الإدارة العلمية

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

المدير المسؤول

الدكتور مصطفى الفوركى : أسناد زائر بكليات الحقوق

نواب المدير المسؤول

الدكتورة منى كامل تركي: أسناد القانون الدولي بكليات الإمارات - محكمة دولي
الأسناد محمد أمين اسماعيلي : باحث في العلوم القانونية - الإدارة التقنية

مدير التحرير

الأسناد محمد أفقيير : باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق بسطات

روابط مهمة

الموقع الإلكتروني : www.droitentreprise.com

صفحة المجلة : www.facebook.com/droitentreprise

البريد الإلكتروني : MFORKI22@GMAIL.COM

قانون الأعمال

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

القانون المدني

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

قانون الشغل

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

قانون المعاملات الإلكترونية

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

القانون الضريبي

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

القانون العقاري و الأسرة

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

القانون الجنائي

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

القانون العام و العلوم السياسية

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

القانون الإداري و الدستوري

- الدكتور اكرامي بسيوني عبد الحي خطاب : أستاذ بجامعة شقراء - المملكة العربية السعودية

القانون الدولي

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

العلوم الأمنية و الاستراتيجية

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

- 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. هشام بلخنفر : محام بهيئة اكادير - دكتور في الحقوق
- د. أسماء مقاص : دكتورة في الحقوق - مسؤولة العلاقات العامة بالمجلة -
- د. حكيمة مؤذن : دكتورة في العلوم القانونية والسياسية
- د. المهدي بوي : دكتور في الحقوق
- د. إبراهيم اشويعر : دكتور في الحقوق
- د. ياسين الكعيوش : دكتور في الحقوق
- د. محمد بلحاج الفحصي : دكتور في الحقوق
- د. عبد الواحد الدافي : دكتور في القانون الخاص
- 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. 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 بومديان : باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق سلا
- د. يونس الصالحي : باحث بصف الدكتوراه
- د. محمد حفو : باحث في سلك الدكتوراه بكلية الحقوق وجدة
- د. وصال الشرقي : باحثة بصف الدكتوراه كلية الحقوق السويسي
- د. قمرية قباب : باحثة بصف الدكتوراه كلية الحقوق جامعة محمد الخامس الرباط
- د. دنيشي يونس : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- د. خديجة جليلي : باحثة بصف الدكتوراه بدار الحديث الحسنية
- د. حسناء جبران : باحثة في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- د. مريم خراج : باحثة بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- د. فاطمة أفقيير : محامية متمرنة بهيئة أكادير
- د. نبيل سديري : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات

- د. محمد عبد الجليل الشيخ القاضي : دكتور في الحقوق - رئيس مركز نواكشوط للدراسات القانونية و الإجتماعية
- د. محمد يحظيه ولد البكاي : باحث بصف الدكتوراه بجامعة انواكشوط العصرية موريتانيا - ممثل المجلة في موريتانيا
- د. مصطفى رمضان عبد القادر - مدرس مساعد بجامعة دهوك التقنية - معهد ناكري - ممثل المجلة في العراق

محتويات العدد

كلمة افتتاحية

- 12 إدارة مجلة القانون والأعمال الدولية
- محور الدراسات والأبحاث باللغة العربية
- تكريس مبادئ الحكامة في ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر: الإعلام والمشاركة أنموذجا
- 14 أوكيل محمد أمين - أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر
- المسؤولية الجنائية بين التحمل والامتناع في القانونين المغربي واليمني - دراسة مقارنة
- 29 عمر عوض أحمد الحاتله أستاذ مساعد بكلية الحقوق جامعة عدن-اليمن
- التكوين ودعم القدرات مدخلان للارتقاء بالعمل البرلماني
- 43 محمد الغواطي - أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا - المغرب
- إمكانية العدول عن التعاقد بدون سبب في قانون حماية المستهلك العماني
- 50 يوسف احمد نوافله - أستاذ مساعد - كلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس - سلطنة عمان
- نظام التأمين على الودائع في التشريع الجزائري
- 73 شيخ محمد زكرياء - أستاذ محاضر - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر
- الشروط الخاصة بدعوى المسؤولية الضريبية
- 83 عزيزة تابتي - دكتورة في الحقوق - المغرب
- تدخل إدارة الجمارك في قضايا المخدرات
- 103 عبد الناصر البقالي - دكتور في الحقوق - المغرب
- النظام القانوني لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية في القانون الجزائري (دراسة تحليلية)
- 118 كركوري مباركة حنان - دكتورة في الحقوق - جامعة قاصدي مرباح - ورقلة - الجزائر
- سلطة الضحية في إنهاء الدعوى العمومية
- 129 الشرقاوي القرقار - دكتور في الحقوق - المغرب
- أثر ديناميكية النصوص على استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملأك الوطنية الخاصة في ظل التشريع الجزائري
- 147 حمرا العين عبد القادر - دكتور في الحقوق جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر
- تقييم الأداء الوظيفي وعلاقته بتحسين جودة الخدمات بالقطاع العام
- 159 أحمد ميساوي - دكتور في الحقوق - المغرب
- الآليات القانونية لحماية البيئة الطبيعية من التلوث الصناعي في الجزائر
- 181 محمد قاسمي - باحث في سلك الدكتوراه جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2- الجزائر
- الإستثناءات الواردة على نطاق تطبيق المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية - مقارنة قانونية اقتصادية -
- 200 زكية الكوط - طالبة باحثة بسلك الدكتوراه مختبر القانون الخاص - كلية الحقوق بفاس - المغرب
- مجلس العقد الإلكتروني عبر الإنترنت - دراسة مقارنة
- 214 نادية ياس البياتي - أستاذ مساعد في القانون المدني جامعة الفلاح - دبي - الامارات العربية المتحدة

- الفراغ لحق التصرف في الأراضي الأميرية غير الخاضعة للتسجيل في إطار التشريعات النافذة بالصفة الغربية
- 235 جواد حسين عاهد عيسه - استاذ القانون المدني المساعد كلية الحقوق والإدارة العامة - جامعة بيرزيت - فلسطين
تدبير صندوق المقاصة وانعكاساته على القدرة الشرائية للمواطنين المغاربة
- 252 يونس مليح - باحث بصف الدكتوراه جامعة محمد الخامس - المغرب
الحماية المدنية لأطراف عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980
- 262 عبدالله احمد السليطي - باحث في القانون جامعة قطر - قطر
خصائص المناهج القانونية الكبرى المعاصرة: دراسة مقارنة بين العائلات القانونية الكبرى
- 277 عبدالله عفاص المري - باحث في القانون الخاص كلية الشرطة - قطر
اختصاص المحاكم الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي
- 298 منى سالم الوسمي - أستاذ القانون المساعد- جامعة الشارقة - الإمارات العربية المتحدة
المواجهة التشريعية لجريمة التدخين في التشريع الفلسطيني "دراسة تحليلية"
- 330 سامر سمير نجم الدين - أستاذ القانون المساعد كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة الخليل، فلسطين
العنف الأسري ضد المرأة في زمن جائحة كورونا
- 355 حسان بيشا - باحث بصف الدكتوراه جامعة الحسن الأول بسطات - المغرب
المسؤولية الجنائية للمؤسسات البنكية عن جريمة غسل الأموال
- 371 أيوب الترفوس - باحث بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق - جامعة عبد المالك السعدي - المغرب
التطبيقات القضائية لمفهوم العدالة الإجرائية في نزاعات الشغل: الفصل التأديبي نموذجاً
- 381 محمد بكار - باحث بصف الدكتوراه - المغرب
تأمين المقاول على فقدان الاستغلال
- 395 زكرياء الشويخي - باحث بسلك الدكتوراه كلية الحقوق السويسي - جامعة محمد الخامس- المغرب
رهن الديون والحسابات البنكية كأحد أبرز مستجدات القانون 21.18 دراسة مقارنة بين التشريع المغربي والتشريع الفرنسي
- 413 محمد القدري - باحث بسلك الدكتوراه كلية الحقوق السويسي - جامعة محمد الخامس- المغرب
مدونة الشغل وفق ما جرى به العمل القضائي
- 429 كوثر البقالي - باحثة بصف الدكتوراه، مختبر قانون الاعمال جامعة الحسن الأول بسطات - المغرب
واقع تطبيق ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية (E-HRM) في وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الاردن من وجهة نظر الموظفين -دراسة ميدانية
- 442 أسامة سليمان علي الصلاحيين - دكتور في إدارة الأعمال - الأردن
العنف في الملاعب الرياضية - دراسة شرعية قانونية-
- 462 مصطفى اصبيحي - باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بفاس - المغرب
توجيه الإشعار بالإفراغ بين الحق والالتزام في ضوء القانون رقم 67.12
- 483 أشرف زركاكي - باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق- جامعة محمد الخامس- المغرب
الطفل ضحية الاعتداءات الجنسية بين أوجه الحماية الجنائية و محدوديتها
- 500 كوثر زركان - باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق بفاس - المغرب

المشاركة جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي في التشريعات الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة

أ.د منى كامل تركي - استاذ القانون الدولي العام - الإمارات العربية المتحدة 510

محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية

L'inadaptation des Concepts Traditionnels du Droit Commun aux Propriétés des Valeurs Mobilières en Droit Marocain

Zineb Fassi Fihri - Professeur en Droit des Affaires fsjes fes - MAROC 537

La clause de non concurrence en droit du travail : "Approche pratique"

DOURHANI Yassine - Enseignant chercheur en droit des affaires FSJES MARRAKECH - MAROC 554

L'emploi d'un salarié étranger

Mohamed Kellati - Enseignant Chercheur à L'FSJES - EL-Jadida - MAROC 562

L'adaptation du contrat de vente international à l'épreuve De la Covid 19

Ben kaid Youssef - Docteur en droit privé - MAROC 571

LE ROLE DU NOTAIRE DANS LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR IMMOBILIER

Mohammed EL KASSMI - Etudiant chercheur en cycle doctoral - MAROC 579

La protection pénale du cyberconsommateur face à la pandémie du virus COVID-19

Mohammed Rabie HAJIB -
Étudiant chercheur en Droit privé et sciences Criminelles - MAROC 585

محور الدراسات والأبحاث باللغة الإنجليزية

Majority law in shareholders' associations

Arroussi Sacia - Benyoucef Benkhedda Algiers 1 University - ALGERIE 601

Coronavirus Crisis and Digital Transformation of Moroccan Courts

Alaoui Mohammed - A
PhD Student in Economic Law and Legal Studies – fjes FES - MAROC 611

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

جميع الحقوق محفوظة لمجلة القانون والأعمال الدولية © 2020

كلمة افتتاحية

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

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

فمما لا شك فيه أن المعرفة تكون أكثر فاعلية عندما يكون الوصول إليها سهلاً، ولقد كان النشر الورقي، حتى وقت قريب، هو الوسيلة الوحيدة المتاحة للنشر العلمي، أما اليوم فقد أصبح النشر الإلكتروني هو الوسيلة المثلى للنشر العلمي، وذلك لما يتميز به من مزايا عديدة لا يتسع المجال لحصرها، أهمها على الإطلاق سهولة الوصول وسرعة الانتشار،

فمن يكتب يعلم الكثير عن مشكلات النشر وإحباطاته وإهداره للوقت والجهد، وتعت بعض الناشرين، وعدم موضوعية بعضهم الآخر، ومن يقرأ يعرف أكثر عن العوز إلى المعلومة والتكلفة العالية للحصول عليها، والجهد الكبير الذي يبذل من أجل الحصول عليها، والذي قد يصل في بعض الأحيان إلى قطع آلاف الأميال وترك الأهل والوطن بحثاً عن المعرفة.

وقد أتاح النشر الإلكتروني الفرصة أمام من يكتب ومن يقرأ للاقتصاد في الوقت والجهد في ظل الظرفية الصحية الراهنة التي تعرفها دول العالم.

وعلى الرغم من الأهمية الكبيرة للنشر الإلكتروني فما زالت المكتبة العربية الإلكترونية تعاني نقصاً كبيراً في هذا المجال، لذا تتقدم مجلة القانون والأعمال الدولية إلى كافة دور ومؤسسات النشر والمؤسسات والهيئات العلمية في الوطن العربي، والتي مازالت حتى هذه اللحظة بعيدة عن مجال النشر الإلكتروني، أن تسرع الخطى لولوج هذا المجال،

خاصة وأن البشرية تسير نحو عالم وعلم بلا ورق، حيث نبذل قصارى جهدنا لكي نتبوا مكانة متميزة في مجال النشر العلمي ليس فقط على المستوى الإقليمي، وإنما أيضاً على المستوى العالمي، يساندنا في ذلك هيئة علمية من أساتذة القانون الاجلاء بكليات الحقوق والمراكز البحثية والحقوقية من مختلف دول العالم، لتقييم البحوث العلمية التي ترد إلى مجلة القانون والأعمال الدولية.

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

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

إدارة مجلة القانون والأعمال الدولية

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}

www.Droitetentreprise.com



محور الدراسات والأبحاث باللغة العربية

تكريس مبادئ الحوكمة في ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر الإعلام والمشاركة أنموذجاً

أوكيل محمد أمين

أستاذ محاضر قسم "أ"، أستاذ بحث،

مخبر فعلية القاعدة القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر

ملخص

حرص المؤسس الدستوري في الجزائر على تكريس مبادئ الحوكمة من خلال التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016، والذي دسّر دعامتين أساسيتين للانتقال الديمقراطي والانفتاح السياسي والمؤسّساتي في الدولة، وهما آلية الإعلام الإداري والديمقراطية التشاركية. وعلى هذا الأساس يهدف هذا المقال لتبيان وتحليل أسس وأبعاد ترسيخ معالم الحوكمة في الدستور، وانعكاساتها على ترشيده أداء المؤسسات العامة وسبل ممارسة السلطة لا سيما على المستوى المحلي في الجزائر. بحيث خلصنا لتبيان العلاقة العضوية التي تجمع كلا من آلية الإعلام والحق في الولوج إلى المعلومة الإدارية ومبدأ المشاركة الديمقراطية، بحيث تعدّ الإعلام رافعة لممارسة المقاربة التشاركية عبر وسائلها الواردة في القانون الوطني والمتمثلة أساساً في كل من الاستشارة العمومية والتشاور العمومي.

الكلمات المفتاحية: الإعلام الإداري، المعلومة الإدارية، المشاركة، الديمقراطية التشاركية.

Résumé

Le constituant en Algérie a tenu à consacrer les principes de gouvernance à travers l'amendement constitutionnel du 6 mars 2016, qui couvrait deux principaux piliers de la transition démocratique et de l'ouverture politique et institutionnelle de l'État, à savoir le mécanisme de l'accès à l'information et la démocratie participative. Sur cette base, cet article vise à clarifier et analyser les fondements et les dimensions de l'ancrage des caractéristiques de la gouvernance dans la constitution, et leurs implications pour la rationalisation de la performance des institutions publiques et des modes d'exercice du pouvoir, notamment au niveau local en Algérie. Nous avons donc conclu à clarifier la relation organique qui lie à la fois le droit d'accès à l'information administrative et le principe de participation démocratique, afin que les médias soient considérés comme un levier pour pratiquer l'approche participative à travers ses moyens contenus dans le droit national, qui sont principalement à la fois la consultation publique et la concertation publique.

. Les mots clés : Informations administratives, accès à l'informations, participation et démocratie participative.

مقدّمة:

شهد مسار البناء الديمقراطي والإصلاح المؤسساتي لهياكل الدولة ومرافقها الإدارية في الجزائر منعرجا حاسما، عقب إقرار التعديل الدستوري في 6 مارس 2016 الذي كرس بشكل صريح مسعى الانفتاح الإداري على الجمهور وتقريب المرافق العامة من المواطنين ، والذي جسده إقرار مبدأ مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم المحلية، من خلال نص المادة 15 من الدستور، التي تهدف لضمان مشاركة أفراد المجتمع في مجال التسيير المحلي عبر قنوات جديدة مكّمة لأدوات التسيير الكلاسيكية، بعدما صارت هذه الأخيرة لا تفي وحدها بتجسيد محتوى الديمقراطية الحقيقي، القائم على تحقيق إرادة الجمهور وبلورتها في صلب السياسات العامة، وهو الرهان الذي ترفعه الديمقراطية التشاركية من خلال جعل الجمهور - مصدر السلطة- فاعلا في تنفيذها كذلك، لتعلن بذلك مشاركة المواطنين القطيعة نهائيا بدور هؤلاء التقليدي المنحصر في الانتخاب فقط كما تمليه أصول الديمقراطية التمثيلية.

وعلى هذا الأساس فإنّ سبيل تمتين علاقة الدولة بالجمهور وترشيدها لا يقف عند حد إصلاح المنظومة الإدارية والمرافق العمومية فقط، وإنما يتم بإقحام المجتمع المدني بمختلف تنظيماته في استراتيجية الدولة للتسيير والتنمية وانخراطه في مسار اتخاذ القرارات العامة، باعتباره شريكا وفاعلا أساسيا في استطلاع انشغالات المواطنين وطرحها في سياق السياسات العامة ومتابعة حسن تنفيذها، وعليه يعد مستوى إسهام المجتمع في تدبير الشأن العام المقياس المحدّد لمدى قوة منظومة الحكم ورشادة مرافق الدولة ونجاعة ممارسة السلطة امتثالا لتجسيد الحكامة وأسس الحكم الراشد، وعلى رأسها مبادئ المشاركة والشفافية والرقابة الشعبية في الأنظمة السياسية والقانونية المقارنة.

وفي هذا الإطار حرص المؤسس الجزائري على دسترة حق الاطلاع والحصول على المعلومة بوصفه صميم الشفافية وإحدى المبادئ الأساسية التي تعزّز شرعية الدولة وتنظّم مرافقها واستمرارية مؤسساتها، وتضمن تحسين علاقتها بالجمهور بما يتيح تقديم خدمة عمومية ناجعة تفي بإشباع طلباته وتطلعاته المشروعة ، فضلا عن كونه دعامة أساسية لإنجاح التحول الديمقراطي نحو إقرار مبدأ المشاركة كنموذج تسيير جديد مكمل للديمقراطية التمثيلية، لكون ممارسة المشاركة يقتضي بالضرورة إقامة الشفافية في التسيير ووضوح قواعد وسياسة الإدارة وتدبير الشؤون العامة وإتاحة المعلومة للمجتمع، حيث جاء التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 يؤكد حق المواطنين في النفاذ إلى المعلومة الإدارية من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 51 من الدستور.

وعلى هذا الأساس تهدف هذه الورقة البحثية لتبيان مبادئ المشاركة والحق في الإعلام ودورهما في تكريس التحول الديمقراطي والدستوري في الجزائر، باعتبارهما من أهم الدعائم الجديدة لترشيد علاقة الدولة بأفراد المجتمع في إطار التعديل الدستوري ل6 مارس 2016، وكذا نطاق وأفق تفعيلهما في الممارسة الراهنة، وهذا من خلال طرح الإشكالية التالية:

فيما تتمثل أبعاد وانعكاسات تكريس مبدأ المشاركة وحق في الاعلام الإداري في الدستور من خلال تجربة التحول الديمقراطي والإصلاح المؤسساتي في الجزائر؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا اعتماد خطة مقسمة لمحورين، تناولنا في الأول، تكريس مبدأ المشاركة والإعلام في مسار الانتقال الديمقراطي في الجزائر، بينما عالجنّا في المحور الثاني، الديمقراطية التشاركية والحق في الإعلام الإداري كآليتين لترشيد علاقة الدولة بالمجتمع.

المحور الأول: تكريس المشاركة والإعلام من خلال مسار الانتقال والإصلاح الديمقراطي في الجزائر

لم تكن الديمقراطية التشاركية كمبدأ فكريا دخيلا عن التشريع الوطني، فقد كانت حاضرة في جل الدساتير في الجزائر ولكن بصفة ضمنية وفي مجال محدود ببعض التشريعات القانونية فقط، إلى أن تم تكريسها الفعلي بشكل صريح عقب صدور قانون البلدية 10-11 الذي أسس قواعد هذا المبدأ وأساليب ممارسته، والذي جاء استجابة لسلسلة من الإصلاحات التي تضمنها خطاب رئيس الجمهورية الموجه للأمة في 15 أبريل 2011، ثم ليتم ترسيخها نهائيا كإحدى مبادئ التنظيم الديمقراطي بنص صريح في الدستور إثر التعديل 6 مارس

2016 (الفرع الأول). ولا يحيد الأمر كثيرا بالنسبة للحق في الإعلام الإداري، الذي أقره المؤسس الجزائري من خلال التعديل الدستوري الأخير المؤرخ في 6 مارس 2016 في نص المادة 51 من الدستور، والذي جاء بتتويجا لمسار الإصلاح الإداري والمؤسساتي لهيكل وأجهزة الدولة ولنشاط مرافقها العامة المنتهج في العديد من القوانين والتنظيمات فضلا عن الاتفاقيات التي اعتمدها الجزائر (الفرع الثاني).

- الفرع الأول/ التكريس القانوني للديمقراطية التشاركية في القانون الوطني

نتطرق فيما يأتي لمسار تكريس المقاربة التشاركية في القانون الوطني.

1- قراءة في المرجعية السياسية لتكريس مبدأ المشاركة في الجزائر

ترجع بداية تكريس الديمقراطية التشاركية بشكل صريح إلى خطاب رئيس الجمهورية الموجه للأمم المتحدة المؤرخ في 15 أبريل 2011⁽¹⁾ والذي صدر في ظل مرحلة سياسية دقيقة فرضها الحراك الشعبي أو ما عرف بـ "الربيع العربي". كانت هذه الأحداث بؤار مباشرة للإسراع في الانتقال إلى إصلاحات واسعة في نظام ممارسة السلطة، وعلى رأسه القانون السامي الذي صدر تعديله في 6 مارس 2016 متضمنا إصلاحات عديدة، بهدف تعزيز أكبر مجال التمتع بالحقوق والحريات وممارسة الديمقراطية لا سيما على الصعيد المحلي.

وبغية تعزيز هذه المطالب، وباعتبار الجماعات الإقليمية هي النواة القاعدية لممارسة السلطة وتدير الشؤون المحلية، جاءت الإشارة مباشرة في نص الخطاب الرئاسي إلى ضرورة تعزيز ومراجعة أسس ممارسة الديمقراطية المحلية وسبل تحريك التنمية مع التأكيد على الدور المحوري لإشراك الجمهور في معادلة التسيير العمومي المحلي⁽²⁾.

2- إقرار قانون البلدية 10-11: أداة محورية لتكريس الديمقراطية التشاركية

صدر نص القانون رقم 10-11 المتضمن قانون البلدية 3 مرسخا لقيمة البلدية بكونها قاعدة النظام اللامركزي. ونص صراحة على كونها الفضاء الأنسب لممارسة المواطنة ومشاركة المواطنين في شؤون التسيير المحلي عبر المجالس المنتخبة⁽⁴⁾، وعلاوة على ذلك تضمن قانون رقم 10-11 بابا خاصا بمبدأ المشاركة وهو الباب الثالث بعنوان: "مشاركة المواطنين في تسيير شؤون البلدية"، يقع في 4 مواد: من المادة 11 إلى المادة 14 شملت التأكيد على دور البلدية الأساسي في ممارسة الديمقراطية المحلية ومشاركة المواطنين في التسيير المحلي، وعلى دور المجالس المنتخبة في حث المواطنين على المشاركة بالإضافة إلى الجمعيات المحلية، فضلا عن تكريسه أدوات المشاركة: كالاستشارة العمومية، وحق الاطلاع والولوج إلى المعلومة الإدارية، بغية تكريس سياسة القرب وتعزيز منافذ الانفتاح الإداري والمرفقي على الجمهور، وتقريبهم من مجريات اتخاذ القرار، وتسهيل إشراكهم في دعم التنمية المحلية.

ومما سبق يظهر أن الديمقراطية التشاركية قد نالت مكانة بارزة في مسار التحول الديمقراطي الذي عرفته الجزائر، وتعد من معالم إصلاح الإدارة وتحديثها ومن مقومات التسيير المحلي وآلية محورية لمساهمة المجتمع المدني في ممارسة المواطنة والمشاركة في عملية التنمية المحلية، وعلاوة عن تكريسها الصريح في الدستور كما سيأتي بيانه، وقانون الجماعات المحلية كما سبق ذكره، فإن العديد

¹ نص خطاب رئيس الجمهورية الموجه للامة، مؤرخ في 15 أبريل 2011، متوفر على الرابط التالي:

<http://www.el-mouradia.dz/arabe/president/activites/presidentacti.htm>

(تاريخ الاطلاع عليه: 5 أوت 2018)

² حيث جاء في نص الخطاب الرئاسي: "سيتم قريبا اتخاذ إجراءات هامة تعطي نفسا جديدا لإدارة برامجنا ولتنشيط جهاز الدولة. وستأتي هذه الإجراءات لدعم محاربة البيروقراطية والاختلالات المسجلة في إدارتنا والتصدي لأي تلاعب ومساس بالأموال العمومية. وخلال هذه السنة سيشعر في عملية تشاورية على المستوى المحلي مع المواطنين والمنتخبين والحركة الجمعوية والإدارة لتحديد أهداف التنمية المحلية على نحو أفضل وتكييفها مع تطلعات الساكنة." المرجع نفسه.

³ قانون رقم 10/11 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37، مؤرخة في 3 يوليو 2011

⁴ حسب ما جاء في نص المادتين 103 و2 من قانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

من القوانين تعتمد المبدأ بشكل صريح في صلبها كقانون المدينة⁽⁵⁾ وقانون الوقاية من الفساد⁽⁶⁾ وقانون البيئة⁽⁷⁾ وغيرها من القوانين التي تؤكد دور المواطنين ومختلف أطراف المجتمع المدني في تكريس الديمقراطية التشاركية.

3- تدرّج تكريس مبدأ المشاركة في إطار تجربة الانتقال الدستوري والديمقراطي في الجزائر

عرفت المراحل السابقة عن اعتماد قانون البلدية 10-11 تعاملًا محتشما مع تبني مبدأ الديمقراطية التشاركية في الجزائر، وذلك رغم اتفاق جل الدساتير الوطنية على الإشارة في صلبها لمبدأ المشاركة⁽⁸⁾ فأول إشارة له وردت بمقتضى صدور دستور 22 نوفمبر 1976⁽⁹⁾، حيث جاء في ديباجته: "تقوم دعائم الدولة الجزائرية على مشاركة الجماهير في تسيير الشؤون العمومية...". وفي نص المادة 34 منه كذلك: "يستند تنظيم الدولة إلى مبدأ اللامركزية القائم على ديمقراطية المؤسسات والمشاركة الفعلية للجماهير في تسيير الشؤون العمومية"، وحيث لا يمكن إنكار دور دستور 1976 في وضع أولى خطوات مبدأ المشاركة، فإن هيمنة الحزب الواحد على كل مفاصل الدولة وتسيير المؤسسات ألفت بتداعياتها على العلاقة بين الإدارة والمواطن، حيث ظل الأخير مغيبًا ومهمشًا بسلطة الحزب، الوسيط ومحور الربط الفعلي بين الإدارة والجمهور⁽¹⁰⁾.

فالعلاقة بين الإدارة المحلية والمواطن بقيت رهينة سياسات تقليدية قائمة على المفهوم الاشتراكي السائد وسيطرة الحزب الواحد حتى نهاية الثمانينيات، والذي أفرز حصيلة رديئة مثقلة بالتراكمات والتعقيدات الإدارية على غرار تفشي البيروقراطية وسوء تسيير المرافق العامة والقصور الحاد في نوعية ونجاعة الخدمة العمومية، فضلا عن عجز الديمقراطية التمثيلية في تحقيق الفعالية المرجوة من التسيير وإدارة المرافق والهيئات المحلية وضمان الخدمة العمومية المطلوبة، لشبه الانفصال الدائم للهيئة المنتخبة والمصالح الإدارية الموضوعة تحت تصرفها عن انشغالات المواطنين وتطلعاتهم، بالإضافة إلى غياب مفهوم الديمقراطية التشاركية ومحدودية أدوات تطبيقها وضمانات ممارستها في الواقع وهو ما فرض تغييرا شبة كلي للمواطنين عن مجريات اتخاذ القرار المحلي وتداعياته.

جاء دستور 23 فبراير 1989⁽¹¹⁾ معلنا قطيعة نهاية مع التوجه الاشتراكي لإدارة الدولة وتسيير مؤسساتها وسيطرة الحزب على مرافق الدولة وهيئاتها، بإعلانه بداية الانفتاح الديمقراطي والإصلاح المؤسساتي وتضمينه المزيد من الحقوق والحريات وتعزيزه سبل ممارسة الرقابة الشعبية والمواطنة، حيث كان النص صراحة في المادة 16 منه على: "تمثل المجالس المنتخبة قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية". وهي المادة نفسها التي احتفظ بها دستور 1996⁽¹²⁾، حيث استمر هذا المكسب الدستوري راسخا في المنظومة القانونية للدولة باعتباره أحد الثوابت الأساسية في ممارسة الديمقراطية، وهو ما أقره صراحة المؤسس الجزائري بموجب التعديل الأخير في 6 مارس 2016، حيث حافظ على هذا النص وعزز بنص جديد ألزم الدولة فيه بتدعيم ممارسة الديمقراطية التشاركية

⁵ قانون رقم 06-06 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة، جريدة رسمية رقم 15 مؤرخة في 12 مارس 2006.

⁶ قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 8 مارس 2006، متمم بالأمر 05-10 مؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية رقم 50 مؤرخة في 1 سبتمبر 2010، متمم بالقانون 11-15، مؤرخ في 2 أوت 2011، جريدة رسمية عدد 44 مؤرخة في 10 أوت 2011.

⁷ قانون 03-10 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 20 جويلية 2003.

⁸ باستثناء دستور 8 سبتمبر 1963، أنظر:

La Constitution Algerienne du 8 Septembre 1963, J O R D A D P, N64, du 10 septembre 1963

⁹ الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 المتضمن إصدار الدستور، جريدة رسمية عدد 94 مؤرخة في 24 نوفمبر 1976

¹⁰ غزلان سامية، علاقة الإدارة بالمواطن، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2010، ص 122

¹¹ مرسوم رئاسي 89-18 مؤرخ في 28 فبراير 1989 يتضمن نشر دستور 23 فبراير 1989، جريدة رسمية عدد 9 مؤرخة في 1 مارس 1989

¹² دستور 28 نوفمبر 1996 جريدة رسمية عدد 76 مؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 والقانون رقم 02-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 وبالقانون 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016.

على المستوى المحلي، مع اعتبارها من مبادئ ممارسة السلطة، وهذا ما نلمسه من خلال الفقرة الثالثة من المادة 15 من الدستور: "تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي و... تشجع الدولة الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية".

- الفرع الثاني/ تكريس الحق في الإعلام والولوج إلى المعلومة في القانون الوطني

يعتبر حق المواطن في الإعلام والنفاذ إلى المعلومة حقا من حقوق الانسان تتضمنه العديد من الإعلانات والمعاهدات الدولية ذات الصلة (13) علاوة على إقراره في غالبية التشريعات المقارنة لتكريس سياسة الانفتاح الإداري على الجمهور وتعزيز قواعد الشفافية في التسيير (14). عرّفت منظمة الشفافية الدولية حق الولوج إلى المعلومة بأنه: "الحق المقرر للمواطنين بموجب القانون للحصول على المعلومات التي تملكها الدولة ومؤسساتها وأجهزتها" (15).

أقرّت الجزائر حق الولوج إلى المعلومة عبر مجموعة متفرقة من النصوص القانونية المكرّسة للإصلاح الإداري وتقريب الإدارة من المواطنين. اقترنت عملية تقنين هذا الحق بسياسة الإصلاح الإداري المنتهجة في الجزائر، والتي مست مؤسسات الدولة ومرافقها العمومية ككل وفي مقدمتها الجماعات الإقليمية، بهدف ترشيد العلاقة بين الإدارة والمواطن وتحسين الخدمة العمومية وتعزيز فرص مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم العامة والتي تتوجت بتكريسه في الدستور بموجب التعديل 2016.

1- الحق في الاعلام والولوج إلى المعلومة في الدستور

كرّس المؤسس الجزائري على غرار العديد من الدساتير المقارنة (16) حق المواطنين في الوصول إلى المعلومة في التعديل الدستوري الأخير المؤرخ في 6 مارس 2016، حيث نصّت المادة 51 من الدستور، على: "الحصول على المعلومات والوثائق الإدارية والاحصائيات ونقلها مضمونان للمواطن".

وعلى هذا الأساس يكتسب حق الولوج إلى المعلومات الإدارية، ضمانة دستورية تجعله ضمن مجموعة الحقوق المكفولة بحماية النص الأسمى في الدولة، كما يفرض على السلطات المسؤولة على إنفاذه التزامات ضمانه للمواطنين وعدم التصرف فيه إلا بالحدود المبيّنة في الدستور (17). والجدير بالتنويه في هذا الصدد هو إسناد المؤسس أمر تطبيق وإعمال حق الاطلاع على المعلومات إلى قانون خاص بحيث يضطلع هذا القانون بتبيان أسس وضوابط تفعيل حق المواطن في الاطلاع والحصول على المعلومات وكذا الاستثناءات الواردة عليه.

¹³ أنظر على سبيل المثال كلا من:

نص المادة 19 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 14 ديسمبر 1948 بموجب القرار 217 أ (د-3).
نص المادة 19 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، انضمت إليه الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-67 مؤرخ في 16 ماي 1989، جريدة رسمية عدد 20 مؤرخة في 1989.

¹⁴ أنظر على سبيل المثال، قانون النفاذ إلى المعلومة في تونس: قانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 مؤرخ في 24 مارس 2016 يتعلق بالحق النفاذ إلى المعلومة، الرائد الرسمي عدد 29 مؤرخ في 26 مارس 2016. وفي فرنسا، أنظر:

La Loi n° 78-753 du 17 Juillet 1978, (modifiée) portant diverses mesures d'améliorations des relations entre l'administration et le public, JORF du 18 juillet 1978 page 2851.

¹⁵ أنظر: "امتلك المعلومة"، تقرير منظمة الشفافية الدولية المؤرخ في 20-9-2013، متوفر على الرابط:

https://issuu.com/transparencymagazine/docs/2013_action_regionalreport_ar 2017-11-5 (تاريخ الاطلاع).

¹⁶ يعد الدستور السويدي لعام 1776 والذي تم إقراره سنة 1974 أول وثيقة قانونية تنظّم حق النفاذ إلى المعلومة. راجع في هذا الصدد: Noomen NCIRI, "L'accès aux documents administratifs en Tunisie", in : Démocratie et Administration, Actes du colloque organisé à Tunis les 10 et 11 2011, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Editions Latrach, Tunis 2014, p131-132

¹⁷ حسب الفقرة الثانية من نص المادة 51 من الدستور.

2- الحق في الإعلام والولوج إلى المعلومة الإدارية في الاتفاقيات الدولية

سبقت الإشارة إلى اعتبار الحق في النفاذ والولوج إلى المعلومة حقاً أساسياً من حقوق الإنسان الواردة في الصكوك الدولية ذات العلاقة بحماية هذه الحقوق، حيث تنص المادة 19 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على: "لكل إنسان الحق في حرية التعبير ويشمل هذا الحق التماس أنواع المعلومات وتلقيها ونقلها...". وعلاوة على اعتبار هذا الحق كجزء من منظومة حقوق الإنسان، فإنّ تفعيل مضمونه يتقاطع مع العديد من مبادئ الحكامة الرشيدة كمبدأ شفافية الإدارة ومبدأ المساءلة لما لها من دور فعال في ترشيد الخدمة العمومية ومكافحة الفساد الإداري، لذلك تم إقراره صراحة في نص المادتين 10 و13 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (18)، وكذا في نص المادة 09 من اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع ومكافحة الفساد (19).

3- الحق في الاعلام والولوج إلى المعلومة الإدارية في القوانين

تفتقر المنظومة القانونية لقانون خاص ينظم حق النفاذ إلى المعلومة، بالرغم من أنّ الدستور قد نصّ صراحة في الفقرة الثانية من المادة 51 على أنّ كفاءات ممارسة هذا الحق ستتم بموجب قانون، لكنه لم يصدر بعد. وبالمقابل تفرقت القوانين الوطنية التي تنص على حق المواطن في النفاذ إلى المعلومة وذلك بحسب مدى صلة هذا الحق بطبيعة القانون المعني، فمثلاً نجد قانون الاعلام (20) ينص في نص المادة 84 منه على حق الصحفي في الوصول لمصدر المعلومة، وأنّ تمكينه من هذا الحق هو ضمان لإعلام المواطن بالمعلومة. كما وردت الإشارة لحق المواطن في المعلومة بموجب نص المادة 11 من قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (21)، حيث ألزم السلطات العمومية بإعلام الجمهور والمواطنين وتيسير سبل ولوجهم للمعلومة لصلتها الأكيدة في الحد من الفساد والتبليغ عنه. علاوة على ذلك، أقرّ قانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة (22) مبدأ الاعلام وحقوق المواطنين في الحصول على المعلومة البيئية حسب المادة السابعة منه، وكذا المعلومات المتعلقة بالأخطار التي تصيب الأقاليم المتواجدين فيها كما تنص عليه المادة التاسعة من نفس القانون (23).

4- الحق في الاعلام والولوج إلى المعلومة الإدارية في المراسيم التنظيمية

جاء تكريس حق المواطن في النفاذ إلى المعلومة بموجب مرسوم 88-131 المنظم للعلاقة بين الإدارة والمواطن (24)، حيث نصت المادة 10 منه: "يمكن المواطنين من أن يطلعوا على المعلومات والوثائق الإدارية...". يشكل المرسوم أهم أداة قانونية لتنظيم العلاقة بين الإدارة والمواطنين باعتباره النص الوحيد لحد الآن، علاوة على إسهامه غير المسبوق في تقنين قواعد حسن سير الإدارة العمومية وتقريب مصالحها من الجمهور، وفق ما يُعرف حالياً بالحكامة في التسيير الإداري، لكنه يبقى بحاجة أكيدة إلى المراجعة. (25)

¹⁸ مرسوم رئاسي رقم 04-128 مؤرخ في 19 أبريل 2004، يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 31 أكتوبر 2003، جريدة رسمية عدد 26 مؤرخة في 25 أبريل 2004.

¹⁹ مرسوم رئاسي رقم 06-137 مؤرخ في 10 أبريل 2006، يتضمن التصديق على اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع ومكافحة الفساد المعتمدة بمابوتو في 11 يوليو 2003، جريدة رسمية عدد 24 في 16 أبريل 2006.

²⁰ قانون رقم 05-12 مؤرخ في 12 يناير 2012 يتعلق بالإعلام، جريدة رسمية عدد 02 مؤرخة في 5 يناير 2012.

مرسوم رقم 88-131 ينظم العلاقة بين الإدارة والمواطن، مؤرخ في 4 جويلية 1988، جريدة رسمية عدد 27 مؤرخة في 6 جويلية 1988

²¹ قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 8 مارس 2006

²² قانون رقم 03-10 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 20 جويلية 2003

²³ تجدر الإشارة إلى أنّ مبدأ إعلام المواطنين وحقوقهم في الحصول على المعلومات، تم تكريسه كذلك في القوانين التالية:

نص المادة 11 من قانون 04-20 مؤرخ في 25 ديسمبر 2004 متعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث، جريدة رسمية عدد 84 مؤرخة في 29-12-2004

²⁴ مرسوم رقم 88-131 ينظم العلاقة بين الإدارة والمواطن، مؤرخ في 4 جويلية 1988، جريدة رسمية عدد 27 مؤرخة في 6 جويلية 1988

²⁵ أنظر حول الانتقادات الموجهة للمرسوم 88-131 المتعلق بتنظيم العلاقة بين الإدارة والمواطن:

المحور الثاني: الديمقراطية التشاركية والحق في الإعلام الإداري كآليتين لترشيد علاقة الدولة بالمجتمع

تكمن الجدوى من تكريس الديمقراطية التشاركية والحق في الوصول إلى المعلومة في ترشيد أطر العلاقة بين الدولة والمجتمع، بوضع ديناميكية جديدة لممارسة السلطة وتدبير الشأن العام تخوّل جمهور المواطنين ومختلف شرائح المجتمع المدني من الاطلاع على سياسة التسيير والتنمية العمومية للدولة والمساهمة الفعلية في تحضيرها وتنفيذها، وهو ما يحقق التكامل والانسجام الذي يفرضه الانتقال من وضع الديمقراطية التمثيلية إلى وضع الديمقراطية التشاركية في مستويات ممارسة السلطة بين الدولة وقاعدة المجتمع، ذلك أنّ عدم تمكين المواطنين من المعلومة الإدارية يعيق إشراك الجمهور وفعاليات المجتمع المدني في سياسة التسيير، وهو ما يفرغ الديمقراطية التشاركية من جوهرها الحقيقي كونها أداة لتعزيز السياسة التضامنية والتشاركية بين السلطة والجمهور، فضلا على أنها وسيلة لتحقيق أهداف التنمية المحلية وأهم مظهر من مظاهر تطبيق الحكم الرشيد، (الفرع الأول). لذلك كان حرص الدولة باديا من خلال تكريس الديمقراطية التشاركية والحق في الإعلام على تشجيع انخراط المواطنين وتنظيمات المجتمع المدني في استراتيجية التسيير العمومي سيما على النطاق المحلي من خلال هتين الآليتين، وذلك عن طريق إقراره جملة من الأسس والدعائم المساعدة لمشاركة المجتمع المدني في التسيير المحلي فضلا عن تقنيته أدوات تفعيل حق في الإعلام لكونه دعامة الديمقراطية التشاركية الأساسية. (الفرع الثاني).

- الفرع الأول / المشاركة والإعلام: أهم معالم الحكامة وترشيد التسيير العمومي

نبين فيما يأتي العلاقة العضوية بين دعائم الحكامة المتمثلة في الإعلام والمشاركة:

1- المشاركة المظهر الأبرز للتحويل الديمقراطي

يعتبر الحكم الراشد العامل الاكمل لمتين علاقة الدولة بالجمهور من خلال تعزيز التوازنات الأساسية داخل المجتمع بمختلف تشكيلاته وتحقيق التنمية ودعمها وضمان سيورتها. ويبنى الحكم الراشد على المبادئ الأساسية للديمقراطية كالتمثيل والمساواة وحماية الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين (26)، وتتجسد هذه المبادئ عبر مؤسسات وهيئات تسمح للجمهور بالمشاركة والاسهام في اتخاذ القرارات الادارية وفي إنتاج السياسات العمومية الهادفة في محصلتها إلى الوصول إلى توافق أكبر ورضا واسع لدى فئات المجتمع وشرائحه المختلفة في الانخراط والمساهمة في ممارسة السلطة وتسيير الشؤون العامة. وعليه يكون مبدأ المشاركة أهم مظهر لتفعيل مبادئ الرشادة والتحول الديمقراطي في الدولة، وهو يقتضي مساهمة المجتمع من خلال القوى المدنية الفاعلة فيه كالجمعيات والنقابات المهنية وغيرها، بالإضافة للمواطنين في صنع السياسة العمومية من خلال وسائل الاستشارة والمناقشة والتشاور والتعبير عن آراءهم، والتأثير في مجريات اتخاذ القرارات الادارية وكذا في انتقاء المشاريع ذات الأولوية وترشيد إنفاق المال العام.

وعلى هذا الاساس تنبني مدى قوة الرابطة بين المشاركة والحكم الراشد، وذلك من خلال الانتقال من دور الدولة الاحادي في التسيير والسلطوي المالك لصلاحيات واسعة من دون منافس في اتخاذ القرار، والتحول إلى هيئة أو هياكل أكثر ديمقراطية تضم قنوات تشاورية وتشاركية مع الجمهور في استراتيجية ممارسة السلطة وإدارة الشأن العام لا سيما على المستوى المحلي، وهو ما فسّر المجلس الدستوري في رأيه الملّل بشأن التعديل الدستوري في 6 مارس 2016 (27)، حيث اعتبر أنّ إضافة نص المادة 15 من الدستور، المتعلقة بتشجيع الدولة للديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي، على أنها من دعائم التنظيم الديمقراطي للدولة وإرساء أسس دولة القانون، وضمانا لحقوق المواطن وحريته بما فيها حقه في المشاركة في تسيير الشؤون العمومية.

غزلن سامية، العلاقة بين الإدارة والمواطن، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 54-57

²⁶ بوسلطان محمد، الديمقراطية والحاكمة تنافس ام تكامل، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، عدد خاص، أبريل 2012، ص 13

²⁷ رأي رقم 01/16 مؤرخ في 28 يناير 2016 يتعلق بشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 06 مؤرخة في 3 فبراير 2016.

2- الحق في الإعلام الإداري والحكم الرشيد: أية علاقة؟

علاوة عن الارتباط الوثيق بين المشاركة والحكم الرشيد، فإن ترشيد أدوات وأطر ممارسة السلطة يقتضي الانتقال من نظام مجتمع مغلق يسوده التعتيم إلى نظام مجتمع مفتوح يسعى لتنوير الرأي العام والمواطنين بسياسة التسيير وتوجهاتها الأساسية، وهو ما يتحقق من خلال كفل حق المواطن في الإعلام والوصول إلى المعلومة باعتباره حجر الزاوية في عملية البناء الديمقراطي والإصلاح المؤسساتي وأحد أركان الحكم الرشيد (28). يعتبر حق الوصول إلى المعلومات من الحقوق الأساسية التي تمكن الجمهور من ممارسة مجموعة من الحقوق الأساسية، فضلا عن كونه من أسس الحكم الرشيد وتعزيز سبل ممارسة الديمقراطية التي تقوم على أساس حكم الشعب الذي يفرض رقابة دائمة ومستمرة على أداء السلطة (29)، ذلك أنه يهدف لإضفاء الشفافية على نشاط الهيئات والمرافق الإدارية للدولة وتمكين المواطن من معرفة مجريات السياسة العامة واستراتيجية الدولة في التنمية والتسيير العمومي والجواري. فالإعلام وحق النفاذ إلى المعلومة أضحي اليوم من الالتزامات الأساسية الملقاة على الدولة في سبيل سعيها لترشيد مؤسساتها وتحسين علاقتها بالجمهور وضمان جودة الخدمة العامة وتيسير الرقابة الشعبية وتضييق قنوات الفساد وإهدار المال العام.

يعد الحق فيولوج إلى المعلومة العمومية نتيجة منطقية وحتمية لتطبيق مبدأ شفافية الإدارة، حيث يفرض على القائمين على التسيير الإداري واجب تعريف قوى المجتمع المدني والمتعاملين مع الإدارة بحقوقهم والتزاماتهم، بحيث تلتزم الإدارة بالكشف عن نشاطاتها ومشاريعها ذات الصلة بمصالح الجمهور (30)، إما بالوسائل العامة كالنشر أو الإعلان أو التبليغ وهو ما كرسه المشرع في العديد من التشريعات أهمها مرسوم 88-131 المنظم للعلاقة بين الإدارة والمواطن في نص المادتين 8 و24 منه، والمادة 11 من قانون البلدية، وكذا المادة 18 من قانون الولاية (31). بحيث يساهم تطبيق هذا المبدأ في تنمية الشفافية وتقوية روابط الثقة والنزاهة بين الإدارة والجمهور وقوى المجتمع المدني الفاعلة، وإخلاء جانب المسؤولين والمسيرين الإداريين من مسؤولية التحيز والمحاباة والمحسوبية، كما يضع حدا للسرية في التعامل والإفلات من المساءلة وتعزز فرص الرقابة الشعبية ومشاركة المواطنين في منع الفساد.

3- حتمية العلاقة العضوية بين الديمقراطية التشاركية والحق في الإعلام الإداري

مما لا شك فيه أن نجاح المقاربة التشاركية لا يقوم إلا من خلال تيسير انخراط الجمهور والمجتمع المدني بجميع فعالياته في استراتيجية التسيير والتنمية، باعتباره المرآة العاكسة لطموحات وانشغالات المواطنين لما تحمله نشاطاته المختلفة من أبعاد تضامنية وأهداف مشتركة تلتقي جميعا عند تحقيق الصالح العام (32)، وعليه فإنّ انفتاح السلطة سيما على النطاق المحلي وتكاملها مع القوى الفاعلة في المجتمع المحلي كشركاء في معادلة التسيير والتدبير والتنمية المحلية أمر لا مناص منه، وذلك يتم بإقامة مجموعة من الأسس والدعائم لضمان مشاركة المواطن والمجتمع المدني في مقاربة التسيير التشاركي.

تتحقق المشاركة الفعلية للجمهور وقوى المجتمع المدني في عملية التسيير، بضمان مبدأ شفافية التسيير الإداري والتخلي المطلق عن الوجه الانغلاقية أو السري الذي يطبع سير العمل الإداري، قصد تحقيق الانفتاح الإداري والمؤسساتي على جميع فعاليات المجتمع المدني لتسهيل إشراكه الفعلي في مقاربة التسيير والتنمية. لذلك يقتضي الاقرار بمبدأ مشاركة الجمهور وتنظيمات المجتمع المدني في

²⁸ حداد محمد، المشاركة وحق المواطن في الإعلام، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، عدد خاص، أبريل 2012، ص 67-69

²⁹ حداد محمد، المرجع السابق، ص 69

³⁰ غزلان سامية، مرجع سابق، ص 79

³¹ جاء في نص المادة 18 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية، التالي: "يلصق جدول أعمال الدورة فور استدعاء أعضاء المجلس الولائي، عند مدخل قاعة المداولات، وفي الأماكن الخاصة بإعلام الجمهور، لا سيما الإلكتروني منها، وفي مقر الولاية وفي مقرات البلديات التابعة لها".

مرجع سابق

³² أوكيل محمد أمين، "إشكالية مشاركة المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحلية في الجزائر: الحدود والحلول"، مجلة فعلية القاعدة القانونية، العدد 1 ديسمبر 2017، ص 124

تسيير الشؤون العمومية تمكين فعاليات مختلفة من الحصول على المعلومة وإطلاعها على الوثائق ذات الصلة التي تمكنها الإدلاء برأيها ومتابعة مجريات التسيير وأهدافه ومراقبة نشاط الجماعات المحلية وسياساتها التنموية والعمرانية والبيئية ذات العلاقة بشؤون ومصالح الساكنة (33)، فضلا عن الدور الهام الذي تؤديه المعلومة المحلية في مساعدة قوى المجتمع المدني من تحديد مواقفها وتقديم تصوراتها في كل ما يتصل بتقدير وتنفيذ استراتيجية التسيير والإدارة المحلية، من أجل المساهمة في إعداد القرارات المحلية وضمان مشاركة فعلية وفعالة في مضمونها وفي نتائجها، لذلك يمكن الاستنتاج بأن الحق في المعلومة يعد أساس وعماد المشاركة.

- الفرع الثاني / أدوات أعمال مبدأ المشاركة والإعلام في إطار ترشيد علاقة الدولة بالمجتمع

تمارس قوى المجتمع الديمقراطية التشاركية على مجموعة من الآليات القانونية، حرص المشرع على تنظيمها في العديد من القوانين أهمها قانون الجماعات المحلية لكونها المدخل الطبيعي لمشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العامة، وذلك سواء في قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، أو قانون 07-12 المتعلق بالولاية (1) والأمر نفسه بالنسبة لحق المواطنين في الحصول على المعلومة الذي يعد دعامة ممارسة الديمقراطية التشاركية، ولذلك نجده مكرسا في القوانين المتعلقة بالجماعات الإقليمية كالولاية والبلدية باعتبارها فضاءات المشاركة ومكان إسهام الجمهور في تسيير شؤونه العمومية (2).

1- أساليب أعمال مبدأ المشاركة الديمقراطية في تسيير وإدارة الشؤون العامة

نبين فيما يأتي أساليب ممارسة المشاركة الديمقراطية.

أ- الاستشارة العمومية: (La consultation publique)

يعد إجراء الاستشارة أهم الآليات المجسدة لمشاركة الجمهور وفعاليات المجتمع المدني في تسيير الشؤون العمومية، لأنه يفتح مجال للاتصال مباشرة بين الجمهور وبين المسؤولين عن تدبير الشأن العام المحلي، تسمح باطلاع شرائح المجتمع المدني عن الإجراءات والتدابير التمهيدية لاتخاذ القرار المحلي، أو معالم صنع السياسة العمومية المحلية، مقابل تمكينهم من حق إبداء الرأي والتعبير عن مواقفهم بشأنها. وبالرغم أن المشرع عند تقنين هذا الإجراء في قانون الجماعات الإقليمية (34) لم ينص صراحة على استشارة المجتمع المدني وإنما جاء النص على استشارة جمهور المواطنين، حيث جاء في نص المادة 11 من قانون البلدية، الآتي: "يتخذ المجلس الشعبي البلدي كل التدابير لإعلام المواطنين بشؤونهم واستشارتهم حول خيارات وأولويات التنمية والتهيئة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية...".

ومع ذلك فإن الاستشارة العمومية قد تكون عامة لكافة الجمهور بواسطة وسائل الاعلام أو النشر أو أي وسيلة أخرى لإعلام المواطنين (35)، كما قد تكون الاستشارة خاصة بجهة معينة أو بشخص معين بالذات يُختار بناء على معايير الخبرة والكفاءة في المجال المطلوب للاستشارة كالجمعيات أو مكونات المجتمع المدني، حيث تنص المادة 13 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية،: "يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي، كلما اقتضت ذلك شؤون البلدية، أن يستعين بصفة استشارية بكل شخصية محلية أو كل خبير أو كل ممثل جمعية محلية معتمدة، الذين من شأنهم تقديم كل مساهمة مفيدة للمجلس أو لجانه بحكم مؤهلاتهم أو طبيعة نشاطهم". أما قانون 07-12 المتعلق بالولاية فهو يشير إلى اعتماد المجالس الولائية لآلية استشارة جمعيات المجتمع المدني في بعض المجالات المحددة بالذات كمجال حماية وترقية التراث الثقافي والفني والتاريخي لتثمينه والحفاظ عليه (36).

³³ ، أوكيل محمد أمين، "شفافية الإدارة كدعامة لفعالية وعصرنة التسيير المحلي في الجزائر، مجلة البحوث السياسية والقانونية"، العدد 8 جوان 2017، ص 372-373.

³⁴ قانون الجماعات الإقليمية اختصار لقانون 10-11 المتعلق بالبلدية، وقانون 7-12 المتعلق بالولاية. مرجع سابق

³⁵ حسب نص الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية. مرجع سابق

³⁶ راجع في هذا الصدد: نص المادتين: 97 و98 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

وتظهر مشاركة منظمات المجتمع المدني كذلك في تسيير الشؤون المحلية على مستوى مجالات التعمير والتهيئة الإقليمية، فقد ألزم قانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير المجالس المحلية على استشارة جمعيات المجتمع المدني وغرف الفلاحة والتجارة المحلية أثناء تحضير المخطط التوجيهي الخاص بالتهيئة الإقليمية وشغل الأراضي⁽³⁷⁾ ويلتزم رئيس المجلس الشعبي البلدي باطلاعهم بالقرار القاضي بإنجاز المخطط المذكور. غير أن المشرع لم يبين طبيعة الاستشارة ولا كيفية وإجراءات القيام بها.

ب- آلية التشاور (La concertation)

نجد تطبيق آلية التشاور في بعض القوانين الخاصة بقانون رقم 06-06 المتعلق بالقانون التوجيهي للمدينة مثلا، الذي نص فيه المشرع صراحة على اعتماد مبدأ التنسيق والتشاور كأحد المبادئ الأساسية التي تستند عليها سياسة المدينة⁽³⁸⁾، وذلك عن طريق تنسيق السلطات المحلية مع المواطنين والفاعلين في المجتمع المدني من أجل المساهمة في إرساء دعائم سياسة المدينة، وكذا تسهيل مشاركة الحركة الجمعوية في إجراءات التسيير الجوّاري وتحسين الإطار المعيشي للسكان ودراسة آثاره وتقييم نتائجه، حيث نص على ضرورة إشراك الفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين في سياسة تطوير المدينة عن طريق أساليب جديدة تقتضي إبرام عقود شراكة بينهم وبين الجماعات المحلية⁽³⁹⁾.

وفي هذا الإطار تسهر المجالس المحلية لا سيما البلديات على تشجيع جميع المبادرات الرامية إلى تأهيل المباني القديمة والاحياء السكنية التي تضطلع بإنجازها جمعيات المجتمع المدني⁽⁴⁰⁾. كما نجد قانون 04-20 المتعلق بالوقاية من الاخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة⁽⁴¹⁾ ينص صراحة على اعتماد مبدأ التشاور بين الجماعات الإقليمية والفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين بأشراك المواطنين قصد الوقاية من الاخطار الكبرى والاطلاع على الترتيبات الموضوعة لتجنبها أو وضع حد لانتشارها من دون الإشارة إلى فعاليات المجتمع المدني.

ت- الانخراط في سياسة التسيير العمومي (L'implication du public)

يقتضي التجسيد التام لمبدأ المشاركة انخراط الجمهور وسائر فعاليات المجتمع المدني في سياسة التسيير العمومية وفي اتخاذ القرار بصفة مباشرة، وهذا من خلال أطر قانونية مختلفة خاصة بذلك تقوم على أساس مشاركة الجمهور وقوى المجتمع المدني كالجمعيات وكذا لجان الأحياء وغيرها في إنجاز مشاريع تنموية ذات فائدة عمومية أو ورشات عمومية⁽⁴²⁾، أو المشاركة في إعداد الميزانية البلدية وفق ما يعرف بالميزانية التشاركية. وقد خصّ المشرع الجزائري تطبيق المشاركة المباشرة في تسيير الشؤون العمومية بآليات تضمنها مشروع قانون الديمقراطية التشاركية قيد الاعداد على مستوى وزارة الداخلية، تتمثل أساسا في: القيام بنشاطات ذات منفعة عامة، وإنجاز مشاريع للمصلحة العامة.⁽⁴³⁾

³⁷ حسب نص المادة 15 من قانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، مؤرخ في 1 ديسمبر 1990، جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 2 ديسمبر 1990 المعدل والمتمم بالقانون 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004، جريدة رسمية عدد 51 مؤرخة في 15 أوت 2004.

³⁸ راجع نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون رقم 06-06 متعلق بالقانون التوجيهي للمدينة، مرجع سابق.

³⁹ حسب ما تنص عليه المادة 21 من قانون 06-06، مرجع نفسه.

⁴⁰ حسب نص المادة 119 فقرة 2 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

⁴¹ راجع نص المادة 9 من قانون 04-20 المتعلق بالوقاية من الاخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة مؤرخ في 14 أوت 2004، جريدة رسمية عدد 84 مؤرخة في 18 أوت 2004.

⁴² Gue Poquet, Dimocratie de proximite et participation des habitants a la politique de la ville, CREDOC, Paris, 2001, p21.

⁴³ "L'accomplissement de missions de l'intérêts public", et "la réalisation de projets d'utilité publique", voir:

مشروع قانون الديمقراطية التشاركية، مرجع سابق، ص5.

2- أسس إعمال حق الإعلام والولوج إلى المعلومة العمومية في سياسة تسيير الشؤون العامة

كرّس المشرع الولوج إلى المعلومة عبر وسائل مختلفة:

أ- مبدأ علنية جلسات المجالس المنتخبة

أقر المشرع مبدأ علنية الجلسات في قانون الجماعات المحلية، سواء في قانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية أو قانون 07-12 المتعلق بالولاية لتكريس شفافية الإدارة المحلية التي تعد دعامه محورية لممارسة الديمقراطية التشاركية. يعقد المجلس الشعبي البلدي جلساته عادة بشكل علني (44) بحيث تكون متاحة لعلم واطلاع الجمهور وسائر قطاعات المجتمع المدني للحضور ومتابعة كل مراحل الاجتماع من الاقتراح إلى التصويت على المواضيع المعنية وبذلك تتمكن شرائح المجتمع المدني من أخذ نظرة عامة عن مجريات سير وتدبير الشأن العام المحلي.

لا يختلف إعمال هذا المبدأ على مستوى الولاية، بحيث نجد قانون 07-12 المتعلق بالولاية قد نص على اعتماد مبدأ علنية جلسات المجلس الشعبي الولائي بصفته الجهاز التشريعي للولاية وهيئة المداولة، بحيث يجتمع المجلس الولائي في أربع دورات عادية في السنة، وتجري مداولاته بما فيها مداولات لجانه المتخصصة وأشغالها في المقرات المخصصة للمجلس بصفة علنية (45) مما يسمح للجمهور ولفعاليات المجتمع المدني بالحضور ومتابعة سير هذه الجلسات.

وبالنتيجة يمكننا القول أن إقرار مبدأ علنية الجلسات تداول المجالس المنتخبة أمام الجمهور، يدعم أفراد المجتمع في المشاركة في إعداد القرارات المحلية وبناء السياسة التنموية عن طريق تقديم مشورته ووجهة نظره في المشاريع الجاري التداول بشأنها من جهة، كما يخوّله بسط رقابته الشعبية على أداء المجالس المنتخبة، كما يمكن اعتبارها كأداة من أدوات الضغط على المسؤولين لتوجيههم نحو تحقيق تطلعات وانشغالات الجمهور.

ب- تقديم المجالس المحلية عرضا سنويا عن حصيلة نشاطها أمام المواطنين

قصد تكريس شفافية التسيير المحلي وتدعيم أسس ممارسة الرقابة والمساءلة الشعبية، بادر المشرع بإلزام المجالس المحلية المنتخبة بضرورة عرض حصيلة أدائها السنوي أمام المواطنين، في إجراء شبيه إلى حد ما ببيان السياسة العامة التي تلتزم الحكومة بتقديمه سنويا أمام البرلمان في إطار المسؤولية السياسية لها طبقا لنص المادة 98 من الدستور، فقد جاء في نص المادة 11 فقرة 3 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية على إمكانية المجلس الشعبي الوطني تقديم عرض عن نشاطه السنوي أمام المواطنين، وهي آلية مستحدثة في قانون البلدية المذكور جديرة بالتنويه تمكّن الجمهور وقوى المجتمع المدني من المشاركة في تقييم السياسات العمومية على المستوى المحلي، ويتيح لها ممارسة رقابتها بشكل فعال. أما بالنسبة لقانون 07-12 المتعلق بالولاية، فإنه لم يخلو من تنظيم هذا الاجراء، حيث ينص بدوره في المادة 109 على:

" يقدم الوالي أمام المجلس الشعبي الولائي بيانا سنويا حول نشاطات الولاية يتبع بمناقشة. يمكن أن تنتج عن ذلك توصيات يجري إرسالها إلى وزير الداخلية وعلى القطاعات المعنية".

غير أن الفرق مقارنة بقانون البلدية يكمن في أن الوالي يتولى عرض نشاط الولاية أمام المجلس الشعبي الولائي فقط، على عكس رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يعرض نشاط المجلس أمام الشعب مباشرة، وهو ما يسمح بتحقيق شفافية ورقابة شعبية أكبر، تبقى هذه الآلية الرقابية بالنسبة للولاية مفيدة نسبيا في بيان نشاط الولاية وحصيلة قراراتها بشكل واضح أمام ممثلي الشعب وفعاليات المجتمع المدني.

⁴⁴ حسب نص الفقرة الأولى من المادة 26 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

⁴⁵ حسب نص الفقرة الأولى من نص المادة 26 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

ت- حق الاطلاع والحصول على المعلومات والوثائق الادارية

علاوة عن أسس وأدوات الاعتراف للمواطنين بحق الاعلام الإداري السابقة الذكر، يقتضي تطبيق مبدأ الشفافية الإدارية ضمان حقهم كذلك في الوصول إلى منبع المعلومات والبيانات الإدارية، حيث يعد من الحقوق المجسدة لمبدأ شفافية الجهاز الإداري بالنظر إلى ما يحققه من حرية للمواطن والمتعامل مع الإدارة في الولوج إلى مصادر المعلومة والاطلاع عليها ومعاينتها وتداول استخدامها (46).

وهو يفرض تسهيل سبل الوصول والحصول على المعلومات والمعطيات الإدارية، على خلاف الحق في الاعلام بمفهومه العام الذي تلتزم فيه الإدارة بواجب إيصال المعلومة إلى الجمهور عن طريق النشر أو الإعلان أو التبليغ وليس أن يطلبها هذا الأخير. ولعل هذا ما استدركه المؤسس الجزائري من خلال التعديل الدستوري الأخير عبر نص المادة 51 من الدستور، والتي جاء فيها: " **الحصول على المعلومات والوثائق والإحصائيات ونقلها مضمونان للمواطن.**" والجدير بالتنويه في هذا الصدد أن تفعيل حق المواطن في الحصول إلى المعلومة مجسد حاليا بشكل أمثل على مستوى المجالس المنتخبة وبالضبط على نطاق المجالس البلدية.

ونظرا لأهمية الحق في الحصول على المعلومة وصلته القانونية والعضوية بممارسة مبدأ المشاركة، جرى تكريس هذا الحق لتيسير إشراك المواطنين في تسيير شؤونهم على مستوى البلدية. يعتبر قانون 10-11 المتعلق بالبلدية الإطار العام المنظم لقواعد مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم المحلية بما في ذلك حقهم في النفاذ إلى المعلومة على مستوى البلدية (47). ولذلك حرص المشرع على تقنين قواعد المشاركة فضلا عن دعائها الأساسية كمبدأ شفافية التسيير المحلي، بغية إقامة اتصال وثيق بين المجلس الشعبي البلدي مع المواطنين، لتمكينهم من المشاركة والوقوف على مجريات سير الشؤون المحلية، وضمان حقهم في الوصول إلى المعلومة والاطلاع على المداولات والحصول على الوثائق والقرارات، حيث نجد قانون 10-11 ينص صراحة في المادة 14 منه: " **يمكن كل شخص الاطلاع على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي وعلى القرارات البلدية.**" بينما أحالت الفقرة الثانية من هذه المادة على التنظيم مسألة تحديد كيفية الاطلاع على مستخرجات مداولات وقرارات المجالس الشعبية البلدية.

لقد تركز حق المواطنين في النفاذ إلى المعلومة على مستوى البلدية بموجب إقرار المرسوم التنفيذي رقم 16-190 المحدد لكيفية الاطلاع على مستخرجات مداولات المجالس الشعبية البلدية والقرارات البلدية، المجسد لمحتوى الفقرة الثانية من المادة 14 المذكورة أعلاه. يعد هذا المرسوم ضمانا لحق النفاذ إلى المعلومة، لما يتضمنه من تدابير وإجراءات قانونية تنظم نطاق وكيفية الولوج إلى المداولات والقرارات البلدية، ودعامة أساسية في نفس الوقت لممارسة مبدأ مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العامة على مستوى البلدية، حيث يلزم رئيس المجلس الشعبي البلدي باتخاذ التدابير اللازمة لتسهيل إعلام المواطنين حول تسيير شؤون البلدية (48)، فضلا عن ضمان عملية النفاذ ومساعدتهم في الاطلاع على الوثائق والقرارات ذات الصلة.

خاتمة:

جاء اعتماد الديمقراطية التشاركية والحق في الاعلام في الدستور كأهم مظاهر الانتقال الديمقراطي والإصلاح الدستوري والإداري في الدولة. وإذ تعد المشاركة كأحسن خيار مكمل لنقائص الديمقراطية التمثيلية التي تحجب دور الأفراد والمجتمع المدني في المشاركة في

⁴⁶ للاستفاضة حول حق الاطلاع على الوثائق الإدارية في الجزائر، راجع:

KARADJI Mustapha, CHAIB Leila, le droit d'accès aux documents administratifs en droit algérien, In Revue IDARA, ENA, Alger, V13, N2, 2003, pp 51-58.

⁴⁷ أنظر المواد 11-14 من الباب الثالث بعنوان: مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم المحلية، قانون 10-11 متعلق بالبلدية، مرجع سابق.

⁴⁸ حسب الفقرة الأولى من المادة الثانية من مرسوم تنفيذي رقم 16-190 يتعلق بتحديد كيفية الاطلاع على مستخرجات مداولات المجالس الشعبية البلدية والقرارات البلدية، مرجع سابق.

تسيير شؤونهم العامة سيما على المستوى المحلي، فإن الحق في الإعلام يعد دعامة المشاركة وركيزتها الأساسية، بحيث لا مشاركة ديمقراطية بدون ضمان حق الإعلام والولوج إلى المعلومة.

لقد أدرك المؤسس حقيقة هتين الآليتين في تعزيز سبل المواطنة وتعميق أطر ممارسة الديمقراطية الشعبية وترشيد علاقة الدولة بالجمهور، في أن منحهما قيمة دستورية ثابتة، مما يزيد في مكانتهما القانونية ويجعلهما ضمانتين لتحقيق أهداف الانتقال الديمقراطي والإصلاح المؤسساتي في الدولة. وهذا مع الإشارة إلى أن المشرع قد سبق المؤسس في تقنين مبدأ المشاركة في العديد من القوانين أهمها قانون البلدية والامر نفسه بالنسبة لحق الإعلام الذي ارتبط بمسار الإصلاح المؤسساتي والإداري وتقريب الإدارة ومرافقها العامة من المواطن. ومع ذلك يعد دسترة هتين الآليتين ضمانا دستورية لتفعيل محتوى وأبعاد المشاركة والإعلام عبر القنوات القانونية المتاحة في القوانين والمراسيم ذات الصلة.

وبالرغم من اعتبار آليتي المشاركة والإعلام من أهم المكاسب الدستورية التي أتى بها التعديل الأخير في سبيل تعميق ممارسة الديمقراطية وترشيد سبل ممارسة السلطة وتسيير الشأن العام سيما على المستوى المحلي، فإن تفعيل هتين الآليتين في الممارسة الوطنية لازال بحاجة إلى بعض الضمانات الأساسية، والتي نوصي باستدراكها لضمان نجاعة مسار الانتقال الديمقراطي والإصلاح الإداري، وذلك كما يلي:

لا بد من وضع إطار قانوني للديمقراطية التشاركية موضع التنفيذ لتجسيد المكاسب الدستورية، وفي هذا الصدد ينبغي التعجيل بإصدار مشروع القانون المعد على مستوى وزارة الداخلية والجماعات الإقليمية

- ينبغي أن تكون عملية مراجعة قانون البلدية والولاية الجارية الآن، منسجمة مع أسس وأليات الديمقراطية التشاركية المتضمنة في المشروع قيد الإعداد سالف الذكر.
- يتعين المبادرة بالإفراج عن قانون النفاذ إلى المعلومة المشار إليه في نص الفقرة الثالثة من المادة 51 من الدستور، لكونه حجر الأساس في تبيان شروط وكيفيات تفعيل حق المواطن في الوصول إلى المعلومة والاستثناءات الواردة عليه، باعتباره أساس ممارسة الديمقراطية التشاركية.
- ينبغي تشجيع المواطنين وفعاليات المجتمع المدني على ممارسة الديمقراطية التشاركية كما تنص عليه المادة 15 من الدستور، وذلك من خلال المبادرة بحملات تحسيس واسعة وتكوين للفواعل الأساسية في المجتمع، بهدف نشر ثقافة المشاركة وإشاعتها لدى أوساط المجتمع لكونها لاتزال معطى جديد لم يستقر مفهومه بشكل واضح في الممارسة الوطنية، قصد السماح لها بالعمل بكامل الفعالية كشريك في استراتيجية التنمية وتسيير الشؤون المحلية.

المراجع والمصادر

أولا/ باللغة العربية:

1- الرسائل والمذكرات:

- بركات مريم، مساهمة المجتمع المدني في حماية البيئة، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، السنة 2013
- غزلان سامية، علاقة الإدارة بالمواطن، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2010

2- المقالات

- أوكيل محمد أمين، "شفافية الإدارة كدعامة لفعالية وعصرنة التسيير المحلي في الجزائر، مجلة البحوث السياسية والقانونية"، العدد 8 جوان 2017
- أوكيل محمد أمين، "إشكالية مشاركة المجتمع المدني في تجسيد الديمقراطية المحلية في الجزائر: الحدود والحلول؟"، مجلة فعلية القاعدة القانونية، العدد 1 ديسمبر 2017
- بوسلطان محمد، الديمقراطية والحاكمية تنافس أم تكامل؟، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، عدد خاص، أبريل 2012
- حداد محمد، حداد محمد، المشاركة وحقوق المواطن في الإعلام، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، عدد خاص، أبريل 2012

3- النصوص التأسيسية:

- الامر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 المتضمن إصدار الدستور، جريدة رسمية عدد 94 مؤرخة في 24 نوفمبر 1976
- مرسوم رئاسي 89-18 مؤرخ في 28 فبراير 1989 يتضمن نشر دستور 23 فبراير 1989، جريدة رسمية عدد 9 مؤرخة في 1 مارس 1989
- دستور 28 نوفمبر 1996 جريدة رسمية عدد 76 مؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل ومتمم بالقانون رقم 03-02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، والقانون رقم 02-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، و القانون 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016

4- النصوص التشريعية

أ- القوانين

- قانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، مؤرخ في 1 ديسمبر 1990، جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 2 ديسمبر 1990 المعدل والمتمم بالقانون 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004، جريدة رسمية عدد 51 مؤرخة في 15 أوت 2004.
- قانون 03-10 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 20 جويلية 2003.
- قانون 04-20 المتعلق بالوقاية من الاخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة مؤرخ في 14 أوت 2004، جريدة رسمية عدد 84 مؤرخة في 18 أوت 2004.
- قانون رقم 06-06 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة، جريدة رسمية رقم 15 مؤرخة في 12 مارس 2006.
- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 8 مارس 2006، متمم بالأمر 10-05 مؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية رقم 50 مؤرخة في 1 سبتمبر 2010، متمم بالقانون 11-15، مؤرخ في 2 أوت 2011، جريدة رسمية عدد 44 مؤرخة في 10 أوت 2011
- قانون رقم 10/11 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37، مؤرخة في 3 يوليو 2011
- قانون رقم 07/12، مؤرخ في 21 فيفري 2012، يتعلق بالولاية، جريدة رسمية عدد 12 مؤرخة في 29 فيفري 2012
- قانون رقم 06-12 مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 02 مؤرخة في 15 جانفي 2012
- قانون عضوي رقم 16-11 مؤرخ في 25 أوت 2016 يتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، جريدة رسمية رقم 50 سنة 2016

ب- المراسيم

- مرسوم 88-131 ينظم العلاقة بين الإدارة والمواطن مؤرخ في 4 جويلية 1988، جريدة رسمية عدد 27 مؤرخة في 6 جويلية 1988

- مرسوم رئاسي رقم 06-413 مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها، جريدة رسمية عدد 74 مؤرخة في 22 نوفمبر 2006
- المرسوم التنفيذي 7-145 المؤرخ في 19 ماي 2007 يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على موجز التأثير على البيئة، جريدة رسمية عدد 34 مؤرخة في 22 ماي 2007
- المرسوم التنفيذي 16-270 المؤرخ في 29 أكتوبر 2016 المحدد لتشكيلة وسير اللجنة الخاصة المكلفة باقتراح أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات بعنوان الكفاءات المستقلة عن المجتمع المدني، جريدة رسمية عدد 3 مؤرخة في 30 أكتوبر 2016.

5- الوثائق المنشورات

- خطاب رئيس الجمهورية الموجه للامة، مؤرخ في 15 أبريل 2011، متوفر على الرابط التالي:
- 6- <http://www.el-mouradia.dz/arabe/president/activites/presidentacti.htm> (5 أوت 2018)

ثانيا/ باللغة الفرنسية:

- Gue Poquet, Démocratie de proximité et participation des habitants à la politique de la ville, CREDOC, Paris, 2001
- KARADJI Mustapha, CHAIB Leila, le droit d'accès aux documents administratifs en droit algérien, In Revue IDARA, ENA, Alger, V13, N2, 2003, pp 51-58
- Noomen NCIRI, "L'accès aux documents administratifs en Tunisie", in : Démocratie et Administration, Actes du colloque organisé à Tunis les 10 et 11 2011, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Editions Latrach, Tunis 2014, p131 -132
- La Constitution Algérienne du 8 Septembre 1963, J O R D A D P, N64, du 10 septembre 1963
- Le projet de loi de la démocratie participative, disponible sur lien :
- <http://www.interieur.gov.dz/images/democrative-participative.pdf>
- La loi n° 2002-276 du 27-02-02 relative à la démocratie de proximité, JORF du 28 Février 2002, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT0000000593100&dateTexte=&categorieLien=id>
- La Loi n° 78-753 du 17 Juillet 1978, (modifiée) portant diverses mesures d'améliorations des relations entre l'administration et le public, JORF du 18 juillet 1978 page 2851.

المسؤولية الجنائية بين التحمل والامتناع في القانونين المغربي واليمني دراسة مقارنة

د. عمر عوض أحمد الداتله

أستاذ مساعد بكلية الحقوق جامعة عدن-اليمن

ملخص:

الإنسان هو محل للمسؤولية الجنائية فلا مسؤولية على الحيوان أو الجماد ولا يوصف ما يصدر منهما بوصف الجريمة، إلا أن هذا الإنسان يجب أن يكون أهلاً لتحمل المسؤولية الجنائية، فالبلوغ والعقل وحرية الاختيار والإرادة الحرة لا بد من توافرها، فإذا انتفت هذه الشروط أصبح الإنسان ليس أهلاً للمساءلة الجنائية.

وتتنوع موانع المسؤولية الجنائية ما بين لإرادية وإرادية، فالموانع اللإرادية هي التي تكون لصيقة بالإنسان ولا دخل له في اكتسابها وربما تزول مع مرور الزمن، أما الموانع الإرادية فهي التي يكون الإنسان سبباً في اكتسابها كالسكر، فإذا تناوله الجاني مكرهاً أو مخطئاً فلا عقاب عليه، أما إذا كان على عكس ذلك كأن يشربه عن إرادة حرة ووعي وإدراك تام بعواقبه ذلك، فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية كاملة عن أفعاله المرتكبة أثناء سكره الاختياري.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية الجنائية، شروط تحمل المسؤولية الجنائية، موانع المسؤولية الجنائية، الشخص الطبيعي.

Abstract:

The human being holds for the criminal responsibility. There is no responsibility for animals or inanimate objects and their bad behaviors they do cannot described as a crime. However, the human being must ha capacity to take criminal responsibility. Therefore, the maturity, sanity and free will and choice must be present and if these conditions are not fulfilled so the human being became incapacity for criminal accountability. The criminal responsibility contraindications vary between involuntary and voluntary. The involuntary contraindications are those which are close to the human being and he has nothing to do in acquiring them and they may disappear over time. The voluntary contraindications are those which caused by human being as a drunkenness. Also, the offender not punished if he forced to drunk or he wrongly drunk it but if he drinks it in a free will and full awareness of its consequences, he will be fully responsible for the actions committed during his voluntary drinking

مقدمة:

خلق الله الكون وسخره لخدمة الإنسان الذي ميّزه على كثير من المخلوقات بنعمه العقل الذي بواسطته يتم التمييز بين الخير والشر، ودعاه الخالق إلى احترام الغير ونهاه عن مخالفة القوانين والنواميس الكونية لما فيه من اعتداء سافر على حقوق المجتمع أفراداً وجماعات، فمن خالفها فإنه يتحمل مسؤولية تبعة فعله المخالف للقانون.

والمسؤولية الجنائية هي الأثر القانوني المترتب عن الجريمة كواقعة قانونية، يتحمل الإنسان نتائج أفعاله التي ارتكبها وهو مختاراً ومدركاً لمعانيها ونتائجها وبموجب تلك الأفعال المخالفة يستحق العقوبة المقررة قانوناً، وفي حالة عدم تجريم تلك الأفعال لا يستحق العقوبة تطبيقاً لقاعدة القانونية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون".

وتقوم المسؤولية الجنائية على أساس أن يتحمل الفاعل الجزاء الجنائي الذي تفرضه القواعد القانونية الجنائية بسبب خرقه للأحكام التي تقررها هذه القواعد⁽⁴⁹⁾، ولا تقوم هذه المسؤولية إلا بناء على شروط التحمل المتمثلة في الإدراك والتمييز وحرية الإرادة، وتندم بتوافر موانع التحمل سواء كانت إرادية أم غير إرادية، فإذا وجدت شروط التحمل أصبح الشخص الطبيعي مسؤولاً عن نتائج أفعاله المخالفة للقانون، وإذا انتفت هذه الشروط وحلت محلها الموانع انتفت المسؤولية الجنائية عن الشخص الطبيعي على الرغم من وقوع الجريمة وتوافر الدليل الشرعي عليها.

وتكمن أهمية البحث من حيث إن المشرعين المغربي واليمني-نظماً أحكام المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي في عدد من النصوص القانونية إلا أنهما اختلفا في المراحل الزمنية للحدث ما دون ثماني عشرة سنة، حيث جعلها المشرع المغربي مرحلتين وقسمها المشرع اليمني إلى ثلاثة مراحل، ولكل مرحلة زمنية أحكامها الخاصة من حيث الإعفاء أو التخفيف من العقوبة الجنائية، وهناك فترة زمنية مسكوت عنها بحاجة لدراسة وتحليل.

إشكالية البحث:

تعدّ المسؤولية الجنائية بأنها الأثر المترتب على ارتكاب الجريمة ونظراً لأهميتها في القانون الجنائي فإن الإشكالية تتمثل في الآتي: هل النصوص القانونية الخاصة بالمسؤولية الجنائية في القانونين المغربي واليمني كافية لإلزام الجناة بتحمل مسؤولياتهم الجنائية تجاه الغير أم أنها بحاجة إلى تعديل أو إضافة؟ ومن الإشكالية الرئيسية تتفرع مجموعة من الأسئلة منها: متى يكون الشخص الطبيعي مسؤولاً جنائياً أمام القانون عن جرائمه المرتكبة؟ فإذا كانت الإجابة إذا بلغ سن الرشد. فإن التساؤل يثار مجدداً! كيف يتم معاقبة من لم يبلغ سن الرشد؟ وما هو السن القانوني لتحمل المسؤولية الجنائية في القانونين المغربي واليمني؟ وهل يتم معاقبة كل من بلغ سن الرشد أم أن هناك موانع تتدخل لمنع معاقبة الجاني رغم ارتكابه الجريمة وتوافر الدليل الشرعي عليها؟ وهل عالج المشرعين المغربي واليمني وضعية المجرم الذي لا توجد لديه شهادة ميلاد؟ وهل تحديد سن الحدث الذي لا توجد لديه شهادة ميلاد يتم من الولادة إلى وقت ارتكاب الجريمة أم إلى يوم صدور الحكم؟

ولمعالجة الإشكالية السابقة والتساؤلات الفرعية سنعتمد على المنهج التحليلي المقارن الذي يكون عن طريق تحليل النصوص القانونية ذات الصلة في التشريعين المغربي واليمني واستقراءها، وبيان موطن القصور والنقص التي اعترى بعضها بغية الوصول إلى المعنى المراد لها، ثم المقارنة بين هذه النصوص لمعرفة أوجه النقص وبعض الاختلافات بين التشريعين المغربي واليمني-من أجل الخروج ببعض النتائج والمقترحات المفيدة.

ولكي تكتمل الفائدة المرجوة من هذا البحث ويتسنى لنا الإمام بكامل جوانبه نرى من المناسب تقسيمه على مطلبين على النحو الآتي:

(49) انظر: د/ عبد الواحد العلمي، القانون الجنائي المغربي-القسم العام-الطبعة الثالثة، سنة 2009، ص291.

المطلب الأول: شروط تحمل المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي

إن ارتكاب الجريمة من قبل الجاني لا يكفي لفرض الجزاء الجنائي عليه، بل لابد أن تكون تلك الجريمة مجرمة قانوناً تطبيقاً للقاعدة القانونية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"، بالإضافة إلى شروط يجب أن تتوفر في الفاعل، وهما الإدراك وحرية الاختيار، وهذا ما سوف تناوله في الفقرات الآتية:

الفقرة الأولى: الإدراك والتمييز

ويقصد به قدرة الشخص على فهم ماهية سلوكه وتقدير ما يترتب عليه من نتائج⁽⁵⁰⁾، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان الجاني لحظة ارتكاب الجريمة متمتعاً بكامل قواه العقلية والذهنية التي تمكنه من إدراك معنى الجريمة والعقوبة⁽⁵¹⁾، وهذا ما أكد عليه المشرع المغربي بقوله: " كل شخص سليم العقل قادر على التمييز يكون مسؤولاً شخصياً عن الجرائم التي يرتكبها"⁽⁵²⁾.

ومن خلال النص السالف الذكر نستنتج بواسطة مفهوم المخالفة أن من بلغ سن الرشد ولم يكن عاقلاً بالغاً متمتعاً بكامل قواه العقلية والذهنية وقت ارتكاب الجريمة، فلا مسؤولية جنائية عليه؛ لانتفاء عنصر الإدراك، ولكن ذلك لا يمنع من الحكم عليه بتدابير وقائية كوضع المجنون في مصلحة مخصصة للأمراض العقلية والنفسية.

وتمر المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي في القانون المغربي بثلاثة مراحل: الأولى مرحلة انعدام المسؤولية الجنائية لمن لم يبلغ اثنتي عشرة سنة، والثانية مرحلة المسؤولية الناقصة لمن أتم اثنتي عشرة سنة ولم يبلغ ثماني عشرة سنة، والثالثة المسؤولية الجنائية الكاملة لمن أتم ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة⁽⁵³⁾.

أما المشرع اليمني فقد خالف المشرع المغربي في تحديد أطوار المسؤولية الجنائية حيث اعتبر من لم يبلغ سن سبع سنوات بأن مسؤولية الجنائية منعدمة، ومن أتم سبع سنوات ولم يبلغ خمسة عشرة سنة فإن مسؤولية الجنائية ناقصة ويحكم وفقاً لقانون الأحداث، أما من أتم خمسة عشرة سنة ولم يبلغ ثماني عشرة سنة يحكم عليه بما لا يتجاوز نصف العقوبة المقررة للجريمة المرتكبة، ولا يعد الشخص مسؤولاً مسؤولية جنائية كاملة ما لم يبلغ ثماني عشرة سنة.

ومن خلال استقراء النصوص القانونية في القانونين المغربي واليمني نلاحظ أن هناك فراغاً قانونياً سكت عنه المشرعان وهي الفترة الزمنية ما بين من لم يبلغ اثنتي عشرة سنة وتماها، وما بين من لم يبلغ ثماني عشرة سنة وتماها في التشريع المغربي، وما بين من لم يبلغ سبع سنوات وتماها، وما بين من لم يبلغ خمسة عشرة سنة وتماها في التشريع اليمني.

وحيث إن البلوغ يعني الوصول، والتمام يعني الكمال فإن هذه الفترات الزمنية المسكوت عنها لم ينظمها المشرعان المغربي واليمني مما تتطلب تعديلاً قانونياً لسد الفراغ القانوني.

ومما يؤيد صواب ما ذهبنا إليه من فراغ قانوني هو نص المادة (458) من قانون المسطرة الجنائية المغربية حيث حددت سن الرشد القانوني بالبلوغ ثماني عشرة سنة ميلادية وليس بتماها، كما جاء في الفصل (140) من القانون الجنائي المغربي، وحددت سن عديم المسؤولية الجنائية بمن بلغ غاية اثنتي عشرة سنة، والمسؤولية الناقصة بمن بلغ اثنتي عشرة سنة إلى غاية بلوغه ثماني عشرة سنة، وليس من أتم اثنتي عشرة سنة كما ورد في الفصل (140) من القانون الجنائي المغربي.

(50) انظر: د/ محمد كمال الدين إمام، المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها، د ن، د ت، ص 209.

(51) انظر: د/ محمد العروصي، المختصر في شرح القانون الجنائي المغربي، ط1، مكتبة مرجان، مكناس المغرب، 2015م، ج1، ص 266.

(52) انظر: الفصل (132) من الظهير الشريف رقم 1.59.413 لسنة 1962م بشأن القانون الجنائي المغربي وتعديلاته.

(53) انظر: الفصول من (138- 140) من القانون الجنائي المغربي (ق ج م).

الفقرة الثانية: حرية الاختيار

يقصد بها قدرة الإنسان على توجيه نفسه إلى عمل معين أو الامتناع عنه⁽⁵⁴⁾، أو هي قدرة الشخص على التحكم في سلوك أفعاله إما بالفعل أو بالترك. وتظهر حرية الاختيار من خلال الإرادة الحرة التي تمكن الشخص من التحكم فيها وتوجيهها التوجه السليم المتفق مع القانون، فالإرادة هي تعبير عن القدرة على الاختيار بين ارتكاب الفعل أو تركه⁽⁵⁵⁾، كما أنها لا تتحقق إلا بالنسبة للشخص البالغ سن الرشد سليم العقل⁽⁵⁶⁾.

ويجب على القاضي المختص احتساب سن المتهم من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت صدور الحكم، فإذا كان سن المتهم غير متحقق قدره القاضي بالاستعانة بخبير، ولا يحول انعدام المسؤولية الجنائية أو نقصها في حق المتهم من تحمله المسؤولية المدنية⁽⁵⁷⁾.

أما من كان يعاني من ضعف عقلي وهو درجة وسط بين الخلل العقلي وكمال القوى⁽⁵⁸⁾، فقد اعتبر المشرع المغربي مسؤوليته الجنائية ناقصة إذا كان وقت ارتكابه للجريمة مصاباً بضعف في قواه العقلية من شأنه أن يضعف إدراكه أو إرادته ويؤدي ذلك إلى تنقيص مسؤوليته جنائياً، وفي الجنايات والجناح تطبق على الجاني العقوبات والتدابير المقررة في الفصل (78)، ومنها الإيواء في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية، أما في المخالفات فتطبق العقوبات المقررة قانوناً مع مراعاة حالة المتهم الصحية⁽⁵⁹⁾.

أما المشرع اليمني فقد نص على عدم مسؤولية من كان وقت ارتكاب الجريمة مصاباً بالجنون الدائم أو المؤقت أو بعاهة عقلية⁽⁶⁰⁾، ولكن ذلك لا يمنع القاضي من الحكم عليه بالتدابير الوقائية كالإيداع في مأوى علاجي على أن تخصم هذه الفترة من عقوبة الحبس المحكوم بها، وإذا تحسنت حالته الصحية قبل انتهاء المدة المقررة له في المأوى العلاجي أجاز المشرع للقاضي إخراجه على أن تستكمل بقية المدة المحكوم بها عليه في منشأة عقابية⁽⁶¹⁾.

المطلب الثاني: موانع تحمل المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي

هي الأسباب التي تؤثر في أهلية الشخص فتجعله غير صالح قانوناً لتحمل تبعة الجريمة التي ارتكبتها⁽⁶²⁾، ولا تسقط المسؤولية المدنية عما ألحقه من ضرر بالغير⁽⁶³⁾.

والأصل إن كل من ارتكب الفعل المكون للجريمة يكون مسؤولاً عن الجريمة التي ارتكبتها، إلا أن هناك موانع تتدخل لمنع معاقبة الجاني رغم وقوع الجريمة وتوافر الدليل الشرعي عليها، ومن هذه الموانع ما هو لا إرادي كالجنون وصغر السن (الفقرة الأولى)، ومنها ما هو إرادي كالسكر (الفقرة الثانية)، نتناولها على النحو الآتي:

(54) انظر: د/ محمد كمال الدين إمام، م س، ص 215.

(55) انظر: د/ محمد كمال الدين إمام، م س، ص 215.

(56) حدد المشرعان المغربي واليمني سن المسؤولية الجنائية بثمانية عشر سنة، انظر: الفصل (140) ق ج م، والمادة (458) من قانون المسطرة الجنائية المغربية وفق آخر التعديلات (ق م ج م)، والمادة (31) من القانون رقم (12) لسنة 1994م بشأن الجرائم والعقوبات اليمني (ق ج ع ي).

(57) انظر: المادة (31) ق ج ع ي.

(58) انظر: د/ محمد العروصي، م س، ص 267.

(59) انظر: الفصل (135) ق ج م.

(60) انظر المادة (33) ق ج ع ي.

(61) انظر: المادة (105) ق ج ع ي.

(62) انظر: د/ عوض محمد، قانون العقوبات-القسم العام-دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000م، ص 461.

(63) انظر: د/ علي حسن الشرفي، شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني وفقاً لمشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات، دار المنار للنشر والطبع والتوزيع، 1993م، ج1، ص 162.

الفقرة الأولى: الموانع الإرادية

تمتاز هذه الموانع بأنها لصيقة بالإنسان خلقية في الغالب لا دخل للإنسان في اكتسابها، ولكنها ربما تزول مع مرور الوقت منها ما هو ملازم للإنسان منذ ولادته إلى سن معين، ومنها ما قد يكون ملازماً له منذ الولادة أو قد يصاب به في مرحلة معينة من العمر تُصيب الإدراك أو الإرادة أو كليهما معاً، وهذا ما سوف نتحدث عنه في النقاط الآتية:

أولاً: الجنون

هو كل آفة تعتري الإنسان فتؤثر على أجهزته أو قواه التي تهيمن على إدراكه أو اختياره فتفسد أحدهما أو كليهما سواء كانت الآفة أصلية أو عارضة وسواء تمثلت في مرض عقلي أو عضوي⁽⁶⁴⁾.

ويعد الجنون من أقدم موانع المسؤولية الجنائية التي عرفت في التشريعات البشرية، وعلى الرغم من قدمه إلا أنه تعرض للإنكار في مختلف العصور والأزمنة، واستمر ذلك الإنكار إلى بداية القرن التاسع عشر، حيث كان يرى المشرع الغربي أن معاقبة الجاني عن جريمته نوع من العدالة، كونه ذا صفة شيطانية وجب عقابه كالعقل⁽⁶⁵⁾.

وتعتبر الشريعة الإسلامية أول تشريع عرفت البشرية جمعا اعترفت بالجنون كمانع من موانع المسؤولية الجنائية حيث قال صلى الله عليه وسلم: "رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيْقَ"⁽⁶⁶⁾، فهذا نص صريح على عدم تحمل المجنون للمسؤولية الجنائية عن جريمته المرتكبة ولكن هذا المانع لا يسقط عليه المسؤولية المدنية.

ولقد سار المشرع الفرنسي الحديث على خطى الشريعة الإسلامية حيث نص القانون الفرنسي الصادر سنة 1810م على عدم مسؤولية المجنون، ثم أصبح ذلك مبدأ عاماً في كل التشريعات الحديثة، علماً أن هذا المبدأ تملبه الفطرة السليمة والقوانين السماوية، فعقاب المجنون ليس عدلاً ولا يجدي نفعاً، كونه مرضاً نفسياً يفسد الإدراك أو الاختيار أو كليهما معاً، فإذا فسد الإدراك أو الاختيار أو كليهما انعدمت المسؤولية الجنائية كونهما شرطين لازمين لقيام المسؤولية الجنائية.

وتأكيداً لذلك فقد اعتبرت معظم التشريعات العربية⁽⁶⁷⁾ أن الجنون أو العاهة العقلية تعد مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية، وهذا ما نص عليه المشرع المغربي بقوله: "لا يكون مسؤولاً ويجب الحكم بإعفائه من كان وقت ارتكاب الجريمة المنسوبة إليه في حالة يستحيل عليه معها الإدراك أو الإرادة نتيجة لخلل في قواه العقلية وفي الجنايات والجنح يحكم بالإيداع القضائي في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية، أما المخالفات فإن الشخص الذي يحكم بإعفائه إذا كان خطراً على النظام العام يسلم إلى السلطة الإدارية"⁽⁶⁸⁾.

ومن خلال النص المذكور سلفاً نلاحظ أن المشرع استخدم لفظ "لا يكون مسؤولاً" أي "لا يسأل" تأكيداً لعدم مساءلة الجاني الذي يكون وقت ارتكاب الجريمة المنسوبة إليه في حالة يستحيل عليه معها الإدراك والإرادة نتيجة لخلل في قواه العقلية، فمن كان في تلك الحالة وارتكب جريمته فلا مسؤولية جنائية عليه؛ بل إن المشرع قد ألزم القاضي وجوباً بالحكم بإعفائه من العقوبة المقررة للجريمة المنسوبة

(64) انظر: د/ عوض محمد، م س، ص 471.

(65) انظر: د/ محمد كمال الدين إمام، م س، ص 217-218.

(66) رواه البيهقي، السنن الكبرى، 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م، ج 15، باب رد شهادة الصبيان، ص 272، رواه الحاكم، المستدرک على الصحيحين، 1، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1997م، حديث رقم 2406، ج 2، ص 76.

(67) انظر: المادة (62) فقرة (1) من قانون العقوبات المصري، والمادة (230) من قانون العقوبات السوري، والمادة (101) من قانون العقوبات العماني، والمادة (231) من قانون العقوبات اللبناني، والمادة (47) من قانون العقوبات الجزائري، والمادة (92) من قانون العقوبات الأردني، والمادة (134) ق ج م، والمادة (33) ق ج ع ي، وغيرها من القوانين الجنائية العربية.

(68) انظر: الفصل (134) ق ج م.

إليه، إذا ثبت أن المتهم مصاب بمرض عقلي يفقده التمييز أو الإرادة وقت ارتكاب الجريمة؛ لكون موانع المسؤولية الجنائية تمنع من معاقبة المتهم على الجريمة المنسوبة إليه ولا تحوّل الجريمة إلى فعل مباح.

كما استخدم المشرع المغربي أيضاً لفظ "يجب" الذي يفيد معنى واحداً وهو "الوجوب والإلزام" الذي يلزم القاضي بالحكم بإعفاء المتهم من الجريمة المنسوبة إليه، ولم يستخدم المشرع لفظاً "يجوز" الذي يفيد معنيين وهو الحكم بالإعفاء أو الإدانة، أما لفظ "الخلل في قواه العقلية" فهو لفظ يشمل جميع العاهات العقلية التي تتسبب في الإدراك والإرادة سواء كانت جنوناً تاماً أو مؤقتاً أو غير ذلك من العاهات العقلية، فالمشرع قد أخذ بالمفهوم الواسع للجنون، فإذا ارتكب المتهم جريمة أو جنحة يحكم عليه القاضي بالتدابير الوقائية المتمثلة في الإيداع في المؤسسة العلاجية المختصة لعلاج الأمراض العقلية، أما إذا ارتكب المتهم مخالفات فيحكم بإعفائه، وإذا كان ذلك الفعل يشكل خطراً على النظام العام والسكينة العامة يسلم الفاعل إلى السلطة الإدارية وفقاً للقانون.

أما المشرع اليمني فقد اعتبر أن الجنون مانع من موانع المسؤولية الجنائية حيث نص بقوله "لا يسأل من يكون وقت ارتكاب الفعل عاجزاً عن إدراك طبيعته ونتائجه بسبب الجنون الدائم أو المؤقت أو لعاهة عقلية.... الخ (69)".

ونلاحظ أن المشرع اليمني قد سار على خطى معظم التشريعات العربية الحديثة حيث استخدم لفظ "لا يسأل" (70) أي لا مسؤولية جنائية على من كان وقت ارتكاب الفعل عاجزاً عن إدراك طبيعته ونتائجه بسبب الجنون الدائم أو المؤقت أو لعاهة عقلية. وجمع المشرع اليمني بين الجنون الدائم أو المؤقت أو لعاهة العقلية رعاية للشمول، فمن كان مصاباً بجنون دائم أو مؤقت أو بعاهة عقلية وقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة فلا مسؤولية جنائية عليه؛ ولكن ذلك لا يخل بحق المجني عليه أو ورثته في الدية أو الأرش (71).

وبالمقارنة بين الفصل (134) من القانون الجنائي المغربي والمادة (33) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، نستخلص الشروط اللازمة لتوافرها في المتهم لكي يستفيد من هذا المانع وهي على النحو الآتي:

1. أن يكون الفاعل مجنوناً أو مصاباً بعاهة أو بخلل في قواه العقلية.
2. أن يفقد الإدراك أو الإرادة بسبب الجنون أو العاهة أو الخلل في قواه العقلية.
3. أن يعاصر الفعل مع الجنون أو العاهة أو الخلل في القوى العقلية.

لذا فإن من كان وقت ارتكاب الجريمة مجنوناً أو مصاباً بعاهة أو خلل عقلي أفقده الإدراك أو الإرادة، فلا مسؤولية جنائية عليه شريطة أن يعاصر الفعل المكون للجريمة مع الجنون أو العاهة أو الخلل العقلي فإذا لم يتعاصر الفعل مع الجنون أو العاهة فلا يستفيد المتهم من ذلك المانع وتقوم في حقه المسؤولية الجنائية كاملة عن أفعاله، وبمعنى أدق إذا تخلف شرط من الشروط المذكورة في الفصل (134) من القانون الجنائي المغربي، ومن المادة (33) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، فإن الجاني لا يستفيد من ذلك المانع.

(69) انظر: المادة (33) ق ج ع ي. وعرف المشرع اليمني العاهة العقلية بأنها "علة تؤدي إلى زوال العقل أو إخلاله أو ضعفه". انظر: المادة (2) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم 13 لسنة 1994م (ق ج ي).

(70) ومن القوانين الجنائية العربية التي استخدمت لفظ "لا يسأل" القانون العراقي في المادة (60)، والقانون المغربي في الفصل (134)، والقانون اليمني في المادة (134)، أما من استخدم لفظ "لا عقاب" القانون المصري في المادة (62) فقرة (1)، والقانون العماني في المادة (101)، والقانون الجزائري في المادة (47)، أما من استخدم لفظ "يعفى من العقاب" القانون السوري في المادة (23)، والقانون اللبناني في المادة (231). ونلاحظ أن التشريعات العربية التي لم تستخدم لفظ "لا يسأل" قد وقعت في الخلط بين موانع المسؤولية الجنائية وموانع العقاب التي هي عذر شرعي أو قانوني يعفى الجاني من العقاب أو يخففه أو يبطله، أما موانع المسؤولية الجنائية فهي أسباب تفقد الشخص قدرته على التمييز أو الاختيار فتجعله غير أهلاً لتحمل المسؤولية الجنائية. انظر: د/ مصطفى إبراهيم الزلمي، م س، ص 45. انظر: د/ عوض محمد، م س، ص 462.

(71) انظر: المادة (134) ق ج ع ي.

وتطبيقاً لذلك إذا كان الفاعل مجنوناً ثم أفاق وقام بارتكاب الجريمة فإنه لا يستفيد من ذلك المانع لعدم معاصرة الفعل للجنون، أما من كان جنونه متقطعاً وارتكب الجريمة وقت إفاقته فلا يستفيد من ذلك المانع أيضاً، أما من كان عاقلاً وارتكب الجريمة ثم جن فلا يستفيد من ذلك المانع لعدم معاصرة الجنون للفعل. أي أن العبرة بوقت وقوع الفعل المكون للجريمة فإذا تلازم ذلك الفعل المجرم مع الحالة المرضية المنصوص عليها في القانون استفاد الجاني من المانع.

علماً أن الجنون أو العاهة أو الخلل في القوى العقلية مانع شخصي لا يستفيد منه إلا المصاب بذلك المرض دون غيره من المساهمين معه في ارتكاب الجريمة⁽⁷²⁾، ولا يمتد أثره إلى الجريمة المرتكبة التي تظل قائمة بركنيها المادي والمعنوي.

وليس لازماً على المحكمة عرض كل متهم على طبيب نفسي وإنما يجب عليها ذلك عندما يثور الشك حول قدرته على إدراك ماهية أفعاله وإرادتها وإذا طلب المتهم عرضه على طبيب نفسي فإن على المحكمة إذا لم تر لزماً لذلك أن ترد على طلبه بما يبرر أسباب رفضها⁽⁷³⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه! من هو صاحب الحق في تقرير حالة الجنون أو العاهة أو الخلل في القوى العقلية من عدمها؟

إن القاضي المختص بالتحقيق في الدعوى الجنائية المنظورة أمامه هو صاحب الحق في تحديد حالة المتهم المرضية، إلا أنه لا يستطيع اكتشافها من خلال قراءته لأوراق القضية بل يستحب له أن يحيل المتهم على أهل الخبرة والاختصاص في هذا المجال وهم الأطباء المتخصصون في مجال الأمراض النفسية والعصبية لكي يقرروا حالة المتهم هل هو مصاب بالجنون من عدمه⁽⁷⁴⁾، كون تقرير الحالة العقلية للمتهم تحتاج إلى مزيد من الوقت فلا تكفي معاينة واحدة وإنما يحتاج إلى وضعه تحت المراقبة الطبية لفترة زمنية معينة فإذا ظهرت نتيجة المعاينة والمراقبة الطبية أن المتهم سليم العقل وجب بيان ذلك في التقرير الطبي بالإضافة إلى بيان هل هذه الحالة طارئة أم أنها كانت تلازمه حين ارتكاب الجريمة وهل يستحب وضعه في مستشفى الأمراض النفسية والعصبية⁽⁷⁵⁾، وهذا ما أكد عليه المشرع المغربي بقوله: "إذا رأى قاضي التحقيق أن المتهم تظهر عليه علامات واضحة للخلل العقلي فإنه يجوز له بمقتضى أمر معلل أن يأمر بوضعه مؤقتاً في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية من أجل ملاحظته وعلاجه إذ اقتضى الأمر"⁽⁷⁶⁾.

وقد أحسن المشرع المغربي صنفاً عندما أعطى قاضي التحقيق الحق في إحالة المتهم التي تظهر عليه علامات واضحة للخلل العقلي إلى مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية من أجل ملاحظته وعلاجه إذا اقتضى الأمر، إلا أنه استخدم لفظاً "يجوز" وكان الأولى به من وجهة نظري أن يستخدم لفظاً "يجب" التي تفيد الإلزام لقاضي التحقيق بإحالة المتهم المريض إلى مؤسسة علاجية وعلاجه وملاحظته، وهو حق يتفق مع مبادئ العدالة وحقوق الإنسان.

أما المشرع اليمني فقد تطرق لحالة الجنون بقوله: "إذا ثبت للقاضي أن المتهم كان وقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة فاقد الإدراك لمرض عقلي أمر بإدخاله أحد المحال الحكومية المعدة لعلاج الأمراض العقلية..." الخ⁽⁷⁷⁾

(72) انظر: د/ محمد كمال الدين إمام، م س، ص 219.

(73) انظر: طعن جزائي يمني رقم (20350) لسنة 1425هـ، جلسة 07- 12- 2004م.

(74) انظر: د/ الظاهري كركري، أساس المسؤولية الجنائية، محاضرات في القانون الجنائي العام، منشورة في موقع مدونة القانون المغربي على الرابط الآتي:

تمت زيارة الموقع في 2016/6/30م، http://7o9o9.blogspot.com/2013/05/blog-post_7.html

(75) انظر: د/ محمد علي السالم عباد الحلبي، شرح قانون العقوبات " القسم العام"، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997م، ص 407-408.

(76) انظر: الفصل 134 ق ج م.

(77) انظر: المادة (105) ق ج ع ي.

ونلاحظ أن المشرع اليمني أعطى قاضي الموضوع المختص في نظر الدعوى الجنائية الصلاحية الكاملة في إحالة المتهم فاقد الإدراك إلى أحد المستشفيات الحكومية المعدة لعلاج الأمراض العقلية وهو مسلك حسن، حيث إن إثبات حالة الجنون يكون من خلال معاينة حالة المتهم أو بالاطلاع على ملف القضية أو من خلال إحالة المتهم على الأطباء المختصين في هذا المجال.

ثانياً: الصِّغَر

وهي حالة فطرية في الإنسان ليست ملازمة له منافية للأهلية تقع بين الولادة وسن البلوغ تشمل الجنسين الذكر والأنثى ممن لم يبلغ الحلم⁽⁷⁸⁾. ويطلق لفظ الصغير أو الصبي أو الطفل أو الغلام على المولود إلى أن يبلغ، والبلوغ يعني انتهاء حد الصِّغَر أو حدوث قوة للشخص تنقله من حالة الطفولة إلى حالة أخرى، أي الانتقال إلى مرحلة الرجولة بالنسبة للذكر وكمال الأنوثة بالنسبة للأنثى⁽⁷⁹⁾.

وتعد الشريعة الإسلامية أول شريعة عرفتها البشرية ميّزت بين الصغار والكبار من حيث المسؤولية الجنائية تمييزاً كاملاً، حيث وضعت لمسؤولية الصغار قواعد وأحكاماً ثابتة لم تتغير من يوم وضعت إلى يومنا هذا على الرغم من مضي أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمن على وضعها، حيث تعتبر هذه القواعد من أحدث القواعد التي تقوم عليها مسؤولية الصغار في عصرنا الراهن⁽⁸⁰⁾.

ولقد بدأت القوانين الوضعية في الأخذ ببعض هذه المبادئ التي وضعتها الشريعة الإسلامية لمسؤولية الصغار وذلك بعد الثورة الفرنسية، ثم أخذت تلك القوانين تتطور باستمرار متأثرة بالعلوم الطبية والنفسية، ولكن تلك القوانين على الرغم من تطورها تطوراً مذهباً إلا أنها لم تأت بجديد لم تعرفه الشريعة الإسلامية⁽⁸¹⁾.

أما التشريعات الجنائية المعاصرة فهي تتفق فيما بينها على إبعاد الصغير عن نطاق المسؤولية الجنائية وهو مبدأ عام في الفكر الجنائي المعاصر؛ إلا أن الخلاف بين تلك التشريعات يدور حول السن الذي إذا بلغها الإنسان تجاوز مرحلة الصغر وعندها يكون أهلاً لتحمل المسؤولية الجنائية، وهو خلاف ليس جوهري لأنه لا يمس المبدأ وإنما يمس التطبيقات والتفاصيل⁽⁸²⁾.

وعليه فإن المسؤولية الجنائية للصغير في التشريعات الحديثة لم تقر دفعة واحدة؛ بل بدأت في التدرج على مراحل تماشياً مع سن الإنسان، وهي تختلف من تشريع لآخر حسب سياسة هذه الدولة أو تلك، ففي التشريع المغربي يمر الإنسان في حياته بمرحلتين حتى يصل إلى المسؤولية الجنائية الكاملة، تبدأ المرحلة الأولى من الولادة إلى غاية بلوغه اثني عشرة سنة، فإذا ارتكب الحدث جريمة في هذه المرحلة فلا مسؤولية جنائية عليه لانعدام تمييزه⁽⁸³⁾ حيث ذهب المشرع إلى اعتبار أن الطفل في هذه المرحلة ليس أهلاً لتحمل المسؤولية الجنائية لانعدام تمييزه، وهذه القرينة خاصة لا يجوز إثبات عكسها، ولو كان الطفل يتمتع بملكات عقلية تجعله يميز أفعاله ويدرك نتائجها من الناحية الواقعية⁽⁸⁴⁾، ومن ثم يجب الحكم بإعفائه من العقوبة، أما إذا كان إجرامه يحول دون ذلك حكم عليه بأحد التدابير

(78) انظر: د/ أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط4، القاهرة، 1988م، ص270.

(79) انظر: د/ علي أبو البصل، شهادة الصغير وحجيتها في الإسلام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009م، ص 743.

(80) انظر: عبد القادر، م س، ج1، ص599-600.

(81) انظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، د ت، ج1، ص599-600، انظر: عبد العزيز حسين عمار، المسؤولية الجنائية للحدث في القانون المصري والكويتي على الربط الآتي:

، تم دخول الموقع بتاريخ 8/15/2019م. http://aziamar.blogspot.com/2011/12/blog-post_3204.html

(82) انظر: د/ محمد كمال الدين إمام، م س، ص214-215.

(83) انظر: الفصل (138)، ق ج م، والمادة (485) ق ج م.

(84) انظر: عارف السعال، مكانة الحدث في القانون المغربي، منتدى محامي سوريا، على الرابط الآتي:

، تمت زيارة الموقع في 30/6/2016م. <http://www.damascusbar.org/AlMuntada/showthread.php?t=4149>

الوقائية كالحماية أو الحصانة المنصوص عليها في المادة (481) من قانون المسطرة الجنائية المغربية، ولا يحق للمحكمة أن تودعه مؤسسة عقابية ولو بصفة مؤقتة مهما كان نوع الجريمة⁽⁸⁵⁾.

وتبدأ المرحلة الثانية من إتمام اثنتي عشرة سنة إلى بلوغه ثماني عشرة سنة، فإذا ارتكب الحدث جريمة خلال هذه الفترة الزمنية من عمره فإنه يسأل عن جرمته مسؤولية جنائية ناقصة أو مخففة نتيجة لعدم اكتمال تمييزه⁽⁸⁶⁾، ولكن هذا المانع لا يحول دون الحكم عليه بالتدابير الوقائية المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية، ويحق للقاضي أن يكمل التدابير الوقائية بعقوبة حبسية أو مالية إذا رأى ذلك ضرورياً، وذلك بالنظر إلى شخصية الحدث وظروفه بشرط أن يبين ذلك في حكمه، وعليه أن يخفف الحدين الأعلى والأدنى للعقوبة إلى النصف⁽⁸⁷⁾.

والسؤال المطروح! كيف يتم تحديد سن الحدث الذي لا يحمل شهادة ميلاد؟

إذا ظهر خلاف حول سن الحدث نتيجة لعدم وجود شهادة ميلاد قررت المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى الجنائية سن الحدث وذلك من خلال الفحص الطبي بالإضافة إلى جميع التحريات التي تراها المحكمة مفيدة في إثبات سن الحدث⁽⁸⁸⁾.

ونلاحظ أن المشرع لم يكتف بالفحص الطبي في تحديد سن الحدث بل أعطى القاضي الصلاحية الكاملة في إجراء جميع التحريات التي يراها مفيدة في القضية، ويحسب سن الحدث من يوم وقوع الجريمة لا من يوم صدور الحكم.

وعليه فإن مانع صغر السن مانع شخصي لا يمتد أثره إلى غيره من المساهمين معه في ارتكاب الجريمة⁽⁸⁹⁾. ولا يحول هذا المانع دون تحمل المسؤولية المدنية عن الإضرار الناجمة عن جرمته⁽⁹⁰⁾.

وأخيراً أثارت دعوات مجموعة من الحقوقيين المغاربة إلى تخفيض سن المسؤولية الجنائية إلى أقل من ثماني عشرة سنة خلافاً واسعاً بين الأوساط الحقوقية والقانونية بين مؤيد ومعارض ولكل منهما مبرراته نذكرها على النحو الآتي⁽⁹¹⁾:

رأي المؤيدين: يرون أن خفض سن المسؤولية الجنائية إلى أقل من ثماني عشرة سنة أصبح ضرورة ملحة ومنطقية، وذلك بسبب تفشي الجرائم في المجتمع التي يرتكبها قاصرون وأحداث دون سن الرشد الجنائي⁽⁹²⁾، حيث كشفت الإحصائيات أن خمس الجرائم على الأقل في اليوم ترتكب من قبل الأحداث الجانحين.

علماً أن التطورات التكنولوجية الهائلة في الاتصالات وتقنية المعلومات أدى إلى تمكين الأحداث من الاطلاع والمعرفة ومن ثم عمل على التقدم في وعيهم وإدراكهم لما يجري حولهم وصاروا أكثر فهماً ونضجاً وقرباً من الواقع المعاش، حيث أصبحوا قادرين على التمييز بين الخطأ والصواب كل ذلك يجعل من المنطقي المطالبة بتخفيض سن المسؤولية الجنائية إلى أقل من ثماني عشرة سنة، وذلك لحد من جرائم الأحداث.

(85) انظر: المادة (473)، ق م ج م.

(86) انظر: الفصل (139)، ق م ج م. والمادة (458)، ق م ج م.

(87) انظر المادة (482)، ق م ج م.

(88) انظر: المادة (459)، ق م ج م.

(89) انظر المادة (461)، ق م ج م.

(90) انظر: المادة (464)، ق م ج م.

(91) انظر: موقع العربية على الرابط الآتي: www.alarabiya.net/articles/2009/11/11/90912.html تمت زيارة الموقع بتاريخ 2019/9/15 م.

(92) حدد المشرع المغربي السن القانوني لتحمل المسؤولية الجنائية بإتمام ثمان عشرة سنة ميلادية كاملة. انظر: الفصل (140) ق م ج م.

رأي المعارضين: يرون أن خفض سن المسؤولية الجنائية للأحداث إلى أقل من ثماني عشرة سنة سوف يلحق بهم ضرراً؛ لكون مسؤولياتهم الجنائية ناقصة ولم يكتمل لديهم التمييز، فلا ينبغي معاملتهم كالراشدين؛ لأنهم لم يكتملوا بدنياً ولا حتى على مستوى الإدراك، علماً أن السن المحدد في القانون يتفق مع ما ألتزم به المغرب في إطار الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان. ويتفق أيضاً مع الرأي المشهور في مذهب الإمام مالك رحمة الله (93).

أما الصغير في القانون اليمني فإنه يمر في حياته بثلاث مراحل حتى يصل إلى المسؤولية الجنائية الكاملة تبدأ المرحلة الأولى من الولادة إلى غاية إتمامه ست سنوات، فإذا ارتكب الصغير جريمة في هذه المرحلة العمرية فلا يسأل جنائياً لانعدام تمييزه (94)، ولا يجيز المشرع إقامة الدليل على توافر التمييز لدى الصغير رغم صغر سنه لكون المملكات العقلية لم تكتمل ولم تصل في نموها ونضوجها إلى التمييز والإدراك الواعي (95).

والصغير في هذه المرحلة العمرية غالباً لا يرتكب الجريمة نتيجة لصغر سنه وضعف قواه البدنية والعقلية وإذا وجدت حالات نادرة فالنادر لا يقاس عليه.

وتبدأ المرحلة الثانية للصغير من إتمامه سن السابعة إلى غاية إتمامه سن أربعة عشرة سنة، فإذا ارتكب الحدث جريمة خلال هذه المرحلة فإنه يسأل جنائياً عن جريمته ولكن لا تطبق عليه العقوبة المقررة في القانون للجريمة المرتكبة، بل يأمر القاضي بتوقيع أحد التدابير المنصوص عليها في قانون الأحداث (96). والحدث في هذه المرحلة يوجد لديه تمييز ناقص الأمر الذي يبرر تدخل المشرع لمواجهة سلوكه الموصوف بالجريمة بتدبير يحد من الخطورة الإجرامية لفعله؛ لكون لديه قدرة على الفهم والإدراك (97). لذلك فإن المشرع اليمني ألزم المحكمة المختصة بنظر الدعوى الجنائية للصبي المميز بعدم تطبيق العقوبة المقررة للجريمة المرتكبة عليه وإنما تطبق عليه التدابير الاحترازية المنصوص عليها في قانون رعاية الأحداث رقم (24) لسنة 1992م والمعدل بالقانون رقم (26) لسنة 1997م.

وتبدأ المرحلة الثالثة للحدث من إتمامه سن خمس عشرة إلى غاية إتمامه سبعة عشرة سنة، فإذا ارتكب القاصر جريمة خلال هذه المرحلة - بعد أن أتم خمس عشرة سنة ولم يبلغ ثماني عشرة سنة- فإنه يسأل عن الجريمة المرتكبة مسؤولية جنائية ناقصة، ويحكم عليه بنصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانوناً فإذا كانت العقوبة الإعدام حكم عليه بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات (98).

ونلاحظ أن المشرع اليمني قد جعل مدة العقوبة في هذه المرحلة هي نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة المرتكبة، ومن ثم لا يحق للقاضي الحكم بأقل من نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة، وفي حالة مخالفته للنص القانوني يكون حكمه باطلاً بطلاناً مطلقاً ومعرضاً للإلغاء من المحكمة الأعلى درجة، أما إذا كانت العقوبة هي الإعدام فإن القاضي يحكم على المتهم القاصر بنصف العقوبة المقررة للجريمة المرتكبة وهي الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات مستخدماً في ذلك سلطته التقديرية في تفريد العقاب بين الحدين الأعلى والأدنى.

(93) انظر: عبد القادر عودة، م س، ج1، ص602.

(94) انظر: المادة (31) ق ج ع ي.

(95) انظر: د/ محمد علي السالم عباد الحلبي، م س، ص420.

(96) انظر: المادة (31) ق ج ع ي، انظر: د/ مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، ط1، مؤسسة نوفل، بيروت-لبنان، 1982، ص135.

(97) انظر: د/ محمد كمال الدين إمام، م س، ص216.

(98) انظر: طعن جزائي يمني رقم (20573) لسنة 1425هـ جلسة 19-12-2004م.

ويراعي القاضي عند تنفيذ عقوبة الحبس حالة المتهم القاصر، ويكون تنفيذها في أماكن مخصصة لهم وأن يعاملوه معاملة مناسبة لسنهم، ولا يحول مانع صغر السن دون تحميله للمسؤولية المدنية الناتجة عن أفعاله (99). وإذا ثار خلاف بين الأطراف المتخاصمة حول تحديد سن المتهم نتيجة لعدم وجود شهادة ميلاد قدر القاضي سنه بالاستعانة بخبير.

ونرى أن المقصود بالخبير المنصوص عليه في القانون هو الطبيب المختص في مجال تحديد السن دون غيره من الأطباء في المجالات الأخرى واكتفى المشرع بلفظ "خبير"، أما المشرع المغربي فقد كان تعبيره أوسع وأشمل من المشرع اليمني حيث نص على الاستعانة بخبير بالإضافة إلى جميع التحريات التي يراها القاضي المغربي مفيدة في تحديد سن المتهم.

الفقرة الثانية: الموانع الشخصية الإرادية

يعد السكر أهم مانع من الموانع الشخصية الإرادية وهو محرم في الشريعة الإسلامية، وسميت الخمرة بأمر الخبائث لخطورتها على الفرد والمجتمع إلا أن معظم القوانين الوضعية (100) لم تحرم صناعته ولا بيعه ولا شرائه ولا تعاطيه؛ إلا في حدود معينة وأماكن خاصة وفي حالات خاصة لسن معين، علماً أن هذه الدول تشعر بخطورة هذه المسكرات والمخدرات التي أصبحت خطراً على المجتمع البشري عامة، فلا يقتصر تأثيرها على المدمن وحده بل يمتد إلى أولاد المدمن الذين ينشأون ضعفاء في قواهم الجسدية والعقلية بالإضافة إلى نتائج المسكرات السلبية على المجتمع من حيث اتصالها الوثيق بالسلوك الإجرامي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة (101)، لهذا فإنني سوف أتناول في هذه الفقرة، تعريف السكر وأنواعه ومسؤولية السكران في القانونين المغربي واليمني بالإضافة لكيفية إثبات السكر وذلك في النقاط الآتية:

أولاً: تعريف السكر وأنواعه

هو غيبة العقل من تناول خمر أو ما يشبه الخمر (102) أو هو حالة عارضة ينحرف فيها الوعي وتضعف السيطرة على الإرادة نتيجة لمادة أدخلت في الجسم وبوجه خاص على المخ (103). وينقسم السكر إلى اختياري يتناوله عن إرادة حرة، وغير اختياري يتعاطاه قهراً عنه (104).

ثانياً: مسؤولية السكران في القانونين المغربي واليمني

نص المشرع المغربي على السكر بقوله: "السكر وحالات الانفعال أو الاندفاع العاطفي أو الناشئ عن تعاطي المواد المخدرة عمداً لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يعدم المسؤولية الجنائية أو ينقصها ويجوز وضع المجرم في مؤسسة علاجية طبقاً لأحكام الفصلين (80، 81) من القانون الجنائي المغربي".

ونلاحظ أن المشرع المغربي نص على السكر الاختياري صراحة فمن تناول مواد مسكرة أو مخدرة عمداً ثم ارتكب الجريمة فإنه يسأل مسؤولية جنائية كاملة ولا يعد السكر الاختياري مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية أو مخففاً لها بأي حال من الأحوال، وللقاضي أن يضع المجرم السكران في مؤسسة علاجية طبقاً لأحكام الفصلين (80، 81) من القانون الجنائي المغربي.

(99) انظر: المادة (32) ق ج ع ي.

(100) حرم المشرع اليمني صناعة الخمر وبيعها في المادة 285، ق ج ع ي، علماً أن القانون اليمني مستمداً من الشريعة الإسلامية السمحاء التي تحرم شرب وبيع وصناعة الخمر.

(101) انظر: د/ مصطفى إبراهيم الزلمي، م س، ص 123.

(102) انظر: عبد القادر عودة، م س، ج 1، ص 582.

(103) انظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات- القسم العام- ط 5، دار النهضة العربية- مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1982، ص 527.

(104) انظر: د/ مصطفى إبراهيم الزلمي، م س، ص 122.

أما إذا فقد الشخص الوعي والإرادة نتيجة لتناوله الكحول أو المخدرات وهو مدرك لعمله فيعتبر مخطئاً في تسببه بفقدان الوعي والإرادة ومن يقصد وضع نفسه في موضع فاقد الوعي والإرادة لا يمكنه التذرع بامتناع المسؤولية الجنائية فيما أقدم على فعل يعاقب عليه القانون⁽¹⁰⁵⁾.

ولم يتطرق المشرع المغربي للسكر غير الاختياري بشكل صريح كمانع من موانع المسؤولية الجنائية، وباستخدام مفهوم المخالفة للنص نجد أن المشرع جعل من السكر غير الاختياري مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية⁽¹⁰⁶⁾؛ لأن القول بعدم مسؤولية السكران باختياريه عن تصرفاته الصادرة عنه يفيد بأن من سكر وتناول ما يؤثر على وعيه وإدراكه اختياراً ثم يرتكب جرمًا ما يصير في مركز قانوني أفضل ممكن يرتكب الجرم وهو في كامل وعيه، وفي هذا إخلال واضح بميزان العدالة ومجافاة لروح القانون والمنطق والأخلاق⁽¹⁰⁷⁾.

ولكي يستفيد المتهم المُجبر على السكر من هذا المانع لا بد من أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط نذكر أهمها على النحو الآتي⁽¹⁰⁸⁾:

1. أن يتناول الشخص المادة المسكرة أو المخدرة جاهلاً بطبيعتها أو مرغماً عليها.
2. أن يترتب على تناول المخدر أو المسكر فقدان التام للإدراك والاختيار.
3. أن يعاصر الفعل المكون للجريمة من قبل الجاني مع فقدانه لإدراكه وشعوره، بمعنى أن يكون ارتكاب الجريمة من قبل المتهم وهو في حالة السكر أو التخدير، فإذا كانت الجريمة سابقة على السكر أو لا حقة له كأن يرتكب الجريمة بعد زوال المسكر أو المخدر فإنه يسأل مسؤولية جنائية لتوافر الإرادة الحرة والإدراك الكامل.

وعليه فإنه إذا توافرت هذه الشروط في المتهم السكران فإن المسؤولية الجنائية تمتنع في حقه ولا يحكم عليه بأي عقوبة أخرى؛ لأن السكر غير الاختياري حالة عرضية بطبيعتها ومؤقتة تنتهي كلية حينما يقف مفعول المادة المسكرة⁽¹⁰⁹⁾.

أما المشرع اليمني فقد تطرق للسكر بنوعيه الاختياري وغير الاختياري بشكل صريح حيث نص بقوله: " لا يسأل من يكون وقت ارتكاب الفعل عاجزاً عن إدراك طبيعته ونتائجه بسبب تناول مواد مسكرة أو مخدرة قهراً عليه أو على غير علم منه بها أو لضرورة، فإذا كان ذلك باختياريه وعلمه عوقب كما لو كان الفعل قد وقع منه بغير سكر أو تخدير"⁽¹¹⁰⁾. ونلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع اليمني قد جعل السكر غير الاختياري مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية، فمن تناول مواد مسكرة أو مخدرة قهراً عنه ودون إرادته الحرة ولم يكن له يد في تحقيق الإكراه، أو من تناولها دون علمه بأنها مواد مسكرة أو مخدرة أو من الجأته الضرورة إلى تناولها ثم ارتكب الجريمة فلا مسؤولية جنائية عليه شريطة أن ترتكب الجريمة تحت تأثير السكر غير الاختياري وأن يؤدي ذلك السكر إلى فقدان التام للإدراك والاختيار، فإذا توافرت هذه الشروط في حق المتهم فلا يسأل جنائياً عن جريمته المرتكبة.

(105) انظر: د/ مصطفى العوجي، م س، ص 138.

(106) انظر: د/ مصطفى إبراهيم الزلمي، م س، ص 132، انظر: د/ عادل عامر، المسؤولية الجنائية والأسباب الموضوعية لانعدامها، مركز الأبحاث والدراسات القانونية على الرابط: <https://www.facebook.com/center.research.legal/posts/601983859817830> تمت زيارة الموقع بتاريخ 2019/8/15م.

(107) انظر: د/ حسن علي مجلي، الوسيط في شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني- القسم العام- ط3، مركز عبادي للدراسات والنشر، صنعاء، د ت، ص 534.

(108) انظر: د/ محمد كمال الدين إمام، م س، ص 220، انظر: د/ مصطفى إبراهيم الزلمي، م س، ص 128. انظر: مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات- القسم العام- م س، ص 293.

(109) انظر: د/آمال عثمان، السكر والمسؤولية الجنائية، مجلة القضاء، العدد 7 لسنة 1972م، ص 91. انظر: د/ علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات- القسم العام- الدار الجامعية، 1985م، ص 266.

(110) انظر: المادة (33) الفقرة (2)، ق ج ع ي.

ومسألة بيان حالة السكر تخضع لتقرير الجهة المختصة التي تتولاها من خلال إدارة البحث الجنائي الذي يحيل المتهم إلى المختبر لفحصه إكلينيكيًا ومعرفة نسبة الكحول في دمه وتحديد أثره على الإدراك والتمييز والوعي والإرادة⁽¹¹¹⁾.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع المسؤولية الجنائية بين التحمل والامتناع في القانونين المغربي واليمني-دراسة مقارنة-توصلنا إلى عدد من النتائج والمقترحات التي نرى أنها جديرة بالطرح، نذكر أهمها في النقاط الآتية:

أولاً: النتائج

1. إن الإنسان محل للمسؤولية الجنائية فلا مسؤولية جنائية على الحيوان أو الجماد ولا يوصف ما يصدر منهما بوصف الجريمة.
2. إن المسؤولية الجنائية هي الأثر المترتب على ارتكاب الجريمة وبموجبها يتحمل كل شخص نتائج أفعاله المخالفة للقانون، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.
3. يتفق المشرعان المغربي واليمني على تحميل المسؤولية الجنائية لكل شخص ارتكب جريمته وهو عاقل بالغ سن الرشد الجنائي خالي من عيوب الإرادة.
4. يتفق المشرعان المغربي واليمني على أن الحدث ما دون سن الثامنة عشرة من عمره تكون مسؤوليته الجنائية ناقصة أو منعدمة إما لانعدام تمييزه أو لعدم اكتماله، ولا تسقط عنه المسؤولية المدنية تجاه الغير.
5. إن الشريعة الإسلامية أول تشريع عرفته البشرية اعترف بالجنون كمانع من موانع المسؤولية الجنائية وهذا ما أخذت به معظم التشريعات الحديثة.
6. تطرق المشرعان المغربي واليمني إلى تحميل السكران اختياريًا المسؤولية الجنائية تجاه الغير، أما السكر غير الاختياري فإن صاحبه لا يتحمل المسؤولية الجنائية وهو ما تطرق له المشرع اليمني بنص صريح والمشرع المغربي بناء على مفهوم المخالفة.
7. إن موانع المسؤولية الجنائية شخصية ولا يمتد أثرها إلى المساهمين معه في ارتكاب الجريمة.

ثانياً: المقترحات

نقترح على المشرعين المغربي واليمني الآتي:

1. تعديل الفصلين (139، 140) من القانون الجنائي المغربي وذلك باستبدال مصطلح "أتم" بمصطلح "بلغ" لكي ينسجم مع المادة (458) من قانون المسطرة الجنائية.
2. تعديل المادة (31) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني الخاصة بأطوار مسؤولية الصغير وذلك باستبدال مصطلح "أتم" بمصطلح "بلغ" لتلافي القصور القانوني فيها.
3. أن يتطرق المشرع المغربي في الفصل (137) من القانون الجنائي إلى المسؤولية الجنائية للسكران اختياريًا بشكل صريح.
4. أن تكون سلطة قاضي التحقيق في الفصل (136) من القانون الجنائي المغربي بالنسبة لإحالة المتهم التي تظهر عليه علامات واضحة للخلل العقلي إلى مؤسسة الأمراض العقلية على سبيل الوجوب وليس الجواز.

(111) انظر: د/ محمد علي السالم عياد الحلبي، م س، ص 418.

المراجع والمصادر

أولاً: كتب الحديث النبوي

- أبوبكر أحمد بن حسين البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م، ج 15، باب رد شهادة الصبيان.
- عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، ط1، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1997م، حديث رقم 2406، ج2.

ثانياً: الكتب

- أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط4، القاهرة، 1988م.
- حسن علي مجلي، الوسيط في شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني-القسم العام-ط3، مركز عبادي للدراسات والنشر، صنعاء، د ت.
- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، د ت، ج1.
- عبد الواحد العلمي، القانون الجنائي المغربي-القسم العام-الطبعة الثالثة، سنة 2009.
- علي حسن الشرفي، شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني وفقاً لمشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات، دار المنار للنشر والطبع والتوزيع، 1993م، ج1.
- علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات-القسم العام-الدار الجامعية، 1985م.
- عوض محمد، قانون العقوبات-القسم العام-دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000م.
- مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات-القسم العام، دار الفكر العربي، 1979م.
- محمد العروصي، المختصر في شرح القانون الجنائي المغربي، ط1، مكتبة مرجان، مكناس المغرب، 2015م، ج1.
- محمد علي السالم عباد الحلبي، شرح قانون العقوبات " القسم العام"، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997م.
- محمد كمال الدين إمام، المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها، د ن، د ت.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات-القسم العام-ط5، دار النهضة العربية-مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1982.
- مصطفى إبراهيم الزلي، موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية، مكتب القبطان، بغداد، 1998م.
- مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، ط1، مؤسسة نوفل، بيروت-لبنان، 1982.

ثالثاً: المقالات

- آمال عثمان، السكر والمسؤولية الجنائية، مجلة القضاء، العدد 7 لسنة 1972م.
- علي أبو البصل، شهادة الصغير وحجيتها في الإسلام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009م.

رابعاً: القوانين

- الظهير الشريف رقم 1.59.413 لسنة 1962م بشأن القانون الجنائي المغربي وتعديلاته.
- القانون رقم 12 لسنة 1994م بشأن الجرائم والعقوبات اليمني وتعديلاته. قانون رقم 13 لسنة 1994م بشأن الإجراءات الجزائية اليمني
- قانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية المغربية وتعديلاته.

خامساً: المكتبة الإلكترونية

- الظاهري كركري، أساس المسؤولية الجنائية، محاضرات في القانون الجنائي العام، منشورة في موقع مدونة القانون المغربي على الرابط الآتي:
 ▪ http://7o9o9.blogspot.com/2013/05/blog-post_7.html م 2016/6/30 تمت زيارة الموقع في
 ▪ عبد العزيز حسين عمار، المسؤولية الجنائية للحدث في القانون المصري والكويتي على الربط الآتي:
 ▪ http://aziamar.blogspot.com/2011/12/blog-post_3204.html م 2019 / 8/15 تم الدخول
 ▪ www.alarabiya.net/articles/2009/11/11/90912.html
 ▪ عادل عامر، المسؤولية الجنائية والأسباب الموضوعية لانعدامها، مركز الأبحاث والدراسات القانونية على الرابط:
 ▪ <https://www.facebook.com/center.research.legal/posts/601983859817830>

التكوين ودعم القدرات مدخلان للارتقاء بالعمل البرلماني

✍ محمد الغولصي

أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا،

جامعة محمد الخامس بالرباط

الملخص:

يتناول البحث الموسوم بـ " التكوين ودعم القدرات مدخلان للارتقاء بالعمل البرلماني " من حيث جدته وأهميته، كون دستور 2011، جاء بمقتضيات جديدة تتعلق بالتداول والترخيص، يضاف إليه كثافة النصوص التي يخضع لها هذا المشروع، سواء أثناء مرحلة الإعداد أو المصادقة، (الدستور، القانون التنظيمي للمالية، المرسوم المتعلق بإعداد وتنفيذ قوانين المالية)، وحضور المحكمة الدستورية للفصل في بعض المقتضيات الخلافية التي يمكن أن تثار أثناء المصادقة، وتقييد المصادقة على المشروع في آجال محددة، وهو ما يجعل منه مشروعا ليس كباقي، وإن كان من الناحية الشكلية ينتمي لفئة القوانين العادية، ويعالج الموضوع الإشكالية التالية مشاريع القوانين على المستوى الواقعي، وإلى: إلى أي حد ستعمل الصلاحيات الجديدة التي جاء بها دستور 2011 لصالح المؤسسة التشريعية من جعلها مستقلة وقوية، قادرة على تكوين البرلمان ودعم القدرات مدخلان للارتقاء بالعمل البرلماني؟ وهل يكفي التنصيب على هذه الصلاحيات، أم أن الخلل يكمن في الممارسة، وخروقات التنزيل؟ ولعل معالجة هذه الإشكالية ستفيدنا في معرفة مدى ممارسة البرلمان لاختصاصه كاملا في المصادقة على مشروع قانون مالية السنة.

الكلمات المفتاح: المسطرة التشريعية، الحكامة المالية، الرقابة الدستورية، شفافية الإعتمادات، التداول، الترخيص.

Résumé

Le Présent mémoire, traite de «Le titre: formation et le soutien des capacités sont deux approches pour améliorer le travail parlementaire, étant donné sa nouveauté et son importance, à la lumière de la nouvelle constitution 2011 qui a apporté de nouvelles dispositions quant aux approches et aux autorisations, auxquelles on peut ajouter, la pléthore des textes dont est soumis ce projet, soit pendant la phase d'élaboration, soit celle de l'approbation (constitution, loi organique des finances, décret relatif à l'élaboration et à l'exécution de la loi de finances), en sus de la cour constitutionnelle qui tranche dans certains litiges qui peuvent surgir lors de l'approbation du projet, et son enregistrement dans des délais limités, ce qui rend ce projet différent des autres projets de loi sur le plan réel, bien qu'il fait partie des lois ordinaires au point de vue formel. Le sujet traite la problématique suivante : à quelle extension les nouvelles dispositions de la constitution 2011, peuvent œuvrer au profit de l'institution législative en la rendant forte et indépendante, capable d'imposer ses rôles durant la phase de l'approbation du projet de la loi de finances de l'année.

Les mots clés: la procédure législative, gouvernance financière, contrôle constitutionnel, transparence crédits, délibération, Autorisation.

مقدمة:

إذا كان الاختصاص المالي للبرلمان، يعتبر أساس ظهوره كمؤسسة تشريعية، تضم في عضويتها ممثلين عن مختلف الشرائح الاجتماعية، فإن الواقع أثبت أن هذا الاختصاص تشترك فيه المؤسسة التنفيذية، عبر آليات وضوابط محددة بمقتضى النصوص القانونية، التي تتيح للفاعلين المؤسساتيين الوطنيين الفرصة لاستخدام الأموال العامة، باعتبارها الركيزة الأساسية لتحقيق التنمية بمختلف أبعادها¹¹²، وفي المغرب وبالنظر لاعتبارات عديدة تتعلق أساسا بكون ممارسة الاختصاصات المالية ارتبط بجهاز السلطان، فإن البرلمان لم يتمكن من إقرار اختصاصه في المصادقة على قوانين المالية، إلا بعد وضع أول دستور للمملكة بتاريخ 18 نونبر 1962¹¹³، ليستمر في مد وجزر عبر الدساتير اللاحقة، خاصة مع تكريس نظام الغرفتين بموجب الوثيقة الدستورية لسنة 1996¹¹⁴، مع إعادة هندسة المؤسسة التشريعية على مستوى التركيبية، وهو ما مهد لتحقيق ازدواج برلماني فعلي عبر وجود غرفتين متباينتي التركيبية والاختصاصات بخلاف ما كان عليه الأمر سنة 1996¹¹⁵، مع العلم أن المؤسسة التشريعية تعتبر أكبر مستفيد من المقتضيات التي جاءت بها الوثيقة الدستورية لسنة 2011، خاصة مع التغييرات الجوهرية التي مست صلاحياته، فتغيير وضعية البرلمان وإعادة هيكلة بنيته التنظيمية إلى جانب الرفع من فعاليته مع المحافظة على الطابع التقريبي لاختصاصاتهما معا، يعتبر من الأهداف الأساسية التي سعى إليها المشرع الدستوري، إذ أن الغرفة الثانية لم تتحول إلى غرفة صورية بل بقيت غرفة تقريرية، حيث أعطى المشرع الدستوري لكلا الغرفتين حق المبادرة بعرض مقترحات القوانين والمصادقة على مشاريع القوانين، إذ أن جل القوانين تتداول بشأنها الغرفتان بكيفية متتالية قصد التوصل لاتفاق مشترك حول نص موحد، مع إعطاء الكلمة الفاصلة في حال تعذر تحقيق ذلك لمجلس النواب¹¹⁶، غير أن الرفع من المهام التمثيلية لأعضاء مجلسي البرلمان، لا يمكن أن يتحقق إلا عبر تأهيل الفاعلين في العمل البرلماني، سواء تعلق الأمر بأعضاء مجلسي البرلمان، نوابا كانوا أم مستشارين، لمواكبة وفهم واستيعاب النصوص التشريعية والتنظيمية المنظمة والمتعددة التي يخضع لها مشروع قانون مالية السنة، وذلك عبر دورات تكوينية مستمرة ومتجددة (المطلب الأول)، أو من خلال تكوين العاملين والفاعلين من أطر وموظفي مجلسي البرلمان، وذلك لتسهيل الفهم الجيد لمقتضيات مشروع قانون مالية السنة من قبل أعضاء مجلسي البرلمان، وتحقيق حد أدنى من التوازن على مستوى الإمكانات مقارنة مع ما تتوفر عليه الحكومة في هذا الشأن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دعم قدرات أعضاء مجلسي البرلمان

إذا كان البرلمان يتكون من مجلسين، مجلس النواب ومجلس المستشارين، ويستمد أعضاؤه نيابته من الأمة، وحقهم في التصويت حق شخصي لا يمكن تفويضه¹¹⁷، فإن الدستور أحال على القانونين التنظيميين لكلا مجلسي البرلمان، لتبيان مختلف الجوانب المتعلقة بالتمثيل النيابي¹¹⁸، غير أن ذلك لا يكفي ما دام هناك تغييب على التنصيب على التكوين والمواكبة التي يجب أن تتولاها المؤسسة التشريعية نفسها، وكذا الفرق والمجموعات البرلمانية وكذا الأحزاب السياسية (فقرة أولى)، وأيضا إبداع أساليب جديدة للرقى بدور أعضاء مجلسي البرلمان، لتحقيق برلمان قوي قادر على فهم مختلف الجوانب المتعلقة بمشروع قانون مالية السنة (فقرة ثانية).

¹¹² - روش رحمة، "الميزانية العامة للدولة في الجزائر" رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص: القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق الجزائر 2011، ص: 1

¹¹³ - دستور 1962 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف ليوم 17 رجب 1382 الموافق ل 14 دجنبر 1962 والصادر بالجريدة الرسمية عدد 2616 مكرر بتاريخ 22 رجب 1382 الموافق 19 دجنبر 1962.

¹¹⁴ - دستور 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 12 شعبان 1432 الموافق 14 يوليوز 2011 والصادر بالجريدة الرسمية عدد 5664 بتاريخ 28 شعبان 1432 الموافق 30 يوليوز 2011.

¹¹⁵ - محمد زين الدين: " الدستور ونظام الحكم في المغرب " مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2015، ص: 199

¹¹⁶ - محمد زين الدين: " " الدستور ونظام الحكم في المغرب "، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2015، ص: 198

¹¹⁷ - الفصل 60 من دستور 2011، مرجع سابق.

¹¹⁸ - الفقرة الثانية من الفصل 62 من دستور 2011، مرجع سابق

الفقرة الأولى. التكوين في أجندة الفاعلين

عند الحديث عن التكوين يتبادر إلى الذهن الدور الذي يجب أن تقوم به الفرق والمجموعات البرلمانية، وكذا الأحزاب السياسية لأعضائها، وذلك لمواكبة والرفع من المهام، حيث يتم التنصيب على مقتضيات داخلية تهتم عقد اجتماعات الفرق الممثلة بمجلس النواب¹¹⁹، فدورهم أساسي في مجال مواكبة وتتبع والرفع من القدرات الفكرية والقانونية والمعرفية للنواب والمستشارين الذين يمثلونها على مستوى غرفتي مجلسي البرلمان، باعتباره تنظيم سياسي دائم، يتمتع بالشخصية الاعتبارية، يؤسس طبقا للقانون، بمقتضى اتفاق بين أشخاص ذاتيين، يتمتعون بحقوقهم المدنية والسياسية، يتقاسمون نفس المبادئ، ويسعون إلى تحقيق نفس الأهداف، ويعمل على تأطير المواطنين والمواطنات وتكوينهم السياسي، وتعزيز انخراطهم في الحياة الوطنية وفي تدبير الشأن العام، كما يساهم في التعبير عن إرادة الناخبين، ويشارك في ممارسة السلطة على أساس التعددية والتناوب، بالوسائل الديمقراطية، وفي نطاق المؤسسات الدستورية¹²⁰،

وقد اجتهد واضعو النظامين الداخليين لمجلسي البرلمان في إبداع مقتضيات جديدة تهتم على الخصوص وسائل العمل، وهكذا نجد أن النظام الداخلي لمجلس النواب أقر ما يلي " للمعارضة الحق في التوفر على الإمكانيات المادية والبشرية للنهوض بمهامها من اعتمادات وخبرات وفضاءات للاشتغال مع مراعاة مقتضيات المادة 11 من هذا النظام الداخلي¹²¹

علما أن المكتب هو الذي يحدد الموارد المالية المخصصة للفرق النيابية و المجموعات النيابية، لدعم أنشطتها و لسد حاجياتها المتعلقة باللجوء إلى الخبرة و الاستشارة، ويوزع الغلاف المالي المخصص للفرق النيابية و المجموعات النيابية على أساس قاعدة التمثيل النسبي، مع مراعاة تحديد نسبة توزع بالتساوي بين الفرق النيابية و نسبة أخرى توزع بالتساوي بين المجموعات النيابية، ولا يجب أن يقل مجموع هاتين النسبتين اللتين يحددهما المكتب في مستهل الولاية التشريعية عن نسبة 03 بالمائة ويخصص أيضا موارد بشرية للفرق النيابية و المجموعات النيابية، على أساس قاعدة التمثيل النسبي، مع مراعاة حد أدنى للفرق النيابية و حد أدنى للمجموعات النيابية يحددان من طرف المكتب، يراعي في هذا التوزيع حقوق النائبات والنواب غير المنتسبين¹²²،

وبالتالي فإن بعض الأحزاب السياسية، وإن كانت لا تشكل الأغلبية تتناسى أن الفائزين بمقاعد انتخابية باسمها تستمر علاقة الوثاقة والتفاعل على امتداد فترة الانتداب النيابي، ولذلك فإن أي مسؤولية وأي دور يجب أن يستحضر علاقة التفاعل الإيجابي، عن طريق التكوين والمواكبة والتذكير بأولويات وبرنامج الحزب ورؤيته الاقتراحية والتعديلية عبر فريقه البرلماني، لمشاريع ومقترحات القوانين، الذي يتطلب فهما ودراية كبيرة بمختلف القوانين والأنظمة المؤطرة، لتدخل كل من الحكومة والبرلمان على المستوى المسطري، وتتفاوت مدى أهمية ورؤية الأحزاب السياسية والفرق والمجموعات النيابية لدور التكوين في الرقي من جسامته التمثيل، حيث أن هناك أحزاب سياسية تعطي أهمية كبيرة للتكوين والدورات المنظمة والدورية لعقد اجتماعاتها، وهناك أحزاب سياسية لا تعطي لذلك أية أهمية.

¹¹⁹ - تعقد فرق الأحزاب السياسية الممثلة بمجلسي البرلمان لقاءات دورية للتنسيق وبلورة وجهة نظر موحدة، وتصورها حول مشاريع ومقترحات القوانين عموما، وتتجدد ويكبر التنسيق بمناسبة عرض مشروع قانون مالية السنة وذلك قصد توحيد الجهود، ومناقشة مضمونه، مع استحضار موقع الحزب السياسي المعني سواء أكان ينتمي للأغلبية أم المعارضة، وهكذا على سبيل المثال جاء في المادة 4 من النظام الداخلي لفريق العدالة والتنمية بمجلس النواب ما يلي " يجتمع الفريق في لقاءات أسبوعية منتظمة خلال الدورات التشريعية، ويمكن أن يجتمع خارج هذه الدورات "

¹²⁰ - أنظر المادة 2 من القانون التنظيمي رقم 29.11 المتعلق بالأحزاب السياسية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.166 الصادر بتاريخ 24 ذي القعدة 1432 الموافق 22 أكتوبر 2011، والصادر بالجريدة الرسمية عدد 5989 بتاريخ 26 ذي القعدة 1432 الموافق 24 أكتوبر 2011.

¹²¹ - المادة 48 من النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2013، مرجع سابق.

¹²² - المادة 22 من النظام الداخلي لمجلس النواب الذي أقره مجلس النواب في الجلسة العمومية بتاريخ 23 رمضان الموافق فاتح غشت 2013، وجلسته المنعقدة يوم الثلاثاء 29 ذي الحجة 1434 الموافق 29 أكتوبر 2013.

الفقرة الثانية: تطوير التدريب البرلماني

يمثل التدريب أهمية محورية في عملية التطوير المؤسسي عموماً، وبالنسبة للبرلمان خصوصاً، كما أن المؤسسات الاقتصادية في حاجة إلى التدريب المستمر للعاملين بها على مختلف المستويات، من أجل تعظيم قدراتها على تحقيق الربح، وبالتالي تخصيص موازنات متزايدة على الأنشطة التدريبية والبحثية، والبرلمانات في حاجة أولى لهذا الاهتمام بالعملية التدريبية وذلك لاعتبارات خمسة أساسية، هي:

أولاً: أن التدريب المستمر والمتنوع، في مجالاته ومستوياته، هو نافذة البرلمان على مجريات العصر، ووسيلة للاستفادة من خبرات التطوير المختلفة في برلمانات العالم، فبالنظر إلى تزامن أجندة العمل البرلماني على نحو متزايد، بسبب التوسع في أنشطة البرلمان وتنوع الموضوعات التي يعالجها، تبدو أهمية التدريب لتنمية قدرات أطراف العمل البرلماني، الأعضاء والفنيين المعاونين لهم لمواكبة تلك الأعباء المستجدة وتطوير الأداء البرلماني بوجه عام.

ثانياً: أن البرلمان، بطبيعته وبحكم تعريفه، مؤسسة معقدة الهيكل التنظيمي والمؤسسي، تضم اللجان الدائمة والنوعية والخاصة، والإدارات الفنية والبحثية والمعلوماتية، والشؤون المالية والإدارية، وشؤون الأعضاء والخدمات التي يحتاجون إليها من الجهاز المعاون، وكذلك العلاقة مع السلطة التنفيذية من ناحية، والدوائر الانتخابية والمواطنين من ناحية أخرى، وكل هذا يتطلب هيكلًا تنظيميًا وفريقًا من المعاونين متعددي القدرات والمهارات، في حين أن نظام التشغيل والتوظيف لا يراعى الفروقات الفردية والنوعية بين العاملين، في التعيين والتقييم والحوافز، وإنما يعاملهم كمجموعة متجانسة، حسب درجاتهم الوظيفية على الأغلب، وبالتالي يكون التدريب المتخصص وسيلة لتنمية قدرات العاملين حسب طبيعة مهامهم من ناحية، وإعادة توزيعهم وتأهيلهم في المواقع المناسبة لقدراتهم من ناحية أخرى.

ثالثاً: أنه من الشائع أن ينتقل العاملون بالبرلمان بين الإدارات واللجان والقطاعات المختلفة خلال فترة عملهم، وفقاً لاعتبارات متعددة سواء كانت موضوعية أو سياسية، وبالتالي فلا بد من التدريب المستمر لهم، بما يتوافق وهذا التنقل في موقع العمل داخل البرلمان.

رابعاً: أن أعضاء البرلمان مجموعة متنوعة، ومتحركة، لا تتشابه في القدرات والاهتمامات والانتماءات الفكرية السياسية، ولا تبقى في مقاعدها فترات طويلة، في حين يتسم العمل في الجهاز الفني للبرلمان بالديمومة والاحتراف النسبي، وبالتالي فإن الأعضاء يحتاجون إلى خبرات فنية، ومعاونة تتماشى مع ذلك التنوع وهذا التغير في نوعية الأعضاء، على خلاف المؤسسات الإدارية والبيروقراطية، وحتى الاقتصادية التي يظل رؤساؤها أو أصحابها فترات أطول في مواقعهم¹²³.

خامساً: أن المهارات المطلوبة في الجهاز الفني المعاون للأعضاء، وكذلك القدرات المتوقعة للأعضاء لتطوير أدائهم التشريعي والرقابي والسياسي تتسم بالتركيب والتغير السريع، والتطور المتلاحق في أنحاء العالم، وبالتالي الجهاز الفني المعاون لهم، مطالبون بالتعامل مع سيل من القضايا الجديدة والمعقدة، التي لم تكن مطروحة من بضع سنوات خلت، مثل التكتلات الاقتصادية والمنظمات والاحتكارات العملاقة، ونظم الأسواق والبورصة والأوراق المالية، وقضايا الاستسناخ والهندسة الوراثية، ومجتمع المعلومات ونقل التكنولوجيا، والاتفاقيات الدولية، وقضايا الإستراتيجية والنظام الدولي الجديد، والدبلوماسية البرلمانية والدور السياسي للأعضاء... وغيرها، وكل هذا يستوجب زيادة الاهتمام بالتدريب في العمل البرلماني، ويزيد من أهمية هذا البعد، غياب أو محدودية قدرات بيوت الخبرة البرلمانية في العالم العربي، وربما ندرة الدورات التدريبية المتاحة للنواب في هذه المجالات، وكذلك (Policy-oriented) الخبرات الاستشارية والبحوث السياسية، حساسية التعامل مع بيوت الخبرة خارج البرلمان في كثير من الأحيان، لأسباب مفهومة أو غير مقبولة¹²⁴.

¹²³-علي الصاوي "تطوير عمل المجالس النيابية العربية"، متوفر بالموقع الإلكتروني لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي "برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، مرجع سابق، ص: 33 للمزيد من التفصيل أنظر الرابط التالي:

<http://www.undp-pogar.org/publication/legislateur/sawila>

¹²⁴- المرجع نفسه، ص: 34

المطلب الثاني: تكوين أطر وموظفي المؤسسة التشريعية

يشكل تكوين موظفي وأطر مجلسي البرلمان، عوامل مساعدة لنجاح العمل البرلماني عموماً، لذلك وجب تأطير وتكوين هذه الفئات، سواء من حيث المعارف والمعارك القانونية (فقرة أولى)، أو من حيث المهارات المعرفية والبيداغوجية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: من حيث المعارف والمعارك القانونية

لموظفي وأطر مجلسي البرلمان أنظمة خاصة بهم، تعطيهم حقوقاً وترتب في حقهم واجبات تجاه الإدارة والمرفق الذي يشتغلون به، وهكذا نجد أن النظام الخاص بموظفي مجلس المستشارين¹²⁵، أعطى حقوقاً ورتب واجبات يتعين القيام بها من أجل الرفع من جودة العمل البرلماني، وبين الجوانب المتعلقة بالإلحاق والنظام التأديبي، وكيفية إنهاء المهام، وإجراءات الإحالة على التقاعد وكذا أسلاك الموظفين، إلا أنه أغفل في المقابل جوانب مهمة وأساسية تتعلق بالتكوين والتأطير الخاص بهذه الهيئة، وهو ما حاول أن يتداركه المشرفون على إعداد النظام الخاص بموظفي مجلس النواب¹²⁶، حيث أن هذا النظام الخاص يتضمن مستجدات مهمة¹²⁷،

تتعلق أساساً بشروط ضرورية تتعلق أساساً بالحياد والانضباط وشروط الانخراط في أسلاك هذه الهيئة، ومعايير الترقية والتنقيط والأجرة والتعويضات، والخص والنظام التأديبي وأسلاك الموظفين وغيرها من المقتضيات، لكن الأساسي هو أن هذا النظام الخاص يحمل بين طياته مقتضيات مهمة تتعلق بالتأطير والمواكبة، وهي مسألة مهمة تتم عن وعي المشرع بضرورة المواكبة والتكوين، باعتباره آلية فعالة وناجعة للرفق بالعمل البرلماني، وتجاوز النقص الذي كان يطبع الأنظمة الخاصة السابقة.

إن كثافة النصوص القانونية التي يخضع لها مشاريع ومقترحات القوانين، تجعل من مسألة التكوين غاية أساسية وضرورية للقيام بالعمل المطلوب، فكيف يتوقع القيام بهذه الأدوار، في غياب المواكبة والتأطير اللذين يتعين أن تقوم به إدارة المؤسسة التشريعية نفسها، بمعية الفرق البرلمانية الممثلة بمجلسي البرلمان، كما أنه يتعين إحداث مراكز خبرة ودراسات تكون قوة اقتراحية مساعدة ومتفهمة تواكب العمل والجهد المبذول، الذي يجب أن يقوم به أعضاء مجلسي البرلمان،

ففي الأردن على سبيل المثال، واجه مركز الأردن الجديد للدراسات مشكلة الحساسية السياسية في جهوده، لأنه يصبح بيت خبرة للبرلمان الأردني، حيث لا تجد فكرة قيام الوحدة المتخصصة بالدراسات البرلمانية تشجيعاً كافياً من النواب، ويحذرون من توجهاتها السياسية، خوفاً من أن تتحول إلى مطبخ خارجي لإعداد لأعمال البرلمانية، وهو ما قد يجعله مركز قوة تنتظر إليه الحكومة بحساسية..، كما أن بعض النواب رفضوا التعامل مع هذه المراكز¹²⁸.

¹²⁵ - أنظر: الظهير الشريف رقم 1.98.170 الصادر بتاريخ 26 رمضان 1419 الموافق 14 يناير 1999، بتنفيذ القانون رقم 32.98 بتحديد النظام الأساسي الخاص بموظفي إدارة مجلس المستشارين، والصادر بالجريدة الرسمية عدد 4682 بتاريخ 28 ذي الحجة 1419 الموافق 15 أبريل 1999.

¹²⁶ - أعدته الوزارة المكلفة بالوظيفة العمومية وتحديث الإدارة، باعتبارها القطاع الوزاري الذي يشرف على موظفي الإدارات العمومية، بغض النظر عن وجود أنظمة خاصة أو عامة تؤطر هذه الفئات.

¹²⁷ - أنظر: الظهير الشريف رقم 1.13.10 الصادر بتاريخ 10 ربيع الثاني 1434 الموافق 21 فبراير 2013 بتنفيذ القانون رقم 25.13 القاضي بتحديد النظام الأساسي الخاص بموظفات وموظفي مجلس النواب، والصادر ج ر عدد 6136 بتاريخ 9 جمادى الأولى 1434 الموافق 21 مارس 2013.

¹²⁸ - هاني حوراني، "خبرة مركز الأردن الجديد للدراسات"، ورقة مقدمة إلى ورشة عمل "الدراسات البرلمانية في العالم العربي"، التي نظمتها المؤسسة العربية للدراسات والاتصال، بالتعاون مع كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، في القاهرة، بالفترة من 14-15 أكتوبر 1999، وردت في تقرير علي الصاوي "تطوير عمل المجالس النيابية العربية"، متوفر بالموقع الإلكتروني لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي "برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، ص: 34 للمزيد من التفصيل أنظر الرابط التالي:

<http://www.undp-pogar.org/publication/legislateur/sawila>

الفقرة الثانية: من حيث أساليب وتقنيات العمل

إن الحديث عن تطوير العمل البرلماني، يحيلنا على مسألة مهمة وهي مدى تجاوب إدارة مجلسي البرلمان مع مطالب التكوين، التي تعد مسألة مهمة للتعرف على أساليب جديدة تجعل من المؤسسة التشريعية مؤسسة قوية، لأن هؤلاء الأطر يشتغلون في إطار اللجان والفرق، ومختلف أجهزة مجلسي البرلمان وبما أن العضو البرلماني يمثل حقلا سياسيا قائما، فإن الموظف والإطار الذي يشتغل في المؤسسة التشريعية، يجب أن يتحلى بالحياد والانضباط المطلوب للقيام بأداء دوره على الوجه المطلوب، وقد كانت هناك توصيات مهمة خرجت بها لقاءات وندوات عقدت لهذا الغرض تدعو إلى إشراك الموظف، باعتبار أن تأهيل المؤسسة التشريعية لا يمكن أن يتم إلا عبر إشراك الموظف¹²⁹، والذي يعتبرونه يأتي في سياق التأسيس لحكمة جيدة، تستجيب لتطلعات كافة مكونات المجلس كي تؤدي أدوارها كاملة، فتحسين صورة المؤسسة التشريعية في اعتماد مشاريع ومقترحات القوانين، يقتضي الارتقاء بالموظف إلى درجة مساعد المشرع، وهي أمور مهمة وأساسية لاقتراح الحلول، وبلورة التصورات في حال وجود تعارض بين مقتضيات قانونية منظمة، أو في حال وجود مقتضيات تتطلب استشارات من قبل أطر خبيرة بدوايب العمل البرلماني، وعارفة بالنصوص القانونية المنظمة، وليست مدركة فقط للحساسيات السياسية.

إن الحكم على المكتسبات المهمة التي جاء بها دستور 2011، سيحتاج إلى سنين طويلة، بيد أن الخلل فيما تصدره الأعراف البرلمانية، حيث يبدو موقف البرلمان من قرارات القضاء الدستوري إزاء مقتضيات نظامه الداخلي، متأرجحا مابين الامتثال له ومحاولة الانتفاضة وعدم قبولها، وذلك من خلال اللجوء إلى الأعراف البرلمانية، إلا أن الكفة تميل لجهة الارتكان إلى تعديل مواد مشروع النظام الداخلي، كي تتلاءم وقرارات القضاء الدستوري، وبالتالي فالبرلمان مدعو باستمرار إلى محاولة تكسير القيود التي يفرضها عليه¹³⁰.

¹²⁹ - أنظر توصيات ملتقى أطر وموظفي مجلس المستشارين الذي نظم تحت شعار " تأهيل المؤسسة التشريعية رهين بإشراك الموظف " والذي نظم يوم 9 أكتوبر 2010 بمقر مجلس المستشارين بالرياض، منشورة بجريدة الصحراء تحت عنوان " تحالف بين بيد الله ولشكر والعلمي لتأهيل الموظف البرلماني إلى مساعد مشرع بتاريخ 11 أكتوبر 2010. الموقع الإلكتروني:

جريدة/2010/تحالف-بين-بيد-الله-ولشكر-والعلمي-لتأهيل-الموظف-البرلماني-إلى-مساعد-<http://www.almaghribia.ma/> مشرع/116669.html

¹³⁰ - وفاء الفيلالي: البرلمان في النظام السياسي المغربي على ضوء الولاية التشريعية الخامسة (من 1993 إلى 1997)، "، مطبعة طوب بريس، الرباط الطبعة الأولى 2001ص:202.

المراجع والمصادر

1. النصوص القانونية:

- دستور 1962 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف ليوم 17 رجب 1382 الموافق ل 14 دجنبر 1962 والصادر بالجريدة الرسمية عدد 2616 مكرر بتاريخ 22 رجب 1382 الموافق 19 دجنبر 1962.
- دستور 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 12 شعبان 1432 الموافق 14 يوليوز 2011 والصادر بالجريدة الرسمية عدد 5664 بتاريخ 28 شعبان 1432 الموافق 30 يوليوز 2011.
- القانون التنظيمي رقم 29.11 المتعلق بالأحزاب السياسية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.166 الصادر بتاريخ 24 ذي القعدة 1432 الموافق 22 أكتوبر 2011، والصادر بالجريدة الرسمية عدد 5989 بتاريخ 26 ذي القعدة 1432 الموافق 24 أكتوبر 2011.
- النظام الداخلي لمجلس النواب الذي أقره مجلس النواب في الجلسة العمومية بتاريخ 23 رمضان الموافق فاتح غشت 2013، وجلسته المنعقدة يوم الثلاثاء 29 ذي الحجة 1434 الموافق 29 أكتوبر 2013.
- الظهير الشريف رقم 1.98.170 الصادر بتاريخ 26 رمضان 1419 الموافق 14 يناير 1999، بتنفيذ القانون رقم 32.98 بتحديد النظام الأساسي الخاص بموظفي إدارة مجلس المستشارين، والصادر بالجريدة الرسمية عدد 4682 بتاريخ 28 ذي الحجة 1419 الموافق 15 أبريل 1999.
- الظهير الشريف رقم 1.13.10 الصادر بتاريخ 10 ربيع الثاني 1434 الموافق 21 فبراير 2013 بتنفيذ القانون رقم 25.13 القاضي بتحديد النظام الأساسي الخاص بموظفات وموظفي مجلس النواب، والصادر ج ر عدد 6136 بتاريخ 9 جمادى الأولى 1434 الموافق 21 مارس 2013.

2. الأطروحات والرسائل الجامعية:

- روش رحمة، "الميزانية العامة للدولة في الجزائر" رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص: القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق الجزائر 2011.

3. الكتب:

- محمد زين الدين: "الدستور ونظام الحكم في المغرب"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2015.
- وفاء الفيلالي: البرلمان في النظام السياسي المغربي على ضوء الولاية التشريعية الخامسة (من 1993 إلى 1997)، "مطبعة طوب بريس، الرباط ط الأولى 2001.

4. المواقع الإلكترونية:

- علي الصاوي "تطوير عمل المجالس النيابية العربية"، متوفر بالموقع الإلكتروني لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي "برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، مرجع سابق، ص: 33 للمزيد من التفصيل أنظر الرابط التالي:

<http://www.undp-pogar.org/publication/legislateur/sawila>

- هاني حوراني، "خبرة مركز الأردن الجديد للدراسات"، ورقة مقدمة إلى ورشة عمل "الدراسات البرلمانية في العالم العربي"، التي نظمتها المؤسسة العربية للدراسات والاتصال، بالتعاون مع كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، في القاهرة، بالفترة من 14-15 أكتوبر 1999، وردت في تقرير علي الصاوي "تطوير عمل المجالس النيابية العربية"، متوفر بالموقع الإلكتروني لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي "برنامج إدارة الحكم في الدول العربية، ص: 34 للمزيد من التفصيل أنظر الرابط التالي:

<http://www.undp-pogar.org/publication/legislateur/sawila>

- توصيات ملتقى أطر وموظفي مجلس المستشارين الذي نظم تحت شعار "تأهيل المؤسسة التشريعية رهين بإشراك الموظف" والذي نظم يوم 9 أكتوبر 2010 بمقر مجلس المستشارين بالرباط، منشورة بجريدة الصحراء تحت عنوان "تحالف بين بيد الله ولشكر والعلمي لتأهيل الموظف البرلماني إلى مساعد مشرع بتاريخ 11 أكتوبر 2010.

الموقع الإلكتروني:

<http://www.almaghribia.ma>

إمكانية العدول عن التعاقد بدون سبب في قانون حماية المستهلك العماني

✍ يوسف احمد نوافله

يوسف احمد نوافله

أستاذ مساعد - كلية الحقوق/جامعة السلطان قابوس

قسم القانون الخاص

ملخص البحث:

صدر قانون حماية المستهلك العماني رقم 66 لسنة 2014، والذي يعتبر قانون حمائي ذو قواعد أمرية يضمن الحماية القانونية للمستهلك من طمع وجشع التجار، ولما كان العدول عن التعاقد يعتبر أحد الحقوق المشروعة التي أقرها المشرع لطرفي العقد قبل تمام نفاذه. فقد أجاز قانون حماية المستهلك العماني حق العدول كأحد الضمانات للمستهلك. إلا أن المشرع العماني في قانون حماية المستهلك لم يتطرق إلى حق العدول بلا سبب بشكل صريح كما نص عليه قانون حماية المستهلك المصري الصادر في عام 2018.

وحيث أن عدم وضوح نص المادة 16 من قانون حماية المستهلك العماني يترك الباحث بحيرة منها فيما إذا كان يمكن التأويل أو الفهم على أن المشرع العماني أجاز حق العدول بغير سبب - كما فعل المشرع المصري في المادة 21 من قانون حماية المستهلك - والذي يستمد منه القانون العماني أغلب أحكامه أم لا، حيث لم يتبين في النص القصد من عبارة "أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله".

وعليه فقد ارتأينا دراسة وتحليل النصوص المتعلقة بحق العدول بغير سبب في القانون ذاته مع مقارنة لموقف المشرع المصري لمعرفة مدى إمكانية تطابق أحكام القانونين، ومدى كفاية نصوص حق العدول بغير سبب في قانون حماية المستهلك العماني، والنصوص المنظمة لها.

استناداً لذلك فإن محاور الدراسة ستركز على توضيح المقصود بماهية حق العدول بغير سبب وطبيعته والأساس القانوني له ومدى كفاية النصوص المنظمة لحق العدول بغير سبب في القانون العماني.

حيث انتهت الدراسة إلى أن المشرع العماني لم يذكر صراحة حق العدول بغير سبب والذي يجعلنا نقول أنه لم يقر به حتى لو استندنا على أن المشرع العماني يستمد أحكامه من القانون المصري الذي أجاز حق العدول بغير سبب صراحةً. حيث لا يمكن الاستناد على هذه الفكرة لتأويل نص المادة 16 من قانون حماية المستهلك العماني.

وقد أوصت الدراسة بضرورة إيجاد معالجة تشريعية لحق العدول عن طريق تعديل القانون وذكر حق العدول بغير سبب صراحةً كما نص عليه قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لعام 2018 ولكن في حدود يبينها القانون دون إطلاق العنان لما في ذلك من تأثير على استقرار العلاقات التعاقدية.

الكلمات الدالة : حق العدول بغير سبب - المستهلك - المزود

Abstract:

The Omani Consumer Protection Law No. 66 of 2014 was issued, which is considered a protective law with jus cogens that guarantees legal protection for the consumer from the greed and greed of merchants, and since the renunciation of the contract is considered one of the legitimate rights that the legislator approved for both parties to the contract before its entry into force. The Omani Consumer Protection Law permits the right of justice as one of the guarantees for the consumer. However, the Omani legislator in the consumer protection law did not refer to the right of justice without reason explicitly as stipulated by the Egyptian consumer protection law.

As it is not clear the text of Article 16 of the Consumer Protection Law No. 66 of 2014, which in its content can be interpreted or understood as the Omani legislator authorized the right to justice without reason, as the Egyptian legislator did in Article 21 the Consumer Protection Law, from which the Omani law derives most of its provisions .

Accordingly, we decided to study and analyze the texts related to the right of justice without a reason in the law itself, compared with the position of the Egyptian legislator to find out the extent to which the provisions of the two statutes are identical, the adequacy of the texts of the right of justice without reason in the Omani Consumer Protection Law, and the texts regulating them.

Accordingly, the themes of the study will focus on clarifying the meaning of what is the right of justice without reason, its nature and the legal basis for it. And the adequacy of the texts regulating the right to justice without reason in Omani law.

Where the study concluded that the Omani legislator did not explicitly mention the right of justice without a reason, which makes us say that he did not recognize it even if we relied on the fact that the Omani legislator derives its provisions from the Egyptian law, which explicitly authorized the right of justice without a reason. As it is not possible to rely on this idea to interpret the text of Article 16 of the Omani Consumer Protection Law.

The study recommended the necessity of finding a legislative treatment for the right of justice by amending the law and mentioning the right of justice without an explicit reason as stipulated in the Egyptian Consumer Protection Law No. 181 of 2018.

المقدمة:

إن حق العدول من أهم الحقوق التي تحمي المستهلك من غش المزود¹³¹ حيث يعتبر حق العدول بمثابة الحماية اللاحقة لإبرام العقد في مرحلة التنفيذ . كما أن حق العدول يمكن المستهلك من إرجاع السلعة أو استبدالها أو استرداد قيمتها ما دامت غير مستوفية للاشتراطات القياسية أو شابهها عيب أو أنها غير ملائمة والغرض الذي تم التعاقد من أجله . ومما لا شك فيه، أن العلاقة التعاقدية في العقود الاستهلاكية¹³² تتمتع بالخصوصية والاستقلالية عن العقود المدنية؛ وذلك باعتبار طبيعة هذه العقود من حيث أطرافها وموضوعها . واحتراماً لتلك الخصوصية التي تتميز بها عن غيرها من العقود؛ فقد استقل تنظيم هذا النوع من العقود في قانون خاص بها يراعي اختلال التوازن القائم بين الأطراف المبرمة لعقد الاستهلاك، ولما كان العدول عن التعاقد يعتبر أحد الحقوق المشروعة التي أقرها المشرع لطرفي العقد تأتي الحماية اللاحقة لإبرام العقد في مرحلة التنفيذ، فحاجة المستهلك للحماية في هذه المرحلة لا تقل أهمية عن المراحل التي تسبق إبرامه، لأن أهم حماية يحظى بها المستهلك بعد إبرامه للعقد هي حمايته من آثار مبدأ القوة الملزمة للعقد من خلال ممارسة خيار العدول عن العقد بعدما أبرم صحيحاً باعتباره استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد.¹³³

إن المستهلك هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية أمام المزود ونظراً لاختلاف مقومات المستهلك - بسبب التطور التكنولوجي الحاصل في المجتمعات - وتفاوت الحماية القانونية المقررة لهذه العلاقة التعاقدية فإن أساليب إنتاج السلع وتقديم الخدمات اختلفت باختلاف التطورات الحياتية¹³⁴ . فالعلاقة التعاقدية بين طالبي السلع والخدمات ومقدميها علاقة غير متكافئة بسبب التفوق الاقتصادي والقانوني والمعرفي والتقني الأخير . فأصبح إيجاد قواعد قانونية خاصة بحماية المستهلكين في غاية الأهمية، و عليه فيما تقرر حق المستهلك في العدول عن التعاقد بمواجهة المزود سواء كان بوجود عيب خفي أم بدون وجود عيب خفي.

هدف البحث:

تبرز أهمية هذا البحث في كونه يهدف إلى دراسة ماهية حق العدول وطبيعته وأساسه القانوني وفق أحكام القانون المدني، وكذلك دراسة النصوص المنظمة لأحكام العدول بغير سبب في قانون حماية المستهلك العماني رقم 66 لسنة 2014 من حيث مدى كفاية النصوص المنظمة لحق المستهلك في العدول بغير سبب في قانون حماية المستهلك العماني . ومقارنته بقانون حماية المستهلك المصري الذي أجاز حق العدول بغير سبب .

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في مدى إمكانية تطبيق حق العدول بغير سبب في قانون حماية المستهلك رقم 66 لسنة 2014 ومعرفة ما إذا كان هناك اختلاف بين أحكام حق العدول بغير سبب وحق العدول للغرض الذي تم التعاقد من أجله . وكذلك معرفة مدى كفاية النصوص

تعرف المادة الأولى من قانون حماية المستهلك العماني المستهلك بأنه "كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل على سلعة أو يتلقى خدمة بمقابل او بدون مقابل "كما تعرف المزود بأنه "كل شخص طبيعي او اعتباري يقوم بتداول سلعة او تقديم خدمة للمستهلك" .¹³¹

2. عقود الاستهلاك هي تلك العقود التي يلعب فيها تحديد صفة ما إذا كان المتعاقد مستهلكاً دوراً مهماً في الالتزامات والحقوق التي تترتب على العقود، فالتشريعات الحديثة اتجهت نحو توفير حماية خاصة للمستهلك في العلاقة العقدية بينه وبين المنتج أو الحرفي بصفة عامة، وتتمثل الحماية في إلزام المنتج أو الحرفي بتبصير المستهلك بالمبيع ومخاطره والحرص على أن يكون الرضا حراً خالياً من أي ضغط غير مباشر، وفي مجال المسؤولية العقدية يتشدد القضاء في مسؤولية المنتج أو الحرفي، وفي مجال العيب الخفي تختلف القدرة على كشف العيب بحسب ما إذا كان المشتري غير مهني أو مهنيًا/ أنظر: د. حسام كامل الاهوائي، (النظرية العامة للالتزام)، المجلد الأول المصادر الإرادية، القاهرة، ط 3، ص 61 وما بعدها.

¹³³ لخضر داخية، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007، ص أريغم محاسن ابتسام، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، رسالة ماجستير، المركز الجامعي بالحاج بوشعيب/الجزائر، ص 6 وما بعدها.

السلعة كما عرفتها المادة الأولى من قانون حماية المستهلك العماني هي "كل منتج صناعي أو زراعي أو حيواني أو تحولي بما في ذلك العناصر الأولية والمكونات الداخلة في المنتج" كما عرفت الخدمة بأنها "كل عمل يؤديه المزود للمستهلك بمقابل او بدون مقابل" .¹³⁴

المنظمة لحق العدول بغير سبب في قانون حماية المستهلك العماني . حيث أنه باعتبار أن المشرع العماني استمد أغلب قواعده من التشريع المصري، والذي يضعنا أمام تساؤلات عدة باعتبار أن غموض بعض النصوص القانونية في قانون حماية المستهلك هل يمكن تأويلها بنفس ما جاء بصريح النص في القانون المصري أم لا . كما أن الحديث عن النصوص المتعلقة بحق العدول بغير سبب هي قليلة جداً حتى قمنا بالاستعانة بقانون المعاملات المدنية العماني.

أسئلة البحث:

يثور التساؤل في هذا البحث حول ماهية حق العدول بغير سبب ومعرفة أساسه القانوني، وبيان طبيعة هذا الحق في أحكام القانون المدني بشكل عام ثم التركيز على أحكام القانون العماني ابتداءً من قانون حماية المستهلك إلى قانون المعاملات المدنية . فإن التساؤل الرئيس يثور حول مدى إمكانية تطبيق حق العدول بغير سبب وفق أحكام قانون حماية المستهلك العماني والذي نص على مادة واحد قد تأول لتفعيل خيار العدول بغير سبب وذلك باعتبار أن المشرع العماني يستند في أحكامه على القانون المصري الذي أجاز حق العدول بغير سبب صراحة في إحدى مواده وكذلك مدى كفاية النصوص المنظمة لأحكام حق العدول بغير سبب في القانون العماني.

منهجية البحث:

سيستبع الباحث المنهج الوصفي في المقام الأول لشرح وتبيان ماهية حق العدول من خلال احكام القانون المدني . ثم سيتنهج الباحث المنهج التحليلي لتحليل قانون حماية المستهلك العماني وقانون حماية المستهلك المصري لمعرفة مدى إمكانية تطبيق حق العدول بغير سبب وفق القانون العماني ودراسة مدى كفاية النصوص المنظمة له وذلك وفقاً لأراء الفقه والقضاء ونصوص القانون، مع سرد بسيط وغير متعمق لبعض النصوص القانونية في القوانين المقارنة.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى مطالب وفروع كالتالي

المطلب الأول : ماهية العدول بدون سبب:

الفرع الأول: مفهوم حق المستهلك في العدول بغير سبب.

الفرع الثاني : طبيعة حق المستهلك في العدول بغير سبب وحق المستهلك في الرجوع.

الفرع الثالث: الأساس القانوني لحق المستهلك في العدول بغير سبب.

المطلب الثاني: بيان حق المستهلك في العدول بغير سبب في قانون حماية المستهلك العماني.

الفرع الأول: النصوص المنظمة لحق المستهلك في العدول بغير سبب من منظور قانون حماية المستهلك العماني.

الفرع الثاني: دراسة مدى كفاية النصوص المنظمة لحق المستهلك في العدول بغير سبب في قانون حماية المستهلك العماني.

المطلب الأول: ماهية العدول بدون سبب

حق الرجوع في التعاقد بغير سبب من منظور الفقه الإسلامي لا يوجد له تعريف واضح بين المعالم، ولا أشك أن السبب في ذلك يرجع إلى أن حق الرجوع في الفقه الإسلامي حق ثابت فبالثبات لا يحتاج إلى وضع التعاريف لما عرف وثبت وشاع عرفاً، ويعرف حق المستهلك في العدول عن العقد في القانون الجزائري بأنه: "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب .."135، كما قررت الشريعة الإسلامية الحماية الفاعلة للمستهلك وأكدت على حقه في الرجوع عن التعاقد وجعلت له مجموعة من الخيارات أذكر منها: خيار العيب الذي يسمح للمشتري بإرجاع البضاعة إذا وجد فيها عيباً ينتقص من قيمتها، وخيار الرؤية الذي يجيز

زيغم محاسن ابتسام، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، رسالة ماجستير، المركز الجامعي بالحاج بوشعيب/الجزائر ص 11. 135.

للمشتري إرجاع السلعة التي لم يرها عند التعاقد، إضافة إلى خيار التعيين، وخيار التغرير، والغبن الفاحش، وكافة هذه الخيارات التي تحمي المستهلك وتؤكد على حقه في الرجوع عن التعاقد¹³⁶.

الفرع الأول: مفهوم حق المستهلك في العدول بغير سبب

العدول لغة هو الترك أو الرجوع وهو مصدر للكلمة "عدل" أي عاد ورجع فيقال عدل عن السفر أي تركه وابتعد عنه ويقال عدل عن الطريق أي ابتعد عنها ورجع منه¹³⁷.

والعدول في الاصطلاح هو خيار الرجوع أو الحق في الإرجاع، ولم يعرف القانون العماني حق العدول كما فعلت معظم التشريعات، أما القه فقد تعرض لتعريف الحق في العدول بأنه "سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد في نقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر" كما عرف بأنه "وسيله قانونيه بقتضاها يستطيع المستهلك إعادة النظر في العقد الذي ساهم بإرادته في إبرامه عن طريق الرجوع فيه بإرادته المنفردة دون ادنى مسؤولية تقع على عاتقه"¹³⁸، كما عرفه الفقه الفرنسي بأنه "حق ممنوح في العقد يسمح بإعادة الشيء بسبب الإخلال بشرط القبول في العقد وهو بات ونهائي"¹³⁹.

ويعرف حق المستهلك في العدول عن العقد أيضاً بأنه: "رغبة أحد المتعاقدين بنقض العقد والتحلل منه دون توقف على إرادة الطرف الآخر"¹⁴⁰.

وحق الرجوع في التعاقد بغير سبب من منظور الفقه الإسلامي لا يوجد له تعريف واضح بين المعالم، ولا أشك أن السبب في ذلك يرجع إلى أن حق الرجوع في الفقه الإسلامي حق ثابت وهو ما يعرف بخيار الرجوع، كما قررت الشريعة الإسلامية الحماية الفاعلة للمستهلك وأكدت على حقه في الرجوع عن التعاقد وجعلت له مجموعة من الخيارات أذكر منها: خيار العيب الذي يسمح للمشتري بإرجاع البضاعة إذا وجد فيها عيباً ينتقص من قيمتها، وخيار الرؤية الذي يجيز للمشتري إرجاع السلعة التي لم يرها عند التعاقد، إضافة إلى خيار التعيين، وخيار التغرير، والغبن الفاحش، وكافة هذه الخيارات التي تحمي المستهلك وتؤكد على حقه في الرجوع عن التعاقد.

ويلاحظ أن معظم التعريفات اجمعت بأن حق العدول هو الرجوع عن العقد بالإرادة المنفردة للمستهلك ودون أن يترتب عليه أي تبعات قانونية أو مسؤوليه قانونية تجاه المستهلك¹⁴¹.

والعدول عن العقد دون الحاجة إلى تبرير وتسيب من جهة المستهلك حق من الحقوق التي تقررت للمستهلك في العديد من التشريعات القانونية (كما هو موجود في قانون حماية المستهلك في كل من ليبيا ولبنان والجزائر وتونس وإيطاليا والكويت ولبنان وفرنسا) وكل ذلك ينصب لتحقيق مصالح المستهلك، وهو استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد وخاص بعقود الإستهلاك دون غيرها، ويرجع السبب في تقرير هذا الحق إلى أن المستهلك هو الطرف الضعيف في العقد الذي يفتقر للخبرة والمعرفة مقارنة بخبرة الطرف الآخر في العقد، إضافة إلى عدم وجود ما يحمي مصالح المستهلك في النظرية العامة للعقد؛ لذا لجأت القوانين إلى حماية المستهلك بتقرير هذا الحق.

مصطفى احمد ابو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دراسته مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016، ص12. ¹³⁶.

مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 2004، ص75. ¹³⁷.

مشار لها لحدى: زيغام ابتسام، مرجع سابق، ص17. ¹³⁸.

مشار اليه لدى زيغام ابتسام، مرجع سابق، ص18. ¹³⁹.

¹⁴⁰ انظر الى مقال سعود الغماري، حق المستهلك في العدول عن العقد، موقع العربية الاخباري، نشر 31\3\2014. موقع العربية الاخباري، تاريخ الدخول على الموقع: 2020/5/10م.

زيغام ابتسام، مرجع سابق، ص9. ¹⁴¹.

كما يظهر تشابه هذا الحق مع خيار التجربة، وخيار الشرط في الشريعة الإسلامية الذي يشترط فيه المتعاقدان أو أحدهما في العقد أن لهم القدرة في إمضاء العقد أو فسخه في زمن معين، "ورد عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيع، فقال له: إذا بايعت فقل لا خلافة، ثم أنت بالخيار إذا بعته ثلاث ليال». فهذا الحق يقرر للمستهلك الخيار في نقض العقد إذا تبين له عدم ملائمة السلعة أو البضاعة لحاجاته ورغباته وأغراضه خلال مدة زمنية محددة.

عند قيام المستهلك باستعمال حقه في العدول بدون سبب، فإنه لا يلتزم بدفع أية نفقات ما عدا ما يتصل بنفقات إرجاع البضائع عند إعادتها إلى البائع على أن تكون في حالتها التي استلمها بها وقت التعاقد، وبنفس الكمية، ويسأل عن تلفها أو هلاكها هلاكاً كلياً أو جزئياً، وذلك ليضمن عدم تعسفه في استعمال هذا الحق في الإضرار بالبائع أو حتى التجاوز الغرض من تقرير هذا الحق، وللحفاظ على حقوق الغير من الإضرار بها، كما إن البائع يلتزم برد الثمن إلى المستهلك خلال مدة زمنية معينة.¹⁴²

وقد خلت مجمل قوانين وتشريعات الدول عن بيان مفهوم حق العدول بغير سبب، فالمرجع الفرنسي والمصري والمغربي، لم يضع أيّاً منهم تعريفاً للعدول، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد نص على تعريف العدول بغير سبب بالآتي: "هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب"¹⁴³ أما عن موقف الفقه، فقد جاءت تعاريف الفقه العربي والفرنسي متعددة في حق المستهلك في العدول:

أولاً الفقه العربي: فيرى أحدهم بأنه: سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الآخر.¹⁴⁴ وعُرف أيضاً: بأنه وسيلة قانونية بمقتضاها يستطيع المستهلك إعادة النظر في العقد الذي ساهم بإرادته في إبرامه عن طريق الرجوع فيه بإرادته المنفردة دون أدنى مسؤولية تقع على عاتقه.¹⁴⁵ وجاء الفقه والتشريع العراقي بتعريف حق العدول على أنه ميزة قانونية أعطاه المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد أن أبرم العقد صحيحاً دون أن يترتب عن ذلك مسؤولية المستهلك في تعويض المتعاقد الآخر عما يصيبه من أضرار بسبب الرجوع.

ثانياً الفقه الفرنسي: أورد الفقه الفرنسي تعريفاً لحق العدول بأنه إعلان رجوع المتعاقد عن إرادته المعبر عنها من قبل وتجريدها من كل أثر في الحاضر والمستقبل، والمستقبل هنا مراد به الإرادة العكسية، حيث يراد من استخدام هذا الحق تحلل من العقد بإرادة منفردة دون اعتبار الطرف الآخر.¹⁴⁶ إجمالاً، يمكن القول بأن تعريف حق العدول في القاموس الفرنسي والذي عرف حق العدول على أنه آلية قانونية تمكن المستهلك من عدم الاستمرار في العقد وإلغاء البيع في الفترة الزمنية التي حددها القانون¹⁴⁷. جاء أشمل وأوضح من التعريفات التشريعية والفقهية الأخرى.

الفرع الثاني: بيان طبيعة حق المستهلك في العدول بغير سبب

- مجال حق العدول وتطبيقه:

¹⁴² انظر إلى مقال سعود الغماري، حق المستهلك في العدول عن العقد، موقع العربية الاخباري، نشر 31/3/2014. موقع العربية الاخباري، تاريخ الدخول على الموقع: 2020/5/10.

¹⁴³ المادة 9 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، الجزائري.

¹⁴⁴ أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 89.

¹⁴⁵ كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016، ص 635.

¹⁴⁶ لخضر دايدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007، ص

مجال حق العدول :

تتصف أغلب العقود التي يتم إبرامها عن طريق المستهلك بأنها عقود فورية فلا يمكن للمستهلك أن يلتقط أنفاسه إلا وقد نفذ العقد. بعد تطور الزمن و الذي يثبت لنا أن القوانين تتطور بحاجة الانسان القوية لها و بحاجة المستهلك الى فترة زمنية محددة ليعيد النظر في ابرام العقد مرة أخرى. قد "ساهمت التوجيهات الأوروبية المشتركة في تطوير مجال حق العدول و ذلك من خلال تعميم ذلك الحق على كافة العقود و منها العقود المبرمة عن بعد و التي المستهلك طرفاً فيها" 148 ، و من هنا نفهم بأن الاتفاقيات الأوروبية قد طورت حق العدول من العقود العادية الفورية كسواء سيارة من مزود أو من مستهلك مع بيان الضرر الحاصل للسيارة إلى حق عدول يشمل حتى العقود التي يكون فيها مجلس العقد غير موجود كسواء من المواقع التجارية مثل (علي اكسبرس).

1- مجال حق العدول من حيث الأشخاص:

إن حق العدول يتطلب وجود عقد تم إبرامه بين شخصين أو أكثر و الأهم من ذلك أن يلتقي الإيجاب مع القبول فينشأ عقد، ثم بعد ذلك تأتي ارادة لتهز ذلك العقد و تريد أن تهدمه. فقد منح حق العدول للمستهلك ميزة لأن المشرع اعتبر المستهلك الطرف الضعيف في العقد المبرم بين المستهلك و المزود. "نص المشرع الفرنسي على حق العدول في المادة (ل. 21-16) حيث أعطى في عقود الاستهلاك لكل مشتري أي سلعة سبعة أيام من أجل إعادة المنتج للبائع و استبداله بآخر أو استرداد الثمن" 149

ونلاحظ أن المشرع الفرنسي أعطى لحق العدول سبعة أيام فقط. فالمقابل المشرع العماني أعطى لحق العدول 15 يوم من تاريخ استلامه السلعة حسب المادة 15 اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك الصادر في 2017 نصت على "إذا شاب أيا من السلع الواردة في الملحق رقم (٢) المرفق باللائحة عيب، أو كانت هذه السلع غير مطابقة للمواصفات القياسية، أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله، يحق للمستهلك استبدال السلعة، أو إعادتها واسترداد قيمتها دون أي تكلفة إضافية، أو إصلاحها، وذلك وفقاً للآتي:

١- أن يطلب المستهلك استبدال السلعة خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه السلعة. 150

1- مجال حق العدول من حيث العقود:

أعطى المشرع الحق للمستهلك في العدول عن العقود المبرمة بتواجد الطرفين أو حتى لتلك العقود التي تم إبرامها عن بعد (الالكترونية). "بشكل عام يمتد تطبيق حق العدول على كافة العقود لا سيما تلك المبرمة عن بعد و منها العقود الالكترونية" 151 و يقصد هنا بأن حق العدول يمكن أن يمارس على جميع العقود التي تدخل في حماية المستهلك و منها العقود العادية و العقود الالكترونية (عقود الاذعان) التي يمكن أن يسعى المستهلك للحماية منها و يطالب بحقه عن طريق شركات الاتصال.

تطبيق حق العدول:

يجب على المشرع تحديد المهلة التي يمكن للمستهلك الممارسة بحقه في العدول عن العقد. والملاحظ عليه أن التشريعات تختلف من دولة لدولة و كيان لكيان. و هنا أيضاً يجب على المستهلك أن يمارس حقه في المدة التي حددها المشرع و إلا لن يقدر على إيجاد أثر لحق العدول الذي يطمح له. "إن مجموع الحقوق و الالتزامات القانونية المشتركة و الخاصة بالدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي تعاني

¹⁴⁸ أشرف محمد رزق قايد، كتاب دراسة في قوانين حماية المستهلك و القواعد. العامة في القانون المدني، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، الطبعة الأولى، المجلد الأول، الصفحة 959.

¹⁴⁹ المرجع السابق، ص 961.

¹⁵⁰ اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك العماني، المادة 15

¹⁵¹ أشرف محمد رزق قايد، كتاب دراسة في قوانين حماية المستهلك و القواعد. العامة في القانون المدني، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، الطبعة الأولى، المجلد الأول، الصفحة 963.

من نقص خاصة عندما يتعلق الأمر بتطبيق حق العدول خاصة في العقود عن بعد و منها العقود الالكترونية. و يذهب رأي فقهي إلى أن حق العدول حق تقديري؛ ويستطيع المستهلك ممارسته بإرادته المنفردة و خلال مدة محددة. "152

- مهلات الرجوع:

يختلف كل مشروع في تحديد مهلة الرجوع أو العدول عن العقد وفي هذا الصدد سنذكر أمثلة من مختلف التشريعات في بعض الدول:

- أ- الامارات العربية المتحدة في قانونها لحماية المستهلك المادة 9 " لكل ذي شأن أن يتظلم من قرار الإدارة لدى الوزير خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إخطاره بهذا القرار ويكون التظلم كتابيا على النموذج المعد لذلك لدى الإدارة ويحدد فيه صفة المتظلم وسبب تظلمه ويوقع منه أو من ينوب عنه قانونا ويترتب على التظلم إيقاف تنفيذ القرار لحين البت في التظلم بالقبول أو الرفض. "153
- ب- سلطنة عُمان في اللائحة التنفيذية لحماية المستهلك المادة 15 " أن يطلب المستهلك استبدال السلعة خلال (١٥) خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه السلعة. "154

ونلاحظ أن الامارات العربية المتحدة و سلطنة عُمان أن مدة الرجوع متشابهة و هي 15 عشر يوما و لعل السبب في ذلك أن قانون الدولتين مستتب من القانون الأردني و المصري.

- حق المستهلك في الرجوع

وفقا للقاعدة العامة للعقد فإن العقد شريعة المتعاقدين، فهي التي تمنح القوة الإلزامية للعقد، إذ لا يجوز أن يتفرد أحد الطرفين بتعديله أو نقضه طبقا لإرادته دون إرادة الآخر بل يجب ان يتم باتفاق الطرفين. فإن المستهلك الذي يبرم العقد للحصول على سلعة أو خدمة يلتزم بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه أيا كانت الظروف مالم يكن أحد اركان العقد قد أختل، فينعدم العقد، ولا يترتب أثرا أو يكون قابلا للإبطال كنقص الأهلية أو لعب في رضا احدي عيوب الإرادة. إلا أن التقدم التكنولوجي في وقتنا الحالي له أهمية كبيرة فيما يتعلق بتسهيل التواصل بين الناس حيث ساهمت في جعل العالم قرية صغيرة فظهرت لنا صيغ تعاقدية وأنواع جديدة من البيوع نتيجة ظهور أشكالاً جديدة من المنتجات والخدمات وتطور الجانب الفني للسلع والخدمات المعروضة على المستهلكين. أيضا ظهرت هناك أساليب جديدة للإعلان عن السلع والخدمات عن طريق الوسائط الالكترونية التلفزيون، والهاتف، والانترنت؛ ولذلك تدخل المشرع وأعطى حق الرجوع عن التعاقد دون إلزامه ببيان المبرر من ذلك الرجوع 155 وذلك لعدم جدوى وسائل الحماية التقليدية في مساعدة المستهلك الذي أبرم العقد بتسرع ومن دون إرادة واعية وكذلك لصعوبة إثبات التعاقد للعب الذي شاب إرادته اثناء تعاقد مع المهني والذي يمتلك كل الوسائل والتقنيات المؤثرة على المستهلك وانتزاع الرضا عن طريق الإغراءات الدعائية للسلع والخدمات. ولهذا أخذ المشرع الفرنسي بتقرير تلك الرخصة للمستهلك في العقود الالكترونية حيث إن المستهلك الالكتروني له حق في خيار الرؤية ذلك لأنه يشتري بضاعة عبر الانترنت ولم يكن قد رأى البضاعة وانما رأى صورتها عبر الانترنت على شاشه إلكترونية لذلك مالم يكن قد تسلم البضاعة فله حق خيار الرؤية ومن ثم الإمضاء على العقد او فسخه، لأن تسلمها يلغي حق خيار الرؤية "نص قانون الفرنسي 6 يناير 1988 رقم 21 لسنة 1988 في شأن عمليات البيع عن بعد، حيث يحق للمستهلك وبعد تسلمه المبيع حق رده وإرجاعه واسترداد الثمن خلال سبعة أيام"

¹⁵² المرجع السابق، ص 967

¹⁵³ قانون حماية المستهلك الاماراتي، المادة 9.

¹⁵⁴ اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك العماني، المادة 15

ونوجز ذلك في أن رخصة الرجوع في العقود التجارية الإلكترونية قررت لمصلحة المستهلك كونه هو الحلقة الأضعف. ومن ثم يعد خيار الرجوع في التعاقد من أهم الضمانات التي يبرمها المستهلك مع المهني وذلك عن طريق منحه مهلة للتفكير في شأن العقد حيث نص على ذلك المشرع الفرنسي 12 يوليو 1971 في شأن التعليم بالمراسلة " يجب مضي 6 أيام كاملة على الأقل بين تلقي العميل للعرض المقدم إليه وتوقيع هذا العقد وإلا اعتبر العقد باطلا" 156 وكذلك فيما يتعلق في شأن الاقراض العقاري وهو نص مدرج في قانون حماية المستهلك الفرنسي 157 " لا بد من تقرير مهلة مدتها 10 ايام من تاريخ تسليم القرض "

ولو نظرنا إلى المشرع الكويتي أيضا سنجد أنه يجيز للمستهلك الرجوع عن العقد حيث نصت المادة 10 من قانون حماية المستهلك الكويتي 158 " للمستهلك رخصة إنهاء العقد بإرادته المنفردة بحيث يكون له خلال المدة التي يحددها القانون او الاتفاق إعادة السلعة للمزود او المورد مع استرداد قيمتها دون ان يتحمل اية تكاليف جراء ذلك " 159

ومن الأهمية الإشارة إلى أن المنطق أو الأساس الأيدولوجي الذي يعد منطلقا مهما ومؤثرا في سياق صياغة وتقرير حق العدول للمستهلك دون سبب في القانون الفرنسي يكمن في أنه يترك مهلة للمستهلك حتى يفكر والهدف من هذه المهلة القضاء على الشائعات التي تتمثل في أن بعض المزودين يرفضون تقديم السلعة أو الخدمة للمستهلك إلا بعد تسلم نماذج العقود موقعا عليها من قبل المستهلك مما يحرم المستهلك من التفكير بهذه الطريقة. وهذا دفع المشرع الفرنسي إلى فرض مهلة التفكير والتروي للمستهلك إجباريا والذي بموجبه أنشأت ضمانة وحماية للمستهلك تمكنه من إبرام العقد الاستهلاكي برضاه وعن روية وتدبر.

الفرع الثالث: الأساس القانوني لحق المستهلك في العدول بغير سبب

يعد حق العدول ركيزة من ركائز بناء حماية ناجعة وفاعلة للمستهلك، حيث أن حق المستهلك في العدول هو في الحقيقة رجوع عن عقد صحيح ونافذ، وهذا الرجوع يجد مصدره من اتفاق المتعاقدين أو من نصوص القانون، ولما كان العدول انتهاكاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وللمبدأ القانوني العقد شريعة المتعاقدين، فقد أثيرت تساؤلات عدة عن الأساس القانوني الذي يستند إليه هذا العدول، وفي هذا الشأن اختلفت الآراء بين نوعين من أنواع حق العدول وهما العدول الاتفاقي والعدول التشريعي ولكل منهما أساس قانوني يختلف عن الآخر.

العدول الاتفاقي يعتبر استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ لأن بإمكان المتعاقدين مخالفة هذه القاعدة بالاتفاق على إعطاء حق العدول عن العقد لكليهما أو بأحدهما بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر، وفي هذه الحالة يصبح العقد غير لازم وقابل للرجوع عنه.

وهنا يطلق عليه بحق العدول الاتفاقي، وتستند شرعية ذلك الاتفاق على مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكون هذا الحق مقيدا بفترة زمنية محددة يتم من خلالها إعمال حق العدول ويصبح بانتهاؤها العقد باتا ونهائياً لا رجعة 160.

أما العدول التشريعي المترتب عن نص خاص في القانون، فقد اختلف الفقه في بيان أساسه القانوني إلى عدة آراء، منهم من رأى في الاتجاه الأول " أن الأساس القانوني لحق العدول يكمن في اعتبار العقد المصحوب بهذا الحق معلقاً على شرط واقف وهو اختيار

156 عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عرب شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 39.

157 قانون حماية المستهلك الفرنسي عام 1993

158 قانون حماية المستهلك الكويتي رقم 39 لسنة 2014.

159 العنزي، عبدالعزيز خلف، 2018، بحث خيار العدول عن التعاقد في القانون الكويتي (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية،

العدد 2، ص 98

160 عيسى بخيت، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، ع 24، مجلة الدراسات القانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، 2017، ص 140.

المستهلك لإبرام العقد بعد فوات المدة " 161 ، أما الاتجاه الثاني فيرى " أن العقد يكون معلقاً على شرط فاسخ وهو قيام المستهلك بسحب رضائه خلال المدة المقرر للعدول في القانون " 162 . ومن الأفكار التي اعتقد بها الفقه بأنها تصلح لأن تكون أساساً لرخصة الرجوع في التعاقد ومناقشتها.

أولاً. التأسيس على فكرة الشرط:

الشرط هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع الذي يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله، وهو على نوعين: إما واقف يُعلق عليه نشوء الالتزام، بحيث إذا تحقق وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد، أو فاسخ يترتب على تحققه زوال الالتزام، بحيث إذا تحقق زال الالتزام وإذا تخلف أصبح الالتزام باتاً 163 . وللتشابه الكبير بين آثار الشرط وممارسة خيار الرجوع يذهب بعض الفقهاء إلى طرح فكرة الشرط، وخاصةً -الشرط الواقف- كأساس قانوني للرجوع عن التعاقد، إلا أنهم اختلفوا في نوع الشرط الذي يعتبر أساساً لخيار الرجوع، هل هو شرط التجربة أو شرط العربون.

1- شرط التجربة: يرى بعض الفقهاء أن الرجوع عن التعاقد هو شرط التجربة، يشترط فيه تجربة المشتري للمبيع، فإذا ناسب احتياجاته استمر في العقد، وإلا كان له أن يحل العقد خلال المدة المحددة ضمن شرط التجربة. وهو بهذا المعنى يُعتبر أساساً لخيار الرجوع؛ لأنه لا يختلف عنه سوى في مصدره. فإدراج شرط التجربة يتم باتفاق المتعاقدين في حين يثبت خيار الرجوع بنص قانوني دون أن يكون لإرادة المتعاقدين دور في إيجاد 164.

وقد تم انتقاد هذا الرأي للأسباب التالية:

أ- مهلة التفكير التي تمنح للمستهلك من خلال خيار الرجوع التشريعي لا يقصد بها التأكد من مدى ملاءمة المبيع للاستعمال المخصص له أو لاحتياجات المشتري، كما هو الحال مع شرط التجربة، وإنما يقصد بها منح المتعاقد مهلة للتروي والتفكير في أمور التعاقد والتأكد من مدى تسرعه 165.

ب- تتوقف ممارسة خيار الرجوع التشريعي على محض إرادة المستهلك ودونما حاجة إلى تبرير أو تسبب ودون رقابة قضائية. أما إرجاع المبيع استناداً لشرط التجربة، فلا يتوقف على محض إرادة المشتري ويخضع لرقابة القضاء 166.

ويرى جانب من الفقه أن شرط التجربة يكون أساساً للعدول عن العقد، وذلك على أثر النتائج والتصورات التي تكونت لدى المستهلك أثناء تجربة المبيع واستخدامه له، حيث أن المستهلك يقرر غالباً في أعقاب تجربته للمبيع وخلال المدة المحددة للعدول إما قبوله أو رفضه 167.

161 J.M.MOUSERON , La duree dans la formation des contrast ,melanges hauffert ,1974,p.59

162 منصور حاتم محسن ، العدول عن التعاقد عبر الانترنت ، مجلة المحقق الحلبي للقانونية والسياسية ، جامعة بابل ، العراق ، 2012 ، ص 56.

163 عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 1306-1045. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام الإلتزام، الطبعة الثانية، دار الكتب، الكويت، 1998، ص 157-162.

164 موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011، ص 224-225.

165 محمد سعد خليفة، البيع عبر الإنترنت وحماية المستهلك (في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحريني)، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الأول، 2008، ص 25. مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 63.

166 علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، جامعة البصرة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017، ص 541.

167 د\ عمر عبد الباقي خليفة - الحماية العقدية للمستهلك - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - 2008 - ص 774.

- تنص المادة 15 من قانون حماية المستهلك العماني: " للمستهلك خلال (15) يوم من تاريخ تسلمه أي سلع - باستثناء السلع الاستهلاكية القابلة للتلف السريع - الحق في استبدالها أو إعادتها واسترداد قيمتها دون أي تكلفة إضافية إذا شاب السلعة عيب، أو كانت غير مطابقة

وقد انتقد هذا الرأي في أن مهلة التروي، والتفكير الممنوحة للمستهلك حال ثبوت الحق في العدول عن العقد ليس الغرض منها التحقق من ملاءمة المبيع للإستعمال المخصص له كما هو الحال في البيع بشرط التجربة بل إعطاء فرصة كافية لاكتمال ونضج الرضا لدى المستهلك.

كما ذهب الرأي الآخر إلى اعتماد فكرة الأجل الواقف لتحديد الأساس لحق العدول، ويشبه ذلك الرأي العقد الاستهلاكي بالوصية، فالتصرفان رغم كونهما صحيحين إلا أن نفاذها أو نفاذ أحدهما مرتبط بعنصر زمني، وذلك يعني أن النفاذ معلق على أجل واقف وهو موت الموصي في الوصية وانقضاء مدة العدول في العقد، فيتربط عليهما تحقق الأجل الواقف وبالتالي نفاذ الإلتزام. فانقضاء المدة المحددة أمر مستقبلي محقق الوقوع، ويترتب على حلولها نفاذ العقد الذي أبرمه المستهلك بقوة القانون، كما أن هناك وجه شبه بين الوصية والعدول من حيث السلطة المخولة لهما، فكلاهما يستطيعان بإرادتهما المنفردة العدول عن التصرف الذي نشأ صحيحاً قبل تحقق الأجل، أي قبل انقضاء مدة العدول.

إلا أن ذلك الرأي منتقد، حيث إذا اعتبرنا الأجل الواقف أساساً للعدول عن العقد، ويتضمن أحد عناصر الأجل وهو كونه أمراً مستقبلياً، فإنه لا يمكن اعتبار الأجل الواقف أساساً للعدول أمراً محقق الوقوع في المستقبل، ذلك أن المستهلك قد يعدل عن العقد وربما لا يعدل عنه وبمعنى آخر، فإن ممارسة المستهلك لحق العدول أمر غير مؤكد الوقوع كما أن معظم التشريعات قد جعلت حق المستهلك في العدول من النظام العام، فلا يجوز لمن تقرر الحق لمصلحته النزول عنه، كما يقع باطلاً أي شرط يُحرم المستهلك من ذلك الحق باعتباره الطرف الضعيف في العقد، بينما يستطيع الطرف الآخر الذي تقرر الأجل لمصلحته النزول عنه 168.

2. شرط العربون:

يذهب القسم الثاني من الفقهاء الذين يتبنون فكرة الشرط كأساس لخيار الرجوع، إلى أن أساس الرجوع هو عربون العدول، ودليلهم في هذا الرأي أن بعض القوانين التي أقرت الرجوع التشريعي عن التعاقد ألزمت المستهلك بأن يدفع مُقابلاً لممارسة خيار الرجوع، وعلى ذلك لا يختلف خيار الرجوع عن عربون العدول إلا في أن المقابل الذي يدفعه من يرغب في إنهاء العقد يكون مصدره الاتفاق مع عربون العدول، ومصدره القانون في خيار الرجوع 169.

وقد انتقد هذا الرأي للأسباب التالية:

أ- الأصل أن ممارسة خيار الرجوع المقررة لحماية المستهلك تتم دون إلزام المستهلك بدفع أي مُقابل لذلك ودون تحمل أي التزامات، أمّا الرجوع عن التعاقد اعتماداً على عربون العدول، فيتربط عليه خسارة مبلغ العربون إذا كان الرجوع ممن دفعه أو خسارة ضعفه إذا تم الرجوع عن التعاقد ممن قبضه.

ب- الاتفاق مصدر التزام التعاقد بدفع العربون، أمّا خيار الرجوع فمصدره نص القانون في أغلب الأحيان.

ج- لا يتقرر خيار الرجوع إلا للمستهلك فقط، أمّا العدول في التعاقد بالعربون فيكون لطرفي العقد.

وبناءً على ما سبق، يُمكن القول إن الشرط لا يصلح أساساً قانونياً لخيار الرجوع، فالشرط مجرد وصف للعقد لا ينصب على العقد برمته بل يرد على عنصر في العقد وهو ركن الرضا.

للمواصفات القياسية أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله، شريطة تقديم ما يثبت شراؤها من المزود، وعلى ألا يكون العيب ناتجاً عن سوء استعمال المستهلك للسلعة.

¹⁶⁸ نصت على ذلك صراحة المادة 294 / 2,1 من القانون المدني العراقي.

¹⁶⁹ Calais Auloy, Rapport de Synthèse in les Contrats D-Adhesion et ET La Protection du Consommateurs, Paris, E.N.A.J.1978.p260.

ثانياً: التأسيس على فكرة التكوين التعاقبي للرضا:

يذهب بعض الفقه إلى أن الأساس القانوني لخيار الرجوع يتمثل في التكوين التعاقبي للرضا، والذي يجعل التراضي بين طرفي العقد يتم على مرحلتين، يتم في المرحلة الأولى الموافقة على موضوع العقد مع مهلة للتفكير والتروي، ثم في المرحلة الثانية يتم إبرام العقد بشكل نهائي من خلال تراضٍ جديد يسند الرضا السابق بالعقد 170. ويرى هذا الفقه أن فكرة التكوين التعاقبي التي تعتبر الأساس القانوني لخيار الرجوع تجعل الرضا الصادر عند إبرام العقد نوع من الرضا المؤقت الذي يمنح العقد صفة مؤقتة تنتهي بدعم الرضا الأولي برضا جديد عند انتهاء مهلة الرجوع، وهذه الفكرة تتناقض مع طبيعة عقد الاستهلاك الذي يبرم بشكل نهائي دون تعليق على شرط وبارادة صحيحة متجهة إلى تحقيق آثاره، والقول بالرضا المتعاقب يُخالف ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وقصد الشارع من النص على خيار الرجوع.

ويرى جانب من الفقه إلى تأسيس حق العدول على فكرة العقد غير اللازم، حيث أن العقد برغم إبرامه صحيحاً إلا أنه لا يكون نافذاً إلا في مواجهة المهني فقط، أما المستهلك فله أن يتحلل من العقد ويفسكه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى اتفاق الطرفين بهذا الخصوص ودون الحاجة للجوء للقضاء، ومن ثم فإن العقد لا يصير باتاً إلا بعد انقضاء مدة العدول 171

كما يرى جانب آخر من الفقه لضرورة التفريق بين إبرام العقد صحيحاً ونفاذ ذلك العقد، ويذهب ذلك الرأي إلى أنه لا يوجد أي عائق قانوني للفصل بين تكوين العقد ونفاذه واكتسابه الفاعلية وقوة الإلزام 172.

ويذهب ذلك الرأي أيضاً إلى أن فكرة العقد غير النافذ وفكرة العقد غير اللازم يمكن أن تكون تفسيراً لاستيعاب جميع حالات العدول على اختلاف المضامين التشريعية لها. وتفسيراً لذلك، ليس هناك مشكلة فيما يخص انعقاد العقد، إلا أنه بعد هذه المرحلة ينبغي الحديث عن كون العقد غير نافذ أو غير لازم، تبعاً لكون آثار العقد موقوفة إلى حين تأكيد المستهلك لرضاه في نهاية مدة التروي، أو كانت نافذة إلى حين عدول المستهلك عن رضاه خلال مدة التروي، ففي الحالة الأولى يمكن القول بوجود عقد غير نافذ بين الطرفين لحين تأكيد المستهلك على رضاه، أما الحالة الثانية يكون العقد منعقداً ويمنح فيه المستهلك حق العدول، وعندئذٍ يكون العقد النافذ غير لازم بشكل يسمح للمستهلك بفسخه خلال فترة التروي. والمدة التي قررها المشرع للعدول ليست أساساً قانونياً للعدول وإنما تعتبر مدة سقوط، فإذا لم يمارس المستهلك حقه في العدول خلال تلك المدة سقط واعتبر العقد نافذاً.

كما نرى أن الأساس القانوني لحق العدول هو النصوص القانونية التي تم صياغتها في معظم التشريعات، والتي تضمنت حق المستهلك في العدول بمجرد إبرامه لذلك النوع من العقود، فلا يستطيع المستهلك النزول عن ذلك الحق الذي قرره المشرع

المطلب الثاني: بيان حق العدول بغير سبب في قانون حماية المستهلك العماني

الفرع الأول: النصوص المنظمة لحق العدول بغير سبب

نظراً لكون المستهلك هو الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية رأى المشرع أن من الضروري التدخل وإعادة التوازن لهذه العلاقة فقام بسن عدة قوانين لجبر الخل في هذه العلاقة وكون المزود هو الطرف الأقوى في هذه العلاقة قام المشرع بإعطاء المستهلك عدة حقوق لتضمن له أن يقف على قدم المساواة مع المزود، من هذه الحقوق حق العدول، ونظمه في العديد من النصوص التي ستعرض لها.

¹⁷⁰ Mirable Solange, op, cit, p,121.

¹⁷¹ ناصر خليل جلال. 2012. الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد. مجلة الحقوق، مج. 9، ع. 1، ص. 336-383.
https://search.emarefa.net/detail/BIM-643937

¹⁷² د/ يوسف شندى - بحث بعنوان - أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد - مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات - كلية القانون - السنة الرابعة و العشرون - العدد الثالث والأربعون - 2010.

ولكنه أوضح بشكل صريح حق العدول في حال انه السلعة كانت معيبة او غير مطابقة للمواصفات القياسية او غير مطابقة للغرض الذي تم التعاقد من اجله، ولم يذكر صراحةً إمكانية العدول بدون سبب كما ذكرها المشرع المصري في قانون حماية المستهلك الجديد رقم 181 لعام 2018. حيث انه يعتبر ان قانون حماية المستهلك العماني مستمدة احكامه من القانون المصري والذي أجاز صراحةً المادة 17. حيث ستطرق لشرح حق العدول. فإذا ما توافرت هذه الشروط للمستهلك استخدام حق العدول وقد أورد المشرع العماني نصوص عدة تنظم هذا الحق سنتناولها تبعا:

- أولاً: قانون حماية المستهلك العماني 44 / 2014م

1-المادة (14) من قانون حماية المستهلك: وتنص على أن "حقوق المستهلك مكفولة بمقتضى أحكام هذا القانون، وعلى الأخص ما يأتي:

- أ- الحق في الحصول على المعلومات الصحيحة عن السلعة التي يشتريها أو يستخدمها، او الخدمة التي يتلقاها.
- ب- الحق في الاختيار الحر حين انتقائه أي سلعة أو تلقيه أي خدمة
- ج- الحق في ضمان جودة السلعة والخدمة والحصول عليهما بالسعر المعلن
- د- الحق في كل ما يضمن له صحته وسلامته عند حصوله على أي سلعة أو تلقيه أي خدمة، وعدم إلحاق الضرر به عند استعماله العادي لهذه السلعة أو الخدمة.
- هـ- الحق في اقتضاء تعويض عادل عن الضرر الذي يلحق به وبأمواله بسبب حصوله أو استعماله العادي للسلعة أو تلقيه الخدمة.
- و- الحق في تمثيل مصالحه عند إعداد السياسات الخاصة بحماية المستهلك.
- ز- الحق في احترام القيم الدينية والعادات والتقاليد للمستهلك عند تزويده بأي سلعة أو تلقيه أي خدمة".

بعد الاطلاع على نص المادة السابقة نجد أن الجزئية هـ- تؤكد على حق المستهلك في الحصول على تعويض عادل وهذا التعويض قد يكون استرداد المبلغ أو استبدال السلعة أو إصلاحها أو تعويضه بتقديم الخدمة مجدداً. كما نجد انها أسس يمكن ان يقوم عليها حق العدول.

2-المادة (16) من قانون حماية المستهلك العماني: "للمستهلك خلال (15) خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه أي سلعة - باستثناء السلع الاستهلاكية القابلة للتلف السريع - الحق في استبدالها أو إعادتها واسترداد قيمتها دون أي تكلفة إضافية إذا شاب السلعة عيب، أو كانت غير مطابقة للمواصفات القياسية أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله، شريطة تقديم ما يثبت شراءها من المزود، وعلى ألا يكون العيب ناتجاً عن سوء استعمال المستهلك للسلعة" 173.

ابتداءً تجدر الإشارة بالذكر إلى أن قانون حماية المستهلك العماني متأثر وبشكل كبير ببصمة المشرع المصري في تنظيم قانون حماية المستهلك وفي هذا الصدد نشير إلى النصوص القانونية ذات الصلة بحق العدول. المادة (8) من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67/ 2006: "مع عدم الإخلال بأية ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، و فيما لم يحدده الجهاز من مدد أقل بالنظر إلى طبيعة السلعة، للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها أو استرداد قيمتها، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للموصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله، ويلتزم المورد في هذه الأحوال - بناء على طلب المستهلك - بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية. المادة (16) من قانون حماية المستهلك العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 88/ 2018. وممن خلالها نلخص:

¹⁷³ قانون حماية المستهلك العماني 66 \ 2014

- ان المشرع العماني أخذ هذه المادة من المشرع المصري من قانون حماية المستهلك المصري السابق فمن البديهي أن تكونا متشابهتين في المبنى والمعنى.
- كلا المادتين لا يوجد بهما نص صريح لإقرار حق المستهلك في العدول بغير سبب.

وبالحديث عما إذا أقرت هذه المادة حق المستهلك في العدول بغير سبب فإن ذلك لم يرد صريحا في نص المادة مما يفتح مجالا للشك، وبابا للتأويل، فتكتسي هذه المادة بشيء من الغموض واللبس؛ مما يدفعنا إلى الاستعانة بالقواعد العامة في تفسير النصوص لإزالة الغموض وحل الإشكال. فبادئا ذي بدء نشير إلى أن الأصل في العقود هو النفاذ والسرمان، والاستثناء من هذا الأصل هو العدول بغير سبب، وهذا الاستثناء في حقيقته هو خروج عن القاعدة العامة (الأصل العام) ولا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره يحتاج إلى نص صريح (كما نص صراحة على حق العدول بغير سبب كل القانون الكويتي والفرنسي والجزائري والأنجلزي والمصري مؤخرا، وغيرهم).

- وفي حالة الشك والريبة في نص المادة القانونية فإنه يتم تغليب الأصل العام على الاستثناء فترجح كفة الأصل على الاستثناء في التفسير.

وبإزالة القواعد والمبادئ العامة للتفسير والتأويل في النص القانوني الوارد في المادة (16) نخلص إلى نتيجة مفادها أن المشرع العماني لم يقر بحق المستهلك في العدول بغير سبب. فالمادة (17) من قانون حماية المستهلك المصري رقم 181/2018 ذكرت بأن: "للمستهلك الحق في استبدال السلعة أو إعادتها مع استرداد قيمتها النقدية، دون إبداء أي أسباب ودون تحمل أي نفقات خلال أربعة عشر يوما من تسلمها، وذلك دون الإخلال بأي ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، وللجهاز أن يحدد مددا أقل بالنظر إلى طبيعة بعض السلع. واستثناء من أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة، فإنه لا يجوز للمستهلك مباشرة حق الاستبدال أو الإعادة في الأحوال الآتية:

- 1- إذا كانت طبيعة السلعة أو خصائصها أو طريقة تعبئتها أو تغليفها تحول دون استبدالها أو ردها، أو يستحيل معه إعادتها إلى الحالة التي كانت عليها عند التعاقد.
- 2- إذا كانت السلعة من السلع الاستهلاكية القابلة للتلف السريع.
- 3- إذا لم تكن السلعة بذات الحالة التي كانت عليها وقت البيع لسبب يرجع إلى المستهلك.
- 4- إذا كانت من السلع التي تصنع بناء على مواصفات خاصة حددها المستهلك، وكانت السلعة مطابقة لهذه المواصفات.
- 5- الكتب والصحف والمجلات، والبرامج المعلوماتية وما يماثلها.

ويجوز لللائحة التنفيذية لهذا القانون إضافة حالات أخرى."

فجاءت هذه المادة على سبيل الجزم والقطع واليقين بإقرار العدول بغير سبب حقا للمستهلك وبنص صريح على ذلك، ونتوسم في المشرع العماني أن يحذو حذو المشرع المصري والكويتي والفرنسي والأنجلزي؛ ليزيل الغموض والضبابية، وليتسم النص بمضمونه ومحتواها بالوضوح فيما يتصل بإقرار حق العدول بغير سبب من عدمه، وليقطع الشك باليقين ويأتي بنص واضح لا يقبل الشك والتأويل في إقرار المشرع العماني في حق العدول بغير سبب. بالإضافة ان المشرع العماني لو أراد إقرار حق العدول بغير سبب لجعل لها تنظيم قانوني في اللائحة التنظيمية.

(3) المادة 17 من قانون حماية المستهلك العماني: "للمستهلك في كل الأحوال الحق في الضمان من قبل المزود لكل سلعة، ويقي هذا الضمان قائما لمصلحة المستهلك الأخير عند انتقال ملكية السلعة إليه، ويقع باطلا كل اتفاق ينص على خلاف ذلك". أكدت المادة السابقة ضرورة حصول المستهلك على ضمان من السلع التي يتلقاها وذلك ليحافظ على حقه في العدول في ما بعد.

4) المادة 23 من قانون حماية المستهلك: "يلتزم المزود بتقديم الخدمة للمستهلك على الوجه السليم وبما يتفق مع طبيعتها، كما يلتزم بضمان ما يقدمه من خدمة خلال فترة زمنية تتناسب مع طبيعتها، وفي حال إخلاله بذلك يلتزم برد قيمة تلك الخدمة أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو بأدائها مرة أخرى على الوجه السليم، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة". تنص المادة على واجب المزود بتوفير الخدمة للمستهلك بما يتفق مع طبيعتها وخلال المدة الزمنية المناسبة لها وفي حال تخلف المزود عن واجبه هذا يصبح ملزماً بنص المادة السابقة برد المبلغ أو يعرضه عن أوجه النقصان فيها أو يقوم بأدائها مرة أخرى على حسب ما تحدده اللائحة. ثانياً: اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك الصادرة بقرار الهيئة العامة لحماية المستهلك رقم 2017/77.

المادة 15 من اللائحة التنظيمية لقانون حماية المستهلك: "إذا شاب أي من السلع الواردة في الملحق رقم (٢) المرفق باللائحة عيب، أو كانت هذه السلع غير مطابقة للمواصفات القياسية، أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله، يحق للمستهلك استبدال السلعة، أو إعادتها واسترداد قيمتها دون أي تكلفة إضافية، أو إصلاحها، وذلك وفقاً للآتي:

- ١- أن يطلب المستهلك استبدال السلعة خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه السلعة.
 - ٢- أن يطلب المستهلك إعادة السلعة واسترداد قيمتها خلال مدة الضمان إن وجدت
 - ٣- أن يطلب المستهلك إصلاح العيب خلال مدة الضمان.
 - ٤- أن يقدم المستهلك ما يثبت شراء السلعة من المزود.
 - ٥- ألا يكون العيب ناتجاً عن سوء استعمال المستهلك للسلعة.
 - ٦- أن يوفر المزود للمستهلك سلعة بديلة تؤدي الغرض ذاته - في حال ما إذا اختار المستهلك إصلاح العيب - وذلك إلى أن يتم إصلاح العيب، وفي حال فشله في إصلاح العيب ذاته لثلاث مرات، يتم استبدال السلعة، أو استرجاعها ورد القيمة، مخصوماً منها قيمة استهلاك السلعة وفقاً للضوابط التي تحددها الهيئة، وذلك بحسب اختيار المستهلك.
- وللرئيس أن يصدر قراراً بتحديد السلع التي لا يحق للمستهلك استرجاعها، ورد قيمتها. وتسري الأحكام المنصوص عليها في هذه المادة في حال اكتشاف المستهلك أكثر من عيب في السلعة أو الخدمة ذاتها" ونلاحظ أن اللائحة اختصت مواد معينة يشملها نطاق تطبيق المادة وبالرجوع للملحق رقم 2 نجد أن هذه المواد تشترك في كونها مواد يتوقع منها البقاء لفترات طويلة لذا هي ليست استهلاكية لذا أوردت اللائحة آلية لتعامل مع الحالات التي قد يود فيها العدول عن التعاقد لأي سبب من الأسباب المذكورة آنفاً وآلية كالتالي:

- 1- نرى أن القانون مدة 15 يوم كحد أدنى يتمتع خلالها المستهلك العدول عن الحالة التعاقدية باستبدال السلعة.
- 2- بالنسبة للسلع التي بها ضمان من المزود أو الموكل فيمكن إعادة السلعة واسترداد قيمتها وذلك حسب حدود الضمان المتفق عليها منذ بداية التعاقد.
- 3- يمكن للمستهلك طلب إصلاح العيب بدلاً من استرداد السلعة وفي كل الأحوال إذا فشل في إصلاح نفس العيب ثلاث مرات يتم استبدال السلعة أو استرجاع قيمتها مخصوماً منه قيمة استهلاك السلعة.

- 4- في كل الحالات يتحتم على المستهلك أن يقدم ما يثبت شرائه السلعة من المزود وأن لا يكون العيب نتيجة لسوء استعماله.
- 2) المادة 20 من اللائحة التنظيمية لقانون حماية المستهلك: "يعد باطلاً كل شرط من شأنه إعفاء المزود من مسؤوليته المدنية تجاه المستهلك، وأي شرط من الشروط الآتية، سواء وردت هذه الشروط في نماذج عقود، أو وثائق، أو مستندات، أو فواتير الشراء، أو ملاحظات، أو إعلانات، أو مذكرات تتعلق بالعمل التجاري، أو على واجهة المحل، أو مطبوعة على البضاعة:

١- وضع عبارة " البضاعة المباعة لا ترد ولا تستبدل.

- ٢- تحديد فترة زمنية لإرجاع السلعة (أقل من المحدد قانوناً).
- ٣- عدم استرداد المستهلك للثمن عند إعادته للسلع المعيبة.
- ٤- توجيه المستهلك للتعامل مع شركات تمويل أو تأمين بعينها، عند الشراء بالتقسيط.
- ٥- وضع شرط بتسليم المزود لكامل الثمن قبل تسليمه السلعة أو تقديمه للخدمة محل التعاقد، إذا كان تسليم السلعة أو تقديم الخدمة لا يتم بمجرد التعاقد.
- ٦- وضع شروط بضرورة إجراء صيانة أو إصلاح السيارات في الوكالة خلال فترة زمنية معينة، وعدم إجراء أي صيانة أو إصلاح خارج الوكالة.
- ٧- أن يقتصر الضمان على السلعة نفسها دون تحمل الضامن أجرة اليد العاملة، وغيرها من الإضافات المتعلقة بالسلعة ذاتها.
- ٨- عدم مسؤولية المزود عن السلعة في أثناء فترة الصيانة.
- ٩- أي عبارة يضعها المزود للتوصل من المسؤولية.
- ١٠- عدم استرداد المستهلك للثمن في حال عدولة عن الخدمة.

ويجوز للمزود خصم مبلغ لا يجاوز (٣%) ثلاثة بالمائة من قيمة الخدمة في حالة عدول المستهلك عن الخدمة."

أكدت المادة أنه لا يحق للمزود التملص من واجباته إزاء المستهلك وذلك بوضع عبارات مثل "البضاعة المباعة لا ترد ولا تستهلك" أو تحديد فترة زمنية لإرجاع السلع أقل من المدة القانونية أو عدم استرداد المستهلك للثمن عند إعادته السلعة أو بأي طريقة أخرى تسقط حق العدول عن المستهلك دون وجه حق. حيث انه العدول بغير سبب لم تذكره الا مادة واحدة، ولا يمكن تأويلها باعتبار ان المشرع العماني لا يريد ان يفتح باباً يخل به استقرار المعاملات، ولو كان يريد ان يقر بهذا الحق لذكره صراحة مع توضيح كيفية تنظيم هذا الحق. ونأخذ بعين الاعتبار ان المشرع التونسي والفرنسي أقروا بحق المستهلك بالعدول بغير سبب بشكل صريح على عكس المشرع العماني الذي أوردها في جملة واحدة بغير توضيح.

الفرع الثاني: دراسة مدى كفاية النصوص المنظمة لحق العدول

- حق العدول في الشريعة الإسلامية

إن العقود التي يقدم على إبرامها المستهلك تتصف غالباً بالسرعة بحيث كنتيجة تتبع المستهلك لاحقاً لا يتمكن من التروي والتأني قبل أن يكون القرار الذي اتخذه قراراً نهائياً بحق سلعة بشكل عام او خدمة في إبرام العقد، الأمر الذي على اثره وجه العديد من التشريعات القانونية إلى منح المستهلك فترة أو مهلة زمنية معينة لتكييف إعادة النظر مرة أخرى في التصرف وإبرام العقد وقدر واكبة العديد من تشريعات الدول العربية والأجنبية تنصيص هذا الحق في تشريعاتها. ويعتبر حق العدول في التعاقد من ناحية الشريعة الإسلامية حق محمي لصاحبه المستهلك وتتجلى الحماية بالنسبة للشريعة الإسلامية في عدة مواضع قررت مجموعة من الامتيازات للمستهلك في رجوعه عن التعاقد منها: حقه عن وجود عيب في السلعة بإرجاعها إذا وجد فيها عيباً ينتقص من قيمتها، وفي رواية عن الرسول : أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال: "ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله. قال: أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس، من غشنا فليس منا" ، وكذلك خيار الرؤية الذي يجيز للمشتري برد السلعة اذا لم يراها وقت التعاقد. 174

حيث أن العدول عن العقد حق من الحقوق التي ثبتت للمستهلك في العديد من التشريعات القانونية وذلك لحماية مصالحه، وهو خروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد ولعلها تكون خاصة بعقود الاستهلاك دون غيرها حيث يرجع الهدف في تقرير ذلك ان المستهلك هو

174 انظر الى مقال سعود الغماري، حق المستهلك في العدول عن العقد، موقع العربية الاخباري، نشر 31\3\2014. موقع العربية الاخباري، تاريخ الدخول على الموقع: 2020/5/10م.

الطرف الضعيف في العقد يفتقر الى المعرفة والخبرة التي يمتلكها مقابله المزود في التعاقد ، علاوة على ذلك عدم وجود ما يحمي مصالح المستهلك في النظرية العامة للعقد، لذلك لجأت العديد من التشريعات الى تقرير حق المستهلك في العدول لحماية المستهلك من ما يحيط به من جشع تجاري قد يلتهمه المزود بما يمتلكه من خبرات ودراية في مجاله

ويتشابه هذا الحق مع خيار التجربة، وخيار الشرط في الشريعة الإسلامية الذي يشترط فيه المتعاقدان أو أحدهما الحق في إمضاء العقد أو فسخه في زمن معين، وقد ورد عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: "ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيع، فقال له: إذا بايعت فقل لا خلافة، ثم أنت بالخيار إذا بعته ثلاث ليال". فهذا الحق يقرر للمستهلك الخيار في نقض العقد إذا تبين له عدم ملائمة السلعة أو البضاعة لحاجاته ورغباته خلال مدة زمنية محددة.

- حق العدول في التشريعات القانونية

شهد العالم في الآونة الأخيرة تحولات جذرية سريعة في حركة التجارة حول العالم المتمثلة في موضوع بحثنا بالسلع والخدمات الأمر الذي على اثره دفع الكثير من دول العالم الى تنصيب حق العدول للمستهلك في تشريعاتها الوطنية.

فقد جاء حق العدول للمستهلك في القانون الفرنسي من أوائل الدول التي ظهرت فيها حديثا حماية المستهلك من التسرع في بعض أنواع البيوع ، حيث أقر المشرع الفرنسي حق العدول في مجمل المعاملات التي يكون المستهلك طرفا فيها وقد تم تثبيت هذا الحق في القانون الصادر في 12 يوليو 1971 والذي جاء خاص بالتعليم بالمراسلة والذي هدف بمقتضاه الى تخويل الطالب عن طريق المراسلة حق العدول في تعاقد مع مزود الخدمة التعليمية بإرادته المنفردة وذلك قبل مضي ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه وتسلم الطالب وسائل التعليم اذا رأى بعد تجربته للتعليم خلال فترة المهلة ان وسائل التعليم المستخدمة لا تتناسب او تتفق مع ما كان ينتظره بالنظر الى قراته الذاتية وظروفه الخاصة. 175

ولعل شرط العدول او الرجوع عن التعاقد يقترب من فكرة التجربة والذي بمقتضاها يحدد المستهلك فيما اذا كانت السلعة او الخدمة محل تناسب له او خلاف ذلك أما بالنسبة للمشرع العماني ، من حيث مدى كفاية النصوص المنظمة لحق العدول لم يوفق المشرع العماني في عملية تنظيم حق العدول للمستهلك حيث أن النصوص المنظمة شحيحة بل ونادرة ، حيث أنه من خلال قراءتنا لقانون حماية المستهلك رقم 66 / 2014 وبالرجوع الى اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك 77 / 2017 وجدنا ان المشرع العماني لم ينظم حق العدول في تشريعاته الا بشأن الخدمة في المادة 20 في فقرته الأخيرة. 176 حيث منح المستهلك في هذا الموضع حق العدول عن التعاقد ورجوعه عن الخدمة الا أن هذا الحق ليس مطلقا لمستهلك حيث قيد المشرع هذا الحق بأنه يجوز للمزود أن يخصم نسبة 3% من قيمة الخدمة في حالة عدول المستهلك عن التعاقد وكذلك لا يجوز للمزود أن يعفي نفسه من هذا الشرط لأنه يتعلق بالنظام العام.

العدول عن التعاقد في القانون الكويتي:

يعتبر قانون حماية المستهلك الكويتي من القوانين العربية الحديثة التي اعتدت بهذا الحق لحماية المستهلك الكويتي، حيث صدر بالرقم (39) لعام 2014 . أي أنه متوازي الحداثة مع قانون حماية المستهلك العماني 177.

175 محمد يونس، حق المستهلك في العدول: عن العقد، كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، مجلة أكاديمية شرطة دبي، 1061.

176 يعد باطلا كل شرط من شأنه إعفاء المزود من مسؤوليته المدنية تجاه المستهلك، وأي شرط من الشروط الآتية، سواء وردت هذه الشروط في نماذج عقود، أو وثائق، أو مستندات، أو فواتير الشراء، أو ملاحظات، أو إعلانات، أو مذكرات تتعلق بالعمل التجاري، أو على واجهة المحل، أو مطبوعة على البضاعة: يجوز للمزود خصم مبلغ لا يجاوز (3%) ثلاثة بالمائة من قيمة الخدمة في حالة عدول المستهلك عن الخدمة. 177 اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك الكويتي، الصادرة بقرار وزير التجارة والصناعة رقم (27 / 2015م).

وقد تبنت نصوص قانون حماية المستهلك الكويتي، حق المستهلك في العدول عن التعاقد نصاً عاماً لم يقيد بنوع معين من العقود، مؤكدة بذلك رغبتها في توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للمستهلك، لذا تميزت أحكامه الخاصة بحق العدول بالشمولية والحماية الواضحة. ومن خلال استقراء النصوص النازمة لحق المستهلك في العدول عن التعاقد دون أن يكون ملزماً بتبرير أسباب عدوله، اتضح أنه بالرغم من أن قانون حماية المستهلك الكويتي قد أقر هذا الحق نصاً في المادة العاشرة، إلا أنه اقتصر هذا الحق على المستهلك السلع دون الخدمات؛ فلم يسمح بالرجوع فيها إلا إذا كانت الخدمة معيبة أو منقوصة.

ففي حالة تلقي المستهلك خدمة معيبة أو منقوصة وفقاً لطبيعة شروط التعاقد أو العرف التجاري السائد بشأنها، يلتزم مزود أو مقدم الخدمة بإعادة مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك. مما يؤكد على أن حق المستهلك في فسخ أو العدول عن عقود الخدمات مشروط بوجود عيب أو خلل كلي أو جزئي وفقاً لما تقرره القواعد العامة في القانون المدني.

لذلك كان المجال مفتوحاً لصياغة الشروط التعاقدية، والمصالح التضامنية بين المتعاقدين أما الاستثناءات المتعلقة بحق العدول عن التعاقد، والتي أقرها القانون الكويتي؛ فجاءت مشتتة ومتداخلة ضمن نصوص أخرى عديده، حيث يذكر سرحان (2018) أنه بالرغم من أن القانون الكويتي قد أقر للمستهلك حق العدول المطلق عن التعاقد، إلا أنه وضع استثناءات على ذلك الحق ليكون موجباً للفسخ، كوجود عيب في السلعة، أو عدم مطابقتها للمواصفات المعتمدة، أو الغرض من التعاقد. ويرى سرحان أيضاً أن القانون الكويتي هو القانون الذي تميز عن باقي قوانين الدول العربية، ودول مجلس التعاون بتقرير حق المستهلك في العدول عن التعاقد بإرادته المنفردة¹⁷⁸.

وتجد الإشارة هنا، إلى أن هذا القانون قد وجه نصاً في المادة العاشرة الفقرة الخامسة إلى: "... وفي حالة وجود أي خلاف حول وجود عيب بالسلعة أو عدم مطابقتها للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله، وكذلك حول وجود عيب أو نقص في الخدمة يحال الخلاف إلى اللجنة لتصدر قراراً ملزماً بشأنها، الأمر الذي قد يذهب البعض إلى تفسيره إلى أن ذلك يشمل السلع والخدمات، إلا أن المستعرض للمواد يستنتج أن عقود السلع هي فقط التي تضمن حق العدول شبه الشامل دون مبررات ودون غرامات... الخ.

وهو أحد أوجه القصور-برأينا- في بنود هذا القانون، فمن غير البديهي أن تترك مثل هذه المواد عرضاً للتفسير والتأويل واحتمالية إساءة الاستخدام بقصد أو دون قصد، وإن قرار الإحالة للمتنازعين للبت بينهم من قبل الجمعية الوطنية لحماية المستهلك بالكويت لا تعدو كونها مسألة إجرائية لا يمكنها معارضة أو تعطيل نص مادة قانونية صريح أقر بحق العدول عن السلع دون تقديم تبرير لذلك¹⁷⁹. لقد حرص المشرع لقانون حماية المستهلك الكويتي ولائحته التنفيذية، على وضع ضوابط تفصيلية لحق المستهلك في العدول عن التعاقد مقارنة بالقوانين العربية، ويمكن إيجاز تلك الضوابط كالآتي:

1- الحالة التي يجب أن تكون عليها السلعة كشرط لممارسة، إذ أكدت المادة (25) على أن تكون السلعة بنفس حالتها عند الشراء، وألا يكون المستهلك قد استخدم السلعة بأية شكل من الأشكال.

2- المدة المسموحة لممارسة حق المستهلك في العدول وتوقيت بدء سريانها، وهي 14 يوماً من تاريخ تسلم السلعة وفقاً لما جاء بموجب المادة (10) من قانون حماية المستهلك الكويتي؛ للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع

¹⁷⁸ سرحان، عدنان (2018). تقييم النصوص النازمة لحق المستهلك في الرجوع عن العقد في قانون 46 حماية المستهلك الكويتي: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (1): ص 211-236.

¹⁷⁹ سرحان، عدنان (2018). تقييم النصوص النازمة لحق المستهلك في الرجوع عن العقد في قانون حماية المستهلك الكويتي: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (1)، ص: 211-236.

استرداد قيمتها، ولا يمانع المشرع من أن تطول المدة باتفاق جميع أطراف العقد، ويمكن أن تكون أقصر وفقاً لنوع وطبيعة السلعة، فعلى سبيل المثال، إن جاءت السلعة مخالفة للمقاسات التي يرغب فيها المستهلك فيتعين عليه ممارسة حق الاستبدال أو الرد خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام، أو يكفي أن يبدي المستهلك عدم رغبته في السلعة ويردها على البائع دون الإشارة إلى أن سبب الرد يتعلق بالمقاس، وفي تلك الحالة له خيار العدول ضمن المدة النصوص عليها سابقاً وهي (14) يوماً. وقد تكون المدة أقصر من ذلك بكثير، بحيث لا تتجاوز مدة 24 ساعة لممارسة المستهلك حقه في الرد إذا تعلق الأمر بأشياء ثمينة كالمجوهرات والساعات وملابس السهرة والنظارات وملابس العرس والأشياء الملامسة للجلد والعطور، وفق ما حددته الفقرة 7 من المادة (25) في قانون الكويتي لحماية المستهلك واللائحة التنظيمية له. كما أن المشرع العماني لم يغفل أبداً عن توضيح هذا الحق، ففي المادة 16 من قانون حماية المستهلك العماني أوضح بشكل صريح إقراره لحق العدول مع شروطه، في أنها تمنح المستهلك حق العدول في ارجاع أو استرداد أو استبدال قيمتها خلال 15 يوم من تاريخ تسلم السلعة، واستثنى من ذلك السلع الاستهلاكية القابلة للتلف السريع أو كانت غير مستوفية للشروط والمعايير القياسية أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله. ويرى بعض الفقه أن خيار الرجوع لا يسقط حتى لو تنازل المستهلك عن هذا الخيار ويحتفظ بهذا الحق حتى انتهاء المهلة التي حددها القانون.

كما نصت المادة 23 من قانون حماية المستهلك على الزامية المزود بتقديم الخدمة للمستهلك على الوجه السليم بما يتفق مع طبيعتها وبضمان ما يقدمه من خدمة خلال فترة زمنية محددة تتناسب مع طبيعتها وفي حال اخلاله بذلك يلتزم برد قيمة تلك الخدمة أو السلعة... ، يتبين هنا جليا إقرار حق العدول للمستهلك ضد المزود وأيضاً التزامه برد قيمة السلعة أو الخدمة مقابل ما يجبر النقص فيها.

إلا أن المشرع العماني لم يتطرق لحق العدول بدون سبب إلا ما ذكره فيما يتعلق بعد تناسب السلعة مع احتياجات المستهلك ولم ينظم الحق في العدول بدون سبب كما فعل المشرع المصري.

كما أننا نلاحظ أن التوجيه الأوروبي رقم 7097 عام 1975 الذي أوضح مجال التعاقد عن بعد على تحويل المستهلك لحق العدول عن العقد.

ونلفت النظر إلى أن العيب الذي يلحق بالسلعة أو الخدمة في العقد الاستهلاكي لم يغفل عنه المشرع العماني في قانون المعاملات المدنية، حيث نصت المادة 149 على أنه يثبت خيار العيب في عقود المعاوضة المالية ولو لم يشترط من العقد، ويشترط العيب الذي ثبت به الخيار أن يكون وجوده في المعقود عليه سابقاً على العقد ومؤثراً في قيمته أو مفوتاً لغرض التعاقد منه وأن يكون خفياً. وأيضاً المادة 401 من ذات القانون التي تنص على أن لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح عليه. حيث أن هذه المواد لا تختلف في تطبيقها في العقد الاستهلاكي وفق قانون حماية المستهلك.

حيث يجب الإشارة بأن حق العدول بغير سبب يتبين بشكل كبير في "قانون حماية المستهلك الفرنسي المعدل بالقانون رقم 2005-841 في المادة 20.121.

بأن " للمستهلك أجل 07 أيام كاملة لممارسة حق الرجوع عن العقد دون أي سبب، ودون دفع أي مبالغ باستثناء مصاريف الارجاع." حيث بمقتضى هذه المادة يمكن للمستهلك أن يعدل عن السلعة أو الخدمة بدون أي سبب، وهذا يتشابه أيضاً مع القانون التونسي، وبالنظر إلى قانون حماية المستهلك العماني فإنه في المادة 16 أقر بحق العدول عن السلعة أو الخدمة إذا شاب بها عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات والمقاييس أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله والذي نرى أنه لو المستهلك أراد ارجاع السلعة أو الخدمة، يمكنه ذلك ولكن يجب أن يشترط مع المزود في البداية باعتباره عقداً رضائياً وشرطاً جائزاً.

أما التشريع المصري فكان له اتجاهان، يمكن من خلاله جلياً أن نستند عليها في أن المشرع العماني لو أراد أن يقر بحق العدول لفعل ذلك صراحة مثل المشرع المصري. حيث أن قانون حماية المستهلك المصري لعام 2003 في المادة رقم 8 لم يذكر صراحة حق العدول

بغير سبب. والذي يتشابه مع القانون العماني فيه. الا انه بعد تعديل قانون حماية المستهلك المصري رقم 18 لعام 2018 اقر بذلك صراحة في المادة 17. حيث ان الاتجاه الأول للقانون المصري في عام 2003 لم يذكر حق العدول بغير سبب صراحةً كما هو الحال هنا في قانون حماية المستهلك العماني. والاتجاه الاخر، يوضح جلياً ان المشرع المصري بعد تعديل قانون حماية المستهلك المصري في عام 2018 اقر بحق العدول صراحة، فلو كان المشرع العماني يريد إقرار حق العدول بغير سبب لذكرها صراحةً كما فعل المشرع المصري.

وأخيراً يمكن القول بما ان القانون العماني استقى احكام قانونه المدني من التشريع المصري والأردني، وبالخصوص من التشريع المصري في قانون حماية المستهلك فان ذلك لا يعني بالضرورة ان نأول النصوص التي نشعر انها قد تحتل اكثر من معنى لتحقيق المآرب والغايات التي نطمح لها. كما ان المشرع العماني لو أراد إجازه حق العدول بغير سبب لذكرها صراحة. لذلك نلتمس من المشرع العماني في التعديلات القادمة ان يقوم بإضافة حق العدول بغير سبب بنص واضح وصريح يمكن المستهلكين من الجزم بوجود حق باعتبار انهم قد لا يعلمو بوجود هذا الحق.

الخاتمة والنائج

التشريعات الحديثه كالتشريع الفرنسي والمصري والكويتي اخذت بحق المستهلك في العدول عن التعاقد دون بيان السبب وذلك لكونه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وفي كثير من الاحيان لا يأخذ حقه في التفكير والتأني قبل التعاقد في ظل هيمنة وسيطرة المزود في العلاقة التعاقدية بينهما وخاصة في ظل التعاقدات الالكترونيه حيث لا يكون امام المستهلك الا القبول او الرفض من خلال المواقع الإلكترونية وفي كثير من الاحيان لا يتمكن من معاينة السلعه إلا بعد استلامها ودفع الثمن فيقع في كثير من المصائد من المواقع الالكترونيه عبر الانترنت.

واستنادا لكون المستهلك هو الطرف الضعيف الجدير بالحماية فقد أقرت تلك التشريعات الحق للمستهلك بالعدول عن التعاقد بعد تنفيذ العقد وبدون اسباب ولكن ضمن ضوابط نظمته تلك التشريعات تهدف تلك الضوابط الى المحافظه على استقرار العلاقات التعاقدية قدر الامكان حتى لا يكون هناك سوء نية من المستهلك واستهتار في علاقته العقدية. إلا ان المشرع العماني لم يأخذ بهذا الاتجاه التشريعي واكتفى في المادة 16 من الانون بإدراج حالة عدم مطابقة السلعه للغرض الذي تم التعاقد من أجله فقط دون النص صراحة على الحق الكامل بالعدول بدون سبب ضمن ضوابط يحددها القانون.

ومن خلال الدراسة التحليلية والوصفية بين احكام قانون حماية المستهلك العماني والقوانين المقارنة وعلى وجه الخصوص التشريع المصري على اعتبار ان التشريع العماني في احكام القانون المدني والتجاري يستقي من احكام التشريع المصري والأردني، ويتضح لنا جلياً ان قانون حماية المستهلك العماني لم يقر بحق العدول بغير سبب كما فعل المشرع المصري في قانون حماية المستهلك رقم 181 لعام 2018 ويتضح لنا ان قانون حماية المستهلك المصري رقم 67/2006 يعد اقرب لقانون حماية المستهلك العماني لانه لم يقر صراحة بحق العدول بغير سبب والذي نرى انه السبب الرئيس لعدم إمكانية تطبيق احكام العدول بغير سبب وفق قانون حماية المستهلك العماني، فلو كان المشرع يريد لذكرها صراحة ونظم الية العدول في اللائحة التنظيمية.

وقد نبين لنا على ضوء الدراسة النتائج الآتية:

- 1- يمكن تعريف حق العدول بغير سبب انه حق المستهلك في العدول دون ان يجبر على ابداء أي سبب لعدوله، وهذا بخلاف العدول بسبب الذي يجب ان يذكر السبب الذي جعله يعدل عن السلعة.
- 2- اختلفت الفقه في الأساس القانوني الذي يستند عليه العدول باعتبار ان هناك نوعين من العدول، احدهم عدول اتفاقي والمتمثل بين اتفاق المتعاقدين، والعدول التشريعي والمترب عن نص خاص في القانون.

3- المشرع العماني لم ينظم حق العدول بدون سبب في تشريعاته الا بشأن الخدمة وجاء هذا الحق مُقيد حيث قيد المشرع هذا الحق بأنه يجوز للمزود أن يخصم نسبة 3% من قيمة الخدمة في حالة عدول المستهلك عن التعاقد وكذلك لا يجوز للمزود أن يعفي نفسه من هذا الشرط لأنه يتعلق بالنظام العام. وكما يعتبر الفقه الإسلامي من أوائل التنظيمات المقررة بحق العدول.

4- يجب على المشرع العماني ضرورة تنظيم حق العدول بدون سبب للمستهلك في تشريعاته، حيث ان النصوص الحالية المنظمة لحق العدول شحيحة وغير كافية بما يتواءم مع التطور التشريعي الحديث في الإسراع في البيوع وأحياناً تكون بيوع مظللة عما تحتويه في الحقيقة وتتطلب حق العدول لاحقاً.

5- لم يقر القانون العماني بحق العدول بغير سبب في قانون حماية المستهلك، ولا يمكن تأويل ذلك عن طريق قانون حماية المستهلك المصري، حتى وان كان المشرع العماني يستقى احكامه من القانون المصري.

وعليه نوصي في هذا البحث:

1- ضرورة إقرار حق العدول بغير سبب في احكام قانون حماية المستهلك العماني ضمن ضوابط يحددها المشرع تضمن عدم الاستهتار بالعلاقة التعاقدية وتحفظ حق الاطراف .

2- ضرورة وجود تفسير وضوابط قانونية للمادة 16 من قانون حماية المستهلك حتى يتسنى للمستهلك وشرح القانون فهم ومعرفة جوهر هذه المادة حتى لا يتم تأويلها بشكل خاطئ فيما يتعلق بحق المستهلك بالعدول في حال عدم مطابقة السلعة للغرض الذي تم التعاقد من أجله.

3- وجود تنظيم قانوني أوضح لأحكام حق العدول بغير سبب في التشريع العماني.

المراجع والمصادر

أولاً: الكتب

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، دار الكتب للنشر و التوزيع، الكويت، 1998م.
- أشرف محمد رزق قايد، كتاب دراسة في قوانين حماية المستهلك و القواعد العامة في القانون المدني، الطبعة الأولى (المجلد الأول)، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2016م.
- عبد الفتاح البيومي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009م.
- عبد الفتاح بيومي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، 2008م.
- عبد المنعم موسى إبراهيم عيسى، حماية المستهلك، لبنان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007م.
- عبد الباقي د. محمد، الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2004م.
- عبدالرزاق أحمد السهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م.
- علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، ط الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017م.
- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011م.
- مصطفى احمد ابو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في الدول، دراسته مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016
- مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 2004
- د. حسام كامل الاهواي، (النظرية العامة للالتزام)، المجلد الأول المصادر الإرادية، القاهرة، ط 3.
- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، ط2، دار النهضة العربية، مصر 1994.
- 14- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016

ثالثاً: رسائل الماجستير و الدكتوراة

- 1-زهيرة حجاز، حق المستهلك في الدول عن تنفيذ العقد، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق، ام البواقي، الجزائر، 2016م.
- 2-عمر عبد الباقي خليفة، الحماية العقدية للمستهلك، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2008م.
- 3-لخضر دايدة، حق المستهلك في الدول عن التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007م.
- 4-زيغم محاسن ابتسام، حق المستهلك في الدول عن التعاقد، رسالة ماجستير، المركز الجامعي بالحاج بوشعيب/الجزائر

ثانياً: البحوث

- 1.د.نسرین المحاسنة، حق المستهلك في الدول عن العقد الإلكتروني: دراسة في ضوء قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري مقارنة بالتوجيه الأوروبي لحقوق المستهلك بحث منشور في مجلة الكويت القانونية العالمية، العدد 24، 2018.
- أنيسة ولويزة، د. حمون وبوزيد، حدود القوة الملزمة للعقد (الظرف الطارئ، الشرط التعسفي).
- بسمة الكيومي، الالتزامات العقدية في زمن كورونا، 2020.
- د. عبد المجيد خلف و خلف العنزي، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 22، 2018.
- د. يوسف شندی، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، كلية القانون، السنة الرابعة و العشرون، العدد الثالث والأربعون، 2010.
- محمد يونس، حق المستهلك في الدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، مجلة أكاديمية شرطة دبي، العدد 1061.
- منصور حاتم محسن ومظلوم، إسراء خضير، الدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة المقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية، 2012.

- محمد سعد خليفة، البيع عبر الإنترنت وحماية المستهلك (في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحريني)، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس، العدد الأول، 2008،
- عيسى بخيت، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، ع 24، مجلة الدراسات القانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، 2017
- د.عدنان سرحان، (2018). تقييم النصوص النازمة لحق المستهلك في الرجوع عن العقد في قانون حماية المستهلك الكويتي: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (1).

رابعاً : القوانين

- قانون المدني العراقي 1951.
- قانون حماية المستهلك الاماراتي 2006\24.
- قانون حماية المستهلك العماني 2014\66.
- قانون حماية المستهلك الفرنسي 1993.
- قانون حماية المستهلك الكويتي 2004\39.
- لائحة تنفيذية لقانون حماية المستهلك العماني 2017\77.
- اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك الكويتي، الصادرة بقرار وزير التجارة والصناعة رقم (27 / 2015م).

خامساً: المواقع الالكترونية

- الغماري، سعود (2014/3/31)، حق المستهلك في العدول عن العقد، موقع العربية الاخباري، تم الاطلاع عليه في (2020/5/10)،.
- المسكري، د. بدر بن جمعة بن راشد (2015/4/26)، حق المستهلك في العدول عن العقد في قانون حماية المستهلك العماني، تم الاطلاع عليه في (2020 / 5 / 10)،
- <http://www.inewsarabia.com>
- وباء كورونا الصيني ونظرية الظروف الطارئة " البوابة الإعلامية "، (سلطنة عمان) الثلاثاء ٢٨ / إبريل / ٢٠٢٠م، رابط الموقع
- <https://omaninfo.om/topics/51/show/311746>.
- الدليل الإرشادي للالتزامات العقدية في زمن كورونا، مكتب بسمّة الكيومي للمحاماة والاستشارات القانونية.

نظام التأمين على الودائع في التشريع الجزائري

✍️ شيخ محمد زكرياء

أستاذ محاضر - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم الجزائر

الملخص

تواجه البنوك العديد من التحديات أهمها تحقيق الاستقرار المصرفي، وتشكل معدلات الودائع في الجهاز المصرفي أحد أهم العوامل المساعدة في دعم هذا الاستقرار، ذلك أن أي خطر يهدد الودائع والثقة فيها من شأنه أن يشكل تهديدا مباشرا على النظام المصرفي ككل، ولعل أبرز مثال على ذلك حالة الكساد العالمي الكبير الذي أصاب العديد من الدول في الثلاثينيات من القرن الماضي والنتائج عن أزمات السيولة التي واجهت البنوك التجارية، وما ترتب عليه من إفلاس كثير منها سيما في الدول الاقتصادية المتقدمة.

إن هذا الوضع أدى بالجهات الوصية إلى ضرورة التفكير في إيجاد حلول تحمي البنوك، وتدعم ثقة المتعاملين معهم، لذلك ظهرت الحاجة إلى وجود نظام لضمان الودائع، يعمل على إمكانية تعويض طائفة من المودعين بنسبة من ودائعهم التي قد تتعرض للخطر نتيجة تعثر البنك وتوقفه عن الدفع.

Abstract

Banks face many challenges, the most important of which is to achieve banking stability, and deposit rates in the banking system are one of the most important factors in supporting this stability, as every risk menaces the deposits and trust in them would pose a direct threat to the banking system as a whole, and the most prominent example of this is The great global recession that hit many countries in the thirties of the last century and resulted from liquidity crises facing commercial banks, and the consequent bankruptcy of many of them, especially in developed economic countries.

This situation led the trustees to the need to think about finding solutions that protect banks and support the confidence of their dealers, so the need for a deposit guarantee system emerged, which works to compensate a group of depositors with a percentage of their deposits that may be at risk as a result of the bank's default and failure to pay.

مقدمة

تعتبر الجزائر واحدة من الدول التي تبنت آلية فعالة لمواجهة حالات عدم تمكن المودعين من استرداد أموالهم في حال إعلان البنوك عن إفلاسها وتوقفها عن الدفع، من خلال إقرار نظام التأمين على الودائع، فوجود هذه الآلية في النظام المصرفي من شأنها أن يساعد على حصر الأزمات المصرفية وتطمئن المودعين على سلامة أموالهم، كما أنها تساعد على الحد من نزوح الودائع المصرفية من المصارف الصغيرة باتجاه المصارف الأكثر ملاءة، مما يساعد على توفير السيولة المالية في جميع المؤسسات المصرفية.

بناء على ما تقدم سأتطرق في هذه الدراسة إلى التعريف بالإطار القانوني لشركات ضمان الودائع في القانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة (المبحث الأول)، ثم إلى مجال تدخل الشركة والإجراءات المتبعة للحصول على التعويض (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار القانوني لشركات ضمان الودائع المصرفية

إن دراسة الإطار القانوني لشركة ضمان الودائع المصرفية يقتضي مني التعرض إلى طبيعتها القانونية (المطلب الأول) ثم إلى علاقتها بالبنوك (المطلب الثاني). وقبل تفصيل ذلك، وجب علينا تعريف عقد الوديعة المصرفية. عرف المشرع الجزائري عقد الوديعة المصرفية في المادة 67 من قانون النقد والقرض على أنها الأموال التي يتم تلقيها من الغير، مع حق استعمالها لحساب من تلقاها بشرط إعادتها.

وعرفها في المادة الرابعة من النظام رقم 03/04 المعدل والمتمم المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية¹⁸⁰ بأنه يقصد بالودائع والمبالغ الأخرى الشبيهة بالودائع القابلة للاسترداد حسب مفهوم هذا النظام، كل رصيد دائن ناجم عن الأموال المتبقية في حساب أو أموال متواجدة في وضعية انتقالية ناتجة عن عمليات مصرفية عادية ينبغي استردادها طبقاً للشروط القانونية والتعاقدية المطبقة لاسيما في مجال المقاصة.

نخلص مما سبق أن الوديعة المصرفية النقدية تقوم على حرية البنك في التصرف في الأموال المودعة لديه بشرط إعادتها إلى أصحابها، عند طلبها، أو طبقاً للأجل المتفق عليه، غير أنه قد يحدث وأن يصبح البنك في وضعية يستحيل عليه فيها الوفاء بالتزاماته تجاه زبائنه نتيجة تعثره أو توقفه عن الدفع، ومن هذا المنطلق وحماية للمودعين، أنشأ المشرع الجزائري صندوق ضمان الودائع المصرفية - أسوة بباقي التشريعات الأخرى¹⁸¹ بموجب القانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد والقرض.

ونظراً لأهمية هذه الآلية أصدر مجلس النقد والقرض النظام رقم 04/97¹⁸² الملغى بموجب النظام 03/04 المعدل والمتمم المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، الذي قام بإنشاء صندوق ضمان الودائع المصرفية لحماية الزبائن عن طريق تعويضهم كلياً أو جزئياً عن الأخطار التي قد تلحق بودائعهم في حالة توقف البنوك عن الدفع أو تعرضها للإفلاس.

ومن هنا يمكن التساؤل حول الطبيعة القانونية لشركة ضمان الودائع المصرفية، سيما وأنها أثارت الكثير من الجدل لدى الفقه، وهذا ما سأحاول التطرق إليه بشيء من التفصيل فيما يلي:

¹⁸⁰ النظام رقم 03/04 المؤرخ في 12 محرم عام 1425 هـ الموافق لـ 04 مارس 2004 م، المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، المعدل والمتمم بموجب النظام رقم 01/18 المؤرخ في 30 أبريل 2018، (ج.ر.ج.، ع42، س 55، الصادرة بتاريخ 15 جوان 2018).

¹⁸¹ فلقد أنشأت الولايات المتحدة الأمريكية هذا النظام سنة 1934، تبعتها في ذلك كل من تركيا سنة 1960، ألمانيا (1966)، لبنان (1967)، اليابان (1971)، فرنسا (1980)، مصر (1993)، عمان (1995)، الأردن (2000).

أنظر: رأفت علي الأعرج، مدى أهمية نظام ضمان الودائع في تدعيم شبكة الأمان المالي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في المحاسبة والتمويل، كلية التجارة، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، ص 30.

¹⁸² النظام 04/97 المؤرخ في 02 رمضان عام 1418 هـ الموافق لـ 31 ديسمبر 1997، المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لشركة ضمان الودائع المصرفية

يعد تحديد الطبيعة القانونية لمؤسسات ضمان الودائع المصرفية من المواضيع التي أثارت جدلا واسعا على مستوى الفقه المقارن نظرا لطبيعتها الخاصة التي تتميز بها، ففي القانون اللبناني مثلا نجد أنها تأخذ طابع المؤسسات الحكومية المصرفية، وتمول باشتراكات سنوية إلزامية من المصارف والدولة منصفة.

أما القانون الفرنسي فاعتبرها شخصا معنويا ذا طبيعة خاصة، وأنها من أشخاص القانون الخاص، غير أنه لم يوضح ما إذا كانت تأخذ طابع الشركة أو الجمعية، وهو ما بينه الفقه لاحقا إذ اعتبرها شركة ذات طبيعة خاصة¹⁸³. فإذا كان هذا هو موقف الفقه والقانون المقارنين، فما هو موقف المشرع من تحديد الطبيعة القانونية لشركة ضمان الودائع المصرفية؟

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من النظام 01/18 على ما يلي: "يسير صندوق ضمان الودائع المصرفية المنصوص عليه في المادة 118 من الأمر رقم 11/03، المتعلق بالنقد والقرض والمذكور أعلاه، من طرف شركة مساهمة، تسمى "صندوق ضمان الودائع المصرفية- ص.ض.و.م".

بقراءة نص هذه المادة يتضح جليا أن المشرع الجزائري اعتبر صندوق ضمان الودائع المصرفية شركة مساهمة أطلق عليها تسمية "صندوق ضمان الودائع المصرفية" ومن هنا أمكن طرح تساؤل آخر حول مدى إمكانية تطبيق القواعد المنظمة لشركة المساهمة المنصوص عليها في القانون التجاري على شركة ضمان الودائع المصرفية من عدمه؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي مني إجراء مقارنة ما بين القواعد المنظمة لشركات المساهمة في القانون التجاري والقواعد المنظمة لصندوق ضمان الودائع المصرفية في كل من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض، والنظام رقم 03/04 المعدل والمتمم، المتعلق بضمان الودائع المصرفية، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- تقتضي القواعد العامة في عقد الشركة - ومنها شركة المساهمة - تراضي جميع الشركاء عن طريق تعبيرهم الصريح والمباشر عن رغبتهم في الانضمام إلى الشركة، دون ممارسة أي ضغط عليهم، ذلك أن إجبار الشريك المساهم على الانضمام إلى الشركة يجعل العقد قابلا للإبطال على أساس أن الإرادة مشوبة بعيب الإكراه¹⁸⁴. أما شركة ضمان الودائع المصرفية فإن بنك الجزائر هو من ينشئها ويلزم البنوك بالاكتمال في رأسمالها وفقا لحصص متساوية دون أن يترك لهم حرية الاختيار في الاكتمال من عدمه¹⁸⁵، الأمر الذي يفسر انعدام الرضا لدى البنوك في المساهمة في شركة ضمان الودائع المصرفية، وهو ما يتعارض مع الأحكام العامة في تأسيس عقد الشركة سيما شركة المساهمة.

- تنص المادة 592 من القانون التجاري على أنه لا يمكن أن يقل عدد الشركاء في شركة المساهمة عن سبعة مساهمين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين وذلك تحت طائلة الحل القضائي بناء على طلب كل معني بالأمر. كما أن الشركاء في شركة المساهمة لا يتكسبون الصفة التجارية عند انضمامهم إلى الشركة إلا متى كانوا تجارا، من ثم فإن الانضمام إلى شركة المساهمة لا يقتصر على التجار فقط، غير أن المساهمة في شركة ضمان الودائع المصرفية تقتصر على البنوك دون غيرها، فلا يمكن للأشخاص الطبيعيين أو المؤسسات المالية المساهمة في هذه الشركات وهذا ما يتعارض مع القواعد المنظمة لشركة المساهمة في القانون التجاري.

¹⁸³ يقابله نص المادة 7/52 من القانون النقدي والمالي الفرنسي رقم 1443/2000، المؤرخ في 2000/12/14.

- قاصدي صوريا، قواعد الاحتياط من المخاطر البنكية في النظام المصرفي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2005-2006، ص 67.

¹⁸⁴ يراجع نص المادة 88 من القانون المدني الجزائري.

¹⁸⁵ يراجع نص المادة من 118 من قانون النقد والقرض، والمادة الثالثة من النظام 01-18 سالف ذكره.

- إن الغرض من تأسيس شركة المساهمة هو تحقيق الربح واقتسامه بين الشركاء عن طريق مباشرة مشروع مالي واستغلال فرع من فروع النشاط التجاري أو الصناعي، غير أن الغرض الذي ينشده بنك الجزائر من وراء تأسيس صندوق ضمان الودائع المصرفية يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية أموال المودعين وتعويضهم في حال توقف البنوك عن الدفع، ومن ثم فهي شركة لا تهدف البتة إلى تحقيق الربح بقدر ما تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وحماية أموال المودعين، وهذا يتعارض مع المبادئ العامة التي تحكم الشركة بصفة عامة، وشركة المساهمة بصفة خاصة باعتبارها النموذج الأمثل لشركات الأموال.

- تقتضي القواعد العامة في شركة المساهمة أن يساهم جميع الشركاء في تكوين رأسمال الشركة، إما عن طريق حصص نقدية أو حصص عينية¹⁸⁶، غير أن صندوق ضمان الودائع المصرفية يتم تمويله من طرف البنوك بحصص متساوية يتم احتسابها على شكل علاوة ضمان سنوية لا تزيد نسبتها عن 1 % من المبلغ الإجمالي للودائع بالعملة الوطنية¹⁸⁷، إضافة إلى ذلك فإن البنك المركزي لا يلتزم بدفع أية قيمة على الرغم من أن سلطة إنشاء الشركة تعود إليه وحده، وهذا ما يتعارض وأحكام تقديم الحصص المنظمة بموجب القانون التجاري.

ولا يفوتني أن أشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري لم يوفق حين اعتبر صندوق ضمان الودائع المصرفية شركة مساهمة مع أن الأحكام المنظمة لهذا الصندوق جاءت مخالفة للقواعد العامة لشركة المساهمة في القانون التجاري.

وعليه فإنني أرى أن صندوق ضمان الودائع المصرفية يعتبر شركة مساهمة تجارية ذات طبيعة خاصة يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في قانون النقد والقرض والأنظمة البنكية الصادرة عن بنك الجزائر وإلى أحكام القانون التجاري فيما لم يرد فيه نص خاص.

المطلب الثاني: علاقة شركة ضمان الودائع المصرفية بالبنوك

لقد سبقت الإشارة إلى أن البنوك التجارية تعد بمثابة المساهم الرئيسي في شركة ضمان الودائع المصرفية التي ينشئها بنك الجزائر، وهو ما يتوافق مع أغلب الأنظمة المصرفية في القانون المقارن¹⁸⁸، غير أن الاختلاف الرئيسي ما بين هذه الأنظمة يكمن في إجبارية الانضمام من عدمه، فنجد بعض الأنظمة المصرفية تجعل الانضمام إلى الشركة يتم بصفة اختيارية¹⁸⁹، والبعض الآخر يجعل الانضمام للشركة يتم بصفة إجبارية¹⁹⁰ في حين نجد أن بعض الأنظمة المصرفية تأخذ بالنظامين معا، فتلتزم بعضا من بنوكها بالانضمام والمساهمة في صندوق ضمان الودائع وتخير البعض الآخر في الانضمام من عدمه¹⁹¹.

و بالرجوع إلى نظام ضمان الودائع المصرفية في الجزائر، يتضح لنا أن المشرع الجزائري تبنى النظام الإجباري، فالمادة 118 من قانون النقد والقرض تنص على وجوب مشاركة البنوك التجارية في تمويل صندوق ضمان الودائع المصرفية عن طريق الاكتتاب في رأسمال الشركة بحصص متساوية.

¹⁸⁶ ويتم تقدير الحصص العينية من طرف مندوب مختص يتم تعيينه من قبل المحكمة المختصة إقليميا، يراجع نص م 601 من القانون التجاري الجزائري.

¹⁸⁷ المادة 2/118 من قانون النقد والقرض.

¹⁸⁸ وهو ما يتوافق مع ما جاء في القانون النقدي المالي الفرنسي، وكذا في القانون اللبناني أين تكون جميع المصارف العاملة في لبنان سواء الوطنية أو الأجنبية مساهمة في مؤسسات ضمان الودائع.

¹⁸⁹ من أبرز الأنظمة المتبعة لهذا النظام نجد النظام المصرفي الإنجليزي والكندي والهندي.

¹⁹⁰ من أبرز الأنظمة المتبعة لهذا النظام نجد النظام المصرفي اللبناني والمصري والتركي.

¹⁹¹ كالنظام المتبع في الولايات المتحدة الأمريكية أين يكون الانضمام والمساهمة في الصندوق الفدرالي للودائع اختياريا بالنسبة للبنوك الأجنبية وإجباريا بالنسبة للبنوك المحلية، ونفس الاتجاه ذهب إليه التشريع الأردني الذي قضى بأن جميع المصارف الأردنية الوطنية والأجنبية العاملة في المملكة باستثناء فروع البنوك الأردنية العاملة في الخارج والمصارف الإسلامية المرخصة تساهم في مؤسسة ضمان الودائع المصرفية إلا إذا اختارت هذه الأخيرة الانضمام إلى المؤسسة.

كما نصت المادة السابعة من النظام 03/04 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية على أنه يتعين على البنوك أن تدفع إلى شركة ضمان الودائع المصرفية منحة ضمان أو علاوة سنوية يتم تقديرها من طرف مجلس النقد والقرض، على ألا تتجاوز نسبة 1 % على الأكثر من المبلغ الإجمالي للودائع.

ولقد تم التأسيس الفعلي لشركة ضمان الودائع المصرفية سنة 2003، بعد إفلاس العديد من البنوك الخاصة الجزائرية، أين كان يبلغ عدد البنوك المساهمة في الصندوق آنذاك 22 بنكا، وكان رأسمالها مقدرا بـ 210.000.000 دج، مقسما إلى 210 أسهم، بقيمة إسمية قدرها 1000.000 للسهم الواحد¹⁹².

غير أن رأسمال شركة ضمان الودائع المصرفية ليس ثابتا، بحيث يمكن تعديله عن طريق الرفع من قيمته أو تخفيضه فيمكن مثلا رفع رأسمال الشركة بعد انضمام كل بنك جديد حاصل على الاعتماد من بنك الجزائر، بحيث يساهم هذا الأخير بالاشتراك في رأسمال الشركة بنفس الشروط و بنفس الأسهم التي تم تحريرها من طرف باقي المساهمين.

وخلافا لما سبق، فإنه يمكن للجمعية العامة لشركة ضمان الودائع المصرفية أن تقوم بتخفيض رأس المال الاجتماعي للشركة عند تصفية بنك مساهم، فتقوم بخصم قيمة أسهم هذا البنك من رأسمال الشركة، وهذا ما أكدته الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من النظام 03/04 سالف ذكره¹⁹³.

المبحث الثاني: مجال تدخل شركة ضمان الودائع المصرفية والإجراءات المتبعة للحصول على التعويض.

رأينا أن إفلاس العديد من البنوك في دول العالم - ومن بينها الجزائر - كان سببا في فقدان الثقة ما بين المودعين والبنوك، الأمر الذي أدى بالمودعين إلى العزوف عن إيداع أموالهم في المؤسسات البنكية خوفا من ضياعها، وهذا من شأنه أن يسبب العديد من الأزمات للنظام المصرفي ككل.

ولأجل إعادة هذه الثقة للمودعين عمدت التشريعات المصرفية - ومن بينها التشريع المصرفي الجزائري- إلى تأسيس شركة ضمان الودائع المصرفية التي تعمل على إمكانية تعويض فئات من المودعين بنسبة من ودائعهم التي تعرضت للضياع نتيجة عدم توفر السيولة اللازمة للبنك وتوقفه عن الدفع (المطلب الأول).

وأن توقف البنك عن الدفع ليس من شأنه أن يؤدي إلى ضياع أموال المودعين بل يكفل لهم الحق في استرجاع أموالهم بعد اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مجال تدخل شركة ضمان الودائع المصرفية

إن مجال تدخل صندوق ضمان الودائع المصرفية في الجزائر، لا يخرج عن السياق العام المتخذ في أغلب دول العالم، إذ تهدف هذه الشركة إلى حماية مصالح المودعين وتعويضهم عن نسبة من ودائعهم التي لم يستطيعوا تحصيلها من البنك نتيجة توقفه عن الدفع من جهة، وإلى المحافظة على استقرار النظام المصرفي والمالي للدولة من جهة أخرى¹⁹⁴.

ولقد كان لإفلاس بعض البنوك الخاصة في الجزائر، منها على وجه الخصوص "بنك الخليفة" دور هام في إنشاء شركة ضمان الودائع المصرفية، فعلى الرغم من أن المشرع الجزائري نص عليها ونظم أحكامها في القانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد والقرض، إلا أن

¹⁹² يراجع البلاغ الصادر عن بنك الجزائر بتاريخ 2003/05/28.

¹⁹³ تنص المادة الثالثة من النظام 01/18 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية على ما يلي: " ينجر بحكم القانون عن الشروع في تصفية بنك مساهم والانطلاق في إجراءات تعويض المودعين وهذا عقب انتهاء عملية تعويض المودعين، تخفيض رأس مال شركة ضمان الودائع المصرفية بالنسبة لحصة رأسمال البنك المعني بالإجراء، وتحول حقوقه في رأس مال الشركة الى صندوق ضمان الودائع المصرفية ويتم دفعها لحسابه".

¹⁹⁴ قاصدي صوريا، المرجع السابق، ص 70.

إنشاءها الفعلي الحقيقي لم يتم إلا في سنة 2003 بعد ظهور أزمة بنك الخليفة وما تسبب فيه من ضياع لأموال وحقوق المودعين ومن ضياع للمال العام، بحيث تشير بعض الإحصائيات إلى أن خزينة الدولة تحملت مبلغا يزيد عن 1,5 مليار دولار نتيجة إفلاس هذا البنك¹⁹⁵.

هذا وإن مجال تدخل مؤسسة ضمان الودائع المصرفية يختلف من دولة لأخرى، ففي الوقت الذي يقتصر فيه دور هذه المؤسسة على تعويض المودعين في حال ضياع ودائعهم متى توقفت البنوك عن الدفع - مثل الجزائر- يتعدى الأمر ذلك بالنسبة لبعض الدول الأخرى التي يكون لهذه الشركة دور رقابي قبلي من شأنه أن يجنب البنوك خطر الوقوع في نقص السيولة أو التوقف عن الدفع، وعليه سأطرق إلى الدور الوقائي لمؤسسة ضمان الودائع المصرفية في التشريعات المقارنة، ثم إلى الدور العلاجي لهذه الشركة وفقا لقانون النقد و القرض الجزائري.

الفرع الأول: التدخل الوقائي لشركة ضمان الودائع المصرفية

إن قانون النقد والقرض الجزائري لم يخول لشركة ضمان الودائع المصرفية صلاحية مباشرة الدور الوقائي الذي من شأنه أن يجنب البنوك الوقوع في خطر السيولة والتوقف عن الدفع - كما رأينا سابقا - غير أن هذا الأمر لن يمنعنا من إلقاء نظرة ولو سطحية على الدور الرقابي الذي تلعبه شركة ضمان الودائع المصرفية في القوانين المقارنة.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية، يبرز الدور الوقائي لمؤسسة ضمان الودائع المصرفية الفدرالية (FDIC)، من خلال منحها سلطات وصلاحيات رقابية واسعة على جميع المصارف سواء العمومية منها أو الأجنبية، إذ تقوم مؤسسة ضمان الودائع المصرفية الفدرالية بمراجعة أداء جميع المصارف العاملة فيها مرة واحدة في السنة على الأقل، كما أنها تتخذ مجموعة من التدابير الوقائية التي تجنب البنوك الوقوع في حالة الإفلاس من خلال إجراء معاينة لآخر المخاطر التي واجهها البنك، كما تطلع بمهمة معاينة الإمكانات المالية للبنوك والتدخل في تمويلها متى دعت الحاجة إلى ذلك¹⁹⁶.

إن هذا المبدأ - هو نفسه - الذي سار عليه المشرع الفرنسي، خاصة بعد تعديل القانون المالي النقدي الفرنسي سنة 2000¹⁹⁷، إذ منح هذا التعديل لشركة ضمان الودائع المصرفية حق التدخل من أجل إعادة هيكلة المؤسسة المضطربة قبل وقوعها في الإفلاس أو توقفها عن الدفع وإضافة إلى ذلك يمكن لمؤسسة ضمان الودائع المصرفية أن تصبح المالكة لأسهم البنك العاجز، وأن تحل محله بموجب ترخيص صادر عن المحكمة الابتدائية، ونتيجة لذلك تصبح مؤسسة ضمان الودائع الفرنسية المسير الفعلي للبنك، وهي من يتكفل بإجراءات التصفية وكذا التسوية القضائية¹⁹⁸. هذا وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن لمؤسسة ضمان الودائع المصرفية في الأنظمة السابقة أن تطلب من البنوك - وكإجراء وقائي - مدها بالتقارير والبيانات الدورية الصادرة عنها وبكل الدراسات والإحصائيات التي لها علاقة بعمل الصندوق وأن تعلمها بجميع المخاطر المتوقعة التي من شأنها المساس بحقوق المودعين.

الفرع الثاني: التدخل العلاجي لشركة ضمان الودائع المصرفية

إن شركة ضمان الودائع المصرفية ليس لها دور وقائي، فبالرغم من تحصيلها لأموال البنوك سنويا، إلا أنها لا تتدخل لتعويض المودعين إلا في حالة توقف البنك عن الدفع لهم، ومن ثم فلها دور علاجي فقط كما سأوضحه فيما يلي:

¹⁹⁵ زيتوني كمال، دور نظام التأمين على الودائع في سلامة البنوك من التعثر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، جامعة المسيلة، 2011، ص 71.

¹⁹⁶ نايت جودي مناد، النظام القانوني لضمان الودائع المصرفية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بـودواو، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2007، ص 93.

¹⁹⁷ القانون النقدي والمالي رقم 1443/2000 المؤرخ في 14 ديسمبر 2000.

¹⁹⁸ قاصدي سوريا، المرجع السابق، ص 70- 71.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 5/118 من قانون النقد والقرض على ما يلي: " لا يمكن استعمال هذا الضمان إلا في حالة توقف البنك عن الدفع". ونص في المادة 13 من النظام 03/04 المتعلق بنظام الودائع المصرفية على ما يلي: " لا يمكن استخدام ضمان الودائع المصرفية إلا في حالة توقف البنك عن الدفع".

يتضح من المادتين سالفتي الذكر أن المشرع الجزائري قصر تدخل شركة ضمان الودائع المصرفية في حالة وحيدة وهي وقوع البنك المساهم في حالة التوقف عن الدفع¹⁹⁹، ومن ثم يتبين انعدام الدور الوقائي لمؤسسة ضمان الودائع المصرفية في النظام المصرفي الجزائري، إذ تبقى مهمتها مقتصرة على التدخل العلاجي فقط، عن طريق تعويض نسبة كلية أو جزئية من ودائع المودعين، غير أن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد وهو هل أن جميع أنواع الودائع قابلة للتعويض في النظام المصرفي الجزائري؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل، وجب التنويه إلى أن نظام الودائع المصرفية يهدف إلى تعويض المودعين في حالة عدم توفر ودائعهم والمبالغ الأخرى الشبيهة بالودائع القابلة للاسترداد²⁰⁰، ويقصد بهذه العبارة الأخيرة كل رصيد دائن ناجم عن الأموال المتبقية في الحساب أو الأموال المتواجدة في وضعية انتقالية ناتجة عن عمليات مصرفية عادية ينبغي استردادها طبقا للشروط القانونية والتعاقدية المطبقة لاسيما في مجال المقاصة²⁰¹. ويندرج ضمن هذا التعريف، ودائع الضمان المستحقة والودائع المرتبطة بالعمليات على السندات، والمبالغ مستحقة الدفع التي تمثل سندات الصندوق، ووسائل الدفع الأخرى التي تصدرها البنوك²⁰² مع مراعاة الاستثناء الوارد في نص المادة 73 من قانون النقد والقرض والذي يشمل الأموال المتلقاة من البنوك والموجهة للتوظيف في شكل مساهمات لدى المؤسسات المالية، فهذه الأخيرة لا تعتبر بمثابة ودائع كونها تبقى ملكا لأصحابها²⁰³.

هذا ولقد أورد المشرع الجزائري استثناءات أخرى في المادة الثانية من النظام 01/18 سالف ذكره، لم يعتبر فيها ودائع ومبالغ أخرى شبيهة بودائع قابلة للاسترداد ما يلي:

- الودائع المتلقاة من البنوك والمؤسسات المالية الأخرى.
- الأموال المتلقاة أو المتروكة في الحساب من طرف المساهمين الذين يملكون على الأقل (5 %) من رأس المال، وأعضاء مجلس الإدارة والمسيرين ومحافظي الحسابات.
- ودائع الموظفين المساهمين.
- ودائع الإدارة المركزية والمحلية وصناديق التأمينات الاجتماعية وصناديق التقاعد ومؤسسات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة .
- الودائع بالعملة الصعبة المعاد بيعها لبنك الجزائر.
- الودائع غير الاسمية من غير المبالغ المستحقة الممثلة لوسائل الدفع المصدرة من طرف البنوك.
- الودائع الاستثمارية للبنوك المرخص لها بممارسة هذه العمليات.
- الودائع الناجمة عن عمليات صدر فيها حكم جزائي نهائي في حق المودع.
- الودائع التي تحصل فيها المودع، بصفة فردية على شروط معدلات فوائد امتيازية، ساهمت في تدهور الوضعية المالية للبنك.
- ودائع شركة ضمان الودائع المصرفية.

¹⁹⁹ ولقد عرف المشرع الجزائري التوقف عن الدفع في المادة 13 من النظام 03/04 المتعلق بضمان الودائع المصرفية بأنه الحالة التي يتواجد عليها البنك والتي لا تمكنه من دفع الودائع المستحقة عليه، أو في الحالة التي يكون فيها السداد مشكوكا فيه ومعرضا للخطر. وهو نفس المعنى الوارد في القواعد العامة، بحيث تتحقق حالة التوقف عن الدفع متى كانت خصوم التاجر تفوق أصوله وأن تكون الأصول قد أصبحت مستحقة الأداء.

²⁰⁰ يراجع نص المادة الثالثة من النظام 03/04 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية.

²⁰¹ يراجع نص المادة 1/4 من النظام 03/04 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية.

²⁰² يراجع نص المادة 2/4 من النظام 03/04 سالف ذكره.

²⁰³ يراجع نص المادة 2-1/73 من قانون النقد والقرض.

المطلب الثاني: الإجراءات الواجب إتباعها للحصول على التعويض

إن توقف البنك عن الدفع يسمح للمودعين بالسعي للحصول على أموالهم، ولا يتم ذلك إلا بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون النقد والقرض والنظام البنكي رقم 03/04 المعدل والمتمم، المتعلق بنظام الودائع المصرفية.

فقد نص المشرع الجزائري في النظام سالف الذكر على مجموعة من الإجراءات الواجب احترامها وإتباعها من طرف المودعين للحصول على التعويض المقرر لمصلحتهم قانونا. فحتى يمكن استخدام نظام الودائع المصرفية يتعين أن يكون البنك في حالة توقف عن الدفع، وأن تصرح اللجنة المصرفية بعدم توفر الودائع في أجل أقصاه واحد وعشرون (21) يوما من توقف البنك عن الدفع، بعدما تكون قد أثبتت مسبقا بأن البنك لم يدفع الودائع المستحقة نظرا لوضعيته المالية التي لا تسمح له بالدفع، فتشعر شركة ضمان الودائع المصرفية بمعينة عدم توفر الودائع²⁰⁴. وبعد ذلك، يقوم البنك فورا وبواسطة رسالة مسجلة بإعلام جميع المودعين بعدم توفر ودائعهم، ويبين لهم بالمقابل الإجراءات الواجب عليهم القيام بها، والمستندات الإثباتية التي يجب عليهم تقديمها إلى شركة الضمان الودائع المصرفية من أجل الاستفادة من التعويض²⁰⁵.

على أن تتكفل هذه الأخيرة بمراجعة مستحقات المودعين، المدرجة ضمن فئة الودائع غير المتوفرة، وتلتزم بدفعها لهم في أجل لا يزيد عن ستة أشهر (06 أشهر)، ابتداء من تاريخ تصريح اللجنة بعدم توفر الودائع، أو في غياب ذلك، من تاريخ حكم المحكمة المختصة إقليميا بالتسوية القضائية أو بإفلاس البنك، ويمكن في كل الحالات تجديد هذا الأجل مرة واحدة من قبل اللجنة المصرفية²⁰⁶. هذا، وبعد بيان الإجراءات المتبعة للحصول على التعويض، يبقى لنا أن نبين من هم الأشخاص الذين لهم الحق في التعويض وما مقداره.

الفرع الأول: أصحاب الحق في التعويض

تنص المادة العاشرة من النظام 03/04 المتعلق بضمان الودائع المصرفية على ما يلي: " يتم التعويض لفائدة صاحب الوديعة". وتنص المادة 12 من نفس النظام على ما يلي: " إذا لم يكن المودع صاحب الحق في المبالغ المودعة في الحساب، فإن صاحب الحق هو الذي يستفيد من الضمان بشرط أن يكون قد تم التعرف على هويته أو يمكن الاطلاع على هويته قبل معينة عدم توفر الودائع".

بقراءة متأنية لهاتين المادتين يتبين أنه يتعين على شركة ضمان الودائع المصرفية كأصل عام، أن تعوض المودع أي صاحب الحق في الوديعة، غير أنه متى كانت الأموال المودعة ليست لحساب المودع وإنما لحساب شخص آخر، فإن هذا الأخير يكون صاحب الحق في التعويض شريطة أن يكون قد تم التعرف على هويته، أو أمكن الاطلاع على هويته قبل معينة عدم توفر الودائع. ومتى تعلق الأمر بحساب مشترك لعدة مودعين، فإن هذا الحساب يوزع بالتساوي بين الشركاء المودعين ما لم ينص على خلاف ذلك²⁰⁷. هذا ويجدر التنويه إلى أنه قد يكون للمودع الواحد ودائع متعددة لدى نفس البنك بعمولات مختلفة أو قد تكون له عدة ودائع في فروع متعددة لنفس البنك، وفي كلتا الحالتين تعتبر جميع هذه الودائع بمثابة وديعة واحدة مهما كان عددها ومهما كان اختلاف العملات المودعة بها²⁰⁸.

الفرع الثاني: تحديد قيمة التعويض

إن نظام ضمان الودائع المصرفية جاء من أجل حماية مصالح المودعين، وتعويضهم عن الأضرار التي قد تلحق بهم جراء توقف البنك عن الدفع، غير أن التساؤل المطروح في هذا الصدد وهو هل ان صندوق الودائع المصرفية يلتزم بتغطية شاملة لقيمة الوديعة المصرفية أم أن قيمة التغطية تحدد مسبقا ببلغ أقصى لا يمكن تجاوزه؟ تختلف الأنظمة المقارنة في تقدير قيمة التعويض الممنوح للمودع، فوفقا

²⁰⁴ يراجع نص المادة 13 من النظام 03/04 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية.

²⁰⁵ يراجع نص المادة 14 من النظام 03/04 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية.

²⁰⁶ يراجع نص المادة 15 من النظام 03/04 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية.

²⁰⁷ يراجع نص المادة 1/11 من النظام 03/04 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية.

²⁰⁸ يراجع نص المادة 4/118 من قانون النقد والقرض.

لبعض الأنظمة²⁰⁹، يتم تحديد قيمة التعويض على أساس نسبة من قيمة الوديعة إذ ترتفع نسبة التغطية كلما كانت قيمة المال المودع أكبر، والعكس صحيح. وعلى خلاف ذلك تلجأ بعض الأنظمة الأخرى²¹⁰ - ومنها النظام المصرفي الجزائري- إلى تحديد سقف أقصى مسبق لقيمة التعويض مهما كانت قيمة الوديعة، وهذا ما أكدته المادة الخامسة من النظام رقم 01/18 سالف ذكره، إذ حددت قيمة التعويض بمبلغ 02 مليون دينار جزائري عن كل وديعة مصرفية، وهو يختلف عن مبلغ التعويض الذي كان معتمدا في النظام رقم 03/04 المعدل والمتمم بموجب النظام 01/18، والمقدر بقيمة 600 ألف دينار جزائري.

والملاحظ، أن المشرع الجزائري حسنا فعل عندما قام برفع قيمة التعويض بموجب النظام رقم 01/18 سالف ذكره، ذلك أن القيمة السابقة كانت تعتبر ضئيلة جدا مقارنة بالتشريعات الأخرى²¹¹، وغير مشجعة للمودعين من أجل إيداع أموالهم لدى البنوك، ذلك أن المبلغ السابق لم يكن يشكل ضمانا بالنسبة إليهم، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يقوم بمراجعتة ليرفعه إلى حدود 2 مليون دينار جزائري بعدما كان في حدود 600 ألف دينار جزائري فقط. ويتم تعويض المودعين بالعملة الوطنية، أي بالدينار الجزائري، ومتى كانت الودائع بالعملة الصعبة وجب تحويلها إلى العملة الوطنية وبالسعر المعمول به، في تاريخ إعلان اللجنة المصرفية عن عدم توفر الودائع وفي غياب ذلك من تاريخ حكم المحكمة المختصة إقليميا التي تحكم بالتسوية القضائية أو بإفلاس البنك²¹².

كما أن التعويض لا يشمل كل وديعة على حدى، وإنما يطبق سقف التعويض والمقدر بـ 02 مليون دينار جزائري على مجموع الودائع التي يملكها المودع في نفس البنك، مهما كان عددها ومهما كانت العملة المستعملة المودعة²¹³، فلو افترضنا مثلا أن للمودع مبلغ عشر ملايين (10) دينار جزائري، موزع على مجموع فروع البنك الواحد، فإن تعويضه يتم في حدود المبلغ الأقصى أي في حدود 02 مليون دينار جزائري فقط على جميع ودائعه، وهو ما قد لا يشجع البعض على إيداع الأموال في البنوك الجزائرية.

خاتمة

نخلص من هذه الدراسة إلى أن المشرع الجزائري حاول سد الثغرات الموجودة في النظام السابق سيما ما تعلق منها بقيمة التعويض الممنوحة للمودعين في حال توقف البنك عن الدفع، حيث قام برفع القيمة التعويضية من 600 ألف دينار جزائري إلى 02 مليون دينار جزائري، الأمر الذي من شأنه أن يعمل على الحد من هجرة السيولة النقدية نحو البنوك الأجنبية.

غير أنني أرى أنه يتوجب على المشرع الجزائري إعادة النظر من جديد في القيمة التعويضية والرفع منها بشكل أكبر لغرض تشجيع الطبقة الغنية على إيداع أموالها في البنوك الجزائرية نظير منحة ثقة أكبر لاستيفاء أموالها في حال توقف البنوك عن الدفع.

²⁰⁹ كنظام ضمان الودائع الفدرالي الأمريكي والنظام الألماني.

²¹⁰ ومن بين هذه الأنظمة نجد النظام الفرنسي أين تم تحديد سقف التعويض الممنوح للمودعين بمبلغ 70 ألف أورو وفقا للنظام رقم 05/99 المؤرخ في 09 جويلية 1999، ونظام التعويض في الأردن أين تصل قيمته كأقصى حد 25 ألف دينار أردني ونظام التعويض في المغرب الذي يصل إلى حد أقصى لا يتجاوز (50 ألف درهم مغربي).

²¹¹ موفقا لإحصائيات صندوق النقد الدولي فإن قيمة التعويض الممنوح للمودعين في الأردن يقدر بـ 25 ألف دينار وفي البحرين 15 ألف دينار بحريني، وفي عمان 20 ألف ريال عماني وفي لبنان 05 ملايين ليرة لبنانية.

- يراجع زيتوني كمال، المرجع السابق، ص 152.

²¹² وهذا على خلاف ما كان معمولا به في ظل القانون رقم 10/90 المتعلق بالنقد والقرض أين كانت تنص المادة 5/170 منه على أن الودائع بالعملة الوطنية هي وحدها المضمونة وهو ما يستفاد منه استثناء الودائع الأجنبية من التعويض.

²¹³ يراجع نص المادة 2/16 من النظام 03/04 المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية.

المراجع والمصادر

• القوانين والتنظيمات:

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، (ج ر ج، العدد 78، السنة 12، الصادرة في 30 سبتمبر 1975).
- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل والمتمم والمتضمن القانون التجاري الجزائري، (ج ر ج، العدد 101، السنة 12، الصادرة في 19 ديسمبر 1975).
- الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 غشت 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، (ج ر ج، العدد 52، السنة 40، الصادرة في 27 غشت 2003)، المعدل والمتمم بالأمر رقم 04/10 المؤرخ في 26 غشت سنة 2010، (ج ر ج، العدد 50، السنة 47، الصادرة في 01 سبتمبر 2010).
- النظام 04/97 المؤرخ في 02 رمضان عام 1418 هـ الموافق لـ 31 ديسمبر 1997، المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، (ج ر ج، العدد 17، السنة 35، الصادرة في 25 مارس 1998).
- النظام رقم 03/04 المؤرخ في 12 محرم عام 1425 هـ الموافق لـ 04 مارس 2004 م، المتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، المعدل والمتمم بموجب النظام رقم 01/18 المؤرخ في 30 أبريل 2018، (ج ر ج، العدد 42، السنة 55، الصادرة بتاريخ 15 جوان 2018).
- القانون النقدي والمالي الفرنسي رقم 1443/2000 المؤرخ في 14 ديسمبر 2000.

• المذكرات

- رأفت علي الأعرج، مدى أهمية نظام ضمان الودائع في تدعيم شبكة الأمان المالي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في المحاسبة والتمويل، كلية التجارة، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين.
- زيتوني كمال، دور نظام التأمين على الودائع في سلامة البنوك من التعثر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، جامعة المسيلة، 2011.
- قاصدي سوريا، قواعد الاحتياط من المخاطر البنكية في النظام المصرفي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2005-2006.
- نايت جودي مناد، النظام القانوني لضمان الودائع المصرفية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بودواو، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2007.

الشروط الخاصة بدعوى المسؤولية الضريبية

✍ عزيزة تابت

دكتورة في الحقوق

ملخص:

إن حماية حق الإدارة الجبائية في تحصيل الدين الضريبي في إطار دعوى المسؤولية الضريبية، عن طريق متابعة المسير باعتباره مدين متضامن مع المدين الأصلي أي الشركة التي يسيرها، يستوجب إلى جانب استجماع الشروط العامة لإثارة مسؤولية المسير عن أداء ديون الشركة، من ضرر وخطأ وقيام علاقة سببية بينهما، وجوب شروط خاصة تتعلق أولاً بالدين الضريبي محل الدعوى، وثانياً أن لا يكون المسير مطالباً بأداء ديون الشركة طبقاً للأحكام المنصوص عليها في القوانين الجاري بها العمل، كأن يفرض شكل الشركة ذلك - شركات الأشخاص - أو عندما يتم جعل المسيرين مسؤولين في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاولات طبقاً لمدونة التجارة أو نتيجة مخالفاتهم للمقتضيات القانونية المنصوص عليها في قوانين الشركات التجارية أو في النصوص الخاصة المنظمة لأنشطتهم المهنية.

Résumé:

Les conditions spécifiques de la responsabilité fiscales

Les dirigeants de sociétés ne peuvent être déclarés responsables, d'une manière solidaire, au paiement des dettes fiscales des sociétés qu'ils gèrent que lorsqu'ils commettent des manœuvres frauduleuses – faute – afin de faire échapper leurs sociétés au paiement des impôts et taxes dont elles sont redevables – dommage – et que le lien de causalité entre la faute et le dommage soit établi. Ainsi, la responsabilité pénale fiscale des dirigeants de société est déclarée.

Celle-ci est différente des autres cas où les dirigeants de société peuvent être tenus au paiement des dettes fiscales dans les conditions prévues par les lois en vigueur, notamment, lorsque la forme de la société l'impose (sociétés de personnes) ou lorsqu'ils sont déclarés responsables suite à des procédures engagées en application du code de commerce ou à raison d'infractions aux dispositions prévues par les lois sur les sociétés ou par les textes spéciaux régissant leurs activités professionnelles.

تقديم

إن استقلالية الشركات التجارية عن شخص مسيرها أو مؤسسيها وغيرهم من الأشخاص الذين ساهموا في إحداثها، غالبا ما تجعل من استخلاص الديون العمومية المترتبة بذمتها أمرا صعبا، لأنه إذا ما تبين أن أصول الشركة غير كافية لتغطية كل الديون المستحقة عليها، فإن استقلال الذمة المالية للمسير عن الذمة المالية للشركة تحول دون أن يواصل المحاسب العمومي إجراءات استخلاص تلك الديون ضد مسيرها.

كما أنه في بعض الأحيان يتم إحداث شركات بصفة صورية لتكون بمثابة ستار يخفي إما مؤسسات فردية، يحرص مسيرها على وضع أموالهم في منأى متابعات دائيهم، أو أنشطة تديرها شركات أخرى، تمثل برغم من الشكل الذي تتخذه تجزئة للشركات المصرح بها وتساهم في إنجاز نفس النشاط.

وفي هذه الحالة تصبح الشركة أداة للتحايل بهدف التملص أو الإفلات الكلي أو الجزئي من الوفاء بالتزاماتها الضريبية اتجاه الإدارة الجبائية. ووعيا من المشرع المغربي بأن الاعتماد على أحكام المسؤولية التقصيرية وفق القواعد العامة المحددة في قانون الالتزامات والعقود، من خطأ وضرر وقيام علاقة سببية بينهما غير كافية لإدانة مسير الشركة بالمسؤولية الضريبية، تم التأسيس ضمن مقتضيات المادة 98 من مدونة تحصيل الديون العمومية لقواعد وشروط خاصة ومضبوطة لإثارة الدعوى، والتي يجب تحقيقها قبل الحكم بإدانة المسير بدعوى المسؤولية الضريبية الخاصة.

إذ باستقراء مقتضيات المادة 98 من م.ت.د.ع والتي تنص على ما يلي: "إذا تعذر تحصيل الضرائب (...) الواجبة على الشركة (...) يمكن جعل المديرين أو المتصرفين أو المسيرين الآخرين مسؤولين على وجه التضامن مع الشركة أو المقاوله عن أداء المبالغ المستحقة وذلك إذا لم يكون ملزمين بأداء ديون الشركة تطبيقا لأحكام أخرى".

نلاحظ أن المشرع أحاط دعوى المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير بجملة من الشروط العامة لقيامها، والمتمثلة في ضرورة توافر الأركان الثلاثة الموجبة للمسؤولية بصفة عامة، إضافة إلى التنصيص على شرطين من نوع خاص بهدف التضييق من مجال تطبيق دعوى المسؤولية الضريبية المؤسسة بموجب مقتضيات المادة 98 من م.ت.د.ع، بحيث لا يمكن إثارة هذا النوع من المسؤولية إلا في الحالتين التاليتين:

- الحالة الأولى: تتعلق بالدين الضريبي موضوع التحصيل.
- الحالة الثانية: تتعلق بعدم وجود التزام قانوني يتم بموجبه تحميل المسير أداء ديون الشركة، وذلك منعا لتوارد مسؤوليات المسير عن أداء ديون الشركة بصفة عامة والدين الضريبي بصفة خاصة.

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالدين الضريبي موضوع التحصيل

باعتبار الدين الضريبي يشكل محل دعوى المسؤولية الضريبية، فقد ألزم المشرع المحاسب المكلف بالتحصيل قبل مباشرة إجراءات التحصيل معاينة الدين الضريبي، إذ يجب عليه أن يتأكد من مدى وجود الدين الضريبي في ذمة المطالب به أولا واستحقاقه ثانيا، فإذا كان أجل الاستحقاق لم يحل بعد، أو أن الدين قد سقط بالتقادم أو تم دفعه تلقائيا أو تم استخلاصه بواسطة التنفيذ الجبري، فإن دعوى المسؤولية الضريبية تعد في غير موضعها ومضیعة للوقت والجهد بالنسبة للإدارة الجبائية من جهة وتعطيل لنشاط الشركة من جهة أخرى.

إذ لا يمكن متابعة المسير بدعوى المسؤولية الضريبية الخاصة، إلا بالنسبة للديون الضريبية المستحقة والواجبة على الشركة، بحيث هنالك مجموعة من الشروط الأساسية التي يجب أن يستوفيهها الدين الضريبي حتى يكون موضوع متابعة في إطار دعوى المسؤولية الضريبية الخاصة لمسير الشركة.

الفقرة الأولى: ماهية الاستحقاق والوجوب في الدين الضريبي

القاعدة العامة أن الديون الضريبية يجب أن تؤدي على أبعد تقدير قبل تاريخ الاستحقاق لأن حلول أجل الاستحقاق دون الوفاء بالدين الضريبي يفتح المجال لتطبيق فوائد التأخير، واللجوء إلى مساطر التحصيل الجبري، وتتمثل الغاية من الاستحقاق في إمكانية فرض تأدية الضريبة، وفي أن من ضمن الشروط التي يتطلبها المشرع في الدين العمومي قبل أن يشرع المحاسب المكلف بالتحصيل في مطالبة مديني الدولة بأداء ما تخلد بذمتهم من حقوق للخرينة، هو أن تكون الديون العمومية ومن بينها الديون الضريبية مستحقة، وتكون كذلك إذا حل أجلها لتصبح مستحقة استحقاقاً لأجل أو استحقاقاً فورياً²¹⁴، ما لم يسقط حق المدين في الاستفادة من مزية الأجل.

البند الأول: أن يكون الدين مستحقاً وواجب الأداء

وضع المشرع صراحة عدة شروط لتحريك دعوى المسؤولية الضريبية للشركة، ومن بينها أنه لا يمكن أن تستهدف هذه الدعوى سوى الديون الضريبية الواجبة على الشركة، إذ أكد على نحو لا لبس فيه أن دعوى المسؤولية الضريبية لا يمكن أن تثار إلا بالنسبة للمبالغ المستحقة والمتخلدة في ذمة الشركة. وحيث إن المقصود بالمبالغ المستحقة، حسب معجم المصطلحات القانونية للأستاذ كورنو "المستحق ما يمكن أن يطالب به بالطرق القانونية،

وعليه فالدين الذي سقط بالتقادم غير قابل للتنفيذ الجبري، وبالتالي فهو غير مستحق". وتبعاً لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 98 من م.ت.د.ع، فإنه لا يمكن تحريك دعوى المسؤولية عن أداء الديون الضريبية للشركة، إلا لاستهداف مبالغ ضريبية مستحقة لم يسقط حق المحاسب المكلف بالتحصيل بالتقادم باستخلاصها جبرياً في مواجهة الشركة. أما الديون الواجبة على الشركة، فهي الضرائب التي نشأت في ذمة الشركة بحصول الواقعة المنشئة لها المحدد تاريخها في القوانين المحدثه لها.

وهكذا لا يمكن مباشرة إجراءات التحصيل الجبري في مواجهة مسير الشركة، إلا بعد التأكد من وجود الالتزام الضريبي للدين المطالب بها بناء على سند تنفيذي، بمعنى أن يكون الدين الضريبي ديناً مؤكداً وواجب الأداء في مواجهة الشركة،

²¹⁴ - الاستحقاق الفوري: من أجل الحفاظ على المال العام أورد المشرع في م.ت.د.ع. استثناء على قاعدة الأداء بأجل في التحصيل الرضائي فأعطى صبغة الاستحقاق الفوري في الحالات التالية:

- بالنسبة للداول وقوائم الإيرادات التي يتم إصدارها على سبيل التسوية فيما يتعلق بالضرائب والرسوم المفروض تسديدها أصلاً بناء على تصريح الخاضع للضريبة؛
- بالنسبة للخاضع للضريبة الذي لم يعود متوفراً بالمغرب على محل إقامة اعتيادي أو محل مؤسسته الرئيسي أو موطنه الجبائي؛
- بالنسبة للخاضع للضريبة الذي ينتقل للإقامة خارج دائرة اختصاص المحاسب المكلف بالتحصيل دون أن يشعر هذا الأخير بمحل إقامته الجديد داخل أجل 15 يوماً قبل ذلك الانتقال؛
- في حالة البيع الإرادي أو الجبري؛
- في حالة توقيف النشاط؛
- في حالة إدماج أو انفصال أو تحويل الشكل القانوني للشركة، وعلى العموم في حالة أي تغيير يطرأ على شخص الخاضع للضريبة.
- عموماً فقد سعى المشرع على مستوى الإطار العام - مدونة تحصيل الديون العمومية - أو الإطار الخاص - المدونة العامة للضرائب - إلى تنويع طرق التحصيل الرضائي وآجاله حسب طبيعة وخصوصية كل ضريبة على حدة.

غاية المشرع من هذا التنويع المحافظة على حقوق الخزينة من الضياع في شتى المناسبات، ومن وراء ذلك ضمان عملية التحصيل في كافة الظروف الداسمة التي تتطلب الحزم والجدية واليقظة والحرص حتى لا تضيع الموارد العمومية نتيجة تغيير في الأوضاع القانونية التي قد تطرأ على حين غفلة كتوقيف النشاط أو بمناسبة إدماج أو انفصال أو تحويل الشكل القانوني للشركة أو تبديل في شخص الخاضع للضريبة لأي سبب من الأسباب.

للمزيد أنظر: جهد كان حجيبة: تحصيل الديون الضريبية بين قانون المسطرة المدنية وخصوصيات التشريع الضريبي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2006، ص 76.

ولا يكون كذلك إلا بإصدار أمر قابل للتنفيذ²¹⁵، وهو ما يعرف بالإعلام بأداء الدين أو بيان التصفية.

وبناء عليه فالمبالغ المستحقة والواجبة على الشركة هي جميع المبالغ الضريبية المتخلدة بذمة الشركة بناء على سند تنفيذي²¹⁶ صالح لمطالبة المدين بأداء ما تخلد بذمته بموجبه من ديون ضريبية بجميع طرق التحصيل الودية والجبرية في حالة تماطل المدين عن الوفاء بالدين الضريبي موضع التحصيل والذي لم يسقط بالتقادم.

وتبقى غاية المشرع من وراء التنصيص على مقتضى الوجوب والاستحقاق ليس الاقتصار على المعنى الذي يحمله المصطلحان في الميدان الجبائي، وإنما اتجهت إرادته إلى التأكيد على مبدأ هام يجب على المحاسب المكلف بالتحصيل مباشرته في أول إجراء من إجراءات التحصيل الجبري في دعوى المسؤولية الضريبية، ألا وهو مبدأ ضم المبالغ المستحقة والواجبة على الشركة.

البند الثاني: مبدأ ضم المبالغ المستحقة والواجبة على الشركة.

إن مبدأ شمولية التحصيل الجبري يجد أساسه القانوني في المادة 38 من م. ت. د. ع، والتي تنص على ما يلي: "يشمل التحصيل الجبري مجموع المبالغ المستحقة والواجبة على نفس المدين".

تطبيقاً لهذا المبدأ يتعين على المحاسب المكلف بالتحصيل ضم جميع الضرائب الواجبة والمستحقة على نفس المدين سواء كانت تتعلق بالسنة الجارية أو بالسنوات السابقة، قبل أن يشرع في إجراءات التحصيل، إذ يتوجب عليه أن يضمنها جميعاً في أول إجراء من إجراءات التحصيل الجبري ألا وهو الإنذار القانوني، وما يليه من حجز وبيع وصولاً عند الاقتضاء للإكراه البدني، وذلك بناء على ما تم التنصيص عليه في دورية تحصيل الديون العمومية والتي جاء فيها ما يلي "بموجب المادة 38 من المدونة، يجب أن ينصب التحصيل الجبري على مجموع المبالغ المستحقة والواجبة على نفس المدين، لذلك يجب على المحاسب المكلف بالتحصيل أن يقوم بضم الديون الصادرة برسم السنوات السابقة إلى تلك التي أصبحت مستحقة خلال السنة الجارية"²¹⁷.

بحيث يتم تجميع كافة الضرائب المستحقة سواء كانت تتعلق بالسنة الجارية أو السنوات السابقة، العالقة بذمة نفس المدين في شكل لائحة تضم مجموع المبلغ المكون للدين الضريبي حيث تشمله إجراءات التحصيل الجبري برمته، وذلك عن طريق وضع لوائح بأسماء المدينين المماطلين في الأداء، جرت العادة على تسميتها بقائمة المتابعات، تتضمن جرداً مفصلاً لكل الديون الضريبية وغيرها من الديون العمومية الواجبة في حق المدينين بالضريبة.

وتجدر الإشارة أن هذا المبدأ كان معمول به قبل دخول م. ت. د. ع حيز التنفيذ، بناء على مقتضيات الفصل 26 من الظهير 21 غشت 1935 والذي جاء فيه ما يلي: "تشمل المتابعات كل المبالغ المستحقة على المدين بالضريبة كيفما كان نوعها دون تفرقة بين السنوات المالية"²¹⁸. وتتمثل الحكمة من وراء سن إلزامية إعمال مبدأ ضم الديون الضريبية الواجبة والمستحقة على نفس المدين، أولاً تجنب المحاسب المكلف بالتحصيل مشقة سلوك مسطرة التحصيل الجبري بالنسبة لكل دين على حدة، وثانياً في وجوب إخبار المدين بالضريبة بكافة المبالغ المستحقة والواجبة عليه، إذ باعتبار عملية الربط المعمول بها في مجال التحصيل، فإن كل إجراء من الإجراءات الجبرية ينصب على السنة الجارية المستحقة عليها الضرائب، وعلى السنوات التي قبلها ما لم تسقط بالتقادم الرباعي²¹⁹.

²¹⁵ - تنص المادة 8 من م. ت. د. ع على أنه: "جداول الضرائب وأوامر المداخيل التي يصرفها قباض التسجيل تذييل بمجرد إصدارها بصيغة التنفيذ من طرف الوزير المكلف بالمالية أو الشخص الذي يفوضه لذلك".

²¹⁶ - تحديد الاستحقاق لا يرتبط دائماً بوجود سندات تنفيذية، وذلك على اعتبار حالات الأداء التلقائي.

²¹⁷ - Instruction Relative Au Recouvrement Des Créances Publiques: Mais, 2011, P 40.

²¹⁸ - الظهير الشريف المعتمد في ظل النظام القديم للمتابعات، تم نسخه بالظهير الشريف رقم 1.00.157 بتاريخ 28 محرم 1421 الموافق لـ 3 ماي 2000، الجريدة الرسمية عدد 4800 بتاريخ فاتح يونيو 2000 بتنفيذ القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية.

²¹⁹ - المادة 123 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

ويؤدي عدم التزام المحاسب المكلف بالتحصيل بهذا المبدأ القانوني، إلى بطلان إجراءات التحصيل الجبري للدين الضريبي محل دعوى المسؤولية الضريبية للمسير.

الفقرة الثانية: عدم المنازعة في وجود الالتزام بالأداء

تتخذ المنازعات المتعلقة بالدين الضريبي عدة أشكال، إما شكل منازعات في مبدأ الخضوع للالتزام الضريبي المتمثل في المنازعة في صفة الخاضع للضريبة، كإخضاع شخص للضريبة على الرغم من عدم القيام بالواقعة المنشئة لها، أو في صفته كمدین بها، كمتابعة شخص على أساس أنه مدين بدين ضريبي لا علاقة له به، أو في قانونية فرض الضريبة، أو عدم وجود سند قانوني للدين الضريبي المطالب به، وإما منازعة في وجود الالتزام الضريبي، كعدم أحقية المحاسب في التحصيل، أو إدعاء المدين بأداء ما عليه من ديون ضريبية، أو أن حق الخزينة في التحصيل قد انقضى بإحدى الأسباب القانونية التي ينقضي بها الالتزام بصفة عامة²²⁰، والالتزام الضريبي بصفة خاصة كالتقادم أو الإبراء الكلي أو الجزئي من الدين الضريبي والأمثلة على ذلك متعددة.

وعموما لإثارة دعوى المسؤولية الضريبية للمسير الخاصة يجب ألا يكون الدين الضريبي المطالب به محل نزاع من أي نوع سواء تعلق الأمر بمرحلة تأسيسه أو تحصيله.

وسنقتصر على دراسة المنازعة في وجود الالتزام الضريبي، والمتمثلة إما في ادعاء الأداء أو تقادم الدين الضريبي المطالب به، باعتباره أهم الدفوع التي يتمسك بها المدين في إطار دعوى المسؤولية الضريبية للمسير، لأن الدعوى غالبا ما تتعلق بديون ضريبية تراكت على الشركة لسنوات عديدة.

البند الأول: ادعاء أداء الدين الضريبي

يمكن للمدين ألا ينازع في أصل أو أساس الدين الضريبي أو في صحة الإعلام بوجود الضريبة، وإنما ينازع الإدارة الجبائية في مدى الأحقية المخولة لها لتنفيذ الجدول الضريبي، أي السند التنفيذي للدين الضريبي، بمعنى أن المدين ينفي على الإدارة الجبائية هذه الأحقية لسبب من الأسباب، كأن يدعي أنه دفع ما عليه من ديون ضريبية، أو أن حق الإدارة الجبائية قد انقضى بإحدى الأسباب القانونية التي ينقضي بها الالتزام في المادة الجبائية²²¹.

وتتعلق المنازعة بادعاء الأداء بمدى وجود الالتزام الضريبي من عدمه، ذلك قد يحدث أن يقوم المدين بأداء الدين الضريبي إما كليا أو جزئيا، ومع ذلك تقوم الإدارة الجبائية بمطالبته بنفس الدين الذي سبق استخلاصه من طرفها، لذلك منح المشرع للمدين إمكانية المنازعة في دين ضريبي سبق أدائه شريطة توافر ما يثبت واقعة الأداء الكلي أو الجزئي للدين الضريبي محل النزاع، وهو ما يعرف بمنازعة

²²⁰ - ينص الفصل 319 من ق.ل.ع على أنه: "تنقضي الالتزامات بما يأتي:

- الوفاء،
- استحالة التنفيذ،
- الإبراء الاختياري،
- التجديد،
- المقاصة،
- اتحاد الذمة،
- التقادم،
- الإقالة الاختيارية".

²²¹ - عبد الفتاح بلخال: المشروعية الجبائية والحماية القضائية لها في ظل الدستور المغربي، رسالة لنيل الدكتوراه للقانون العام، شعبة العلوم السياسية وحدة المالية العامة، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2000-2001، ص 440.

ادعاء الأداء والتي غالبا ما تثار بسبب إلزامية قاعدة الأداء بغض النظر عن أي مطالبة أو دعوى في حق المدين المطالب بأداء دين سبق له الوفاء به، لذلك فالمنازعة في هذا المجال لا تنصب على صحة إجراء من إجراءات التحصيل الجبري، ولكنها تتعلق بعدم أحقية الإدارة الجبائية في المطالبة بدين سبق أدائه من طرف المدين به²²².

ويلاحظ أن أسباب انقضاء الالتزام بالأداء الأكثر إثارة من طرف المدين تتعلق بتقادم الدين الضريبي، مما يثار معه التساؤل حول كفاءة الجهاز القائم على عمليات التحصيل ومدى حرصه على صيانة حقوق الخزينة العامة²²³.

وفي إطار دعوى المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير غالبا ما يتمسك المسير بتقادم الديون الضريبية المطالب بها، الأمر الذي يترتب عنه في حالة ثبوت واقعة التقادم قيام مسؤولية المحاسب المكلف بالتحصيل عن الديون المتقدمة بموجب مقتضيات المادة 125 من م.ت.د.ع²²⁴، عوض إدانة المسير بأداء ديون الشركة التي سقطت بالتقادم، لذا يبقى شرط عدم تقادم الديون الضريبية في دعوى مسؤولية المسير عن أداء ديون الشركة شرطا أساسيا وقائما بذاته.

البند الثاني: سقوط إجراءات التحصيل

يعتبر التقادم المعمول به في المجال الجبائي تقادم مسقط، بحيث يترتب عن عدم قيام الإدارة الجبائية بإجراءات استخلاص الدين الضريبي خلال الفترة الزمنية المحدد قانونا، سقوط حقها في استخلاص هذه الديون، بحيث تتقادم إجراءات تحصيل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية والتمبر بمضي أربع سنوات من تاريخ الشروع في تحصيلها²²⁵.

إذ يساوي التقادم في هذه الحالة من حيث المفعول والنتيجة التحلل من الالتزام الضريبي بالنسبة للمدين بالضريبة.

وتكمن أهمية التقادم في مجال منازعات تحصيل الدين الضريبي، في دوره الحاسم في صحة التحصيل من عدمه، وأحقية الإدارة الجبائية في استخلاص الدين الضريبي، كما تكمن أهميته من ناحية أخرى بالنظر إلى أن أغلب الدعاوى المرفوعة ضد الخزينة العامة تتعلق بادعاء تقادم الدين الضريبي محل منازعة التحصيل، أو عدم احترام تراتبية إجراءات التحصيل²²⁶.

فهذا النوع من الدعاوى هو الأكثر فائدة وأكسبها وأنجحها بالنسبة للمدين بالضريبة، كما أنها الأيسر بالنسبة للإثبات القضائي بخصوص تحقق التقادم من عدمه، بحيث بمجرد ما يثبت لدى القضاء عدم قيام المحاسب المكلف بالتحصيل بالإجراءات الضرورية لاستخلاص الدين الضريبي داخل الأجل القانوني للتحصيل، يعلن عن حالة وجود التقادم ويقضتي تبعا لذلك بإبطال الضرائب المعنية²²⁷.

²²² - فاطمة المعاشي: وضعية المكلف في التشريع الضريبي المغربي وعلاقته بالإدارة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكدال، الرباط، السنة الجامعية 2000-2001، ص 222.

²²³ - عبد الرحمن أبليلك ورحيم الطور: تحصيل الضرائب والديون العمومية على ضوء المدونة الجديدة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2000، ص 207.

²²⁴ - تنص المادة 125 من م.ت.د.ع أنه: "إن المحاسبين المكلفين بالتحصيل الذين تركوا أجل التقادم يمر دون القيام بإجراءات التحصيل أو الذين شرعوا فيها ثم تخلوا عنها إلى أن تقادمت الديون المعهود إليهم بتحصيلها، تسقط حقوقهم تجاه المدينين، غير أنهم يبقون مسؤولين تجاه الهيئات العمومية المعنية".

²²⁵ - تنص المادة 123 من م.ت.د.ع على أنه: "تتقادم إجراءات تحصيل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية وحقوق التسجيل والتمبر بمضي أربع سنوات(4) من تاريخ الشروع في تحصيلها".

²²⁶ - حكم رقم 2012/604 بتاريخ 2012/09/18 صادر عن المحكمة الإدارية بأكادير، غير منشور.

- حكم رقم 2012/460 بتاريخ 2012/10/02 صادر عن المحكمة الإدارية بأكادير، غير منشور.

²²⁷ - عبد الغني خالد: المسطرة في القانون الضريبي المغربي، دار النشر المغربية، 2002، ص 377-378.

وعلى هذا الأساس لم يقيد المشرع المحاسب المكلف بالتحصيل بوسيلة واحدة لقطع التقادم بل أتاح له إمكانية الاستفادة من الوسائل المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود طبقاً لمقتضيات الفقرة الثانية والثالثة من المادة 123 من م.ت.د.ع²²⁸، بحيث يتجلى الهدف من وراء ذلك هو عدم غل يد المحاسب المكلف بالتحصيل وتمكينه من جميع الوسائل القانونية المتاحة لحماية الدين الضريبي من الضياع نتيجة تهاونه أو تقاعسه عن القيام بمهامه، باعتبار أن كل إجراء يقوم به فهو قاطع للتقادم يترتب عنه حماية الدين الضريبي من الضياع²²⁹.

ولقد وسع المشرع من هذه الحماية القانونية للدين الضريبي من الضياع، باعتباره أن كل إجراء سواء كان صادر عن المحاسب²³⁰ أو المدين²³¹ فهو إجراء قاطع للتقادم. إذ يؤدي قطع التقادم إلى القضاء على المدة السابقة وجعلها كأنها لم تكن، بحيث إذا بدأ سريان تقادم جديد بعد انقطاعه وجب أن تستمر المدة الكاملة لتترتب عنه آثاره القانونية، وهي سقوط حق الإدارة الجبائية في استخلاص ديونها.

²²⁸- تنص المادة 123 من م.ت.د.ع على أنه: "تتقادم الديون الآخري المعهود باستخلاصها للمحاسبين المكلفين بالتحصيل، وفق القواعد المقررة في النصوص المتعلقة بها، وعند انعدامها، وفق القواعد المنصوص عليها في الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون للالتزامات والعقود.

ينقطع التقادم المشار إليه في الفقرتين السابقتين بكل إجراء من إجراءات التحصيل الجبري يتم بمسعى من المحاسب المكلف بالتحصيل، أو بإحدى الإجراءات المنصوص عليها في الفصلين 381 و382 من الظهير الشريف بمثابة قانون للالتزامات والعقود السالف الذكر"²²⁹ عبد الغني خالد: الندوة الوطنية حول الإشكالات القانونية والعملية في المجال الضريبي، ضمانات تحصيل الدين الضريبي، دفاتر المجلس الأعلى، العدد 16، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2001، ص 285.

²³⁰- الإجراءات التي تصدر عن المحاسب:

إن قطع التقادم حسب مقتضيات الفقرة الثالثة من م.ت.د.ع يتم بكل إجراء من إجراءات التحصيل الجبري بمسعى من المحاسب المكلف بالتحصيل أو بإحدى الإجراءات المنصوص عليها في الفصلين 381 و382 من ق.ل.ع. إذ لا يمكن الدفع بعدم أحقية المحاسب في المطالبة بديون ضريبية لسقوطها بالتقادم إذا قام باتخاذ الإجراءات التي يفرضها القانون في إبانها والقاطعة للتقادم.

ومن بين هذه الإجراءات:

- تبليغ الإنذار القانوني للمدين؛

- الحجز؛

- البيع؛

- الإكراه البدني؛

- الإشعار غير الحائر؛

- المطالبة القضائية أو غير القضائية؛

- دعوى افترال العسر المواد من 84 إلى 89 من م.ت.د.ع؛

- دعوى بيع السفن المنصوص عليها في المادة 66 من م.ت.د.ع؛

- دعوى المسؤولية الضريبية المنصوص عليها في المادة 98 من م.ت.د.ع؛

²³¹- الإجراءات التي تصدر عن المدين بالضريبة:

- تنص المادة 382 من ق.ل.ع على أنه وينقطع التقادم أيضاً بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده، كما إذا جرى حساب عن الدين أو أدى المدين قسطاً منه وكان هذا الأداء ناتجاً عن سند ثابت التاريخ، أو طلب أجل للوفاء، أو قدم كفيل أو أي ضمان آخر، أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين.

بناءً عليه فالإقرار الذي يصدر عن المدين بحق الإدارة الجبائية، يكون سبباً لقطع التقادم سواء كان صراحة أو ضمناً، كما ينقطع التقادم بالأداء الجزئي للدين الضريبي من طرف المدين.

وعلى عكس وقف التقادم الذي يقصد به تعطيل سريان مدته بصفة مؤقتة، لأسباب معينة تؤدي إلى وقف سريان أجل التقادم، وعندما تختفي هذه الأسباب يكون من اللازم احتساب الفترة المنصرمة قبل حدوث التوقف لاكتمال نصاب المدة القانونية للتقادم، على أن المدة التي يتوقف خلالها لا تحتسب ضمن مدة التقادم.

وإثارة المدين لمسألة التقادم في إطار دعوى المسؤولية الضريبية للمسير قد لا يراد منه أحيانا سوى المماطلة، وإبعاد المحكمة عن جوهر الطلب المتمثل في التصريح بإقرار مسؤوليته عن أداء الديون المترتبة بذمة الشركة.

بحيث أن الدفع بالتقادم يعتبر من الأمور التي تدخل في إطار المنازعة في التحصيل، والتي حدد لها المشرع شروطا وإجراءات وجعل الولاية والاختصاص للنظر فيها لجهة القضاء الإداري، في حين أن موضوع دعوى المسؤولية الضريبية تتعلق بالمسؤولية الشخصية المالية للمسير التي تخضع للقواعد العامة للمسؤولية كما حددها قانون الالتزامات والعقود والمادة 98 من م.ت.د.ع، وترجع الولاية والاختصاص للنظر فيها لجهة القضاء العادي.

فمسألة تقادم الدين الضريبي تطرح جملة من الإشكالات أهمها:

- إشكالية حماية الدين الضريبي بين تواني المحاسب المكلف بالتحصيل والنص القانوني؛
- إشكالية إشعار المدين بالدين الضريبي؛
- إشكالية وقوع التبليغ الصحيح المؤدي إلى قطع التقادم؛
- إشكالية إثبات التقادم قبل سقوط الحق المطالب به، إذ يتعين على الإدارة الجبائية إثبات التقادم بالنسبة لكل ضريبة على حدة ومدته وعناصره القانونية، لا سيما في ظل إقرار مبدأ ضم الديون المطالبة بها.

وبين إثبات وجود واقعة التقادم من عدمه أمام المحكمة الإدارية، وإثارة دعوى المسؤولية الضريبية للمسير أمام المحكمة الابتدائية، تثار جملة من الإشكالات القانونية التي يترتب عنها انحراف دعوى المسؤولية الضريبية عن مسارها، ألا وهو الإقرار بالمسؤولية الشخصية والتضامنية للمسير عن أداء الديون الضريبية للشركة، إذا توفرت الشروط الضرورية لقيامها، إذ لا يكفي إثبات تقادم الدين الضريبي من عدمه، بل لا بد، أن يكون مسيرو الشركة موضوع الدعوى غير ملزمين بأداء ديونها طبقاً لأحكام أخرى، وذلك منعا لتوارد مسؤوليات المسير عن أداء ديون الشركة.

المطلب الثانية: عدم التزام المسير بأداء ديون الشركة طبقاً لأحكام أخرى

إن المادة 98 من م.ت.د.ع ليست المقتضى الوحيد الذي يحمل المسير مسؤولية أداء ديون الشركة إذا توفرت الشروط الضرورية لقيامها، بل هناك العديد من النصوص القانونية والتي يتم بموجبها تحميل المسير مسؤولية أداء ديون الشركة.

إذ بالرجوع إلى الدورية الصادرة عن الخزينة العامة المتعلقة بتحصيل الديون العمومية، والتي جاء فيها ما يلي: "يمكن مطالبة المسيرين والمتصرفين والمسيرين الآخرين القانونيين أو الفعليين للشركات أو المقاولات بأداء ديون الشركة وفق الشروط المنصوص عليها في القوانين الجاري بها العمل، خاصة عندما يفرضها شكل الشركة (شركات الأشخاص) أو عندما يتم إعلانهم مسؤولين طبقاً للمساطر المنصوص عليها في مدونة التجارة أو نتيجة مخالفتهم للمقتضيات المنصوص عليها في قوانين الشركات أو في النصوص الخاصة المنظمة لأنشطتهم المهنية".²³²

²³²-Instruction Relative Au Recouvrement Des Créances Publiques, op, p 183.

"Les gérants, administrateurs et autres dirigeants de droit ou de fait de sociétés ou d'entreprises peuvent être tenus au paiement des dettes sociales dans les conditions prévues par les lois en vigueur, notamment, lorsque la forme de la société l'impose (sociétés de personnes) ou lorsqu'ils sont déclarés responsables suite à des procédures engagées en application

ومن خلال تفسير المقتضيات المتعلقة بالمسؤولية الضريبية الخاصة للمسير أورد المشرع على سبيل الحصر الحالات التي يمكن فيها إثارة مسؤولية المسير عن أداء ديون الشركة.

إذ لا يمكن تحميل المسيرين مسؤولية أداء ديون الشركة إلا إذا كان الشكل القانوني للشركة يفرض عليهم الالتزام بأداء ديونها كما هو الحال بالنسبة لشركات الأشخاص، أو حالة إثارة مسؤوليتهم في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاول المنصوص عليها في الباب الخامس من مدونة التجارة، أو جعلهم مسؤولين نتيجة مخالفة أو خرق مقتضيات قانون الشركات التجارية أو النصوص الخاصة المنظمة للنشاط المهني الذي يمارسونه كمخالفاتهم الأحكام التي تنظم علاقة الشركة الأم بفروعها التجارية، أو التشريع المنظم لحرية الأسعار والمنافسة بما في ذلك السر المهني وغيرها.

الفقرة الأولى: مسؤولية المسير عن ديون الشركة وفقا لقانون الشركات

باستقراء مقتضيات المادة 98 من م.ت.د.ع، لا يمكن متابعة مسير الشركة بدعوى المسؤولية الضريبية، إلا في حالة عدم وجود مقتضيات قانونية خاصة تحمل المسير مسؤولية أداء الديون المترتبة بذمة الشركة بصفة شخصية كما هو الشأن بالنسبة لشركات الأشخاص، أو عند مخالفة المقتضيات القانونية الخاصة بالشركات التجارية.

البند الأول: مسؤولية المسير عن ديون الشركة بالنسبة لشركات الأشخاص

تقوم شركات الأشخاص على الاعتبار الشخصي، ولذلك أطلق على هذا النوع من الشركات تسمية شركات الأشخاص²³³، وتتكون أساسا من عدد قليل من الأشخاص تربطهم روابط مبنية على الثقة وبذل الجهد المشترك، وتمارس نشاطا صغير الحجم قريبا من النشاط الفردي، وتكون فيها شخصية الشريك محل اعتبار، سواء في علاقات الشركاء بعضهم مع بعض أو في علاقاتهم مع الغير، وهذا الاعتبار الشخصي هو الذي يجعل الشركاء مسؤولين عن ديون الشركة مسؤولية تضامنية مطلقة وغير محدودة، إذ تشكل المسؤولية الشخصية والتضامنية للمسيرين أهم خصائص شركة الأشخاص²³⁴. والتي سنعمل على دراستها من خلال شركة التضامن باعتبارها النموذج الأمثل لهذا النوع من الشركات.

أولا: المسؤولية الشخصية للمسير عن ديون الشركة

تنص الفقرة الأولى من المادة 3 من القانون 5.96 على أنه: "شركة التضامن هي الشركة التي يكون فيها لكل الشركاء صفة تاجر، يسألون بصفة غير محدودة وعلى وجه التضامن عن ديون الشركة".

ومن خلال نص المادة السالفة الذكر يكتسي الشركاء في شركة التضامن صفة تاجر، إذ يعتبر كل شريك في شركة التضامن تاجرا، ولو لم تكن له هذه الصفة قبل الدخول في الشركة، مما يجعله مسؤولا مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة الناتجة عن الأنشطة التي تقوم بها، فيكون كل شريك في وضع وكأنه يقوم بهذه الأعمال باسمه ولحسابه الخاص.

فالمسؤولية الشخصية وغير المحدودة للشريك في شركات الأشخاص معناه أن دخول الشريك في الشركة سواء كان مسير أم لا، يترتب عنه مسؤوليته عن ديون الشركة²³⁵، وأن هذه المسؤولية تتجاوز أموال الشركة لتطال أمواله الخاصة، وذلك في حالة عدم كفاية

du code de commerce ou à raison d'infractions aux dispositions prévues par les lois sur les sociétés ou par les textes spéciaux régissant leurs activités professionnelles".

²³³ - تقوم شركات الأشخاص على الاعتبار الشخصي الذي يستند إلى المعرفة والثقة وتنشأ في الغالب بين عدد قليل من الشركاء، وتمارس نشاطا صغير الحجم قريبا من النشاط الفردي.

وتتضمن شركات الأشخاص: شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة وشركة التضامن التي تشكل النموذج الأمثل لشركات الأشخاص

²³⁴ - KHELIFA KHARROUBI: « Droit Des Sociétés Commerciales, Volume 1 », MIP, 2008, P 272-273.

²³⁵ - NICOLAS MOLFESSIS: « Droit Commercial, Les Sociétés Commerciales, Tome 2 », Economica, 2011, P 451-452.

أموال الشركة للوفاء بديونها، فيكون لدائني الشركة ضمان خاص بهم على ذمة الشركة، وضمان إضافي على ذمة الشريك الشخصية، شريطة أن ترتبط هذه الديون بنشاط الشركة وغرضها، علماً أن هذه المسؤولية من النظام العام فلا يجوز الإعفاء أو التخفيف منها، فيكون باطلاً كل اتفاق يعفي المسير من المسؤولية الشخصية والمطلقة عن ديون الشركة، أو يحد منها²³⁶.

إذ يسأل الشريك المسير في شركات الأشخاص عن ديون الشركة مسؤولية مطلقة وشخصية كما لو أنه دين شخصي عليه، وبالتالي لا تقتصر مسؤولية المسير عن ديون الشركة بمقدار حصته فقط، خلافاً لمسؤولية الشريك في شركات الأموال، ولكن تطل المسؤولية كل أمواله الخاصة ويسأل في ذمته المالية والشخصية²³⁷.

وأساس هذه المسؤولية يرجع إلى كون جميع التزامات الشركة وتعهداتها توقع بعنوان الشركة الذي يتضمن جميع الشركاء المتضامنين سواء كانوا مسيرين أم لا، إذ يعتبر كل شريك ملتزماً بهذه التعهدات وموقعاً عليها بنفسه.

والملاحظ أن هذه المسؤولية وإن كانت من مستلزمات الشركة بالنسبة للغير، فهي ليست كذلك بالنسبة للشركاء أنفسهم، بحيث يجوز لهم الاتفاق في عقد الشركة على ما من شأنه أن يخفف من هذه المسؤولية على بعض الشركاء اتجاه الآخرين، وذلك عكس المسؤولية التضامنية المبنية على تضامن الشركاء فيما بينهم في الوفاء بديون الشركة.

ثانياً: المسؤولية التضامنية للمسير عن أداء ديون الشركة

تؤكد الفقرة الرابعة من المادة 8 من القانون 5.96 على أنه: "يكون المديرون مسؤولين بصفة فردية أو بالتضامن تجاه الشركة عما أنجزوه من أعمال مخالفة للقانون أو النظام الأساسي".

بحيث إلى جانب هذه المسؤولية الخاصة بمسيري شركة التضامن، تثار مسؤولية المسير بمقتضى الأحكام الواردة بالقانون 5.96 طبقاً للمادة 92 منه التي تجعل المسيرين الأوائل مسؤولين متضامنين اتجاه الشركاء والأغيار عن الضرر الناتج عن البطلان.

ويسأل كذلك مسيرو الشركة جنائياً عن الجرائم التي يرتكبونها سواء كانت تدخل في مجال القانون الجنائي كالنصب وخيانة الأمانة... إلخ، أو في الجرائم المرتبطة بميدان الأعمال والتي من شأنها الإضرار بمصالح الشركة²³⁸.

ويخضع المسير غير الشريك بصفة عامة إلى قواعد المسؤولية المدنية أو الجنائية، أما المسير الشريك في شركة التضامن فيخضع لمسؤولية إضافية، والمتمثلة أساساً في المسؤولية التضامنية مع الشركة لسداد كافة ديونها بما فيها الديون الضريبية. ويقصد بالمسؤولية التضامنية للشركاء بما فيهم المسير، الحق لدائني الشركة بالمطالبة بدينهم ليس فقط من الشركة كشخص معنوي، وإنما كذلك من الشركاء حتى تستوفى ديونهم منهم جميعاً أو من أحدهم²³⁹.

وعلى هذا الأساس يصبح الشركاء مسؤولين عن ديون الشركة على وجه التضامن، وهذا التضامن يقوم بين الشركاء والشركة من جهة، والشركاء فيما بينهم من جهة أخرى، فإذا لم تسدد الشركة ما عليها من ديون، جاز لكل دائن حل أجل دينه اتجاه الشركة أن يطالب

²³⁶ - نسرين شريقي: الشركات التجارية، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس الجزائر، 2013، ص 47.

²³⁷ - محمد بن سالم صالح با يوسف البريكي: شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الإمارات مع التركيز على شركة المحاصة، دراسة مقارنة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، 1426 هـ-2005 م، ص 192.

²³⁸ - YVES GUYON: « Droit Des Affaires, Droit Commerciale Générale Et Sociétés, Tome 1 », 9^{ème} Edition, Economica, 1996, P 261-262.

²³⁹ - ينص الفصل 1042 على أنه: "الشركاء في شركة المفاوضة مسؤولون بالتضامن فيما بينهم عن الالتزامات المعقودة على وجه صحيح من أحدهم، ما لم يكن هناك غش".

شريكا واحدا أو مجموع الشركاء بالوفاء بجزء من الدين أو بالدين كله، دون الأخذ بعين الاعتبار حدود حصة كل واحد في رأس المال، فإذا وفى الشريك بالدين، كان له الحق في الرجوع على الشركاء كل حسب حصته في الدين، الذي يحسب انطلاقا من حصته في رأس مال الشركة، أما إذا كان أحد الشركاء معسرا تحمل عنه الآخرين نصيبه كل بحسب حصته في الشركة²⁴⁰.

ولا ينطبق مبدأ التضامن المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون 5.96 سوى على المسير الشريك ذاته وخلال النطاق الزمني الذي حدده المشرع للإقرار المسؤولية التضامنية للمسير. أما إذا كان المسير عبارة عن شخص معنوي فإنه يخضع لنفس الشروط والالتزامات ويتحمل نفس المسؤولية المدنية والجنائية كما لو كان مسيرا باسمه الخاص، بصرف النظر عن المسؤولية التضامنية للشخص المعنوي الذي يسيره²⁴¹.

وعموما فمسؤولية المسير عن أداء ديون الشركة بالنسبة لشركات الأشخاص مسؤولية شخصية وتضامنية ومطلقة، إذ يسأل المسير عن ديون الشركة كما لو كانت ديونه الخاصة، لذا يجوز لدائتي الشركة أن يرجعوا عليه ومطالبته بكامل الدين، وذلك في حالة عجز الشركة عن الوفاء بديونها بصفة عامة والدين الضريبي بصفة خاصة، الأمر الذي يجعل مسؤولية الشركاء سواء كانوا مسيرين أم لا مسؤولية احتياطية وليست أصلية، مما يحول دون التنفيذ على الأموال الخاصة للمسير في حالة كفاية أموال الشركة، شأنها في ذلك شأن المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير وفق مقتضيات المادة 98 من م.د.ت.ع، مما دفع بالمشرع إلى استثناء شركات الأشخاص من تطبيق مقتضيات المادة 98 من م.د.ت.ع وذلك تفاديا لمتابعة المسير بنفس المسؤولية مرتين ولكن وفق مقتضيات قانونية مختلفة.

البند الثاني: مسؤولية المسير عن ديون الشركة بالنسبة لشركات الأموال

يتولى التسيير في هذا النوع من الشركات مسير أو عدة مسيرين يطلعون بمهام إدارة وتسيير الشركة وفق الشروط المحددة قانونيا أو في النظام الأساسي للشركة، وتضم كل من شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

أولا: حدود مساءلة المسير عن أداء ديون الشركة في شركة المساهمة

تثير المادة 352 من القانون 17.95 المعدل بمقتضى القانون 20.05 إمكانية جعل المتصرفين والمدير العام وإن اقتضى الحال المدير العام المنتدب أو أعضاء مجلس الإدارة الجماعية مسؤولين فرادى أو متضامنين، حسب الحالة، اتجاه الشركة أو الأغيار سواء عن مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على شركات المساهمة أو عن خروقات النظام الأساسي للشركة أو عن الأخطاء التي يرتكبونها في التسيير.

إن إساءة التصرف والإضرار بمصلحة الشركة يشكل خطأ تترتب عنه مسؤولية المسيرين، وتقتصر مسؤولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التي أكتتب فيها ولا يسأل عن ديون الشركة إلا في حدود القيمة الاسمية التي اكتتب فيها.

فمسؤولية الشركاء في شركات الأموال محددة بقيمة مساهمتهم في رأسمال الشركة، وفي ذلك ضمان لهم من مخاطر أداء ديون الشركة من ذمتهم المالية خلافا لما عليه الحال في شركات الأشخاص التي تتسم بإتحاد الذمة المالية للشركة والشركاء مما يجعلهم بحكم القانون مسؤولين عن أداء ديون الشركة من أموالهم الخاصة.

إن الفصل بين الشخصية القانونية للشركة في شركات الأموال وبين شخصية الشركاء يضعف من مبدأ الشفافية في تسيير هذه الشركات، بما يمس من حماية الدائنين والأغيار المتعاملين مع الشركة، وهو ما حدا بالمشرع إلى وضع قواعد صارمة على مستوى التسيير

²⁴⁰-محمد فريد العريني: القانون التجاري، الشركات التجارية-شركات الأشخاص والأموال، مرجع سابق، ص 126-127.

²⁴¹- تنص الفقرة الثانية من المادة 6 من القانون 5.96 التي أنه: "إذا كان المسير شخصا معنويا، فإن مسيره يخضعون لنفس الشروط والالتزامات ويتحملون نفس المسؤولية المدنية والجنائية كما لو كانوا مسيرين باسمهم الخاص، بصرف النظر عن المسؤولية التضامنية للشخص المعنوي الذي يسيرونه".

والإدارة وتمديد المسؤولية من الشخص المعنوي (الشركة) إلى المسير في حالة ارتكاب خطأ في التسيير نتج عنه إضرار بالغير أو الشركة، بما يضمن حقوق جميع المتعاملين مع الشركة.

ثانيا: حدود مساءلة المسير عن ديون الشركة ذات المسؤولية المحدودة

تجمع الشركة ذات المسؤولية المحدودة بين مزايا شركات الأموال من حيث مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة، إذ لا يسأل الشركاء عن ديون الشركة إلا في حدود حصصهم المقدمة، مع احتفاظها بالطابع الشخصي، بحيث رأس مالها ينقسم إلى حصص كما هو الحال، في شركات الأشخاص، ولا يقسم إلى أسهم قابلة للتداول، والحصص تكون متساوية ولا تقبل الانتقال بحرية إلى الأشخاص الآخرين، ولا يتحمل الشركاء مسؤولية خسارة الشركة سوى في حدود حصصهم²⁴²، وهذه هي الخاصية الأساسية للشركة باعتبارها من شركات الأموال.

ويكون المسيرين مسؤولين عن أخطاءهم التي تلحق ضررا بالشركة أو الأغيار، إما نتيجة مخالفة الأحكام القانونية المطبقة على الشركات ذات المسؤولية المحدودة أو عن طريق خرق أحكام النظام الأساسي للشركة أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء التسيير²⁴³، وتكون هذه المسؤولية إما تضامنية أو فردية تقرر بموجب المادة 67 من القانون 5.96 والتي تنص على ما يلي: "يسأل المسيرين فرادى أو متضامنين حسب الأحوال، تجاه الشركة أو تجاه الأغيار عن مخالفتهم للأحكام القانونية المطبقة عن الشركات ذات المسؤولية المحدودة أو عن خرق أحكام النظام الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة في التسيير.

إذا ساهم عدة مسيرين في نفس الأفعال، فإن المحكمة تحدد النسبة التي يتحملها كل واحد منهم في تعويض الضرر".

وتكون المسؤولية فردية إذا ارتكب أحد المسيرين الفعل أو الخطأ أو التقصير أو الإهمال بمفرده دون باقي المسيرين، على أن أثرها يمتد إلى كل مسير آخر شاركه في إحداث الفعل أو الخطأ أو الإهمال والتقصير.

ويقع على المتضرر إثبات كل فعل أو خطأ أو إهمال أو تقصير والضرر والعلاقة السببية بينهما، على أن يخضع تقدير جميع الوقائع والظروف لسلطة قضاة الموضوع، إذ تتمتع المحكمة بسلطة واسعة في تحميل المسؤولية للمسير أو المسيرين فرادى أو بالتضامن وفق وقائع كل قضية والاجتهاد القضائي المتعلق بها.

والحكم بأداء التعويض على المسيرين فرادى أو بالتضامن يرتبط في الحقيقة ارتباطا وثيقا بمدى تورط المسير في الخطأ الذي أدى إلى قيام المسؤولية، أي إن كان مشاركا فيه مشاركة إيجابية أو سلبية، أو عدم مساهمته في الخطأ إذا أثبت ذلك، أما إذا كان الخطأ مرتكبا جماعيا بما لا يتيح أي تمييز بين نسبة مساهمة المسيرين في الخطأ، تكون المسؤولية تضامنية بين مسيري الشركة، والالتزام بالتعويض عن الضرر الذي لحق الغير، وفي حالة عسر الشركة يتحمل المسيرين مسؤولية أداء ديون الشركة بصفة عامة والدين الضريبي بصفة خاصة.

وعند القضاء بالمسؤولية التضامنية بين المسيرين، فإن نظام التضامن في أداء ديون الشركة، طبقا لقانون الالتزامات والعقود²⁴⁴، يقوم على أساس مطالبة المسيرين المتضامنين بكامل المبالغ المحكوم بها على أن يتقاسموا الأعباء فيما بينهم بعد ذلك.

²⁴² - تنص المادة 44 من القانون 5.96 على أنه: "تتكون الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص أو أكثر لا يتحملون الخسائر سوى في حدود حصصهم".

²⁴³ - قرار رقم 397 ملف عدد 08/434 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، منشور بالموقع الإلكتروني:

<http://www.Jurisprudence.ma>

²⁴⁴ - الفرع الثاني من ق.ل.ع: التضامن بين المدنيين.

كما يمكن أن تنشأ المسؤولية التضامنية في حالة الحكم جنائيا على عدة مسيرين ارتكبوا ذات الفعل المجرم والمعاقب عليه في القانون الجنائي طبقا للمادة 109 والتي جاء فيها ما يلي: "جميع المحكوم عليهم من أجل نفس الجناية أو نفس الجنحة أو نفس المخالفة يلزمون متضامين بالغرامات والرد والتعويضات المدنية والصوائر، إلا إذا نص الحكم على خلاف ذلك".

ويكون من حق المضرور أن يتابع قضائيا سائر المسيرين أو أن يختار واحدا أو أكثر منهم. وإذا كان لا يجوز للمتابع أن يدفع بتوزيع المسؤولية التضامنية، فإن من حقه إذا حكم عليه وأدى التعويضات المحكوم بها، أن يرجع على باقي المتضامين معه كل واحد في حدود ما ارتكبه من أخطاء أو بقدر حصته في الدين²⁴⁵، ويتحدد الضرر طبقا للمادة 98 من ق.ل.ع²⁴⁶. فكل هذه المقتضيات القانونية تهم المسؤولية التضامنية للمسير بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة، والتي يتحمل بموجبها أداء ديون الشركة في حالة عجزها عن الوفاء بديونها نتيجة الأخطاء التي يرتكبها أثناء مزاولته لمهام الإدارة والتسيير داخل الشركة.

ثالثا: حدود مساءلة المسير عن ديون الشركة في شركة التوصية بالأسهم

تجمع شركة التوصية بالأسهم بين خصائص شركات الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وشركات الأموال التي تقوم على الاعتبار المالي، بحكم احتوائها على فئتين من الشركاء، شركاء متضامين لهم صفة تاجر، ويسألون مسؤولية شخصية وغير محدودة عن ديون الشركة والتزاماتها، ويخضعون لنفس النظام القانوني الذي يخضع له الشركاء المتضامنون في شركة التوصية البسيطة²⁴⁷، وشركاء موصون لا يسألون إلا في حدود مساهمتهم في رأس مال الشركة.

ويقوم بمهام التسيير في شركة التوصية بالأسهم مسيرا واحد أو أكثر من الشركاء المتضامين، والذي يعين أثناء حياة الشركة من قبل الجمعية العامة العادية للمساهمين بموافقة جميع الشركاء المتضامين، ما لم ينص النظام الأساسي على خلاف ذلك²⁴⁸. وتنحصر مهمة إدارة وتسيير شركة التوصية بالأسهم في يد الشركاء المتضامين، ولا يتدخل الشركاء الموصون في الشؤون الإدارية للشركة.

وتسري أحكام شركة التضامن على الشركاء المتضامين في شركة التوصية بالأسهم، ويتولى إدارة الشركة شريك متضامن واحد أو عدة شركاء متضامين، سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين، دون الشريك الموصي أو الشركاء الموصين الذين على غرار الشركاء في شركة التوصية البسيطة حيث يمنعهم القانون من التدخل في أعمال التسيير الملزمة للشركة، كإبرام الصفقات باسم الشركة أو التوقيع على العقود التجارية، ولو بناء على توكيل خاص، وإذا خالفوا هذا المنع يعدون بمثابة شركاء متضامين يسألون مسؤولية مطلقة عن ديون الشركة.

²⁴⁵ - المواد 164 و166 و179 من ق.ل.ع.

²⁴⁶ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الخامس، في الشركات ذات المسؤولية المحدودة، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2005، ص 321-323.

²⁴⁷ - شركة التوصية نوعان: شركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم.

- طبقا لمقتضيات المادة 20 من القانون 5.96، شركة التوصية البسيطة تتكون من شركاء متضامين وشركاء موصين، ويخضع الشركاء المتضامين للنظام المطبق على الشركاء المتضامين في شركة التضامن، ويسأل الشركاء الموصون عن الديون المستحقة على الشركة في حدود حصتهم التي لا يمكن أن تكون حصة صناعية.

- وبناء على مقتضيات المادة 25 من القانون 5.96 لا يمكن للشريك الموصي القيام بأي عمل تسيير ملزم للشركة اتجاه الأغيار لو بناء على توكيل، وفي حالة مخالفة للمنع المنصوص عليه في الفقرة السابقة، يسأل الشريك الموصي بالتضامن مع الشركاء المتضامين عن ديون والتزامات الشركة المترتبة عن الأعمال الممنوعة، ويمكن أن يلزم تضامنا بكل التزامات الشركة أو ببعضها فقط، حسب عدد وأهمية الديون والالتزامات المذكورة.

وللتذكر فقط فإن شركة التوصية البسيطة تعتبر من شركات الأشخاص بينما شركة التوصية بالأسهم فتعتبر من شركات الأموال.

²⁴⁸ - تنص الفقرة الثانية من المادة 32 من القانون 5.96 على أنه: "يعين المسير أو المسيرون أثناء وجود الشركة، من طرف الجمعية العادية للمساهمين بموافقة جميع الشركاء المتضامين، ما لم ينص النظام الأساسي على خلاف ذلك".

وتبقى الغاية من هذا المنع، هي حماية الأغيار الذين يتعاملون مع الشركة وينخدعون بوضع الشريك الموصي عندما يكون مسيراً، فيعتقد أنه مسؤول مسؤولية شخصية ومطلقة عن التزامات الشركة، بحيث إذا تدخل الشريك الموصي بصفته مسير للشركة وأدى ذلك إلى إلحاق أضرار بالغير، فإنه يسأل مسؤولية شخصية ومالية عن ديون الشركة شأنه في ذلك شأن المسير بصفته شريك متضامن.

وتقوم إلى جانب هذه المسؤوليات مسؤولية أخرى من نوع خاص ومتشدد في حق مسيري الشركات التجارية، وهي مسؤولية المسير الناشئة عن فتح مسطرة من مساطر معالجة صعوبات المقاولة، بحيث استثنى المشرع متابعة المسير بأداء الديون الضريبية للشركة وفق مقتضيات المادة 98 من م.ت.د.ع إذا سبق أن حكم عليه بأداء ديون الشركة في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاولة.

الفقرة الثانية: مسؤولية المسير عن ديون الشركة طبقاً لمساطر صعوبات المقاولة.

إضافة إلى مسؤولية المسير عن أداء ديون الشركة في ظل قانون الشركات التجارية أو بحكم الشكل القانوني للشركة كما هو الحال بالنسبة لشركات الأشخاص، فقد نصت مدونة التجارة في الباب الخامس تحت عنوان مساطر صعوبات المقاولة على مسؤولية خاصة ومشددة يتحملها مسيرو الشركة عند فتح مساطر صعوبات المقاولة²⁴⁹. وتختلف العقوبات المتخذة ضد مسيري الشركات في إطار صعوبات المقاولة حسب الطبيعة والشكل القانوني للشركة موضوع التسيير، كما هو الحال بالنسبة لمسؤولية المسيرين عن ديون الشركة.

فإذا كان المسيرين في شركات الأشخاص يسألون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة مسؤولية مطلقة وتضامنية، وإذا حكم على الشركة بمسطرة من مساطر صعوبات المقاولة طالت هذه المساطر ألياً مسيري الشركة، نظراً لاتحاد الذمة المالية للشركة بالذمة المالية للمسيرين، فإن مسؤولية هؤلاء عن ديون الشركة في شركات الأموال تبقى محصورة بقدر مساهمتهم في رأس مال الشركة دون أن تطل أموالهم الشخصية كقاعدة عامة.

أما الاستثناء فإن هذه المسؤولية تكاد أن تكون مطلقة ويسألون في كافة أموالهم في الحالة التي تكون فيها الشركة متوقفة عن الدفع نتيجة ارتكابهم أخطاء في الإدارة والتسيير، ساهمت بشكل أو بآخر في إيصال الشركة إلى مرحلة التوقف عن دفع ديونها.

ويتم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية في مواجهة الشركة التي توجد في وضعية مالية صعبة أو مختلة بشكل لا رجعة فيه.

إذ يترتب عن فتح المسطرة في مواجهة مسيري الشركة إما تحميلهم مسؤولية تغطية خصوم الشركة، وإما تمدد مسطرة التسوية والتصفية القضائية إليهم ومتابعتهم في ذمتهم الشخصية والمالية.

البند الأول: تحميل المسير تغطية خصوم الشركة

يتحدد النص القانوني لدعوى تحميل المسيرين النقص الحاصل في باب أصول الشركة، في مقتضيات المادة 704 من مدونة التجارة والتي تنص على ما يلي: "حينما يظهر من خلال سير المسطرة في مواجهة شركة تجارية نقص في باب الأصول، يمكن للمحكمة، في حالة حصول خطأ في التسيير ساهم في هذا النقص، أن تقرر تحميله، كلياً أو جزئياً تضامنياً أم لا، لكل المسيرين أو للبعض منهم فقط".

بناءً على مقتضيات هذه المادة يتضح أنه لا يمكن متابعة المسير بدعوى تغطية خصوم الشركة إلا إذا تحققت الشروط التالية:

- أن تكون مسطرة المعالجة مفتوحة في مواجهة الشركة سواء تعلق الأمر بالتسوية أو التصفية القضائية؛
- أن يظهر من خلال سير المسطرة وجود نقص في باب أصول الشركة؛
- أن يثبت وجود خطأ في التسيير قبل فتح المسطرة، وأن هذا الخطأ هو الذي ساهم بشكل أو بآخر في حدوث النقص في باب الأصول.

²⁴⁹ - بد اللطيف العباسي: مسؤولية مسير الشركة موضوع مسطرة جماعي، مجلة المحاكم المغربية، مطبعة فضالة المحمدية، عدد 100 يناير/فبراير 2006، ص 69 وما بعدها.

ويخضع تقدير وجود الخطأ من عدمه، وإثبات العلاقة السببية بين خطأ المسير وحدث النقص في باب الأصول للسلطة التقديرية للمحكمة التجارية مصدره الحكم القاضي بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية في مواجهة الشركة.

فإلزام مسيرو الشركة بتغطية خصومها يجب أن يحدد بدقة، بحيث لا يرتب أثره بنتيجة آلية لفتح المسطرة اتجاه الشركة، كالتزام الذي يتوجب على الشركاء المتضامنين بصفة مطلقة، فالالتزام بتغطية خصوم الشركة يفترض وجود حكم مقدر بكل حرية من طرف المحكمة، نتيجة ارتكازه على الأركان العامة للمسؤولية المدنية²⁵⁰.

ويحصل الضرر في إطار دعوى تغطية خصوم الشركة من خلال وجود عجز في موجودات الشركة، فتقوم مسؤولية المسير لسد النقص في تلك الموجودات، فوجود الضرر يعد شرطا أساسيا للحديث عن التعويض، لأنه لا تعويض إلا عن الضرر الواقع، سواء كان هذا الضرر ماديا أو أدبيا.

ولما كان الأمر يتعلق بحصول دائني الشركة على ديونهم فقد قصر المشرع الأمر في هذه الدعوى على الضرر المادي الذي يتمثل في نقص أصول الشركة الذي يمثل الجانب الإيجابي لدمتها المالية، والتي تشكل الضمان العام لدائني الشركة للوفاء بديونهم، أي أن المشرع في هذه المادة قد ربط بين تحقق الضرر الذي يلحق بدائني الشركة وبين العجز في موجوداتها، نظرا لسهولة إثباته لأنه يعد مسألة حسائية لا تحتاج لأية طريقة أو وسيلة خاصة للإثبات.

إذ يلحق النقص الحاصل في باب الأصول ضرارا بالدائنين لاستحالة أداء الشركة ما عليها من ديون سابقة ليوم الحكم بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، وينتج النقص في الأصول عندما تكون خصوم الشركة تفوق أصولها²⁵¹.

وتجدر الإشارة أن الخصوم التي تؤخذ بعين الاعتبار لتحديد النقص في الأصول هي التي تنشأ قبل فتح المسطرة وليس بعد فتحها، وذلك بعلة أن الشركة عندما تتابع نشاطها تكون قادرة على أداء ما عليها من ديون، غير أن هناك ما يرى بأن متابعة النشاط لا يمنع الحديث عن النقص في الأصول، وبالتالي يطبق نص القانون على هذه الحالة أيضا²⁵².

وتقدر قيمة العجز الحاصل في باب الأصول على أساس الفرق بين عنصري الذمة المالية للشركة أي الأصول والخصوم، ويكون موجبا عندما تكون الأصول تفوق الخصوم، وسالبا في الحالة المعاكسة.

ويؤدي النقص الحاصل في الأصول والذي يجب أن يكون موجود يوم فتح المسطرة، إذ لا تؤخذ بعين الاعتبار الديون التي تنشأ بعد تاريخ فتح المسطرة، إلى استحالة سداد ديون بعض دائني الشركة من ذمتها المالية، مما يؤدي إلى مساءلة المسير عن النقص الحاصل في باب الأصول، والذي يمثل الديون الواجبة على الشركة أي الديون التي تحققت وتم قبولها بصفة نهائية أو مؤقتة سواء كانت ديونا عادية أو مضمون برهن، وبالتالي تحميل المسير مسؤولية تسديد ديون الشركة التي عجزت عن الوفاء بها يوم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، من خلال الحكم عليه بتغطية خصوم الشركة إما كليا أو جزئيا.

وتتمتع المحكمة بسلطة واسعة في تحميل النقص في أصول الشركة إما بصفة كلية أو جزئية وبطريقة تضامنية أم لا وذلك لكل المسيرين أو للبعض منهم.

²⁵⁰ - YVES GUYON : « Droit Des Affaires, Entreprises En Difficultés Redressement Judiciaire- faillite, Tome 2 », 6^{ème} Edition, Economica, Paris 1997, P 417.

²⁵¹ - JEAN FRANÇOIS MARTIN : « Redressement Et Liquidation Judiciaire Faillite Personnelle- Banqueroute », 5^{ème} Edition, Delmas, 1993, P175.

²⁵² -COMPANA MARIE JEANNE : « Droit De L'entreprise : L'essentiel Pour Comprendre », Ed Lamy, 2002, P 1284.

إذ لا يسوغ للمحكمة عندما تبت في دعوى مسؤولية تغطية خصوم الشركة أن تلزم المسير أو المسيرين بأداء ما يتجاوز النقص المسجل في باب الأصول سواء بعد حصرها نهائياً أو مؤقتاً للخصوم، بحيث يمكن أن تقرر تحميل المسير أو المسيرين كلهم أو بعضهم فقط، تضامناً بينهم أو بصفة غير تضامنية، كل النقص الحاصل في باب الأصول إذا كان ذلك ناجماً بأكمله عن أخطاء في التسيير، أو قد تقتصر على إلزامهم بأداء جزء فقط من هذا النقص متى كانت الأخطاء في التسيير سبباً واحداً فقط إلى جانب أسباب أخرى متنوعة داخلية أو خارجية.²⁵³ أما إذا تم الحكم بتحميل النقص تضامنياً بين المسيرين، فإن المحكمة في هذه الحالة تكون غير ملزمة بتحديد المبلغ الذي يجب أن يؤديه كل واحد منهم، غير أنه على خلاف ذلك قد يفرض على المحكمة في بعض الحالات أن تحدد الأقساط كل على حدة.²⁵⁴

وفي مقابل السلطة التقديرية الواسعة التي تتمتع بها المحكمة، يجب عليها أن تراعي نسبة مشاركة كل واحد من المسيرين في الخطأ أو الإهمال أو التقصير، باعتباره أساس قيام مسؤولية المسير في تحميله النقص الحاصل في باب أصول الشركة، وأن تعفي كل من أثبت تعرضه على القرار الخاطئ الذي اتخذته المسير، والأخذ بعين الاعتبار إذا كان هذا النقص قد حصل في المرحلة التي كان يتولى فيها المسير مهام الإدارة والتسيير بالشركة أم بعد انسحابه منها، وأن تجري بحثاً في الديون المتراكمة على الشركة.²⁵⁵

وتخصص المبالغ المحكوم بها على المسير حسب ما يتطلبه تنفيذ الحل المختار للشركة، إذ يتم توظيفها وفق الكيفيات المنصوص عليها في مخطط الاستمرارية من خلال تكملة أصول الشركة، وذلك إذا كان الحل المختار للشركة هو استمرارها في نشاطها، وإما منحها للدائنين كتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم من جراء عدم كفاية أصول الشركة لسداد ديونهم، بحيث يتم توزيعها بالتناسب فيما بين دائني الشركة إذا كان الحل المختار هو تفويت المقاول أو تصفيتها قضائياً.

وعليه تهدف دعوى تغطية خصوم الشركة بالدرجة الأولى إلى إصلاح الضرر الجماعي لدائني الشركة دون تمييز فيما بينهم، مما يجعلها تشكل حاجز قانوني أمام ممارسة دعوى المسؤولية الضريبية للمسير، بحيث إذا تم تحميل المسير مسؤولية تغطية خصوم الشركة لسداد ديونها، فإنه لا يمكن إعمال دعوى المسؤولية الضريبية، باعتبار الدين الضريبي من ضمن الديون الأخرى التي سيتم تسديدها بموجب تكملة خصوم الشركة من طرف المسير وذلك في حالة تفويت أو تصفية الشركة، بغض النظر عن الامتيازات والضمانات التي يحظى بها، فدعوى تغطية خصوم الشركة جاءت لحماية دائني الشركة سواء العاديين أو الذين يحظون بامتيازات، كامتياز الخزينة العامة، وذلك بفرضها التوزيع بالتناسب فيما بين الدائنين لم الحصول إدانة المسير بتغطية خصوم الشركة. أما فيما يتعلق بإمكانية الجمع بين دعوى تمديد المسطرة للمسير ودعوى تغطية خصوم الشركة، فعلى الرغم من أن الأمر يتعلق بدعويين تدخلان ضمن نطاق مساطر صعوبات المقاول، فإن إقامة الدعوى الأولى تسحب المصلحة والفائدة من الدعوى الثانية، لأنه لا يمكن أن تمتد المسطرة للمسير في ذمته الشخصية والمالية، ثم الحكم عليه بتغطية جزء من خصوم الشركة، الأمر الذي يمكن تطبيقه في الحالة المعاكسة، بحيث يمكن الحكم على المسير بتغطية خصوم الشركة، وإذا لم يؤدي ما حكم عليه به، يتم إصدار حكم قضائي إما تلقائياً أو بناء على طلب من السنديك بتمديد المسطرة لمسير الشركة في ذمته الشخصية المالية، وذلك طبقاً لمقتضيات المادة 705 من مدونة التجارة.

البند الثاني: تمديد المسطرة للمسير في ذمته الشخصية المالية

لقد حاول المشرع توحيد قواعد المسطرة بخصوص تطبيق العقوبات المتخذة ضد مسيري الشركة²⁵⁶، بحيث جعل المحكمة التي أصدرت الحكم بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية في مواجهة الشركة، هي المحكمة المختصة بتمديد المسطرة لمسيرها إذا تبت في حقهم،

²⁵³ - علل فالي: مساطر معالجة صعوبات المقاول، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2012، ص 359.

²⁵⁴ - رزان سباطة: نظام العقوبات في قانون صعوبات المقاول، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2003-2004، ص 26.

²⁵⁵ - PIERRE MICHEL LE CORRE : « Doit Et Pratique Des Procédures Collectives », 2^{ème} Edition, Dalloz-Action, 2003, P875.

²⁵⁶ - عبد الكريم عباد: دور القضاء في معالجة صعوبات المقاول، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004، ص 461-462.

إما الامتناع عن أداء الديون المتخلدة بدمتهم لفائدة الشركة نتيجة الحكم بتحميلهم مسؤولية النقص الحاصل في باب الأصول، وإما ارتكابهم بعض الأفعال المنصوص عليها في المادة 706 من مدونة التجارة، والتي من شأنها الإلتقاص من الذمة المالية للشركة، مما يترتب عنه عجز هذه الأخيرة عن أداء ديونها.

الحالة الأولى: المنصوص عليها في المادة 705 من مدونة التجارة والمتمثلة في عدم التزام المسير بأداء المبالغ المحكوم بها لتغطية خصوم الشركة، والتي ورد فيها ما يلي: "يجب على المحكمة أن تفتح المسطرة تجاه المسؤولين الذين تم تحميلهم خصوم الشركة كلاً أو بعضاً منها، والذين لم يبرئوا ذمتهم من هذا الدين"²⁵⁷.

تطرح هذه المادة جملة من الإشكالات والمتمثلة فيما يلي:

- لم تحدد المادة 705 من مدونة التجارة نوع المسطرة التي يجب على المحكمة أن تفتحها ضد المسير المحكوم عليه بتغطية خصوم الشركة، فهي مسطرة التسوية القضائية أم التصفية القضائية، إذ ترك المشرع للمحكمة السلطة التقديرية الكاملة لتحديد وضعية المسير والتعامل معها حسب مراحل مساطر صعوبات المقاول، فإذا كانت وضعيته مختلة بشكل لا رجعة فيه، تقضي المحكمة ضد المسير بالتصفية القضائية، أما إذا كانت هناك إمكانيات جدية لتسوية وضعيته وسداد ديونه، في هذه الحالة تقضي المحكمة ضد المسير بالتسوية القضائية²⁵⁸.

- لم تحدد المادة 705 من مدونة التجارة أجلاً محدداً يتعين فيه على المسير أداء المبالغ المحكوم بها عليه في إطار دعوى تغطية خصوم الشركة، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من إلزامه بأدائها بمجرد صدور الحكم بإدائته بتكملة النقص الحاصل في باب الأصول، خاصة وأن هذا الحكم يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل طبقاً لمقتضيات المادة 728 من مدونة التجارة²⁵⁹.

وعلى هذا الأساس فإن مجرد تحقق واقعة امتناع المسير عن تنفيذ الحكم بالإدانة بتغطية خصوم الشركة أي عدم أداء المبالغ المحكوم بها، لأي سبب من الأسباب، يترتب عنه إلزام المحكمة بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية في مواجهة المسير تحت طائلة الامتناع عن أداء المبالغ المحكوم بها في إطار دعوى تغطية خصوم الشركة²⁶⁰.

الحالة الثانية: ارتكاب المسير للأفعال المنصوص عليها في المادة 706 من مدونة التجارة.

تصدر المحكمة حكم فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية ضد مسيري الشركة بصفة شخصية، الذين تبث في حقهم ارتكاب إحدى الأفعال المنصوص عليها في المادة 706 من مدونة التجارة، والتي وردت على سبيل الحصر كالآتي:

- التصرف في أموال المقاول كما لو كانت أمواله الخاصة؛
- إبرام عقود تجارية لأجل مصلحة خاصة تحت ستار الشركة قصد إخفاء تصرفاته؛
- استعمال أموال الشركة أو ائتمانها بشكل يتنافى مع مصالحها لأغراض شخصية أو لتفضيل مقاول أخرى له بها مصالح مباشرة أو غير مباشرة؛
- مواصلة استغلاله به عجز بصفة تعسفية لمصلحة خاصة من شأنه أن يؤدي إلى توقف الشركة عن الدفع؛

²⁵⁷ - المادة 705 من مدونة التجارة.

²⁵⁸ - أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول ومسااطر معالجتها، الجزء الثالث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2009، ص 288.

²⁵⁹ - تنص المادة 728 من مدونة التجارة على أنه: "تكون الأحكام والأوامر الصادرة في مادة مسطرة معالجة الصعوبات والتصفية القضائية مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون عدا تلك المشار إليها في البابين الثاني والثالث من القسم الخامس".

²⁶⁰ - علل فالي: مرجع سابق ص 365.

- مسك محاسبة وهمية أو العمل على إخفاء وثائق محاسبة الشركة أو الامتناع عن مسك كل محاسبة موافقة للقواعد القانونية؛
- اختلاس أو إخفاء كل الأصول، أو جزء منها، أو الزيادة في خصوم الشركة بكيفية تدليسية؛
- المسك، بكيفية واضحة، لمحاسبة غير كاملة أو غير صحيحة.

إن طبيعة هذه الأفعال وخطورتها على الذمة المالية للشركة التي تشكل الضمان العام لدائنيها، تبرر خطورة الجزاء الذي أقره المشرع في حق مسيري الشركة إذا ثبت في حقهم ارتكاب إحدى هذه الأفعال أو الوقائع، وهو متابعتهم في ذمتهم الشخصية المالية، من أجل تسديد ديون الشركة المتوقفة عن الدفع، نتيجة إخلالهم بواجباتهم والتزاماتهم اتجاه الشركة، والسهر على حسن تسيير وتدبير شؤونها، بما يخدم مصالحها ومصالح المساهمين والأغيار المتعاملين معها لا سيما الدائنين.

فالجدير بالذكر أن المادة 98 م.ت.د.ع، لا تشكل المقتضى القانوني الوحيد الذي يكون فيه المسير متضامنا مع الشركة عن تسديد ديونها الضريبية، بحيث نصت أحكام مدونة التجارة على تحميل المسير المسؤولية الشخصية والمالية عن أداء ديون الشركة، رغم اختلاف قواعد وشروط إعمال كل نص قانوني، إلا أن هناك بعض نقاط التداخل بين مختلف هذه الدعاوى مما يترتب عنه لبس في تطبيق كل دعوى على حدة، وحسب الوضعية القانونية التي تجيز ذلك.

ووعيا من المشرع الجبائي بهذا التداخل الحاصل بين دعاوى مسؤولية المسير، فلقد اشترط أنه لا يمكن تطبيق المسؤولية التضامنية للمسير عن أداء الديون الضريبية المدينة بها الشركة، والمؤسسة بموجب مقتضيات المادة 98 من م.ت.د.ع، إلا إذا كان هذا الأخير غير ملزما بأداء ديون الشركة تطبيقا لأحكام أخرى.

وهذا التعدد والتنوع في مسؤولية المسير عن أداء ديون الشركة لا ينفي في غالب الأحيان قيامها مجتمعة في حقه عند ارتكابه لأخطاء في التسيير، الأمر الذي دفع مشرع مدونة تحصيل الديون العمومية إلى منع متابعة مسيري الشركة بالمسؤولية التضامنية عن أداء ديونها إذا كانوا ملزمين بالوفاء بها طبقا لأحكام سابقة، وذلك حتى لا يكونوا عرضة للمتابعة القضائية بدعوى المسؤولية عن أداء ديون الشركة مرتين أو أكثر لكن وفق مقتضيات قانونية مختلفة.

بحيث تكاد أن تكون أحكام مسؤولية المسير عن أداء ديون الشركة متماثلة، الأمر الذي يترتب عنه تداخل مساطر المتابعة القضائية في إطار دعوى المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير، نتيجة عدم التمييز بينها وبين الدعاوى الأخرى المشابهة لها، والموجبة لقيام المسؤولية الشخصية والمالية للمسير.

ويترتب عن عدم الإلمام الكافي بالقواعد الخاصة والضوابط القانونية الموجبة لقيام المسؤولية المالية الشخصية لمسيري الشركات التجارية جملة من الإشكالات أهمها:

- إشكالية عدم القدرة على ضبط الحدود الفاصلة بين تطبيق مختلف الأنظمة القانونية التي يتم بموجبها إثارة مسؤولية المسير عن أداء ديون الشركة؛
- إشكالية تحديد مدى التداخل الحاصل بين دعوى المسؤولية الضريبية والدعاوى المشابهة لها الموجبة لقيام المسؤولية الشخصية المالية للمسير من مسؤولية تغطية خصوم الشركة إلى مسؤولية تمديد المسطرة للمسير؛
- إشكالية تداخل المساطر القضائية لمتابعة مسير الشركة بالمسؤولية المالية والشخصية؛
- إشكالية تداخل الاختصاص بين مختلف الجهات التي تتمتع بالمصلحة والصفة في رفع هذه الدعاوى؛
- إشكالية تحديد الجهات القضائية المختصة بالنظر في دعوى المسؤولية الضريبية الخاصة للمسير، رغم الوضوح التام لنص المادة 98 من م.ت.د.ع الذي يجعل الاختصاص للنظر في هذه الدعوى للمحكمة الابتدائية، فإن الواقع العملي أفرز العديد من

الدعاوى التي تم التصريح فيها بعدم الاختصاص، وتمت إحالتها إما إلى المحاكم الإدارية على أساس أنها تتعلق بمجال المنازعات الضريبية، أو إحالتها إلى المحاكم التجارية على أساس أنها تدخل في إطار مساطر صعوبات المقاولات.

الأمر الذي يجعل مسطرة المتابعة القضائية لمسيرى الشركات بدعوى المسؤولية الضريبية الخاصة تتميز بالتعقيد، ويلخص الجدول التالي بعض النقاط التي يمكن بموجبها تمييز دعوى المسؤولية الضريبية عن باقي الدعاوى المشابهة لها، وبالتالي تفادي الوقوع في إشكالية الخلط بين مختلف الدعاوى الموجبة لقيام مسؤولية المسير عن أداء ديون الشركة بما فيها الديون الضريبية وبين دعوى المسؤولية الضريبية الخاصة التي تستأثر فيها الإدارة الجبائية باستخلاص الدين الضريبي دون تراحم باقي الدائنين.

جدول رقم 1: أوجه الاختلاف بين دعاوى المسؤولية المالية لمسيرى الشركة أو المقاولات

دعاوى المسؤولية المالية للمسير	دعوى المسؤولية الضريبية	دعوى تغطية خصوم الشركة	دعوى تمديد المسطرة للمسير
الأساس القانوني للدعوى	المادة 98 من مدونة تحصيل الديون العمومية	المادة 704 من مدونة التجارة	المادة 706 من مدونة التجارة
وضعية الشركة	عجز الشركة عن الوفاء بالدين الضريبي	توقف الشركة عن الدفع	توقف الشركة عن الدفع
طبيعة الإدانة	أداء الدين الضريبي	أداء النقص الحاصل في باب الأصول	أداء جميع الديون المتخلدة بالذمة المالية للشركة
الأشخاص ذوو الصفة في رفع الدعوى	الخازن العام للمملكة المدير العام لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة المدير العام لإدارة الضرائب	السنديك - المحكمة	السنديك - المحكمة
الاختصاص	المحكمة الابتدائية	المحكمة التجارية	المحكمة التجارية
طبيعة الدعوى	دعوى احتياطية	دعوى رئيسية	دعوى تابعة
أجل رفع الدعوى	أجل تقادم الديون الضريبية	ثلاث سنوات	ثلاث سنوات
نوع العقوبات	عقوبات أصلية	عقوبات أصلية + عقوبات إضافية	عقوبات أصلية + عقوبات إضافية
طبيعة الحكم	غير مشمول بالنفاذ المعجل	مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون	مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون

المصدر: تركيب شخصي

المراجع والمصادر

الكتب باللغة العربية.

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الخامس، في الشركات ذات المسؤولية المحدودة، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2005.
- أحمد شكري السباعي: الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، جزء الثالث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2009.
- جهاد كان حجية: تحصيل الديون الضريبية بين قانون المسطرة المدنية وخصوصيات التشريع الضريبي، مراكش، الطبعة الأولى، 2006.
- عبد الرحمان أبليل ورحيم الطور: تحصيل الضرائب والديون العمومية على ضوء المدونة الجديدة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2000.
- عبد الغني خالد: المسطرة في القانون الضريبي المغربي، دار النشر المغربية، 2002.
- عبد اللطيف العباسي: مسؤولية مسير الشركة موضوع مسطرة جماعي، مجلة المحاكم المغربية، مطبعة فضالة المحمدية، عدد 100 يناير/فبراير 2006.
- علال فالي: مساطر معالجة صعوبات المقاولة، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2012.
- محمد بن سالم صالح با يوسف البريكي: شركات الأشخاص في الفقه الإسلامي وقانون الإمارات مع التركيز على شركة المحاصة، دراسة مقارنة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، 1426 هـ- 2005 م.
- نسرين شريفي: الشركات التجارية، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس الجزائر، 2013.

الأطروحات والرسائل

- رزان سباطة: نظام العقوبات في قانون صعوبات المقاولة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2003-2004.
- عبد الغني خالد: الندوة الوطنية حول الإشكالات القانونية والعملية في المجال الضريبي، ضمانات تحصيل الدين الضريبي، دفاتر المجلس الأعلى، العدد 16، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2001.
- عبد الفتاح بلخال: المشروععية الجبائية والحماية القضائية لها في ظل الدستور المغربي، رسالة لنيل الدكتوراه للقانون العام، شعبة العلوم السياسية وحدة المالية العامة، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، س ج 2000-2001.
- عبد الكريم عباد: دور القضاء في معالجة صعوبات المقاولة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004.
- فاطمة المعاشي: وضعية المكلف في التشريع الضريبي المغربي وعلاقته بالإدارة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2001-2000.

الكتب باللغة الفرنسية

- COMPANA MARIE JEANNE : « Droit De L'entreprise : L'essentiel Pour Comprendre », Ed Lamy, 2002. .
- JEAN FRANÇOIS MARTIN : « Redressement Et Liquidation Judiciaire Faillite Personnelle- Banqueroute », 5ème E, Delmas, 1993.
- KHELIFA KHARROUBI: « Droit Des Sociétés Commerciales, Volume 1 », MIP, 2008.
- NICOLAS MOLFESSIS: « Droit Commercial, Les Sociétés Commerciales, Tome 2 », Economica, 2011.
- -PIERRE MICHEL LE CORRE : « Doit Et Pratique Des Procédures Collectives », 2ème Edition, Dalloz-Action, 2003.
- YVES GUYON : « Droit Des Affaires, Entreprises En Difficultés Redressement Judiciaire- faillite, Tome 2 », 6ème Edition, Economica, Paris 1997.
- YVES GUYON: « Droit Des Affaires, Droit Commerciale Générale Et Sociétés, Tome 1 », 9ème Edition, Economica, 1996.

الدوريات

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

تدخل إدارة الجمارك في قضايا المخدرات

د. عبد الناصر البقالي

دكتور في الحقوق - القانون الخاص

ملخص

تكتسي جرائم المخدرات خطورة كبيرة بحيث تقف حاجزا أمام تحقيق أهداف الدولة على المستوى الاجتماعي والاقتصادي، مما جعل من الأهمية دراسة دور إدارة الجمارك في مكافحة المخدرات بإعتبار أن إدارة الجمارك هي من أكثر المؤسسات معرفة بحجم الظاهرة وخطورتها. وتعتبر إدارة الجمارك من أحد أهم أجهزة الدولة التي تسعى لتحقيق السياسات الاقتصادية والمالية والأمنية، وذلك بحكم موقعها وباعتبارها الجهة المكلفة التي تتولى التصدي ومحاربة مختلف الجرائم الجمركية، وباعتبارها الجهة المكلفة بالإشراف على حركة دخول وخروج البضائع ووسائل النقل ومراقبتها من خلال التأكد من أن دخول جميع السلع ووسائل النقل إلى الدولة أو خروجهم منها قد تم وفق الشكل القانوني المحدد، ولقد سعى المشرع الجمركي إلى تحديث وتقوية ترسانته القانونية في الميدان الجمركي قصد حماية الإقتصاد الوطني من الجرائم المتعلقة بالإتجار في المخدرات وحماية المجتمع من المخاطر التي تهدد الصحة والأمن العام.

Resumé

Les délits liés à la drogue sont si dangereux qu'ils constituent un obstacle à la réalisation des objectifs de l'État au niveau social et économique, ce qui a rendu important l'étude du rôle de l'administration des douanes dans la lutte contre la drogue, étant donné que l'administration des douanes est l'une des institutions les plus familiarisées avec l'ampleur et la gravité du phénomène. Il cherche à mettre en œuvre des politiques économiques, financières et de sécurité, en raison de sa situation géographique et en tant qu'organisme chargé de traiter et de lutter contre les diverses infractions douanières, et en tant qu'autorité chargée de superviser et de contrôler les mouvements d'entrée et de sortie des marchandises et des moyens de transport en veillant à ce que l'entrée et la sortie de toutes les marchandises et moyens de transport à destination ou en provenance du pays soient alors Selon la forme juridique spécifiée.

مقدمة

تعتبر المخدرات إحدى أخطر الآفات التي تهدد سلامة المجتمعات وأمنها واستقرارها، نظرا لما ينجم عنها من أضرار تمس جانبها الصحي، والاجتماعي، والاقتصادي، كما أن أثارها لا تقتصر على المجتمع المحلي لكل دولة بل تمتد إلى باقي مجتمعات دول المعمور لسرعة انتشار تداولها واستهلاكها بين أفرادها، إذ أصبحت تتجاوز الحدود الوطنية.

لأجل ذلك عمل المجتمع الدولي على إيجاد السبل الكفيلة للتصدي لظاهرة الاتجار الدولي في المخدرات وتسهيل ترويجها واستهلاكها عبر إبرام العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تصب في اتجاه مكافحتها والتقليل من حدة انتشارها دوليا ومحليا. فقد عمل المغرب تبعا لذلك على بذل مجهودات كبيرة بغية محاربتها والقضاء على الأباطرة الذين يروجونها، إذ فضلا على تكثيف حملاته الأمنية ضد هؤلاء والظاهرة ككل وإبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، قام بسن العديد من التشريعات الجزرية الرامية إلى زجر كل من عمل على زرع أو استهلاك أو تاجر في المخدرات.

إن منح إدارة الجمارك حق تحريك الدعوى العمومية الجمركية في قضايا المخدرات وتقديم مطالبها المالية المؤسسة عليها، كان بهدف تشديد العقوبات الجزرية على أباطرة ترويج المخدرات من جهة ومنسجما مع الأدوار المنوطة بها والمتجسدة في دورها الحمائي من خلال حماية الاقتصاد الوطني وصحة المواطن المغربي عن طريق منع استيراد أو تصدير أنواع محددة من البضائع ودورها الجبائي من خلال تمويل خزينة الدولة بالموارد المالية عن طريق فرض رسوم أو ضرائب على السلع العابرة للتراب الجمركي من جهة ثانية.

وبعد أن تدخل المشرع المغربي بتعديل المدونة لسنة 2000، فقد مكن إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة من امتيازات جد مهمة من أجل التدخل في قضايا المخدرات، وكذا انتصاها طرفا في الدعوى العمومية والدعوى المدنية التابعة من أجل توقيع العقاب واستخلاص الغرامات والسعي نحو استصدار الحكم لصالحها من أجل مصادرتها كل الأموال المنقولة والعقارات، ومن أجل إبراز هذه الامتيازات على مستوى الإجراءات المسطرية المواكبة لتدخل إدارة الجمارك في المخدرات سواء من حيث مسطرة التقاضي أو مزاحمة الإدارة للنيابة العامة في الدعوى العمومية سوف نعمل على تقسيم موضوع بحثنا هذا إلى محورين، وفق التالي:

المحور الأول: الإطار العام لإقامة الدعوى الجمركية في قضايا المخدرات.**المحور الثاني: المتابعة في جرائم المخدرات****المحور الأول: الإطار العام لإقامة الدعوى الجمركية.**

يتمثل الإطار العام لإقامة الدعوى الجمركية أمام القضاء الجزري في وجود الأساس القانوني والسند الشرعي لإقامة الدعوى العمومية وذلك من خلال إبراز مدى قانونية التجريم من إقامة الدعوى (الفقرة الأولى) ثم تبيان طبيعة الدعوى الجمركية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأساس القانوني لإقامة الدعوى الجمركية وطبيعتها

سوف نقسم هذه الفقرة إلى نقطتين: النقطة الأولى تتعلق بالأساس القانوني لإقامة الدعوى ثم النقطة الثانية سوف نخصصها للحديث عن طبيعة الدعوى الجمركية.

أولاً: الأساس الشرعي والقانوني لإقامة الدعوى الجمركية

يترتب تلقائيا عن ارتكاب جريمة حق المجتمع في توقيع العقاب على مرتكبيه وذلك ناتج عن عدم انسجام ذلك السلوك مع الخطاب الذي تحمله القاعدة القانونية الجنائية وتدافع عنه، بجانب هذا الحق نجد حق المجني عليه في المطالبة بالتعويض من الجاني على الضرر الذي ألحق به جراء الفعل الجرمي.

فكما هو معلوم عند معشر الحقوقيين وفي كافة التشريعات العالمية أن مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص²⁶¹ أو مبدأ شرعية التجريم والعقاب، فرضته الحاجة للحفاظ على حقوق الأفراد والمجتمع كذلك، ومنع الدولة من التدخل خارج الحدود والأوضاع التي يعينها القانون. وبهذا فإن أهمية وضرة مبدأ الشرعية الجنائية في حماية الحقوق والحريات الفردية²⁶² هي من بين مقومات بناء القاعدة الجنائية سواء في القانون الجنائي العام أو في القوانين الجنائية الخاصة، وعلى رأسها القانون الجنائي الجمركي.²⁶³

إذا كان المشرع الجمركي عرف الجريمة الجمركية في الفصل 204 من المدونة بقوله " الجنحة أو المخالفة الجمركية عمل أو امتناع مخالف للقوانين والأنظمة الجمركية ومعاقب عليها بمقتضى هذه النصوص "

فإنه يلاحظ على هذا التعريف كونه يتطابق مع التعريف المقرر للجريمة في القانون الجنائي العام، فبالرجوع إلى الفصل 110 الذي ينص على " أن الجريمة عمل أو امتناع مخالف للقانون الجنائي ومعاقب عليه بمقتضاه"، والجدير بالملاحظة هنا أن الفصلان معا قد أشارا فقط للركنين المادي والقانوني دون الركن المعنوي ولعل مبدأ الشرعية الجنائية في إطار مدونة الجمارك يكتسي صبغة خاصة تعكس الطابع الجبائي للسياسة الجمركية،²⁶⁴ فمرونة المفاهيم والصيغ المستعملة في إنتاج القاعدة الجمركية دليل على طابعها المنفرد.

والمشرع الجمركي قد كان فيما مضى ينص في الفصل 205 من المدونة قبل تعديلات 5 يونيو 2000 على أن " المخالفات الجمركية تتكون بمجرد ارتكابها بصفة مادية دون حاجة إلى اعتبار نية مرتكبيها" ولا شك أن الأخذ بهذا النظام بمقتضى نص عام في المدونة الجمركية كان إسرافا غير مقبول في إهدار قرينة البراءة.²⁶⁵ ولعل تدخل المشرع بفضل التعديلات الأخيرة من أجل إلغاء هذا الفصل حرر الجريمة الجمركية من طابعها المادي، غير أن هذا التحرر يوصف بكونه نسبي، فليست كل الجرائم الجمركية بالضرورة من قبيل الجرائم العمدية، فبعضها وفقا للنص له طبيعة عمدية وبعضها لا زال يكتسي صبغة مادية، خاصة بالنسبة للجرائم التي يسكت فيها نص التجريم عن التعرض للركن المعنوي.²⁶⁶

ومغالاة المشرع في ذلك هو شيء استوجبه واستلزمته طبيعة الجرائم الجمركية وخطورتها على الاقتصاد الوطني والمراد الجمركية وعلى مالية الدولة ككل. بحيث نجد أن بعض الجناح لا تتضمن أية إشارة للركن المعنوي خصوصا منها ما يدخل ضمن التهريب،²⁶⁷ أو الشطط في استعمال الأنظمة الاقتصادية الخاصة، حسب الفصل 286 من المدونة.

والأكثر من ذلك، فإن مبدأ الشرعية الجنائية في نطاق القانون الجنائي الجمركي تأخذ بتقنية التفويض التشريعي،²⁶⁸ وهذا التفويض التشريعي يتسع في الجرائم الاقتصادية مثل الجرائم الجمركية وجرائم المخدرات باعتبارها تدخل ضمن نطاق الجرائم الجمركية، وأن الذي يتولى بموجب هذا التفويض جانبا كبيرا من التشريع هو السلطة التنفيذية، وهي ليست السلطة المختصة أصلا

²⁶¹ الفصل 3 من القانون الجنائي " لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقررها القانون ".

²⁶² عبد السلام بنحدو، الوجيز في القانون الجنائي المغربي، مطبوعات مراكش 2004، ص: 117.

²⁶³ ليس هناك بطبيعة الحال قانون جنائي جمركي بل يطلق على المقتضيات التي جاءت في المدونة والتي تنظم المجال الجنائي بالقانون الجنائي الجمركي.

²⁶⁴ عادل أغريس، امتيازات إدارة الجمارك أمام القضاء الجزري، بحيث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية بطنجة، السنة الجامعية 2012-2013، ص: 11.

²⁶⁵ عتيقة بوزيد، معضلة الركن المعنوي في جرائم الشركات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق بطنجة، ص: 222.

²⁶⁶ عتيقة بوزيد، نفس المرجع، ص: 223.

²⁶⁷ غازي تلاللي: تلاشي الركن المعنوي في الجرائم، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، لقااضي عياض مراكش، ص: 165، السنة 97-98.

²⁶⁸ عبد الوهاب عافلاني، القانون الجنائي الجمركي، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية الدار البيضاء السنة 2000-2001، ص: 30.

بالتشريع، وقد كرس التشريعات الاقتصادية هذا الاتجاه بشكل عام عن طريق النص على تعريف عام لهذه الجرائم والاصطلاحات الأخرى الدارجة في هذه القوانين، وهذا يتماشى مع ما تتميز به عناصر هذه الجرائم من المدونة.

وتبعا لذلك فالإدارة تتدخل في بعض الأحوال لتنظيم شروط تطبيق بعض النصوص الجمركية من ذلك ما جاء به الفصل 124 و 144 من المرسوم التطبيقي لمدونة الجمارك. 269 فهذه التنظيمات وإن كانت لا تعلق إلى درجة قانون إلا أنها تكتسب قوته وخرقها يعد مخالفة للقانون تستوجب العقاب، وهذا الأمر نص عليه الفصل 299 من المدونة " تشكل لمخالفات الجمركية من الطبقة الرابعة المخالفة لأحكام القوانين والأنظمة المكلفة الإدارة بتطبيقها عندما لا تكون هذه المخالفات معاقب عليها خصيصا في هذه المدونة او بنص خاص. 270

وبهذا فإن التفويض التشريعي يزكي خاصية المرونة التي تتسم بها الشرعية الجنائية في مدونة الجمارك.

ولذلك فالدعوى العمومية تعتبر من هذه الوجهة حق الدولة في مواجهة المتهمين من أجل عقابهم على ما اقترفوه من أفعال ولتحقيق هذه الغاية (الردع العام) أقامت هذه الأخيرة أجهزة تضطلع بهذا الدور، وإن كان الأمر كذلك فإن الأصل هو كون النيابة العامة المضطلة بدور تحريك الدعوى العمومية وممارستها، وذلك حسب المادة 3 من قانون المسطرة الجنائي، إلا أنه في الجرائم الجمركية تفقد النيابة العامة حريتها أمام مزاحمة إدارة الجمارك في إقامة الدعوى، بحيث أن المشرع وضع إدارة الجمارك على قدم المساواة مع النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، وهذا ما أكدته المشرع الجمركي في الفقرة الأولى من الفصل 249 من المدونة.

ثانيا: طبيعة الدعوى العمومية لإدارة الجمارك

إن تدخل إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة في الدعوى العمومية تجمع بين سلطة الاتهام وصفة المطالب بالحق المدني، فهي تكون محل الاتهام عندما تقوم بتحريك الدعوى العمومية في حق أحد المخالفين للتشريع الجمركي أو التشريعات الجمركية التي أوكل تطبيقها إلى المصالح الجمركية كما هو الحال بالنسبة لقانون الصرف. وتظهر هذه الصفة بجلاء عند انفراد إدارة الجمارك بتحريك الدعوى العمومية وإقامتها وحق التصرف فيها فيما يتعلق بالمخالفات الجمركية التي تندرج أغلبها في إطار الأنظمة الاقتصادية الجمركية.

وإلى جانب هذه الصفة تقتصر إدارة الجمارك على صفة مطالبة بالحق المدني عندما تتقدم بمطالبها المدنية تبعا لدعوى عمومية جارية وخاصة ما يتعلق منها في الجناح الناجمة عن حيازة المخدرات وتصديرها عبر مكتب جمركي بدون إذن ولا ترخيص، والجمع بين هاتين الصفتان جعل إدارة الجمارك طرف من نوع خاص، أي طرف غير عادي وهذا ما أكد عليه المجلس الأعلى (محكمة النقض) في أحد قراراته بتاريخ 24 يناير 2001 بقوله " إن إدارة الجمارك ليست طرفا مدنيا عاديا حتى تطبق عليه القواعد العادية للمسطرة بل تملك دعوى مختلطة ولها في نفس الوقت صبغة مدنية وجنائية " 271

ولعل التداخل بين الطالع المدني والجنائي حول الإدارة الجمركية صلاحيات واسعة عززت مكانتها في جميع مراحل الدعوى، ويظهر لنا ذلك من خلال ما يلي:

1- استئناف الأحكام الابتدائية حتى ولو لم تكن الإدارة حاضرة في هذه المرحلة:

نص الفصل 258 من المدونة على أنه " في حالة تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة طبقا لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 249 أعلاه وجب إشعار إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة بذلك واستدعاؤها لجلسة الأحكام قصد إيداع طلباتها.

²⁶⁹ عادل اعزيبي، امتيازات إدارة الجمارك أمام القضاء الجزري، رسالة لنيل شهادة الماستر بكلية الحقوق بطنجة سنة 2012-2013 م، ص: 12.

²⁷⁰ زين الدسم، خصوصية القانون الجنائي الجمركي، محاضرات ماستر النظام الجمركي بكلية الحقوق بطنجة، ص 2009.

²⁷¹ ، حبيبة لميني، السياسة الجمركية في مكافحة المخدرات، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص بكلية الحقوق بطنجة سنة 2012-

2013 ص: 46.

- على أنه يجوز لها بكيفية استثنائية في حالة إذا لم يسبق استدعاؤها بصفة قانونية استئناف الحكم الصادر فيما يخص عقوبتي الغرامة والمصادرة خلال العشرة أيام الموالية لتاريخ تبليغ الحكم.
- 2- الأمر بالسراح المؤقت رهين بتقديم وديعة نقدية أو في شكل شيكات مصادق عليها إلى صندوق قابض للجمارك، أو تقديم كفيل على الذمة يضمن أداء العقوبات المالية المستحقة.²⁷²
- 3- تحكم إدارة الجمارك في مصير الدعوى في سائر المراحل ولو كانت قد أقامت النيابة العامة، إذ يحث التنازل بشأنها والاكتفاء بإبرام المصالحة كسبيل للدعوى العمومية والحيلولة دون اللجوء إلى مسطرة التقاضي.²⁷³
- ومن ثم يتضح أن ما قيل عن الطبيعة المختلطة للعقوبات الجمركية هو نفسه يقال عن الدعوى الجمركية، فهي وإن كانت تغلب عليها الصبغة المادية، إلا أنها تكتسي طابعا خاصا، فهي دعوى مختلطة وهو ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي والفقه الفرنسيين.²⁷⁴
- وتأسيسا على ما سبق وكخلاصة يمكن القول أن دعوى الجمارك وما عرفته من محاولات فقهية وقضائية لتحديد طبيعتها، تسير حاليا وخاصة في فرنسا نحو الاصطباغ بلون الدعوى العمومية.²⁷⁵ وبصفتنا كباحثين وحقوقيين نأمل بل ناشد المشرع المغربي السير في هذا المسار حتى يضع حدا نهائيا وواضحا للبلبل القائمة حول طبيعة هذه الدعوى.

الفقرة الثانية: الدعوى الناشئة عن جرائم المخدرات

تعتبر جرائم المخدرات كغيرها من الجرائم التي تتسبب في ضرر عام يصيب أفراد المجتمع، وتهدد الأمن والاستقرار الاجتماعيين، فقد خول القانون²⁷⁶ الحق في إقامة دعوى عمومية لتطبيق العقوبات والجزاءات الجنائية كما خول الحق في إقامة دعوى مدنية تابعة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تتسبب فيه الجريمة، وهذا ما سوف نناقشه في النقطتين أسفله، حيث نخصص الأولى للحديث عن الدعوى العمومية، ثم في الثانية سوف يقتصر حديثنا عن الدعوى المدنية التابعة التي عبرها تتدخل إدارة الجمارك في قضايا المخدرات.

أولاً: الدعوى العمومية

معلوم أن كل جريمة تنشأ عنها حقان، حق المجتمع في معاقبة الجاني وحق المجني عليه في المطالبة بالتعويض لجبر الضرر اللاحق به. ومن الناحية المبدئية فإن تحريك الدعوى العمومية هو بيد النيابة العامة، التي تتدخل كلما بلغ إلى علمها خبر ارتكاب جريمة ما، حيث تكلف الشرطة القضائية بمباشرة الأبحاث فيها ثم ترتب الآثار القانونية اللازمة بالحفظ أو المتابعة أو الإحالة على قضاء التحقيق.

ويحسن التذكير في هذه النقطة أن عمل النيابة العامة في التشريع المغربي يخضع لنظام ملاءمة المتابعة على غرار مجموعة من الدول كفرنسا، في مقابل نظام شرعية المتابعة التي تأخذ به دول أخرى كإسبانيا وألمانيا، وخصوصية هذا النظام أنه يلزم النيابة العامة بتسطير المتابعة في جميع الجرائم التي تصل إلى علمها وكذا الشكايات التي تقدم إليها ويقي للقضاء كلمة الفصل فيها بينما يعطي نظام ملاءمة المتابعة للنيابة العامة سلطة تقديرية واسعة لتحريك الدعوى العمومية، أو عدم تحريكها أو المتابعة في حالة سراح أو اعتقال.²⁷⁷

وإلى جانب النيابة العامة، فإن المشرع في الفصل 248 من المدونة نص على أنه يمكن المتابعة في الجرح المنصوص عليها في المدونة بجميع الطرق القانونية، وأضاف الفصل 249 من نفس المدونة أنه في حالة ارتكاب جنحة من الجرح الجمركية المنصوص عليها والمحددة في الفصلين 279 المكرر مرتين و 281 بعده، يتولى تحريك الدعوى العمومية النيابة العامة أو الوزير المكلف بالمالية، ومدير لإدارة أو أحد

²⁷² - أنظر لفصل 253 من المدونة.

²⁷³ - زين الدسم م.س، ص: 40.

²⁷⁴ - حبيبة لمينيني، م.س، ص: 47.

²⁷⁵ - الجليلي القيدومي، إشكاليات دعوى الجمارك، المجلة الإلكترونية لندوات محاكم فاس، عدد خاص عن مدونة الجمارك، العدد 3 يناير 2006، ص: 58.

²⁷⁶ - المادة الثانية من قانون المسطرة الجنائية.

²⁷⁷ - المعطي الجبوجي، مكافحة المخدرات في التشريع المغربي بين النص والتطبيق، الطبعة الأولى 2010 ص: 58.

ممثليه المؤهلين لذلك، وفي حالة ارتكاب المخالفات الجمركية المنصوص عليها والمحددة في الفصول 285 و 294 و 297 بعده، لا يمكن تحريك الدعوى العمومية إلا بمبادرة من الوزير المكلف بالمالية، أو مدير الإدارة أو أحد ممثليه المؤهلين لذلك.

يبرز دور إدارة الجمارك في تحريك الدعوى العمومية من خلال سلطة الإدارة في عرض القضية على القاضي وطلبها إصدار عقوبات مالية، أو جزاءات جنائية الأمر الذي يمكن القول معه أن إدارة الجمارك لا تتمتع إلا بتفويض جزئي للدعوى العمومية، إلا أن هذا لا يمنع من إثارة الدعوى بكاملها، لأن عمل إثارة الدعوى يتمثل في عرض الوقائع المجرمة على القاضي للتحقيق أو الحكم فيها، وهذا العمل لا يمكن تجزيته حسب العقوبات، فإثارة الدعوى العمومية لا يمكن تجزيوها، وعندما تمارسها الإدارة فإن جميع الوقائع تعرض أمام القضاء، انطلاقاً من كل ذلك فإن بعض الفقه يكيف إدارة الجمارك بوصفها نيابة عامة متخصصة.²⁷⁸

ولا ينحصر تدخل إدارة الجمارك في تحريك الدعوى العمومية للمتابعة فقط، بل يمتد تدخلها إلى ما بعد المتابعة فبعد تحريك الدعوى العمومية فالنيابة العامة في جرائم الحق العام السلطة التقديرية في اعتقال المتهم، أو تقديمه للمحاكمة في حالة سراح، إلا أن سلطة النيابة العامة في جرائم المخدرات مقيدة.²⁷⁹ إذا تم ربط السراح المؤقت بتقديم ضمانات كافية للحضور وتم تقديم ودية نقدية أو في شكل شيكات مصادق عليها إلى صندوق قابض الجمارك، أو تقديم كفيل مليء الذمة المالية يضمن أداء العقوبات المستحقة كما سبق شرح ذلك سلفاً.

ثانياً: الدعوى المدنية التابعة

إن المغرب يسعى شأنه شأن باقي الدول ومن خلال التشريعات المتوالية إلى تطوير كافة المشاكل الصعاب التي يطرحها التهريب بكل أشكاله وأساليبه ولاسيما المخدرات، وبهذا فقد سارع إلى إيجاد الحلول لحفاظ على بنية النظام الاقتصادي وحمايته من كل منافسة غير مشروعة، وتوجت هذه المحاولات التي قام بها المغرب على مستوى إدارة الجمارك بصدر الظهير الشريف رقم 1/00/222 الصادر بتاريخ 2000/06/5 والذي بموجبه تمت مراجعة مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة المصادق عليه بمقتضى الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1/77/339 بتاريخ 25 شوال 1397 الموافق 9 أكتوبر 1977، إلا أن قراءة المدونة في شكلها المعدل تفضي إلى القول أن المشرع لم يستوقف كل الإشكالات العملية التي طرحت في المدونة القديمة، وذلك لعدة عوامل منها تغييب كثير من الفاعلين الاقتصاديين والحقوقيين أثناء إعداد هذه المدونة إذ فضلاً على الصياغة القانونية غير الدقيقة وعدم الالتزام بالمصطلحات القانونية، فإن المدونة في شكلها الحالي لم تسلم من السلبات بل وطرحت إشكالات أخرى، قد تكون أكثر عمقا من سابقتها من قبيل مسألة ازدواجية القانون من خلال عدم الإشارة لظهير 1974/05/21 المتعلق بزجر الإدمان على المخدرات الذي تصل فيه العقوبة الحبسية إلى عشر سنوات، في حين أن الحد الأقصى للعقوبة الحبسية في ظل مدونة 2000/06/5 هو ثلاث سنوات، الأمر الذي سوف يؤدي إلى خلق إشكالات قانونية على المستوى النظري والتطبيقي.²⁸⁰

ومن المواضيع التي كانت محط خلاف ونقاش متباين والتي تعايش المدونة الجديدة، كما عايشت سابقتها مسألة تدخل إدارة الجمارك كمطالبة بالحق المدني في قضايا المخدرات أمام المحاكم الزجرية.

ولعل المتتبع للأحكام والقرارات القضائية يلاحظ أن القضاء ينقسم بين قابل لهذا التدخل ورافض له، ولكل حيثياته وسنده، وهكذا يلاحظ أن المعرضين لهذا التدخل تدرجوا في حيثيات رفضهم لهذا التدخل بتوالي التعديلات المدخلة على مدونة الجمارك، إذ تم في البداية الاستناد إلى كون المخدرات مادة محظورة وحيازتها غير مشروعة، ومن ثم فإنها لا تخضع لأداء الرسوم الجمركية ولا تعفى منها،

²⁷⁸ - الجليلي القيدومي، م.س، ص: 58.

²⁷⁹ - الفصلان 253- 255 من مدونة الجمارك.

²⁸⁰ - المعطي الجبوجي، م.س، ص: 59.

وقد تبنت هذا الموقف عدة محاكم بما فيها المجلس الأعلى الذي جاء في إحدى قراراته " المخدرات بضاعة محظورة بطبيعتها ولا تقبل التداول الدولي كسلعة تقبل الاستيراد والتصدير، وبالتالي لا يمكن جعلها أساساً لتدخل إدارة الجمارك للمطالبة بالحقوق المدني، إذ لا تطبق بشأنها الأنظمة الجمركية" 281

وبعد صدور التعديل الجديد ل 2000/06/5 وبعد أن أضفت المدونة صراحة في مادتها الأولى على المخدرات صبغة بضاعة وبالتالي أصبحت قابلة للاستيراد والتصدير حسب المفهوم تغيرت حيثيات هذا الاتجاه ليسند في رده لمطالب إدارة الجمارك على الفقرة الثانية من مقتضيات المادة 219 من المدونة. 282

ووجه علة الرفض في هذه الفقرة أن المخدرات لا قيمة لها في السوق الداخلية ولا يمكن اللجوء إلى السوق السوداء لتحديد بضاعة غير مشروعة، واستيفاء الحقوق الجمركية عليها فضلاً على ذلك يضيف رواد هذا الاتجاه أن المادة 115 من نفس المدونة تنص على أنه لا تطبق هذه الأنظمة على البضائع المحظورة الآتية بصرف النظر عن الاستثناءات الخاصة بكل نظام من الأنظمة الموقفة المبينة أعلاه وتمت الإشارة في هذه المادة إلى المخدرات والمواد المخدرة.

وبالمقابل يستند المؤيدون لتدخل إدارة الجمارك في هذا الباب إلى كون المخدرات هي بضاعة، وبالتالي فإن كل البضائع التي تمر عبر الحدود الجمركية تستوجب أن تكون موضوع تصريح وترخيص وفق المقتضيات الجاري بها العمل في باب الاستيراد والتصدير والحيازة، ويمكن بالإضافة إلى ذلك اعتماد النقط التالية:

1- المشرع لما أعطى صبغة بضاعة للمخدرات والمواد المخدرة في مدونة الجمارك من خلال المادة الأولى ولما نص في المادة الثانية من قانون 0974/05/24 أنه يعاقب من استورد أو أنتج أو صنع أو حمل أو صدر أو أمسك بصفة غير مشروعة المواد والنباتات المصنفة كمخدر، فإنه - المشرع - أضفى صبغة الشرعية على المخدرات وجعلها في الأصل مشروعة وأن سوء استعمالها هو الغير مشروع ولم يعد الأصل أنها محظورة.

2- فيما يتعلق بمقتضيات المادة 115 من المدونة والذي يستند عليه البعض أيضاً لرد هذه المطالب يجب بداية توضيح أن القانون الجمركي يشتمل على ثلاثة أنواع من الأنظمة الجمركية: الأنظمة العادية وتشمل الاستيراد والتصدير، الأنظمة الخاصة وهي المنصوص عليها في المواد 164 مكرر من المدونة، الأنظمة الاقتصادية الخاصة بالجمرك وتشمل على نظام الاسترداد (الدراوباك)، الأنظمة الموقفة (الفصل 114 من المدونة) وتستهدف إنعاش وتصدير الاقتصاد الوطني والتبادل التجاري بإنعاش الصادرات وجلب العملة الصعبة وإنعاش الاستثمار وخلق فرص الشغل، والملاحظ أن المادة 115 وردت في الباب الأول من الجزء الخامس المتعلق بالأنظمة الاقتصادية الخاصة بالجمرك (الأنظمة الموقفة/ الاسترداد) ومن ثم فإن المقصود بالأنظمة الجمركية التي لا تطبق على المخدرات هي الأنظمة الاقتصادية الخاصة بالجمرك طالما أنها بضاعة محظورة لا تصلح بطبيعتها لأن تدخل ضمن هذه الأنظمة في أهدافها التي منها تشجيع الصناعة الوطنية والمساهمة في تنميتها.

3- الفقرة الثانية من الفصل 219 من المدونة تتحدث عن قيمة الشيء موضوع التهريب في حالة جيدة في السوق الداخلية - وتطبق مفهوم هذه الفقرة على المخدرات لبضاعة يعني أنه بالفعل للمخدرات قيمة بالسوق الداخلية، فالمشرع عندما تحدث عن القيمة قال " قيمة الشيء في حالة جيدة بالسوق الداخلية" ومن ثم فإن المخدرات التي توصف بأنها في حالة جيدة والتي لها قيمة بالسوق هي تلك المخدرات التي تستغل كمادة أولية لتحضير الأدوية، والاستعمالات المشروعة الأخرى والتي تقصدها المدونة ووصفها بالبضاعة

²⁸¹ - أورده في مؤلفه، المعطي الجبوجي، م.س، ص: 60.

²⁸² - المادة 219 " والقيمة الواجب اعتمادها لحساب الغرامة هي قيمة الشيء في حال جيدة بالسوق الداخلية في تاريخ ارتكاب الغش ولو لم تكن البضائع المعنية محل تجارة مشروعة".

والقابلة لأداء الرسوم والمكوس المستحقة، وتكون بالتالي محل تصريح وترخيص بالاستيراد والتصدير، والجدير بالذكر هنا أنه من القواعد الإجرائية التي يتم بها الاستيراد أو التصدير أن الشخص الذي يريد استيراد بضاعة ما وجب عليه التأكد من أن البضاعة ليست محظورة الاستيراد أو التصدير وليست مضرّة بالصحة أو الأمن أو الأخلاق أو الدين.

ويضاف إلى هذه الشروط العامة شروط خاصة بأنواع معينة من البضائع ومنها المخدرات التي تقتضي الحصول على ترخيص في استيرادها بمعنى آخر أن تكون لهذا الشخص المستورد أو المصدر صفة للتعامل بهذا النوع من البضائع (المختبرات المصنعة للأدوية) مثلاً.

ومن ثم فإن المخدرات التي ضبطت في إطار التهريب فهي لا تخضع لهذه الشروط الصحية وللمقاييس العلمية وليست محل تصريح وترخيص بالنسبة لمن ضبطت بحوزته، لذلك فإنها تدخل في عداد البضائع المغشوشة والتي تقدر قيمتها في هذه الحالة بقيمة المخدرات المسموح بتصديرها، واستيرادها بالمعايير العلمية ووفق المقضيات القانونية المعمول بها في هذا الإطار، مما يصعب على تدخل هذه إدارة الجمارك صبغة التدخل لمبرر والمشروع في هذا الباب. 283

قد تسأل البعض عن إمكانية اللجوء إلى الخبرة لتقدير القيمة الحقيقية لهذه البضاعة موضوع التهريب والتي ينزع المعنى بالأمّ في قيمتها بعلّة أنها قد تكون أقل بكثير من القيمة المقدرة من طرف إدارة الجمارك والحال أن هذا التساؤل لا مجال لطرحه ما دام أن المادة 219 من المدونة تنص على قيمة الشيء في حالة جيدة بالسوق الداخلية، بمعنى أن البضاعة التي تحجز لا ينظر إلى جودتها وإنما إلى مثيلتها في حالة جيدة بالسوق الداخلية ولم ترقى البضاعة المحجوزة إلى الجودة العليا. من خلال هذا يتضح أن الاتجاه الثاني له من لمقومات التي ترقى به إلى درجة قبول المطالب المدنية لإدارة الجمارك في قضايا المخدرات، وفي هذا الإطار جاءت عدة قرارات تؤكد ذلك. 284

والجدير بالتركيز عليه أيضاً بهذا الخصوص أنه بالإضافة إلى نصوص المدونة فإن إدارة الجمارك تستمد مشروعية تدخلها كمطالب بالحق المدني في قضايا المخدرات من المعاهدات الدولية، ولاسيما معاهدة فيينا التي التزم فيها المغرب بمحاربة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمواد السامة، مما يتعين معه تفعيل دور إدارة الجمارك في مكافحة هذه الآفة، وملاحقة مقترفي هذه الأفعال سواء عند الاستيراد أو التصدير أو الحيازة داخل الدائرة الجمركية أو داخل التراب الخاضع لمراقبة الحيازة القانونية للبضائع، وكذا داخل مخازن وساحات الاستخلاص الجمركي حسب ما يقضي به الفصل 279 مكرر مرتين من المدونة.

المحور الثاني: المتابعة في جرائم المخدرات

يترتب على ارتكاب الجرائم الجمركية إحالة المشتبه فيهم على القضاء قصد محاكمتهم طبقاً لأحكام مدونة الجمارك، وهذا ما ينص عليه الفصل 249 منها، وبذلك تكون المتابعة القضائية هي المآل الطبيعي لأي جريمة جمركية جنحة كانت أو مخالفة.

وحسب الأصل فإن النيابة العامة هي التي تباشر المتابعات الجنائية، وإذا كان قانون الجمارك لم يخرج عن هذه القاعدة فإنه تضمن أحكاماً خاصة تضطلع بمقتضاها إدارة الجمارك بدور مميز في مباشرة المتابعات وفي إنهاؤها، وذلك اعتباراً للطابع المميز للجريمة الجمركية

²⁸³ - المعطي الجبوجي، م.س، ص: 63.

²⁸⁴ - أنظر القرار عدد 1437 بتاريخ 2002/04/32 ملف جنائي 999/8/6/1803 غير منشور، أورده المعطي الجبوجي وجاء فيه " حيث ان القرار المعون فيه والذي برأ المتهم من جنحة محاولة تصدير وتهريب بضاعة محظورة وقضى بعدم الاختصاص في المطالب المالية المقدمة من طرف إدارة الجمارك، إذ اكتفى بقوله " أن تهمة محاولة تصدير بضاعة محظورة غير مكتب الجمرک فإنها لا تستند على أي نص قانوني يوجب التصريح بالمخدرات عند مكاتب الجمارك وأن المخدرات ممنوع التعامل بشأنها ومخالفة المنع يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون، وليس عدم التصريح بها لدى الجمارك في حين أن الركن القانوني متوفر في الفصول المستدل بها وأن جميع البضائع المستوردة أو المصدرة يجب أن يصرح بها عند عبور الحدود دون استثناء أو تقليد لمفهوم البضائع فتشمل المستعملة لغرض مشروع أو لغرض غير مشروع لذا تكون المحكمة عندما أصدرت قرارها المطعون فيه على النحو المذكور قد خرقت القانون وجاءت بتعليل خاطئ، الأمر الذي يعرضه للنقض والإبطال.

التي تتولد عنها دعوتين، دعوى عمومية لتطبيق العقوبات على المتهم وأخرى مدنية أو جبائية للحكم لإدارة الجمارك بالغرامات والرسوم الجمركية..

إن الحديث عن مباشرة المتابعات القضائية في إطار جرائم المخدرات يقتضي منا الحديث عن وظيفة إثارة الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة وكيف أن للإدارة حق مزاحمة صاحبة الأصل في الدعوى العمومية (الفقرة الأولى) على أن نتحدث في الشق الثاني من هذا المطلب عن مسطرة التقاضي في الدعوى الجمركية وكذا الاختصاص (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مزاحمة إدارة الجمارك النيابة العامة بشأن الدعوى العمومية

يشكل امتياز تحريك إدارة الجمارك للدعوى العمومية الجمركية امتلاكها مصير إثارة الدعوى العمومية وفق شروط وإجراءات خاصة، سواء أثناء تحريك الدعوى العمومية أو أثناء إثبات ارتكاب الجرائم الجمركية. مما يجعلها ولاعتبارات تقنية تتعلق بالمادة الجمركية وأخرى قانونية تتعلق بالقوة الإثباتية لمحضرها ذات تأثير على النيابة العامة وتقدير وسائل الإثبات وتقييمها، وإذا كانت كل من النيابة العامة وإدارة الجمارك تملكان سلطة المتابعة في الدعوى الجمركية، فما هي حدود كل واحد منهما ؟

للإجابة على هذا التساؤل بشكل مفصل يقتضي الأمر تخصيص (أولا) لإثارة وتحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة ثم اختصاص إدارة الجمارك في تحريك المتابعة (ثانيا).

أولا: إثارتهما من طرف النيابة العامة

إن كل مخالفة جمركية تنشأ في شقها الجزري دعوى عمومية لإيقاع عقوبات شخصية أو مالية كما سبق الإشارة إلى ذلك سلفا. ومعلوم أن تحريك الدعوى العمومية في الأصل بيد النيابة العامة وإلى جانبها خول لجهات أخرى صلاحية مشاركتها في ذلك ومن هذه الجهات نجد إدارة الجمارك.

وتبعا لذلك لإبراز دور النيابة العامة في تحريك الدعوى الجمركية، واستنادا لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 249 من م.ج.و.الذي جاء فيها: " وفي حالة ارتكاب جنحة من الجرح الجمركية المنصوص عليها والمحددة في الفصلين 279 مكرر مرتين والفصل 281 بعده، يتولى تحريك الدعوى العمومية النيابة العامة أو الوزير المكلف بالمالية أو مدير الإدارة أو احد ممثليه المؤهلين لذلك .. "

هكذا يتضح أن المشرع فرق في تحريك الدعوى العمومية بين الجرح والمخالفات وجعل من طبيعة العقوبة المعيار المعتمد لتحديد اختصاصات كل من إدارة الجمارك والنيابة العامة، 285 فكلما تعلق الأمر بجرح جمركي إلا وخول للنيابة العامة إمكانية تحريك الدعوى الجمركية. 286 والغاية من ذلك يرجع لخطورة هذه الجرائم على الاقتصاد الوطني (التهريب) وكذلك المجتمع (المخدرات) وكونه أيضا لا يعاقب عليها بعقوبة مالية فقط كما هو الشأن بالنسبة للمخالفات بل بعقوبات بدنية. 287

وعندما تحرك النيابة العامة المتابعة بشأن هذه الجرح فإن إدارة الجمارك تملك حق التدخل بجانبها والمطالبة بتوقيع الغرامات المالية، فهي بذلك تملك صفة المطالب بالحق المدني عندما تتقدم بمطالبها المدنية تبعا لدعوى عمومية جارية، وهذه الصفة تخول للإدارة صلاحيات واسعة عززت مكائنها في جميع مراحل الدعوى العمومية ويظهر لنا ذلك وكما سبق ذكره من خلال ما يلي:

- استئناف الأحكام الابتدائية حتى ولو لم تكن الإدارة حاضرة في هذه المرحلة.
- تحكم إدارة الجمارك في مصير الدعوى في سائر المراحل بحيث يحق للإدارة التنازل أو المصالحة بشأنها.

²⁸⁵- عادل العلوي، تحريك الدعوى العمومية في ضوء المحاضر الجمركية، رسالة لنيل الماستر من جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، ص: 12.

²⁸⁶- عادل اعزيبي، م.س، ص: 14.

²⁸⁷- هذه الجرح التي تملك النيابة العامة حق المبادرة في تحريك الدعوى العمومية بشأنها تتمثل في " الفئة المنصوص عليها في الفصل 279 مكرر مرتين والفئة المنصوص عليها في الفصل 281 من م.ج.

أ- طرق إثارة الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية:

يعود لوكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية ضمن دائرة الاختصاص الممنوح له بموجب المادة 44 من ق.م.ج حق إقامة الدعوى العمومية ضد مرتكبي إحدى جرائم المخدرات والشركاء والمساهمين ونعرض فيما يلي بإيجاز لهذه الطرق.

- **الحالة الأولى:** تتعلق بالمطالبة بإجراء التحقيق، حيث يلتبس وكيل الملك من قاضي التحقيق بإجرائه بصفة اختيارية في الجرح المرتكبة من طرف الأحداث وفي الجرح التي يكون الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها خمس سنوات وأكثر.²⁸⁸
- **الحالة الثانية:** الاستدعاء للجلسة أو الاستدعاء المباشر، وبمقتضاه يتم توجيه وثيقة رسمية وموقعة إلى المتهم حيث يتم إشعاره بأن قضيته ستحال على جلسة الأحكام بتاريخ معين في الاستدعاء.²⁸⁹
- **الحالة الثالثة:** تعرض المتهم مباشرة على الجلسة دون اللجوء إلى استدعائه في حالة ضبطه متلبسا بجرح أو بسبب انعدام ضمانات الحضور، حيث يتم استنطاقه من قبل وكيل الملك أو نائبه وإشعاره بحقه في تنصيب محام ثم يتم التوقيع على محضر الاستنطاق وبعدها يتم عرض المتهم في حالة اعتقال على جلسة الأحكام إذا ما كانت منعقدة أثناء ذلك، أو يتم إيداعه السجن في حالة ما إذا كانت الجلسة غير منعقدة ولكن شريطة عرض المتهم وإحالاته على الجلسة داخل أجل 3 أيام، إضافة لذلك يمكن تقديم المتهم وهو في حالة سراح مؤقت إلى الجلسة إذا قدم كفالة مالية أو شخصية.²⁹⁰

ب- إثارة الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة لدى محكمة الاستئناف

- **الحالة الأولى:** ضبط المتهم في حالة تلبس بجناية لا يكون التحقيق الإعدادي فيها إجباريا، حيث يحال المتهم بعد استنطاقه من طرف الوكيل العام للملك أو نوابه وبوجود محام له رهن الاعتقال على غرفة الجنايات داخل 15 يوما إذا كانت القضية جاهزة، أما إذا لم تكن جاهزة فيتم تقديم ملتمس إلى قاضي التحقيق لإجراء تحقيق إعدادي.
- ويستشف من هذه الوسيلة مساس كبير بحرية المتهم خاصة الإبقاء عليه إلى حين استفاد إجراءات التحقيق المتصفة بطولها.
- **الحالة الثانية:** قيام الوكيل العام للملك بواسطة التماس بإجراء تحقيق إعدادي في القضية سواء كان التحقيق إجباريا أو اختياريا، احتراماً لمقتضيات المادتين 83 و 84 من ق.م.ج. وتجدر الإشارة إلى أنه حتى في حالة وجود إمكانية لتطبيق الإحالة المباشرة فلا مجال لسلوكلها إذا تعلق الأمر بإجراء تحقيق إجباري.

ثانيا: إثارته من طرف إدارة الجمارك

سبقت الإشارة إلى أنه واستثناء من القواعد العامة التي أسندت للنياية العامة حصريا إقامة الدعوى العمومية وممارستها، أنه في المجال ينحصر تحريك الدعوى العمومية من طرفها في الجرح الجمركية، وأن هذا الاختصاص بدور تتقاسمه مع الوزير المكلف بالمالية أو مدير الإدارة أو أحد ممثليه المؤهلين لذلك، بل وحتى بعد إقامة الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة فإن إدارة الجمارك تصبح هي المتحكمة في مسارها ذلك أن تصلح الإدارة مع المتهم يؤدي إلى سقوط ليس فقط دعوى المطالبة بالتعويض المقدمة من طرفها وإنما الدعوى التي أثارته النيابة العامة وذلك بخلاف القواعد العامة التي تقضي بأن تنازل المطالب بالحق المدني عن الدعوى المدنية التابعة لا تأثير له على الدعوى العمومية.

ويترتب عن تحريك المتابعة من طرف إدارة الجمارك دعوى عمومية وأخرى مدنية عند تقديمها لمطالبها المدنية، وترتبط الاستجابة لمطالبها المدنية المقدمة من طرفها بثبوت الجرح الجمركية، وهي في موضوع هذا البحث الجرح الجمركية المتعلقة بالمخدرات أي الجرح

²⁸⁸ - المادة 40 و 83 من ق.م.ج.

²⁸⁹ - المادتان 311 و 312 من ق.م.ج.

²⁹⁰ - المواد 56 و 385 و 74 من ق.م.ج.

المنصوص عليها في الفصل 279 مكرر مرتين من المدونة، وبانتفاء الجنحة ينتفي الأساس القانوني للحكم بالتعويض المتمثل في الغرامة والمصادرة وفي حالة تحريك المتابعة من طرف إدارة الجمارك دون النيابة العامة، فإنه يتعين على المحكمة مناقشة العناصر التكوينية للجنحة الجمركية، وأن تبين أوجه اقتناعها في حالة المؤاخذة من أجلها وليس الاقتصار فقط على مناقشة المطالب المدنية لإدارة الجمارك، غير أن بعض الحكام الابتدائية، التي تمكنت من الاطلاع عليها تكتفي بمناقشة مطالب إدارة الجمارك، وتحكم لها بالتعويض عند تحريك إدارة الجمارك لشكاية بخصوص الجرح الجمركية اقتصار النيابة العامة على المتابعة بظهير 0974/05/27 دون البت في الجرح الجمركية المستند إليها في المطالبة بالتعويض والقول ما إذا تمت الإدانة من أجلها من عدمه ومثال ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بأزيلال، والذي توبع فيه المتهم - حسب ما يتبين من ديماجته- بجرح حيازة المخدرات واستهلاكها والاتجار فيها، طبقا للفصلين 1 و 8 من ظهير 1974/05/21 وعند مناقشة المحكمة القضية جاء في حيثيات الحكم " حيث تابعت النيابة العامة الظنين من أجل ما سطر أعلاه.

وحيث اعترف الظنين أمام المحكمة باستهلاكه للمخدرات.

وحيث تبعا لذلك تكون جنحة استهلاك المخدرات ثابتة في حقه واقتنعت المحكمة بإدانته من أجلها.

وحيث إن إنكاره للحيازة والاتجار في المخدرات أمام المحكمة يفنده اعترافه المضمن بمحضر البحث التمهيدي الذي يوثق بمضمونه والذي تأكد من خلاله للمحكمة بأنه يتاجر في مادة الشيرا.

وحيث بناء على ذلك اقتنعت المحكمة بأن جنحتي حيازة المخدرات والاتجار فيها ثابتتين في حقه واقتنعت بإدانته من أجلهما.

وحيث نظرا لظروفه الاجتماعية ارتأت المحكمة منحه ظروف التخفيف.

وحيث من الثابت أن الظنين ضبطت بحوزته كمية من مخدر الشيرا واعترف تمهيدا بأنه يتاجر في المادة المذكورة.

وحيث لم يدل الظنين بأي سند صحيح يبرر حيازته للمادة المذكورة التي تعتبر بضاعة حسب قانون الجمارك مما تكون معه مطالب إدارة الجمارك مبررة ويتعين الاستجابة لها.

وحيث يتعين تحميل الظنين الصائر مع الإجماع في الأدنى".

غير أن منطوق الحكم المذكور لم يتضمن الجنحة الجمركية التي على أساسها تمت الاستجابة لمطالب إدارة الجمارك وقد جاء في منطوقه " بمؤاخذة الظنين من أجل المنسوب إليه والحكم عليه بعشرة أشهر حبسا نافذا وغرامة نافذة قدرها 2000 درهم، مع الصائر والإجماع في الأدنى وبأدائه لفائدة إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة دعيمة في شكل تعويض قدره 630.000 درهم مع إتلاف المحجوز من المخدرات ومصادرة المبلغ المالي لفائدة الخزينة العامة وباقي المحجوز لفائدة الأملاك المخزنية مع الصائر والإجماع في الأدنى".

وأساس هذه الملاحظات دور ممثلي إدارة الجمارك في تحريك المتابعات بخصوص الجرح الجمركية، ذلك أنها بعد تقديم شكايتها في مواجهة المتهم تصيح الدعوى العمومية قائمة في حقه ويتعين على المحكمة إما التصريح بالإدانة أو بالبراءة حسب الأحوال.

ومن خصوصيات هذه الدعوى أنه في حالة قيام النيابة العامة وحدها بتحريك المتابعة وصدور الحكم الابتدائي في حالة عدم استدعاء إدارة الجمارك فإنه يخول لهذه الأخيرة أن تنتصب كطرف مدني أمام محكمة الاستئناف استنادا لمقتضيات الفصل 258 من مدونة الجمارك شأنه في حالة تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة طبقا لأحكام الفقرة الأولى من الفصل 249 أعلاه وجب إشعار إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة لذلك واستدعاؤها لجلسة الأحكام قصد إيداع طلباتها.

على أنه يجوز لها بكيفية استثنائية في حالة ما إذا لم يسبق استدعاؤها بصفة قانونية استئناف الحكم الصادر فيما يخص عقوبتي الغرامة والمصادرة خلال العشرة أيام الموالية لتاريخ تبليغ الحكم. 291

الفقرة الثانية: الاختصاص ومسطرة التقاضي في دعوى الجمارك

سوف يجرنا الحديث في هذه الفقرة للتعرض للاختصاص (أولا) ثم في مرحلة ثانية تبيان الطرق القانونية المتوفرة لتحريك الدعوى العمومية بالنسبة لإدارة الجمارك (ثانيا).

أولاً: المحكمة المختصة

الاختصاص القضائي بشكل عام هو السلطة المختصة لجهة قضائية ما للنظر في نزاع معين، والاختصاص المقصود على نوعين اختصاص نوعي واختصاص محلي أو مكاني.

فالاختصاص النوعي أو الوظيفي هو الذي يحدد نصيب أو ولاية كل جهة قضائية على حدة من المنازعات القضائية بالنظر إلى طبيعة الدعوى، فيختص القضاء المدني في الدعوى المدنية، والقضاء التجاري بالدعوى التجارية، القضاء الإداري بالدعوى الإدارية...

أو الاختصاص المحلي فالمراد به هو تحديد نصيب أو ولاية جهة قضائية معينة من المنازعات القضائية داخل نطاق ترابي معين بمقتضى القانون. فما هي الجهة القضائية المختصة نوعياً وترابياً بالبت في طلبات إدارة الجمارك في قضايا المخدرات.

- المحكمة المختصة نوعياً للنظر في مطالب إدارة الجمارك

إن الجهة القضائية التي يعود لها حق البت في المنازعات الجمركية هي المحاكم العادية (الغرفة الجنحية) وليس الغرفة المدنية ولا المحاكم الإدارية. 292 استناداً إلى الفصل 214 من المدونة الذي جاء فيه " الغرامات الجبائية تصدر عن المحاكم الجزرية "

فضلاً عن المادة 252 من قانون المسطرة الجنائية التي جاء فيها ما يلي " تختص المحاكم الابتدائية بالنظر في الجناح والمخالفات " التي تنسجم والفصل المذكور أعلاه، باعتبار أن الأفعال التي تشكل خرقاً للقوانين الجمركية هي بمثابة جناح ومخالفات يبقى من اختصاص القضاء الجزري البت فيها وفي المطالب المالية المقدمة من طرف إدارة الجمارك على أساسها.

²⁹¹ - للتفصيل أكثر أنظر مسعود كربوب، خصوصية القواعد الموضوعية والإجرائية للجناح الجمركية المتعلقة بالمخدرات، بحث نهاية التخرج فوج 35 ، ص: 66-65.

²⁹² - وإن كان هناك بعض الرأي الفقهي الذي يرى بأن المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص بالبت في المنازعات الجمركية في حالة مخالفة القوانين والتنظيمات الجمركية بعلّة أن المنازعات الجمركية تكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون العام وهو إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة، وشخص عادي وهو المخالف، ويبدو أن لهذا الموقف الفقهي كان يستند على ما كان معمولاً به قبل تعديل مدونة الجمارك لصادرة في 1977/10/9 والتي طالها تعديل بموجب الظهير الشريف الصادر بتاريخ 2000/06/5 بحيث كان من اختصاص المحاكم الإدارية نظر المنازعات الجمركية الجزرية عن طريق الصلاحية التي كانت تخول لإدارة الجمارك إصدار الغرامة في حق المخالفين للقوانين الجمركية، إذ هنا كانت المحاكم الإدارية مختصة بفرض رقابتها على المقرر الإداري القاضي بالغرامة المذكورة باعتباره يدخل ضمن المقررات الإدارية المنصوص عليها في المادة 8 من القانون رقم 41-90 المحدث للمحاكم الإدارية.

كما استند الموقف المذكور الذي يعطي الاختصاص لجهة القضاء الإداري على عدم وضوح مقتضيات الفصل 252 من المدونة من حيث الجهة المختصة قضائياً حينما جاء بها " ترفع الجناح والمخالفات إلى المحاكم المختصة وفقاً للقواعد القانونية العادية " وعموماً يبقى الرأي شاذاً وقد حاد عن جادة الصواب ولم يساير مقتضيات الفصل 214 من المدونة التي سميت في لجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات الجمركية في الغرفة الجنحية في المحاكم العادية.

وللمزيد من المعلومات والتفاصيل أنظر، ريمان عزيزة ، المنازعات الجمركية، تقرير لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، كلية الحقوق عين الشق الدار البيضاء، السنة 1999-2000، ص: 30.

كما أنه وبالرجوع إلى المقتضيات القانونية الوارد النص عليها في ظهير 1974/05/21 المتعلق بجزر الإدمان على المخدرات، وكذا الفصل 279 مكرر من مدونة الجمارك يتضح بأنها تحدد العقوبات الزجرية التي يتعين الحكم بها على مرتكبي الأفعال الجرمية المنظمة بمقتضى الظهير أعلاه أو الجناح الجمركية المنظمة بمقتضى الفصل 279 مكرر و 279 مكرر مرتين و 281 من مدونة الجمارك، وأن العقوبات الجزائية لا يمكن الحكم بها إلا من طرف المحاكم العادية والغرفة الجنحية.

وإن كان الأصل هو اختصاص " الغرفة الجنحية " بالمحاكم العادية بنظر جميع الدعاوى العمومية الجمركية بما فيها تلك المرتبطة بالفصلين 279 المكرر مرتين و 281 وقضايا المخدرات والمطالب المالية المقدمة من طرف إدارة الجمارك فإن هناك استثناء يقع على الأصل المذكور، ويتعلق الأمر بحالة فريدة ينزع فيها الاختصاص عن القضاء الزجري بخصوص الدعاوى العمومية ومطالب إدارة الجمارك المالية المبنية عليها وتسند صلاحية البت فيها إلى جهة قضائية أخرى، وهي الحالة التي تكون فيها الجرائم الجمركية مرتكبة من قبل أشخاص تختص المحاكم العسكرية بمفردها بمحاكمتهم، وبذلك فهنا إذا ما عرضت على الغرفة الجنحية قضايا المخدرات مقترفة من قبل من هم خاضعون لمقتضيات قانون العدل العسكري لسنة 1971 ينبغي عليها التصريح بعدم الاختصاص وإحالتهم على المحكمة العسكرية للاختصاص، وباعتبار أن المحكمة العسكرية لا تختص بقوة القانون بالبت في الدعاوى المدنية التابعة مما يتعين معه على إدارة الجمارك في هذه الحالة تقديم طلبها الرامي إلى تمكينها من الغرامات الجبائية ضد المتهم إلى الغرفة المدنية عملاً بمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 214 من المدونة، التي جاء فيها " إذا كانت لقضية معروضة أمام المحكمة العسكرية جاز للإدارة أن تقدم طلب التعويض إلى محكمة مدنية". 293.

- الجهة المختصة تراييا بالبت في طلبات إدارة الجمارك

بالرجوع إلى مقتضيات مدونة الجمارك لم نثر على أي نص يحدد المحكمة المختصة تراييا للنظر في مطالب إدارة الجمارك مما يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لقانون المسطرة الجنائية لاسيما المادة 259 منه التي جاء فيها " يرجع الاختصاص مع مراعاة القسمين الأول والثاني من الكتاب السابع من هذا القانون إلى المحكمة التي يقع في دائرة نفوذها إما محل ارتكاب الجريمة وإما محل إقامة المتهم أو محل إقامة أحد المساهمين والمشاركين معه في الجريمة وإما محل إلقاء القبض عليهم أو على أحدهم ولو كان القبض مترتباً عن سبب آخر.

وإن كانت هذه المدة حددت النطاق الترابي الذي يعطي الاختصاص للقضاء الزجري فإنه مع ذلك يجب مراعاة قواعد الاختصاص الاستثنائية التي تحددها المحاكم الزجرية المختصة تراييا للبت في الجرائم بشكل عام والجمركية بشكل خاص المقترفة من بعض الفئات عملاً بمقتضيات المواد 246، 265، 288 من ق.م.ج.

ثانياً: طرق تحريك الدعوى العمومية بالنسبة لإدارة الجمارك

إن المتابعة في جرائم المخدرات تخضع لنفس مسطرة التقاضي المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية وفي هذا للصدد جاء قرار المجلس الأعلى " حيث أن المشرع لئن أعطى لإدارة الجمارك المتابعة كما أعطى ذلك للنيابة العامة فإن تلك المتابعة يجب أن تخضع لنفس الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية" 294

وبصفة عامة يوجد نوعان من طرق تحريك المتابعة

²⁹³ - زكرياء العروسي، تدخل إدارة الجمارك في قضايا المخدرات بحث لنهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 36 لسنة 2009-2011، ص:

82.

²⁹⁴ - قرار المجلس الأعلى عدد 177/3 الصادر بتاريخ 2001/11/24 في الملف عدد 26434/00 غير منشور أورده الباحثة فاطمة علل، تدخل إدارة الجمارك في قضايا المخدرات بحث لنيل الماستر في القانون الخاص بكلية الحقوق بطنجة 2013-2014، ص: 93.

1- عن طريق الشكاية:

توجه الشكاية إلى النيابة العامة للمحكمة المختصة بالنظر بالتعاون المشترك والارتباط الوثيق بين إدارة الجمارك والنيابة العامة ويتم تحرير الشكاية باسم الأمر بالصرف لإدارة الجمارك مرفوقة بالمحاضر والوثائق الضرورية وتتضمن هوية المشتكى به والوقائع كما هي ثابتة في المحاضر والجنح المرتكبة، فصل المتابعة، وطلب فتح متابعة في القضية، كما ترفق الشكاية بأصل المحاضر والمستندات والطلبات المدنية، وفي حالة التلبس يقدم الظنين إلى النيابة العامة مرفوقا بالشكاية والوثائق الضرورية قبل انصرام الآجال القانونية للحراسة النظرية.

وبعد التكليف القانوني والمتابعة من طرف النيابة العامة، تعين القضية في أول جلسة حيث تتقدم الإدارة بملتمساتها المنظمة لمطالب الإدارة فيما يتعلق بالتعويضات والغرامات والمصادرات سواء خلال الجلسة لدى رئيسها أو مباشرة لدى كتابة الضبط بالمحكمة المختصة مع تضمين الملتزمات عبارة (جميع التحفظات) بالنسبة لباقي المتورطين وكذا الأفعال التي يتم الكشف عنها فيما بعد.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم تقديم الملتزمات يعد بمثابة التنازل عنها. 295

2- عن طريق الاستدعاء المباشر

حسب المادة 348 من ق.م.ج فإن الدعوى العمومية ترفع إلى المحكمة عن طريق الاستدعاء المباشر الذي تسلمه النيابة العامة أو المطالب بالحق المدني للمتهم أو عند الاقتضاء المسؤولين عن الحقوق المدنية وهذا الخير هو الطريق العادي الذي تسلكه إدارة الجمارك للمتابعة في الجرائم الجمركية ما لم تكن النيابة العامة قد أثارت المتابعة طبقا للفقرة أ من الفصل 249 من قانون المسطرة الجنائية.

وإذا ما عاينا ما جاء في المادة السالفة نلاحظ أن المسؤول عن الحقوق المدنية أو المطالب بالحق المدني هو الذي يسلم الاستدعاء للمتهم، غير أن ما يجري عمليا هو اقتصار إدارة الجمارك على طلب استدعائه أمام المحكمة. والاستدعاء المسلم للمتهم يجب أن يتضمن اليوم والساعة محل انعقاد الجلسة ونوع الجريمة وتاريخ اقترافها والنصوص القانونية المطبقة بشأنها، وهذا الأمر يبقى على إدارة الجمارك تحديده.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس ما يمنع من تقديمه إلى النيابة العامة لأنها هي المكلفة عمليا بتوجيه الاستدعاءات وحتى لو قدمت أمام المحكمة، فإن هذه الأخيرة تحيله على النيابة العامة لتضمنه بسجل القضايا الذي تمسكها وتعطيه رقمه الترتيبي في القضايا المعروضة على المحكمة. ويقدم طلب الاستدعاء في صورة دعوى تشمل اسم وعنوان ومقر إقامة كل من المدعي والمدعى عليهم ووقائع الجريمة ومبلغ التعويض المطالب به، كما يرفق طلب الاستدعاء بأحد المحاضر بشأن الجلسة المراد متابعتها، والاستدعاء المباشر يتطلب توقيع جميع عناصر الإثبات.

الأمر الذي يتعذر في كثير من الأحيان مما يدفع إدارة الجمارك إلى اللجوء إلى الشكاية.

وتقدم إدارة الجمارك مطالبها بصفتها مطالب بالحق المدني على أنها تعفى من الرسوم القضائية، كما أسفر عن ذلك المجلس الأعلى، ويعد الحضور إلزاميا، حيث أنه في حالة غياب بدون مبرر يصبح الحكم بمثابة حضوري وغير قابل للطعن. 296

3- تمثيل الإدارة أمام المحاكم:

ينص الفصل 258 من ق.م.ج على أنه " يمكن أن تعين الإدارة من يمثلها في الجلسة ويعرض ممثلها في القضية على المحكمة ويودع طلباته".

²⁹⁵- فاطمة علل، م.س، ص: 93.

²⁹⁶- فاطمة علل، م.س، ص: 94.

وتمنح هذه التمثيلية بناء على مقرر تفويض موقع من طرف السيد المدير العام لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة يقر فيه ما يلي:

" تمنح الصلاحية للسيدة(ة) ... قصد تمثيل إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة أمام محاكم المملكة والقيام في هذا الإطار بجميع لإجراءات التي يخولها له القانون".

ولا يقتصر تمثيل الإدارة أمام المحاكم على الحضور وإيداع الطلبات فقط وإنما يشمل أيضا عرض القضية للمناقشة والرد على دفعات الخصم والإجابة عن الاستفسارات التي يمكن أن تقدم للمحكمة في الجلسة مع طلب أجل للإجابة عليها وكذا على الاستفسارات المثارة لتهيئ مذكرات جوابية عنها.

خاتمة

إن هدف المشرع المغربي في إطار مدونة الجمارك وفق آخر تعديل لها لسنة 2000 هو زجر وردع كل من ارتكب جنحة المخدرات، وما يستتبع ذلك من حماية لأمنه الصحي والاجتماعي والاقتصادي من جهة، ودعم خزينة الدولة لما تشكله الغرامات الجمركية من موارد مالية على الصعيد الاقتصادي.

النظام القانوني لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية في القانون الجزائري (دراسة تحليلية)

✍ **كركوري مباركة حنان**

دكتورة في قانون الأعمال
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة قاصدي مرباح - ورقلة (الجزائر)

الملخص:

لقد كرس المشرع الجزائري النظام القانوني لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية في التشريعات التجارية والعقابية، حيث تتجلى معالم جريمة تعسف المسير في استعمال هذه الأموال بما يخالف مصلحة الشركة والشركاء المساهمين فيها؛ لذلك لابد من تحديد الإطار المفاهيمي لهذه الجريمة وأهم الأركان التي تقوم عليها هذا من ناحية، وناحية أخرى تحديد الأحكام المنظمة للجريمة وذلك بتحديد نطاقها الشخصي وحصره على مسيري الشركة التجارية والقائمين بإدارتها دون غيرهم، وكذا كيفيات توقيع الجزاءات الجنائية والمدنية على كل من ثبتت مسؤوليته في ارتكاب الفعل المجرم.

الكلمات المفتاحية:

الاستعمال التعسفي لأموال الشركة- المسير- الشركة التجارية- أركان الجريمة- النطاق الشخصي- الجزاء الجنائي- الجزاء المدني.

Summary:

The Algerian legislator has established the legal system for the crime of arbitrary use of the company's commercial funds in commercial and penal legislation, where the features of the crime of arbitrary march in the use of these funds are manifested in contravention of the interests of the company and its shareholders; Therefore, it is necessary to define the conceptual framework for this crime and the most important pillars that do so on the one hand, and on the other hand, define the provisions regulating the crime that define its personal scope and limit it to the directors of the commercial company and the rules for managing it excluding others, as well as the modalities for inflicting criminal and civil sanctions on everyone who has proven responsibility in the period of the act Criminal.

Key words:

Arbitrary use of company funds- the manager- the commercial company- the elements of crime- the personal domain- the criminal penalty- the civil penalty.

مقدمة:

تعتبر الشركات التجارية ركيزة أساسية بسبب دورها الهام في تطور النشاط الاقتصادي والتجاري، لأن هذه الشركات تمثل عصب رئيسي في ازدهار الحياة الاقتصادية والتجارية والمالية على حد سواء على المستوى الوطني في الجزائر، إلا أن ما تواجهه الشركات التجارية اليوم من تحديات اقتصادية كبرى تهدد استمرارية نشاطها وتؤثر على سمعتها بين منافسيها وكل ذلك قد يكون بسبب تصرفات بعض مسيري الشركة الذين يسيئون ويتعسفون في استعمال أموالها الخاصة لمصالحهم الشخصية، وهو ما يضر بمصلحة الشركة كشخص معنوي ومصلحة الشركاء والمساهمين فيها.

وهو الأمر الذي استدعى بالمرشح الجزائري أن يواكب هذه التطورات والتحولات الاقتصادية من خلال إصداره لترسانة من التشريعات والنصوص القانونية كان الهدف الأساسي من ورائها هو حماية الذمة المالية للشركة والمساهمين، فضلا عن ضرورة توفير المناخ الملائم لتلك المنشآت-الشركات التجارية- لأداء دورها الاقتصادي المنشود، فنجاح هذه الأخيرة وتطورها وازدهارها يعتمد بالخصوص على حسن إدارتها وتسييرها وحمايتها من كل التصرفات المجرمة التي قد يأتيها بعض المسيرين في كل من شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة والمتعلقة بالتعسف في استعمال أموال الشركة التجارية.

وتتجلى أهمية البحث في دراسة النظام القانوني لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية في القانون الجزائري والمنصوص على أحكامها في القانون التجاري، وقانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجزائية وذلك من ناحيتين؛ فمن ناحية لا بد من تحديد مفهوم جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية وتحديد أركان قيامها، ومن ناحية أخرى البحث في النطاق الشخصي لهذه الجريمة وتحديد شخصية القائمين عليها وتصرفاتهم المجرمة وهو ما يترتب عنه فرض مسؤوليتهم الجزائية والمدنية.

وهذا يؤدي بنا إلى طرح الإشكالية التالية: **فيما تتمثل جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية وما هي الآثار القانونية المترتبة عن تحققها؟**

وتندرج ضمن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات الفرعية نوردتها فيما يأتي: ما المقصود بجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية؟ وهل يمكن مسألة المسير باعتباره شخصا طبيعيا أو معنويا لارتكابه الفعل المجرم؟ وما هي الجزاءات الجنائية والمدنية المقررة على مسيري الشركة التجارية؟

وللإجابة على الإشكالية والتساؤلات المطروحة تم استخدام المنهج التحليلي من خلال وصف وتحليل النصوص القانونية الخاصة في التشريع الجزائري والواردة في كل من القانون التجاري وقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، وقد تناولت نصوص هذه القوانين تحديد أركان وأحكام جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية.

وقد ركزت هذه الدراسة في الإجابة على الإشكالية المطروحة على محورين أساسيين؛ بدءا بتحديد الإطار المفاهيمي لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية (المحور الأول)، ثم التفصيل في الأحكام المنظمة لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة في القانون الجزائري (المحور الثاني)، وستعرض إلى هذه تفصيل هذه المسائل تباعا في المحاور الآتية:

المحور الأول: الإطار المفاهيمي لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية

تتجلى معالم جريمة تعسف المسير في استعمال أموال الشركة التجارية، من خلال تسليط الضوء على الإطار المفاهيمي لهذه الجريمة وذلك بتحديد تعريف فقهي وقانوني لها (أولا)، ثم محاولة معالجة أسس قيام هذه الجريمة في إطار القانون التجاري والعقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، عن طريق تحديد أهم الأركان المكونة لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة والمتمثلة في الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي (ثانيا)، وهو ما سنبينه في يلي:

أولاً: تعريف جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية

تعرف الجريمة بأنها ظاهرة اجتماعية وواقعة قانونية ناتجة عن انتهاك نصوص قانونية سواء كان هذا الانتهاك صادر من قبل شخص طبيعي أو معنوي، ويتجسد في ضرورة القيام بفعل أو الامتناع عنه²⁹⁷، ويعرف الاستعمال التعسفي لأموال الشركة بأنه كل استعمال لأموال أو اعتماد الشركة من طرف المسير بسوء نية استعمالاً مخالفاً لمصلحة الشخص المعنوي، وذلك من أجل تحقيق مصلحة الشخصية سواء كانت مصلحة مباشرة أو غير مباشرة.

ويعود أصل التنصيص على هذه الجريمة في القانون الفرنسي الذي تناول أحكام هذه الجريمة في المادة 15 من قانون 24 جويلية لسنة 1867 المعدل بالمرسوم الصادر في 08 أوت 1935 والذي طبقها على أحكام شركتي المساهمة وذات المسؤولية المحدودة²⁹⁸، وقد كان هدف المشرع الفرنسي من إقرار جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة على مسيري الشركة التجارية هو توسيع متابعة الأفعال الاحتيالية المرتكبة إلى أكبر عدد ممكن، وبهذا تتم معاقبة كل الجرائم المرتكبة أثناء التسيير²⁹⁹.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد تبنى النهج الفرنسي الذي أقر بجنحة إساءة استعمال أموال الشركة حيث تم تنظيم أحكام وأركان هذه الجريمة وفق أحكام قانونية خاصة في القانون التجاري، حيث يشترط لقيام جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة أن تتوافر في الجاني صفة معنية وهو إما أن يكون رئيس الشركة، أو أحد القائمين بإدارته لأعضاء مجلس الإدارة، أو المديرين العامين.

وفيما يتعلق بالأحكام المنظمة لتسيير شركة المساهمة نجد المادة 03/811 و04 من القانون التجاري التي تقضي بأن يتولى مجلس إدارة شركة المساهمة مسيرين يتألف عددهم من 03 على الأقل ومن 12 مسير على الأكثر، ينتخبون من قبل الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العامة العادية وينتخب مجلس الإدارة من بين أعضائها رئيساً يتولى تحت مسؤوليته الإدارة العامة للشركة ويمثلها في علاقاتها مع الغير، كذلك يسأل مصفي الشركة في جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة أياً كان شكل تلك الشركة طبقاً لنص المادة 01/840 من نفس القانون³⁰⁰.

وفيما يتعلق بأحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة يسأل مسيري الشركة عن جريمة إساءة استعمال أموال الشركة طبقاً لأحكام المادة 04/800 و05 من القانون السالف الذكر، بحيث يكون المسير شخص أو عدة أشخاص طبيعيين، كما قد يكون أيضاً شريكاً أو تم اختياره كشخص أجنبي، وقد يكون معينا من قبل الشركاء في القانون الأساسي للشركة أو تم تعيينه بعقد لاحق³⁰¹.

ومن خلال ما سبق ذكره نتوصل إلى أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفاً محدداً لجريمة التعسف في استعمال أموال الشركة التجارية، بل اكتفى بتحديد وتعداد الأفعال التي تشكل إساءة في استعمال هذه الأموال، ومنه يمكننا تعريف هذه الجريمة بأنها استعمال

²⁹⁷ - زادي صفيق، جرائم الشركات التجارية، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين- سطيف، السنة الجامعية 2016، ص 05.

²⁹⁸ - pour plus détails, voir les dispositions Décret-loi du 8 août 1935 modifiant la loi du 24-07-1867 sur les sociétés en ce qui concerne la responsabilité pénale des administrateurs et le choix et les attributions des commissaires, la publication sur le site web: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

²⁹⁹ - زكري ويس ماية، جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة، السنة الجامعية 2005، ص 04.

³⁰⁰ - المادة 03/811 و04 من الأمر رقم 59-75 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-05، الجريدة الرسمية عدد 11، المؤرخة في 09 فيفري 2005.

³⁰¹ - انظر: المادة 04/800 و05 من الأمر رقم 59-75 المتضمن القانون التجاري الجزائري.

مسيرى الشركة التجارية لأموالها من أجل أغراضهم ومصالحهم الشخصية بسوء نية مع علمهم التام بأن ذلك يخالف تماما مصلحة الشركة بهدف تفضيل مصلحة شركة أو مؤسسة أخرى فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة لهم.

ثانيا: الأركان الأساسية لقيام جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة التجارية

تخضع جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة التجارية لنفس الأركان لنفس الأركان المكونة لجميع الجرائم في القانون الجزائري، فهذه الجريمة لا تقوم إلا بتوفر ثلاثة أركان أساسية متمثلة في الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي، وسنفضل في هذه الأركان في النقاط التالية:

أ- الركن الشرعي: إن الركن الشرعي في جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة يمثل السند القانوني للفعل المجرم، وهو الأمر الذي يقتضي بوجود نص يعاقب على هذه الجريمة طبقا للمبدأ القائل بأنه "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن غير قانون" 302.

وبناء على ذلك فإن السند القانوني الذي يجرم فعل التعسف في استعمال أموال الشركة ويحدد نطاقها وعقوبتها تم النص عليه في المادة 01/800 و03 و04 من القانون التجاري الجزائري، وقد اعتبر نص هذه المادة بفقراتها الثلاث سندا شرعيا لكل الأفعال التي تدخل في نطاق جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية، سواء ما تعلق منها بالأفعال أو ما تعلق منها بالأشخاص، حيث قضت بأن "يعاقب بالسجن لمدة 05 سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط...المسيرون الذين استعملوا عن سوء نية أموالا أو قروضا استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصلحة الشركة تلبية لأغراضهم الشخصية أو لتفضيل شركة أو مؤسسة أخرى لهم فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة".

ب- الركن المادي: يتكون الركن المادي لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة من عنصرين أساسيين هما الفعل المتمثل في استعمال مال الشركة التجارية، واستعمال هذا المال بما يخالف مصلحة الشركة كشخص معنوي؛

ويقصد بفعل استعمال مال الشركة التجارية هو "القيام باستخدام شيء ما"، وهذا يعني استخدام مال مملوك للشركة بشكل مخالف لمصلحتها بغية تحقيق أغراض شخصية، وهو كل تصرف يقع على أموال الشركة، حيث يكفي أن يقوم المسير باستعمال عنصر من عناصر الذمة المالية للشخص المعنوي لتحقيق غرض شخصي ومخالف للمصالح الاقتصادية للشركة.

والغرض من تبني المشرع الجزائري لهذا المصطلح هو بسبب اتساع مفهومه، إذ يمكن أن يشمل جميع أوجه الاستعمال، لأن هذا المصطلح يدل على القيام باستخدام شيء ما، وعدم تحديد نطاقه يؤكد على أنه يشمل أفعال أخطر متمثلة في الاختلاس والتبديد والنصب وغيرها من التصرفات غير المشروعة، وهو الأمر الذي يسمح للجهات القضائية بمتابعة واسعة للمسيرين مرتكبي هذه الجريمة.

في حين أن المال محل جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة هو كل قيمة إيجابية في الذمة المالية للشركة -المال بمعناه الواسع-، سواء كان مالا منقولاً أو عقارا، أو مالا ماديا أو معنويا، وسواء كان ظاهرا في حسابات الشركة أو مستترا، ويستوي في ذلك أن يكون هذا المال عاما تابعا للدولة أو خاصا تابعا للخواص.

بمعنى أن أصول الشركة تشمل مجموع الأموال الثابتة والمنقولة، والملكية الأدبية والصناعية المكونة للذمة المالية للشركة والتي تخصص للوفاء بغرضها دون أن يكون هناك تمييز بين رأس المال الأساسي أو الاحتياطي، كما لا يجب استثناء الدفاتر المحاسبية أو غيرها المملوكة للشركة أي كل عقاراتها ومنقولاتها وعتادها وسلعها ومخزونها و مساكنها، و ما لها من ديون وحقوق وإيجارات وكذلك الأموال المعنوية من علامات تجارية وبراءات اختراع 303.

³⁰² - المادة 01 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

³⁰³ - انظر: وحى فاروق لقمان، سلطات ومسؤوليات المديرين في الشركات التجارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ص 93.

أما العنصر الثاني يتمثل في استعمال المال بما يخالف مصلحة الشركة التجارية -الضار بمصلحة الشركة- والمقصود به هو كل تصرف يخالف مصلحة الشركة، وهناك نظريتين حول مفهوم مصلحة الشركة؛ تتمثل النظرية الأولى في أنها تقوم على القواعد العامة في العقود وتعتبر أن الشركة عقد تختلط فيه مصلحة الشركة بمصلحة الشركاء، إذ يرى أنصار هذه النظرية أن الشركة لم تنشأ من أجل إرضاء مصلحة أخرى غير مصلحة الشركاء الذين لهم وحدهم أهلية اقتسام أرباح الشركة فيما بينهم³⁰⁴.

في حين أن النظرية الثانية تعتبر الشركة نظام قانوني يقوم على فكرة النظرية المؤسسية التي تعتبر أن مصلحة المؤسسة هي المصلحة العليا، دون الأخذ بأي اعتبار لمصلحة الشركاء على أساس أن الشركاء المساهمين هم الذين أضفوا الشرعية والشخصية المعنوية للشركة³⁰⁵، ومن خلال ما سبق نجد أن جريمة إساءة استعمال أموال الشركة لا تحمي مصلحة الشركاء المساهمين فقط وإنما تحمي أيضاً الدمة المالية للشركة باعتبارها شخص معنوي.

وفيما يتعلق بمسألة مدى مخالفة مصلحة الشركة يمكننا القول أن السلطة التقديرية تعود لقاضي الموضوع والذي يفصل فيما إذا كان هذا الاستعمال مخالفاً لمصلحة الشركة التجارية أم لا رغم صعوبة إثبات بعض أفعال مسيري الشركات التجارية، باعتبار أن هذا التقدير في حد ذاته يعتبر محل جدال أمام الجهات القضائية الجزائرية، وهذا يرجع لسببين؛ حيث يتمثل السبب الأول في أن التعبير عن إرادة الشركة يكون من طرف الشركاء الذين يقررون إذا ما كان الفعل المرتكب من قبل المسير يمس بمصلحة الشركة من عدمه، أما السبب الثاني فيتمثل في عدم قدرة قاضي الموضوع على التدخل في تسيير شؤون الشركة بدون دعوى قضائية قائمة ضد أحد مسيري الشركة³⁰⁶.

ج- الركن المعنوي: تصنف جريمة إساءة استعمال أموال الشركة ضمن الجرائم العمدية، إذ لا بد لقيام هذه الجريمة صدور هذا الفعل المجرم بقصد وإرادة من قبل الجاني³⁰⁷، في ارتكاب الفعل مع التيقن التام بأنه يعد مخالفة لأحكام القانون الجزائي، وتتطلب إرادته توافر القصد الجنائي والذي ينقسم إلى نوعين قصد جنائي عام وقصد جنائي خاص؛

لقد عرف الأستاذ *NORMAND*- القصد الجنائي العام بأنه "علم الجاني أنه يقوم مختاراً بارتكاب الفعل الموصوف جريمة في القانون وعلمه أنه يخالف أوامر ونواهي"، كما عرفه أيضاً الأستاذ *GARRAUD*- بأنه "إرادة الخروج على القانون بعمل أو بامتناع، أو هو إرادة الإضرار بمصلحة القانون الذي يفترض العلم به عند الفاعل"³⁰⁸، في حين عرفه الأستاذ *GARCON*- بأنه "إرادة ارتكاب الجريمة كما حددها القانون، وهو علم الجاني أيضاً بمخالفة نواهي القانون التي يفترض دائماً العلم بها"³⁰⁹.

ومنه يعد القصد الجنائي العام أحد العناصر الأساسية المكونة للركن المعنوي في جريمة إساءة استعمال أموال الشركة، ولقيامه يتوجب يتوفر كل من العلم والإرادة، حيث يتمثل أساس قيام القصد الجنائي العام في سوء نية المسير مرتكب الفعل المجرم، ذلك أن "سوء النية" يعتبر عنصراً أساسياً في جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة.

³⁰⁴- ثروة عبد الرحيم، موسوعة القضاء والفقه للدولة العربية، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ص 02.

³⁰⁵- Annie Medina, Abus de bien sociaux, Prévention-Détection-Poursuite, Dalloz, Référence Droit de l'entreprise éditions, Dalloz, 2001, p 91.

³⁰⁶- Annie Média, Op.cit. p118.

³⁰⁷- Tayeb Belloula, droit pénal des affaires & des sociétés commerciales, Berti Editions, Alger, 2011, p62.

³⁰⁸- الشياسي إبراهيم، الوجيز في شرح العقوبات الجزائي القسم العام، دار الكتاب اللبناني للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2001، ص 27.

³⁰⁹- فرج رضا، شرح قانون العقوبات الجزائي القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 41.

ويعتبر "سوء النية" عنصرا أساسيا في جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة، حيث تعرف النية المجرمة بأنها الإرادة أو الرغبة في الوصول إلى النتيجة، أو بأنها الإرادة في ارتكاب فعل مع التيقن من خرق القانون الجزائري³¹⁰، ذلك أن المشرع الجزائري يستعمل عادة عدة مصطلحات من بينها "عمدا، عن قصد، إراديا، علما، وبسوء نية".

وفي هذا الصدد حددت كل من المواد 04/800 و03/811 و01/840 الواردة في نصوص القانون التجاري بأن المسير الذي ارتكب جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة كان يملك إرادة لارتكاب هذه الجريمة، وقد ورد بصريح العبارة بأن "المسيرون الذين استعملوا عن سوء نية أموالا أو قروضا للشركة"، كما تفرض العلم والإدراك المسبق للمسير بأن هذا الاستعمال يخالف مصلحة الشركة حيث أكدت ذلك المواد السالفة الذكر بعبارة "استعمالا يعلمون أنه مخالف لمصلحة الشركة"³¹¹.

في حين أن القصد الجنائي الخاص يتمثل في نية الفاعل التي دفعته إلى ارتكاب الفعل فالقصد الجنائي الخاص لا يوجد بصفة مستقلة ولا تقوم به الجريمة أي أن القصد الجنائي الخاص يكمل عنصر القصد الجنائي العام، لذلك فإن توفر القصد الخاص في جريمة عمدية يفترض بصفة حتمية توافر القصد الجنائي العام، أما توافر هذا الأخير لا يفترض دائما توافر القصد الجنائي الخاص، لكن قد يعتد المشرع أحيانا في بعض الجرائم بالباث الذي أدى إلى ارتكاب الجريمة إلى جانب القصد الجنائي العام.

ويعرف القصد الجنائي الخاص بأنه الباعث، والباعث هو الإحساس أو المصلحة التي قد تدفع الجاني إلى ارتكاب الجريمة، والباعث في جريمة إساءة استعمال أموال الشركة يتمثل في استعمال المسير لأموال الشركة استعمالا مخالفا لمصلحتها أي بهدف تحقيق أغراض شخصية، أو من أجل تفضيل شركة أو مؤسسة أخرى له فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة³¹².

المحور الثاني: الأحكام المنظمة لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة في القانون الجزائري

يمكن السبب الرئيسي في تجريم كل فعل من شأنه أن يشكل تعسفا في استعمال أموال الشركة التجارية في رغبة المشرع الجزائري في المحافظة على الذمة المالية للشركة والمساهمين فيها، من خلال إقراره للأحكام القانونية المنظمة للجريمة، وذلك بتحديد نطاقها الشخصي وحصره على مسيري الشركة التجارية والقائمين بإدارتها دون غيرهم (أولا).

ثم نحدد كفاءات توقيع الجزاءات الجنائية والمدنية المفروضة كنوع من أنواع الردع الذي فرضه المشرع على مسير شركة المساهمة أو الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذي ثبتت مسؤوليته في ارتكاب الجريمة (ثانيا)، وسنفصل في أحكام الجريمة على النحو الآتي بيانه:

أولا: النطاق الشخصي لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية

تقوم جريمة إساءة أو الاستعمال التعسفي لأموال الشركة بناء على بعض التصرفات التي يرتكبها المسيرون في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ومجلس الإدارة والمديرين العامين القائمين بالإدارة في شركة المساهمة، حيث تعدد كفاءات الاستعمال الذي تقوم معه الجريمة؛ ومن بينها المبالغة في تضخيم مصاريف المهام الموكلة إليهم فضلا عن مصاريف النقل والتنقل والتزود بالبنزين على حساب الشركة، وذلك بدون تقديم أي تبرير يوضح أن هذه المصاريف ضرورية وحقيقية وكانت تخدم فائدة ومصلحة الشركة التجارية، كما تعتبر المصاريف الخاصة للمسيرين التي تسدد على حساب الشركة تعسفا في استعمال أموالها.

³¹⁰ - عبد الرحمن توفيق أحمد، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص بالجرائم الواقعة على الأموال وفق أحدث التعديلات، ط 11، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 45.

³¹¹ - انظر: حركاتي جميلة، المسؤولية الجنائية لمسيري المؤسسة العمومية الاقتصادية، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عام، فرع تنظيم اقتصادي، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2013، ص 179.

³¹² - Annie Medina, op. Cit, P 210.

ومن بين كفاءات الاستعمال التعسفي لأموال الشركة أيضا استعمال عقارات وممتلكات الشركة، للأغراض الشخصية التي لا تخدم مصلحتها وتعرضها للإفلاس، فضلا عن استعمال ائتمان الشركة لتسديد الديون الشخصية كقيام المسير بضمان نفسه بواسطة الشركة عن طريق تأمينات عينية كالرهن العقاري أو قيامه بتأمينات شخصية كالكفالة والضمان الاحتياطي، أو قيامه بقبول صفاتج المجاملة باسم الشركة ولحسابه الخاص³¹³، وفيما يتعلق بالفاعل الأصلي لمرتكب جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة نجد أن المادة 03/811 من القانون التجاري قد حددت نطاق تطبيق الجريمة على جميع القائمين بإدارة شركة المساهمة، والذين يمكن أن يكونوا أشخاصا معنويين أو طبيعيين.

وقد جسد المشرع الجزائري مبدأ متابعة الشخص المعنوي عن كل الجرائم المرتكبة، وكرس هذا المبدأ بصريح العبارة في نصوص قانون العقوبات، وعلى وجه التحديد في نص المادة 51 مكرر منه، والتي قضت بأنه "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك"³¹⁴.

ويتوجب على الشخص المعنوي القائم بالإدارة في هذه الحالة أن يختار ممثلا دائما عنه، بحيث يكون شخص طبيعي يخضع لنفس الشروط والواجبات ويتحمل نفس المسؤوليات المدنية والجزائية كما لو كان قائما بالإدارة باسمه الخاص، وذلك دون المساس بالمسؤولية التضامنية للشخص المعنوي الذي يمثلته³¹⁵.

وإذا كان مسير الشركة التجارية شخص طبيعي فإنه وبحسب النصوص القانونية الواردة في القانون التجاري الجزائري، لا يعتبر مسير للشركة فقط بل هو مساهم فيها ومعين من طرف الجمعية العامة من أجل ضمان سيرها، وبصفته الفردية هذه لا يمثل صلاحيات الإدارة وإنما مجلس الإدارة هو الذي يتمتع بسلطات واسعة جدا من أجل التصرف باسم الشركة في أي ظرف كان.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك جانب من الفقه يعتبر أن مجلس الإدارة لا يقوم إلا بالمداومة دون التصرف وإنما يمنح هذه الامتيازات إلى رئيس مجلس الإدارة، وبالنسبة لشركة المساهمة إذا كان القائم بالإدارة ليس رئيس للشركة فلا يمكنه أن يقوم بتسييرها وفي حالة قيامه بالتسيير فعلا فإنه يعتبر مسير فعلي لشركة المساهمة³¹⁶.

غير أن المسير الفعلي في شركة المساهمة لا يسأل عن التسيير الفعلي، وإنما يسأل عن التعسف في استعمال أموال الشركة باعتباره قائما بالإدارة وأقدم على ارتكاب الأفعال التي كانت تهدف لتحقيق مصالحه الخاصة، وفي هذا الصدد تنص المادة 03/811 التي سبق الإشارة إليها بأنه "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها"³¹⁷.

ثانيا: الجزاءات القانونية المقررة على المسير مرتكب جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية

إن توقيع الجزاء على مرتكب جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية هو نوع من أنواع الردع الذي فرضه المشرع الجزائري على مسير الشركة الذي ثبتت مسؤوليته في ارتكاب الفعل المجرم، حيث يخضع هذا الأخير إلى نوعين من العقوبات جزاء جنائي وجزاء مدني؛

³¹³ - شريقي نسرين، الإفلاس والتسوية القضائية، ط 11، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 102.

³¹⁴ - المادة 51 مكرر من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

³¹⁵ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج 2، ط 8، دار هوم، الجزائر، 2003، ص 113.

³¹⁶ - زكري ويس مابة، المربع السابق، ص 112.

³¹⁷ - المادة 03/811 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري الجزائري.

أ- الجزء الجنائي: ينقسم الجزء الجنائي إلى عقوبة وتدابير أمن، وتنقسم العقوبة في حد ذاتها إلى عقوبة سالبة أو مقيدة للحرية كالسجن والحبس كما تأخذ أيضا شكل العقوبة المالية، ويعاقب على جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة باعتبارها جنحة بعقوبات أصلية تتمثل في الحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

حيث تقرر هذه العقوبة على كل مسيري الشركات ذات المسؤولية المحدودة وذلك طبقا لما ورد في نص المادة 04/800 من القانون التجاري، كما يعاقب أيضا رئيس شركة المساهمة والقائمون بإدارتها ومديروها العامين وذلك حسب ما أقرته المادة 03/811 من نفس القانون.

كما أقر المشرع أيضا إلى جانب العقوبات الأصلية عقوبات تكميلية نوعية راعى فيها طبيعة الجريمة المرتكبة ومدى خطورتها وقد نص عليها في المادة 09 من قانون العقوبات والتي تقضي بأن "العقوبات التكميلية هي 1- الحجر القانوني، 2- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، 3- تحديد الإقامة، 4- المنع من الإقامة، 5- المصادر الجزائية للأموال، 6- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، 7- إغلاق المؤسسة، 8- الإقصاء من الصفقات العمومية، 9- الحظر من إصدار الشيكات و- أو استعمال بطاقات الدفع، 10- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، 11- سحب جواز السفر، 12- نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة" 318.

وطبقا لنص المادة 03/04 من قانون العقوبات فإن العقوبات التكميلية يحكم بها بصفة مستقلة عن العقوبات الأصلية حيث قضت بأن "العقوبات التكميلية هي تلك التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، وهي إجبارية أو اختيارية" 319، وبناء على ما سبق فإن المسير الذي حكم عليه في جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة لا يعاقب بالمنع من التسيير أو الإدارة كعقوبة تكميلية، وذلك لعدم وجود نص قانوني صريح في نص المادة 09 سالف الذكر.

وفي هذا الصدد لابد من الإشارة إلى جريمة الإخفاء حيث تعتبر جريمة مستقلة، إلا أنها لا تتواجد إلا عند ارتكاب الجريمة الأصلية المتمثلة في التعسف في استعمال أموال الشركة، فلا تقوم جريمة الإخفاء إلا إذا كان الاستعمال المتعسف فيه سابقا لها وسمح بتحقيقها، لأن الإخفاء يعتبر تمهيد لقيام هذه الجريمة، ولتحققها لابد من توفر عنصرين هما العنصر المادي والعنصر المعنوي؛

حيث يتمثل العنصر المادي في فعل الحياة المادية التي يقوم بها المسير للأموال، كإخفاء الأموال أو الاحتفاظ بها في حسابه البنكي أو المصرفي، في حين يتمثل العنصر المعنوي في علم المسير بأن الشيء المتحصل عليه يشكل فعل مجرم مبني على سوء نيته في الإقدام على فعل الإخفاء 320، وهو الأمر الذي أكدته صراحة المادة 387 من قانون العقوبات حيث قضت بأن "كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جناية أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها يعاقب عليها" 321.

ب- الجزء المدني: تعد الدعوى المدنية المرفوعة بالتبعية أمام المحكمة الجزائية أساسا قانونيا للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، ويقصد بالتعويض في مفهومه العام بأنه "إصلاح الضرر الناشئ عن الجريمة، وذلك إما بدفع مقابل مالي عن الضرر وإما برد الشيء إلى صاحب الحق فيه، وإما بدفع ما تكبده من مصاريف مختلفة للحصول على حقه موضوع الدعوى" 322.

³¹⁸ - المادة 09 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

³¹⁹ - المادة 03/04 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

³²⁰ - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 233.

³²¹ - المادة 387 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

³²² - نظير فرج مينا، الموجز في الإجراءات الجزائية الجزائري، ط 33، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 33.

وتجدر الإشارة إلى أن المتضرر الأساسي في جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة يتمثل في كل من الشركة التجارية كشخص معنوي وجميع الشركاء المساهمين فيه ويتخذون صفة الشريك طبقا للقانون الأساسي في الشركة، ويخرج من دائرة الأشخاص المتضررة من هذه الجريمة كل شخص لا يتمتع بصفة الشريك أو المساهم والتي تشكل شرطا ضروريا لقبول الدعوى المدنية، غير أن هؤلاء يمكنهم المطالبة بتعويض الأضرار الناجمة عن هذه الجريمة أمام القضاء المدني³²³.

حيث أن مضمون التعويض في الجزاء المدني هو جبر كل ضرر مادي سواء كان ضرر جسدي أو مالي، فضلا عن التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي الذي أصاب المتضررين، لأن هذه الأضرار تصلح أن تكون سندا للمطالبة بالتعويض المدني أمام القضاء الجنائي، وفي هذا الصدد تنص المادة 04/03 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بأن "تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية"³²⁴.

ومن خلال ما سبق فإن الضرر المادي يتمثل في كل تصرف يهدف بالدرجة الأولى إلى إنقاص الذمة المالية للمضرور وسواء تعلق الإنقاص بالكسب الذي فاته أو الخسارة التي لحقته، أما الضرر الجسدي فهو ضرر يلحق جسم الإنسان ويسبب له آثار مؤقتة أو مستديمة كالعاهات والإصابات التي من شأنها عرقلة أدائه لنشاطاته العادية واليومية، في حين أن الضرر المعنوي أو الأدبي هو كل ما يلحق بالمضرور ويصيبه في شعوره أو سمعته أو شرفه ومن شأنه التأثير بشكل سلبي على معنوياته³²⁵.

والجدير بالذكر أن التعويض عن الضرر الجسدي المذكور في نص المادة 04/03 من قانون الإجراءات الجزائية والمرتبط عن قيام جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة لا ينطبق على الشركة باعتبارها شخص معنوي، لأن الضرر في هذه الجريمة ينحصر إلى الأضرار المالية التي تسبب خسائر تصيب ذمتها المالية بالإضافة إلى التعويض عن الأضرار المعنوية التي تصيبها والتي تؤثر بصفة أساسية على ائتمان الشركة وسمعتها التجارية، لذلك يجب تعويض الشركة في هذه الحالة عن الأضرار المعنوية، عما لحقها من خسارة وما فاتها من كسب سواء كان هذا الضرر متوقع أو غير متوقع³²⁶.

كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن الضرر الذي يصيب الشركاء أو المساهمين في الشركة التجارية أيا كان نوعه ماديًا -جسدي أو مالي- أو معنويًا لا يكون قابلاً للتعويض إلا إذا كان ضرراً حقيقياً وليس احتمالياً، بمعنى أن يكون هذا الضرر محققاً وناتجاً عن جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة فضلاً عن توافر عناصر تقديره بصفة كافية، وسواء كان حالاً تحقق فعلاً وتحدد مداه بصورة نهائية وقت رفع الدعوى القضائية، أو كان الضرر مؤكد الوقوع بعضه أو كله مستقبلاً³²⁷.

كما يجوز للشريك أو المساهم المتضرر أن يطالب أيضاً بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابه، كما هو الحال مثلاً عند اختلاس مبالغ مالية لم تكن قابلة للتوزيع بسبب وضعية العجز الذي تعرفها الشركة التجارية حيث لم يكن في إمكانه التمسك والمطالبة بالتعويض عن الضرر المادي -المالي- كان بإمكانه إذن المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي.

³²³ - انظر: زكري ويس ماية، المرجع السابق، ص 173.

³²⁴ - قانون الإجراءات الجزائية رقم 06/18 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155، الجريدة الرسمية العدد 34، المؤرخة في 10 جوان 2018.

³²⁵ - عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2004، ص 147.

³²⁶ - سعودي محمد توفيق، المسؤولية المدنية والجنائية لأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة عن أعمال الشركة، دار الأمين، 2001، ص 82.

³²⁷ - أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 105.

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة يظهر لنا جليا أن البحث في موضوع النظام القانوني لجريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية في القانون الجزائري يتجلى من خلال تحديد ماهية هذه الجريمة وأحكامها، حيث تعتبر جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة بمثابة حجر الزاوية في القانون الجنائي للأعمال، خاصة وأنها تعتبر من بين الجرائم المستحدثة التي يقوم بها مسيري شركات المساهمة وذات المسؤولية المحدودة، والتي تأثر بشكل سلبي على نشاط الشركات التجارية واستمراريتها وسمعتها في الأسواق التجارية، وبالتالي التأثير على تطور النشاط الاقتصادي والتجاري والمالي في الجزائر، وقد توصلنا بهذا الخصوص إلى جملة من النتائج نوردتها فيما يلي:

- 1- دراسة جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة التجارية من خلال الإلمام بكافة جوانبها، وذلك عن طريق وضع بناء نظري لفكرة ومفهوم تعسف المسير في استعمال أموال الشركة التجارية، وذلك بتسليط الضوء على الإطار المفاهيمي لهذه الجريمة بتعريفها، وكذا محاولة معالجة هذه الجريمة في إطار القانون التجاري والإجراءات الجزائية بتحديد أهم الأركان التي تقوم معها هذه الجريمة والمتمثلة في الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي.
- 2- إن السبب الرئيسي في تجريم الأفعال التي تشكل تعسفا في استعمال أموال الشركة التجارية يعود بالدرجة الأولى إلى رغبة المشرع الجزائري في المحافظة على المال المشترك والمصلحة المشتركة للشركة والمساهمين وهو الأمر الذي يهدف إلى تحقيق وتطوير قطاع الاقتصاد الوطني في الجزائر.
- 3- فرض المشرع الجزائري لعقوبات الحبس والغرامة المالية على المسير في حالة ارتكابه لجريمة التعسف في استعمال أموال الشركة، وذلك بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة مالية من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، حيث أن المشرع الجزائري يفرضه للعقوبات المالية حاول ردع تصرفات المسير وإرهاق ذمته المالية أكثر من فرض العقوبة السالبة للحرية على أساس أن المسير غالبا ما يهدف من خلال تعسفه في استعمال أموال الشركة إلى تحقيق منافع مالية خاصة وشخصية.
- 4- إن النصوص القانونية الواردة في القانون التجاري وقانون الإجراءات الجزائية والمتعلقة بفرض عقوبات على مرتكبي جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة التجارية، تبين بشكل صريح أن مجال تطبيق العقوبات مقتصر فقط على نوعين من الشركات التجارية وهي شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، ويستفاد من ذلك أن مجال تطبيقها لا ينحصر إلى باقي الشركات التجارية الأخرى، سواء كانت شركات أشخاص أو أموال، أو حتى الشركات المدنية.
- 5- إن جريمة تعسف المسير في استعمال أموال الشركة التجارية تهدف إلى حماية المصالح الخاصة للشركة باعتبارها شخص معنوي وللشركات والمساهمين فيها والغير الذي يتعامل معها، فكان لزاماً على المشرع توسيع التصرفات التي تحدد مجال هذه الجريمة لحماية أصول الشركة وثروتها من كل تعسف أو تبديد في استعمال أموالها من قبل مسيرها بوجه عام، بدلا من متابعة المسيرين على أساس جرائم متفرقة كجريمة خيانة الأمانة، جرائم الاحتيال والنصب، وغيرها من الجرائم المتعددة ذات الأثر المحدود الذي لا يشكل أي حماية فعلية لمصلحة الشركة والشركاء والمساهمين والغير المتعامل معها.
- 6- من خلال استقراء الجزاءات المقررة على جريمة التعسف في استعمال أموال الشركة التجارية، يلاحظ جليا أنها عقوبات شديدة وصارمة واردة تتماشى تماما مع خطورة هذه الجريمة، كما أن المشرع فرض عقوبات تكميلية أو تدابير أخرى تضاف إلى العقوبات الأصلية، نظرا لما تسببه هذه الجريمة من ضرر للذمة المالية للشركة التي تؤثر بشكل سلبي على ديمومة نشاطها التجاري وعلى سمعتها في الأسواق، وهو الأمر الذي فرض عليه الأخذ بهذه العقوبات التكميلية والتدابير في مواجهة المسير مرتكب الجريمة من أجل الحفاظ على الثقة التجارية في التعامل.

المراجع والمصادر

أولاً: باللغة العربية

الكتب:

- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج 2، ط 8، دار هوم، الجزائر، 2003.
- أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- ثروة عبد الرحيم، موسوعة القضاء والفقه للدولة العربية، الدار العربية للموسوعات، بيروت.
- سعودي محمد توفيق، المسؤولية المدنية والجنائية لأعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة عن أعمال الشركة، دار الأمين، 2001.
- شريقي نسرين، الإفلاس والتسوية القضائية، ط 11، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.
- الشياسي إبراهيم، الوجيز في شرح العقوبات الجزائية القسم العام، دار الكتاب اللبناني للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
- عبد الرحمن توفيق أحمد، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص الجرائم الواقعة على الأموال وفق أحدث التعديلات، ط 11، دار الثقافة، الأردن، 2011.
- عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2004.
- فرج رضا، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر.
- نظير فرج مينا، الموجز في الإجراءات الجزائية الجزائري، ط 33، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- وحي فاروق لقمان، سلطات ومسؤوليات المديرين في الشركات التجارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي.

المذكرات:

- حركاتي جميلة، المسؤولية الجنائية لمسيرى المؤسسة العمومية الاقتصادية، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عام، فرع تنظيم اقتصادي، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2013.
- زادي صفية، جرائم الشركات التجارية، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لين دباغين - سطيف، السنة الجامعية 2016.
- زكري ويس ماية، جريمة الاستعمال التعسفي لأموال الشركة، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، السنة الجامعية 2005.

النصوص القانونية:

أ-القوانين:

- قانون الإجراءات الجزائية رقم 06/18 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155، الجريدة الرسمية العدد 34، المؤرخة في 10 جوان 2018.

ب-الأوامر:

- الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-02، الجريدة الرسمية عدد 11، المؤرخة في 09 فيفري 2005.
- الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

ثانياً: باللغة الأجنبية

Les ouvrages:

- Annie Medina, Abus de bien sociaux, Prévention-Détection-Poursuite, Dalloz, Référence Droit de l'entreprise éditions, Dalloz, 2001.
- Tayeb Belloula, droit pénal des affaires & des sociétés commerciales, Berti Editions, Alger, 2011.
- Les directives
- Décret-loi du 8 août 1935 modifiant la loi du 24-07-1867 sur les sociétés en ce qui concerne la responsabilité pénale des administrateurs et le choix et les attributions des commissaires, la publication sur le site web: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

ملحة الضحية في إنهاء الدعوى العمومية

الشرقاوي القرقار

دكتور في الحقوق تخصص العلوم الجنائية

ملخص

لقد وضع المشرع المغربي نصب اعينه بمجرد ارتكاب الجرم حماية الشخص الضحية لتحقيق توازن نسبي بينه وبين المتهم، اذ يمكنه من مجموعة من الحقوق أهمها على الخصوص تحريك الدعوى العمومية ومزاومة النيابة العامة في ذلك. ليصبح له دور إيجابي وليس سلبي كما قد يتراءى للبعض.

ولم يقف المشرع المغربي عند حد اعترافه للضحية بحقة في تحريك الدعوى العمومية عن طريق الشكاية المقيدة للنيابة العامة بشأن جرائم محدد حصرا، بل منحه سلطة انهاءها، سواء بإرادته المنفردة عن طريق التنازل، او باتفاق مع المتهم بإبرام الصلح متى توفرت شروط الطريقتين. ولم يكن هذا الحق المعترف به للضحية عبثيا او اعتباطيا، لكنه ينطوي على الكثير من المزايا والأهداف الحميدة والتي لا تنعكس فقط على الضحية نفسه، وانما تعتبر من التوجهات الكبرى للسياسة الجنائية الحديثة.

الكلمات المفتاحية

الضحية، الشكاية المقيدة، التنازل، الصلح، الدعوى العمومية.

Résumé de l'article

Le législateur marocain a jeté son dévolu sur le simple auteur de l'infraction, qui était la victime afin d'atteindre un équilibre relatif entre lui et l'accusé, car cela lui a permis d'avoir un ensemble de droits, dont le plus important était d'engager des poursuites publiques et de concurrencer le procureur à cet égard. Avoir un rôle positif et pas aussi négatif que certains pourraient le penser.

Le législateur marocain ne s'est pas arrêté à la fin de sa reconnaissance du droit de la victime à engager un procès public par le biais d'une plainte restreinte auprès du ministre public concernant des crimes spécifiques exclusivement, mais lui a plutôt donné le pouvoir d'y mettre fin soit, de sa propre volonté par renonciation, soit en accord avec l'accusé pour conclure un rapprochement lorsque les conditions des deux méthodes sont réunies. Ce droit reconnu de la victime n'était ni absurde ni arbitraire, mais il contient de nombreux avantages et objectifs bénins qui ne se reflètent pas seulement sur la victime elle-même, mais sont plutôt considérés comme l'une des tendances majeures de la politique pénale moderne.

مقدمة

مكن المشرع المغربي وعلى غرار باقي التشريعات المقارنة³²⁸ النيابة العامة من كل الوسائل لبسط هيمنتها على كل الإجراءات التي تتخذ في مواجهة المتهم خلال مراحل المسطرة، إلا أن هناك استثناءات على سلطة النيابة العامة جعلت تحريك الدعوى العمومية غير مقتصر عليها، بل أحيانا تقيدها يدها إلا بعد الحصول على موافقة شخص أو جهة معينة،

أي في حالة ما إذا علق المشرع تحريك الدعوى العمومية على تقديم شكوى من المتضرر أو طلب أو إذن، على اعتبار أن الشخص الضحية الذي وقع عليه الفعل الجرمي هو المتضرر المباشر منه، وعلى النيابة العامة أن تراعي حقوقه أمامها.

وبهذا فالنيابة العامة لا تملك أن تتنازل عن حقها في ذلك، وهذا المنع المفروض عليها مستمد من مبدأ عدم قابلية الدعوى العمومية للتنازل،³²⁹ ذلك أن هذه الأخيرة تتعلق بمصلحة المجتمع وليس بمصلحة النيابة العامة نفسها، إلا أنها يمكن أن تقبل لتتنازل عنها في الحالات التي يحددها القانون.³³⁰ وقد أدى التوجه الحديث الذي يرسم المعالم التشريعية المستقبلية لقانون المسطرة الجنائية، إلى الخروج نوعا ما عن مبدأ استثناء النيابة العامة بتحريك الدعوى العمومية والتمرد عليه بإعطاء الضحية الحق في تقرير المناسب من إجراءات المتابعة الجنائية، فيكون له حق تحريك الدعوى بتقديم شكاية،³³¹ كما يحق له إنهاء المتابعة بشرط ألا تشكل الجريمة مساسا بالمصلحة العامة للمجتمع،³³² وهذا ما لا تملكه النيابة العامة التي لا يمكنها التنازل عن الدعوى بعد تحريكها.³³³

إن التفكير في ضرورة إعطاء الضحية دورا في إنهاء المتابعة جاء نتيجة للسلبات التي لحقت بإجراءات الدعوى المعتادة، منها كثرة إحالة القضايا على القضاء لا سيما البسيطة منها، التي يقتصر الاعتداء فيها على الضحية، وكذا توقيع العقوبات السالبة للحرية القصيرة

³²⁸ - تنص المادة 295 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: "تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع، وتطالب بتطبيق القانون وهي تمثل أمام كل جهة قضائية"،

أنظر بهذا الخصوص: سماتي الطيب، سماتي الطيب: "حقوق الضحية خلال الدعوى الجزائية في التشريع الجزائري"، رسالة ماجستير في القانون، تخصص قانون جنائي، جامعة جنيفر، بسكرة 2012، ص: 50.

- وتنص المادة 1 من قانون الإجراءات الجزائية المصري طبقا لأحد التعديلات بالقانون رقم 95 لسنة 2003 على أنه:

"تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون".

³²⁹ - حمدي رجب عطية: "نزول المجني عليه عن الشكوى"، دون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة 2003 ص: 8.

³³⁰ - بو الزيت ندى "الصلح الجنائي" مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام فرع قانون العقوبات والعلوم الجنائية السنة الجامعية، 2008-2009 جامعة ستوري قسنطينة ص: 1.

³³¹ - للتفصيل أكثر أنظر المواد 49 و 3 و 49 م.ج.

³³² - voir: Frédéric DEBOUE et François Falleti. Précisée droit pénal et de procédure pénale 2^{ème} Edition presses Universitaire de France Paris 2006 p 304.

وللغموض أكثر في الجرائم التي يمكن إنهاء المتابعة بشأنها أنظر:

- محمود محمود مصطفى "حقوق المجني عليه في القانون المقارن"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975 ص: 7.

³³³ - وهذا ما يدفعنا إلى التمييز بين الدعوى العمومية التي تمارسها النيابة العامة وبين الدعوى الجنائية الخاصة التي تحركها الضحية باسمها ولصالحها، إذ أن الأولى تكون باسم المجتمع ولصالحه في الحالات التي تمس الجريمة حقا عاما،

أما الثانية فهي تلك الدعوى التي يطالب فيها الضحية بحق له خاص، والتي لا ترفع إلا من صاحب الحق ذاته أو من يمثله من أجل استخلاص التعويض، ويكون ذلك في بعض الجرائم التي حددها المشرع على سبيل الحصر.

- voir aussi: Philippe BONFIKS: Institut pour la justice association à 17 paris 2012 p: 10.

المدة، التي لا تحقق الغرض من الإصلاح، ولا تخدم الضحية الذي قد يخسر أكثر مما يحتاجه لجبر الضرر اللاحق به أمام طول الإجراءات وتشعبها،³³⁴ الشيء الذي دفع القوانين الإجرائية الحديثة إلى الاعتداد بإرادة الشخص الضحية لتحديد مصير سير الدعوى العمومية.³³⁵

ولالإحاطة بدور الضحية في إنهاء الدعوى العمومية فقد قررنا تقسيم هذا البحث إلى مبحثين، نخصص (الأول) إلى دور الضحية في إنهاء الدعوى العمومية بشكل انفرادي وهو التنازل عنها، أما الثاني سنخصصه لبيان دور الضحية في إنهاء الدعوى العمومية باتفاق مع المتهم وهو الصلح الجنائي.

المبحث الأول: إنهاء الدعوى العمومية بشكل انفرادي

الأصل أن النيابة العامة منوط بها إقامة وممارسة الدعوى العمومية ومراقبتها، وتطالب بتطبيق القانون، بصفتها وكالة عن المجتمع، غير أن المشرع رأى في أحوال معينة أن يقيد حرية النيابة العامة في مباشرة الدعوى العمومية والتحكم فيها، هادفا من وراء ذلك إلى تحقيق مصلحة معينة، هي مصلحة الضحية نفسه.

وتحقيقا لذات الهدف فقد منح المشرع المغربي الضحية الحق في التنازل عن شكايته ليعاود تقييد سلطة النيابة العامة من جديد، إذا ما تبين له بعد أن تقدم بشكواه أن من مصلحته التنازل، وبتنازله تنقضي الدعوى،³³⁶ لأن الاستمرار في الدعوى العمومية في نظر الضحية رغما عنه هو تفويت للغرض الذي ابتغى المشرع الجنائي تحقيقه من إعطائه حق التنازل.

ولبيان الحق في التنازل عن الشكاية ونطاقه وكذا آثاره فقد ارتأينا تقسيم هذه المبحث إلى ثلاث مطالب كالتالي:

المطلب الأول: الحق في التنازل عن الشكاية

لقد منحت جل التشريعات التي تأخذ بنظام جرائم الشكوى الضحية الذي تقدم بالشكوى الحق في التنازل عنها بإرادته المنفردة، في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي. ويعد هذا التنازل الذي يصدر من الضحية في هذه الحالة أحد الأسباب الخاصة التي تنقضي بها الدعوى العمومية. كما أن الاتفاق منعقد بين غالبية الفقه العربي،³³⁷ على أن الاعتبارات التي دعت إلى النص على حق الضحية في التنازل عن الشكوى، هي الاعتبارات ذاتها التي ترك فيها المشرع للضحية تقدير ملائمة تحريك الدعوى العمومية من عدمه.

ولبيان حق الضحية في التنازل عن شكايته يقتضي منا الأمر التعرض لتعريف التنازل ومضمونه (أولا)، وطبيعته القانونية (ثانيا) ووقته (ثالثا).

أولا: تعريف التنازل عن الشكاية

بصرف النظر عن كون التنازل حق للضحية يعد كذلك من الأسباب الخاصة لانقضاء الدعوى العمومية،³³⁸ وهو سبب إرادي يرجع إلى إرادة الشخص الضحية سواء كان عاديا أو معنويا، وبتنازل هذا الأخير تنقضي الدعوى العمومية دون تعليق هذا الأثر على إرادة المتهم.

³³⁴- دريسي جمال: "دور الضحية في انتهاء المتابعة الجنائية"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه العلوم "تخصص القانون" جامعة مولود معمري تيزي وزوو السنة 2015-2016 ص: 4.

³³⁵- أسامة أحمد محمد النعيمي: "دور المجني عليه في الدعوى الجزائية"، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، جامعة الموصل السنة 2013 ص: 299.

³³⁶- جمال شديد علي الخرباوي: "حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية"، الطبعة الثانية المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة 2016 ص: 149.

³³⁷- أسامة أحمد محمد النعيمي: "دور المجني عليه في الدعوى الجزائية"، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، السنة 2013 ص: 302.

³³⁸- هناك أسباب عامة لانقضاء الدعوى العمومية نص عليها المادة الرابعة من ق.م.ج. وهي: موت الشخص المتابع، التقادم، العفو الشامل، نسخ المقتضيات الجنائية التي تجرح الفعل، صدور مقرر اكتسب قوة الشيء المقضي به، والصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك.

لم تتضمن أيًا من القوانين التي نصت على حق الضحية في إنهاء الدعوى العمومية عن طريق التنازل عن شكواه المقيدة تعريف التنازل، وإن كانت قد بينت، ونصت ضمن النصوص الإجرائية الأحكام الخاصة به، ورتبت على تحققه انقضاء الدعوى في تلك الجرائم.

أما على صعيد الفقه، فقد تعددت التعاريف التي أوردتها الفقهاء لتعريف التنازل، وتحديد المقصود به، فعرفه البعض بأنه إسقاط للحق من جانب صاحبه، يترتب عليه انقضاء الدعوى القضائية للمطالبة به، فهو تصرف إرادي من جانب واحد، ينتج كافة آثاره القانونية ما دام قد صدر صحيحاً ممن له الحق فيه، بصرف النظر عن إرادة غيره، فالتنازل ينتج أثره ولو كان المتهم راغباً في نظر الدعوى لإثبات براءته.³³⁹

وعرفه البعض بأنه: "هو تصرف قانوني من جانب الضحية يعبر بمقتضاه عن إرادته في وقف الأثر القانوني لشكواه، أي وقف السير في إجراءات الدعوى، وهو حق متولد عن الحق في الشكوى".³⁴⁰

وقد عرفه كذلك البعض بأنه: "تصرف قانوني من جانب الضحية بمقتضيات يعبر عن إرادته في وقف الأثر القانوني لشكواه، وهو وقف السير في إجراءات الدعوى".³⁴¹

وبالتالي فحق الشكوى سابق بالضرورة على حق التنازل عنها، حيث يثبت الحق في الشكوى لصاحبه أولاً، ثم يتولد عنه حق آخر وهو حق التنازل مقابل لحق الشكوى ومترتباً عليه، ويستطيع الضحية بمقتضى حق التنازل أن يوقف السير في الدعوى.³⁴²

ثانياً: الطبيعة القانونية للتنازل

التنازل وكما عرفناه سابقاً هو تصرف قانوني من جانب الضحية بمقتضاه يعبر عن إرادته في وقف الأثر القانوني لشكواه، ومن ثم يكون التنازل ذا طبيعة إرادية واجرائية، كما تختلف هذه الطبيعة بالنظر إلى شخص الضحية المتنازل، فقد يكون ذا طبيعة شخصية أو وظيفية وهذا ما سوف نبينه.

• الطبيعة الإدارية للتنازل عن الشكاية:

يفترض في التنازل حتماً أن يسبقه تقدم الضحية بشكوى في موضوع الجريمة المقترفة، ضد من ارتكبها، بغرض إزالة القيد الإجرائي من على يد النيابة العامة، وإفساح المجال أمامها في تحريك وممارسة الدعوى العمومية عن الجريمة المقدمة عنها الشكاية.

التنازل تصرف قانوني إرادي من الضحية، فالإرادة حالة نفسية متحركة، يتجه بها صاحبها نحو غاية معينة، وليست مجرد رغبة لأن الرغبة حالة نفسية ساكنة لا يتجه بها صاحبها إلى الغير على عكس الإرادة التي يعبر بها الشخص عن رغبته الداخلية بصورة ديناميكية.³⁴³

ولكي تكون هذه الإرادة منتجة لآثارها القانونية في انقضاء الدعوى العمومية، لا بد أن تكون إرادة قاطعة وحاسمة لا رجعة فيها. والتنازل باتاً، فعند تعبير الضحية عن إرادته في التنازل عن شكواه، ينتج هذا التصرف القانوني من جانبه أثره بصورة فورية فلا بد أن تكون هذه الإرادة ناجزة غير معلقة على شرط.

وخلاصة القول إن التنازل تصرف قانوني إرادي يعبر به الضحية عن رغبته نيته في وقف الأثر القانوني لشكواه، يترتب آثاره القانونية في انقضاء الدعوى العمومية دونما توقف ذلك على إرادة أخرى شريطة صدور هذا التنازل من إرادة سليمة خالية من أي عيب.

³³⁹ - محمد زكي أبو عامر: "الإجراءات الجنائية"، دار الجامعة الجديدة، ص: 352 الطبعة السابعة سنة 2005.

³⁴⁰ - حسنين عبيد: "شكوى المجني عليه"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث سنة 1974 ص: 118.

³⁴¹ - مأمون سلامة: "الإجراءات الجنائية في التشريع المصري"، دار النهضة العربية - الجزء الأول سنة 2001 ص: 139.

³⁴² - جمال شديد علي الخرباوي: "حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية"، الطبعة الثانية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، السنة: 2016 ص: 188.

³⁴³ - جمال شديد علي الخرباوي، م.س، ص: 200.

- الطبيعة الإجرائية للتنازل:

إن التنازل عن الشكوى هو حق ذو طبيعة إجرائية، إذ أنه يمثل عقبة إجرائية تحول دون الاستمرار في إجراءات الدعوى العمومية، وإذا كان يترتب على التنازل عدم إيقاع العقاب بحق مرتكب الجريمة، فإن ذلك لا يرجع إلى تعلق أو ارتباط التنازل بحق الدولة في العقاب الذي يشأ بوقوع الجريمة، وإنما يرجع إلى ارتباط التنازل بوسيلة اقتضاء هذا الحق، وهي الدعوى العمومية التي تنقضي بالتنازل.³⁴⁴

وهناك جانب من الفقه يذهب إلى حد القول إن التنازل حق ذا طبيعة موضوعية، بمعنى أنه يتعلق بالجريمة التي نشأ بوقوعها حق الدولة في العقاب، وهو ما يستفاد من خلال الأثر الذي يترتب هذا الجانب من الفقه على التنازل إذ يذهب رأي بعضهم³⁴⁵ إلى اعتبار التنازل سببا من أسباب إنهاء حق الدولة في العقاب إذ هو من الأسباب التي تمحو الجريمة والعقوبة أي يؤدي إلى سقوط الجريمة والعقوبة معا.

ويذهب رأي آخر إلى أن انقضاء الدعوى العمومية بالتنازل يعد قرينة قانونية قاطعة على عدم وقوع الجريمة وبالتالي يجب على المحكمة أن تقتضي في الوقت ذاته براءة المتهم.³⁴⁶

إن ما ذهب إليه الرأي الراجح في الفقه والذي اعتبر التنازل حقا ذا طبيعة إجرائية هو أمر جدير بالتأييد على الأقل من جانبنا، لأن التنازل لا يترتب عليه محو الجريمة وسندنا في ذلك أن المشرع المغربي وعلى غرار باقي التشريعات المقارنة قد اعتبر التنازل أحد أسباب سقوط وانقضاء الدعوى العمومية، وليس أحد أسباب انقضاء حق الدولة في العقاب أي سقوط الجريمة التي نشأ على أساسها هذا الحق ومحو جميع آثارها.

ثالثا: وقت التنازل

التنازل عن الشكوى جائز في أي وقت بشرط أن يكون تاليا لوقوع الجريمة، فالتنازل السابق على وقوعها لا أثر له، لأنه لا يصادف محالا يرد عليه، فحق الشكوى لا ينشأ قبل وقوع الجريمة فيبطل التنازل السابق لتخلف محله، كما أن التنازل بهذا الشكل مخالف للنظام العام لأن فيه معنى الترخيص على ارتكاب الجريمة فيبطل لعدم مشروعية³⁴⁷ ولا يصح التنازل عن الشكوى إذا تعلق بجريمة مستقبلية.

إن القاعدة العامة التي تحكم تحديد وقت التنازل عن الشكوى، تتمثل في امكانية صدور التنازل من الضحية أو من يقوم مقامه قانونا، في أي وقت من تاريخ تقديم الشكوى وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولحين صدور الحكم النهائي فيها، لأن الحق في التنازل مرتبط بالحق في الشكوى ويثبت عن تاريخ تقديمها أما قبل ذلك فلا يكون ثمة التنازل بالمعنى القانوني، وإنما هو عدول من الضحية عن مباشرة حقه في الشكوى، أو عدم رغبته في استعماله.

ومع ذلك فإن هناك حالات استثنائية يمتد فيها وقت التنازل إلى ما بعد صدور الحكم النهائي، وهذا ما سنعرض له في التالي:

1- التنازل قبل صدور الحكم النهائي:

لقد أعطى قانون المسطرة الجنائية الحق للضحية في التنازل عن الشكوى التي قدمها وبالتالي اسقاط الدعوى العمومية ويتم هذا التنازل قبل صدور الحكم النهائي، وبعبارة أخرى فإن حق الضحية في التنازل يبقى طالما كانت الدعوى العمومية قائمة ولم يصدر فيها حكم نهائي أما إذا أعلن الضحية تنازله بعد صدور الحكم النهائي فإنه كأصل عام لا قيمة لهذا التنازل قانونا.

³⁴⁴- حسنين عبيد: "شكوى المجني عليه"، م.س، ص: 133.

³⁴⁵- عبد الفتاح مصطفى الصيفي: "حق الدولة في العقاب"، دار الأحد بيروت، لبنان، 1971 ص: 52.

³⁴⁶- أسامة أحمد محمد النعيمي، م.س، ص: 315.

³⁴⁷- جمال شديد علي الخرباوي، م.س، ص: 473.

ويجمع جل الفقه،³⁴⁸ على أن المقصود بالحكم النهائي هذا هو الحكم البات أو القطعي الذي تنقضي به الدعوى العمومية وهو الحكم الذي لا يقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن، إما لاستنفاد طرق الطعن فيه، وإما لمرور المدة المحددة قانوناً للطعن فيه من دون اتخاذ أي إجراء بشأنه.

وبناء على ذلك، فإنه يجوز للضحية أن يتنازل عن شكواه بعد تقديمها أثناء سير الدعوى العمومية وفي أي مرحلة كانت.

2- التنازل بعد صدور الحكم النهائي:

لقد قلنا سابقاً بأن القاعدة العامة التي تحكم تحديد وقت التنازل، تتمثل في إمكانية صدوره في أي لحظة بعد تقديم الشكوى وفي أي مرحلة من مراحل سير الدعوى العمومية، ولحين صدور الحكم النهائي فيها، إلا أن المشرع في بعض القوانين وتغليبا للمصلحة الخاصة للضحية على المصلحة العامة، أجاز لهذا الأخير التنازل عن شكواه على الرغم من صدور حكم نهائي في الدعوى العمومية كاستثناء عن القاعدة العامة.³⁴⁹

ومن هذه الاستثناءات في القانون المغربي هو ما جاء في المادة 1-526³⁵⁰ من القانون الجنائي المغربي، في فقرته الثانية: "... يضع التنازل عن الشكاية حداً للمتابعة ولأثار المقرر القضائي المكسب لقوة الشيء المقضي به في حالة صدوره"، أما القانون المصري فقد أجازت المادة 274 من قانون العقوبات للزوج الضحية في جريمة الخيانة الزوجية، أن يوقف تنفيذ الحكم الصادر بحق زوجته، وهنا يشترط لوقف تنفيذ العقوبة من قبل الزوج أن يرضى بمعاشرة زوجته كما كان الأمر عليه قبل وقوع الجريمة وتحريك الدعوى العمومية ضدها.³⁵¹

المطلب الثاني: نطاق التنازل ودوره في تحقيق بعض أهداف السياسة الجنائية المعاصرة

إذا كان التنازل عن الشكوى تصرفاً قانونياً جوهره تعبير الضحية عن إرادته وقف الأثر القانوني للشكوى، فإن القوانين تتفق على تحديد نطاقه في طائفة معينة من الجرائم، وهي الجرائم التي يستلزم القانون لتحريك الدعوى بشأنها تقديم شكوى من الضحية، كذلك فإن التنازل لكي يحدث أثر القانوني لابد من مراعاة بعض الإجراءات الخاصة لاسيما تلك التي تتعلق بصفة الصادر عنه وعليه سوف نتطرق في التالي:

أولاً: نطاق التنازل وتوافر صفة صاحب الحق فيه

بصفة عامة يتحدد نطاق التنازل عن الشكوى بنطاق جرائم الشكوى، فإذا كانت القوانين تجمع على وجود طائفة معينة من الجرائم لا يجوز تحريك الدعوى العمومية شأنها إلا بناء على شكوى الضحية، أو من يقوم مقامه قانوناً، فإنه في الوقت ذاته أجازت لمن قدم الشكوى أن يتنازل عنها.

إن القوانين قد اختلفت فيما بينها في تحديد عدد الجرائم التي تستلزم الشكوى³⁵²، إلا أن هناك قاسماً مشتركاً بينهما، إذ أن غالبية تعدد من الجرائم المضرة بالمصلحة الخاصة للفرد، أما الجرائم المضرة بالمصلحة العامة -في كافة القوانين- فهي لا تندرج ضمن الجرائم الشكوى، لأن الضحية فيها هو المجتمع بأسره، ولو ترتب عليها المساس بشخص معين أو طائفة معينة من الأشخاص.

³⁴⁸- أسامة أحمد محمد النعيمي، م.س، ص: 333.

³⁴⁹- جمال شديد علي الخرباوي، م.س، ص: 479، أسامة أحمد محمد النعيمي، م.س، ص: 335.

³⁵⁰- تمت إضافة المادة 1-526 بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 103.13 المتعلق بمباراة العنف ضد النساء.

³⁵¹- أورده جمال شديد علي الخرباوي م.س، ص: 480.

³⁵²- إن نطاق الجرائم التي لا يجوز تحريك الدعوى العمومية فيها إلا بناء على شكوى من الضحية يختلف من قانون إلى آخر حسب الاعتبارات التي يراها كل مشرع في تحديد هذه الجرائم فيما يتوقف من جرائم على شكوى في قانون معين قد لا يتوقف على ذلك في قانون آخر، لدى فإن النص على هذه الجرائم يرد في القوانين على سبيل الحصر.

وإذا كان نطاق التنازل يتحدد بنطاق جرائم الشكوى، فإن التنازل يحدث أثره فيما يتعلق بالجرائم التي يستلزم القانون الشكوى لتحريك الدعوى بشأنها، كذلك فهو لا يؤثر على الجرائم الأخرى المرتبطة بها والتي لا يتطلب القانون بشأنها شكوى الضحية.³⁵³

أما فيما يخص صاحب الحق في التنازل: فإن القاعدة التي تحكم التنازل تتمثل في سريان جميع أحكام الشكوى على التنازل، إذ أن هذا التنازل لا يعد حقا مستقلا وقائما بحد ذاته، وإنما هو الوجه الآخر لحق الشكوى. لذلك فإن صاحبه هو صاحب الحق في تقديم الشكوى وهو الضحية.³⁵⁴

وبهذا المعنى فإن الضحية يعد صاحب الحق الأول في التنازل عن الشكوى، وله أن يوكل غيره في القيام به نيابة عنه، وإذا كان الضحية ليس أهلا للتنازل فإن هذا الحق ينتقل لمن يمثله قانونا سواء أكان وليه أو وصيه أو القيم عليه.

ويجب لصحة التنازل الصادر من الضحية أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة، وهي الأهلية ذاتها اللازمة لتقديم الشكوى. أي أن يكون الضحية قد بلغ السن القانونية لتقديم الشكوى دون أن يكون مصابا بأي عارض من العوارض الأهلية.

فإذا كان قاصرا أو مصابا بعاهة، فإنه لا يجوز له التنازل عن الشكوى، وإنما ينتقل حقه في التنازل لمن يمثله قانونا كالولي أو الوصي أو القيم عليه.³⁵⁵

ثانيا: دور التنازل في تحقيق بعض أهداف السياسية الجنائية المعاصرة

إن إعطاء الضحية الحق في التنازل عن شكواه يعد أحد أهم مظاهر السياسة الجنائية الحديثة، وأحد العوامل التي تساهم في تحقيق أهداف هذه السياسة، سواء بالنسبة للضحية أو الجاني، فالتنازل من شأنه أن يحافظ على مصالح ضحية الفعل الجرمي وخصوصا في الجرائم التي تتعلق بشخصه أو بشرفه أو بماله. والتنازل حين نص عليه المشرع قصد من خلاله تفادي مساوئ العقوبات السالبة للحرية، والسعي نحو تحقيق بدائل لهذه العقوبات، فيعتبر التنازل عن الشكاية أحد هذه البدائل، لأنه يساهم بدوره في الحيولة دون الحكم بالعقوبة قصيرة المدة، يجنب الجاني مساوئها، كما يجنب وصمة الحكم بالإدانة مما يساهم في إعادة تكيفه مع مجتمعه.

المطلب الثالث: آثار التنازل عن الشكاية

يعد التنازل عن الشكوى حقا مكفولا للضحية وفقا لما نصت عليه المادة الرابعة من ق.م.ج في فقرتها الأخيرة وذلك ابتداء من تاريخ تقديم هذه الشكوى، ومرورا بمراحل الدعوى العمومية وانتهاء بصدر حكم باتا فيها، فإذا صدر التنازل عن الشكوى في هذا الوقت، فإنه يترتب عليه انقضاء الدعوى العمومية ولا أثر له على الدعوى المدنية المرفوعة والتابعة للدعوى العمومية، ومن ثم فإنه يجب على المحكمة أن تفصل في هذه الدعوى المدنية رغم التنازل عن الدعوى العمومية بشرط أن لا يكون التنازل الصادر عن الضحية قد شمل الدعوى المدنية أيضا. وفيما يلي سنعرض لآثار التنازل عن الشكوى في النقطتين أسفله:

أولا: آثار التنازل فيما يتعلق بالدعويين العمومية والمدنية التابعة

لقد رتب القانون أثرا حتميا للتنازل عن الشكوى هو انقضاء الدعوى العمومية إذا كانت الشكاية شرطا ضروريا للمتابعة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ومعنى ذلك أنه لا يجوز اتخاذ أي إجراء فيها ابتداء من تاريخ التنازل، ولا الاستمرار في الدعوى العمومية أو تحريكها أو رفعها مرة أخرى بعد صدور التنازل ممن يملك الحق فيه.

للتفصيل أكثر يرجى مراجعة حسين إبراهيم صالح عبيد شكوى المجني عليه م.س.ص: 122-127.

³⁵³ - مأمون محمد سلامة: "الإجراءات الجنائية"، م.س.ص: 12.

³⁵⁴ - من يملك الحق في الشكوى يملك الحق في التنازل عنها فالحق في الشكوى والحق في التنازل عنها وجهان لحق شخصي واحد ممنوح للضحية.

³⁵⁵ - علي عبد القادر القهوجي، لشرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبناء سنة 2002، ص: 224.

إذا صدر التنازل في مرحلة البحث التمهيدي، فإنه يجب على النيابة العامة الامتناع عن اتخاذ أي إجراء فيها بعد هذا التنازل ولا يجوز لها تحريك الدعوى، بل يجب عليها أن تصدر أمراً بحفظ الملف. ونفس الشيء أمام قضاة التحقيق.

وإذا كان التنازل قد صدر والدعوى العمومية قد رفعت إلى القضاء، فإنه يجب على المحكمة التي تنتظر في هذه الدعوى أن تقضي بإسقاطها بالتنازل، ويستوي في هذا المقام أي محكمة كانت دون اعتبار لدرجتها.

يعد أي إجراء تتخذه النيابة العامة، أو المحكمة بعد صدور التنازل عن الضحية باطلاً بطلاناً مطلقاً.³⁵⁶ لأن انقضاء الدعوى العمومية تقرر بحكم القانون، والتنازل إذن هو عقبة إجرائية تحول دون اتخاذ أي إجراء في الدعوى من تاريخ صدوره صحيحاً.³⁵⁷ والدفع بانقضاء الدعوى العمومية بالتنازل عن الشكوى، من الدفع الجوهري لأن الفصل فيه لازم للفصل في موضوع الدعوى ذاته، إذ يترتب عليه انقضاء الدعوى العمومية ذاتها، نزولاً على أحكام المادة 4 من ق.م.ج.

فيما يخص آثار التنازل على الدعوى المدنية: إن السؤال التي يثير نفسه بإلحاح في هذه النقطة هو هل التنازل الواقع على الدعوى العمومية يمتد أثره إلى الدعوى المدنية بالتبعية؟

الأصل هو اقتصار أثر التنازل عن الشكوى العمومية فحسب إذ يؤدي التنازل إلى انقضائها، أما الدعوى المدنية لا تتأثر بهذا التنازل إلا إذا قرر الضحية صراحة، أي إذا صرح هذا الأخير أن تنازله يشمل الدعيين معاً، أما إذا سكت عن ذلك فيكون مقتضراً بحسب الأصل على انقضاء الدعوى العمومية.³⁵⁸ ولا يوجد ما يمنع الضحية من اختيار الطريق المدني للمطالبة بالتعويض، برفع دعوى مستقلة أمام القضاء المدني ضد المتهم أو المتهمين الذين تم التنازل عن الشكوى المقدمة ضدهم.³⁵⁹

وتبعاً لذلك يجب بعد الحكم بانقضاء الدعوى العمومية أن تستمر المحكمة في الفصل في الدعوى المدنية التابعة، فإذا كان القاضي الذي ينظر في الدعوى العمومية قد قضى بانقضائها، فإن ما تم ذكره ينطبق على فرض الحال، أما إذا كان الحكم بالبراءة فيستحيل أن يخص القضاء الجنائي في الفصل في الدعوى المدنية التابعة بل يجب أن يحكم فيها بعدم الاختصاص لأن البراءة تعدم الفعل من أساسه. ولا يحق حتى للضحية من رفع دعوى مدنية بسبب الضرر الناتج عن الجريمة لأن هذه الجريمة غير قائمة أصلاً.³⁶⁰

تود الإشارة هنا أن بعض القوانين قد خرجت عن قاعدة أن التنازل يقتصر على الدعوى العمومية، فقد قامت هذه القوانين بمد أثر التنازل عن الشكوى إلى الدعوى المدنية التابعة وذلك في حالتين، الأولى إذا كان التنازل عن الشكوى قد تضمن تنازل الضحية عن حقه في المطالبة بالتعويض صراحة والثانية: إذا كان التنازل عن الشكوى يتعلق بجريمة الخيانة الزوجية، إذ أن أثر التنازل في هذه الحالة ينصرف إلى الدعيين العمومية والمدنية فيؤدي إلى انقضائهما معاً.³⁶¹

ثانياً: آثار التنازل فيما يتعلق بأطراف الدعوى العمومية

إذا كان التنازل يرتب أثراً على الدعيين العمومية والمدنية، فإنه كذلك يرتب آثار أخرى على أطراف الدعوى، وهما الضحية والمتهم، وسنحاول توضيح ذلك أسفله:

³⁵⁶ - التنازل تصرف قانوني ينتج أثره فور وقوعه، فهو تعبير إرادي غير معلق على شرط أو موقف على أجل فالمحكمة يجب أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به أمامها من صاحب المصلحة فيه، للتفصيل أكثر أنظر: جمال شديد علي الخرباوي، م.س، ص: 505 و506.

³⁵⁷ - فوزية عبد الستار، الادعاء المباشر م.س، ص: 168.

³⁵⁸ - عبد الرحمان الدراجي خلفي، الحق في الشكوى تقيد على المتابعة الجزائية"، م.س، ص: 268.

³⁵⁹ - محمد حنفي محمود: "الحقوق الأساسية للمجني عليه في الدعوى الجزائية"، ط: 1 دار النهضة الفاهرة، 2006 ص: 113.

³⁶⁰ - عبد الحميد مكّي، التنازل عن الشكوى م.س، ص: 247 دار النهضة العربية، القاهرة مصر، دون طبعة، سنة 99-2000.

³⁶¹ - أسامة أمحمد محمد النعيمي: م.س، ص: 348.

بالنسبة للضحية:

إن التنازل الذي يصدر صحيحا هو بالضرورة ملزم للضحية المتنازل، لأنه يحدث أثره بمجرد صدوره، فلا عبرة بعد ذلك ببقاء صاحبه عليه ولا بدوله عنه، وينبغي أن يصدر التنازل عن الضحية شخصيا أو من طرف من يمثله في ذلك قانونا، وإذا تعدد الضحايا وصدر عن أحدهم كان عديم الجدوى ولا يعتد به،³⁶² فإذا كان القانون عند تقديم الشكوى يكتفي بتقديمها من أحد الضحايا، فإنه عند التنازل عنها، يشترط تنازل جميع الضحايا لكي يكون هذا التنازل صحيحا فإذا حصل هذا التنازل من بعضهم دون البعض الآخر فلا يؤخذ به، ولا يعد تنازلا مكتملا ولا يسقط الدعوى العمومية ويبقى حق المتابعة الذي تمارسه النيابة العامة ساري المفعول.³⁶³

هذا، ولا يعتد بالتنازل إلا إذا كان صادرا من جميع من قدموا الشكوى، أو بالأحرى من جميع الضحايا، حتى لا يستطيع أحدهم أن يتحكم في رغبة الآخرين في مباشرة الإجراءات الجنائية، وهذا ما يطلق عليه في أحكام التنازل بقاعدة أو مبدأ وحدة الجريمة وعدم قابلية الشكوى للتجزئة.

كما أن التنازل عن الشكوى المؤدي إلى الحكم بانقضاء الدعوى العمومية لا يشمل إلا الدعوى العمومية دون الدعوى المدنية إلا إذا تضمن التنازل بصريح العبارة الدعويين معا³⁶⁴ مما يفيد الاهتمام بالضحية برفعه دعوى مدنية مستقلة للمطالبة بالتعويض الناتج عن الجريمة.

بالنسبة للمتهم:

الأصل ألا يستفيد من التنازل إلا المتهم الذي اشترط القانون الشكوى لتحريك الدعوى العمومية ضده دون غيره من المتهمين، الذين أطلقت يد النيابة العامة في شأنهم تحريك الدعوى العمومية.³⁶⁵

والتنازل إذ ينصب على الشكوى فإن نطاقه كما سبق معنا ذلك يتحدد بنطاقها، فإن كانت الدعوى قد بوشرت ضد جميع المتهمين بناء على شكوى الضحية، فإن تنازله عنها يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية بالنسبة للمتهمين جميعا ولو كانت خاصة بواحد منهم.

أما إذا تعدد المتهمون، وكان بعضهم فقط ممن يشترط شكوى لتحريد الدعوى العمومية دون الباقين، فإن التنازل يسري على المتهم الذي يشترط الشكوى لتحريك الدعوى العمومية ضده دون الباقين فلا أثر للتنازل عليهم،³⁶⁶ إذ أن النيابة العامة لم تكن سلطتها مقيدة في تحريك الدعوى العمومية ضدهم بشكاية.

المبحث الثاني: إنهاء الدعوى العمومية من طرف الضحية باتفاق مع المتهم

بعد أن تناولنا بالدراسة في الشق الأول من هذا البحث دور الضحية في إنهاء الدعوى العمومية بإرادته المنفردة، وذلك بتنازله عن شكواه، وتبين أن بهذا التنازل تنتهي وتنقضي به الدعوى العمومية دون تدخل إرادة أخرى مع إرادة من ارتكبت الجريمة ضده، ودون أي اتفاق بين هذا الأخير والمتهم.

³⁶² - حسنين عبيد: شكوى المجني عليه، م.س، ص: 185.

³⁶³ - للتفصيل أكثر أنظر: جمال شديد علي الخرباوي، م.س، ص: 513.

³⁶⁴ - عبد الرحمان الدراجي خلفي: م.س، ص: 271.

³⁶⁵ - حسنين عبيد: م.س، ص: 116.

³⁶⁶ - حمدي رجب عطية: دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه مقدمة بكلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر سنة 1990 ص:

لقد ذهب المشرع المغربي إسوة بكثير من التشريعات المقارنة إلى إقرار الصلح كوسيلة لإنهاء المتابعة وإسقاط الدعوى العمومية، للتقليص من اللجوء المفرط إلى فرض العقوبات السالبة للحرية، وتشجيع اللجوء إلى بدائل الدعوى العمومية.³⁶⁷ وللتفصيل أكثر سوف نتعرض بالتحليل لموضوع الصلح الجنائي في ثلاث مطالب مستقلة.

المطلب الأول: الصلح الجنائي دوره ومزاياه

تهدف السياسة الجنائية عند وضع التشريع الجنائي إلى الردع بالعقوبة كجزاء للجريمة، حيث يمكن التوسع بهذا المنظور ليشمل جانب الحماية الجنائية للمجتمع والمحافظة على النظام العام بصلح بين الضحية والمتهم، أو مع الجهة الحكومية الطرف الأقوى في الدعوى العمومية، والخروج من هذه الأخيرة بصلح يرضي الأطراف، ويخفف عبء التقاضي، لكون الصلح يرتبط بمشكلات وظواهر اجتماعية تشكل خطرا على أمن المجتمع ومصالح أفرادها.

ومع أن القوانين والنظم الجنائية تناولت الصلح الجنائي إلا أنها لم تحدد مفهومه بشكل جامع بل ترك أمر التعريف للفقهاء لأنه دوره ومجاله وكذا ترك تحديد مفهومه للقضاء ليكون لديه سعة في تحديد مصطلح الصلح الجنائي في القضايا الجنائية لتدعيم حق الأطراف في الخصومة الجنائية.³⁶⁸

وللحديث عن الصلح الجنائي يقتضي الأمر التطرق لتعريفه ثم لأساسه، وطبيعته القانونية. فضلا عن تبيان مزاياه.

أولاً: تعريف الصلح الجنائي طبيعته القانونية وأساسه القانوني

لم يرد في القوانين التي أجازت الصلح الجنائي بين الضحية والمتهم تعريف يبين المقصود به، بحيث يمكن الركون إليه بوصفه تعريفاً شاملاً له، إلا أن تعريف الصلح ورد في غالبية القوانين المدنية أما على صعيد الفقه تعرض معظم الشراح إلى موضوع الصلح الجنائي وأفردوا له تعاريف عدة. منها أن الصلح عقد يرفع النزاع بالتراضي، ويتضمن معنى المعاوضة. أو هو عقد لا يقع إلا بالتقاء إرادة المتهم وإرادة الضحية.³⁶⁹ وكذلك تعريفه بأنه: أسلوب لإحلال الصفاء بين المتخاصمين ورفع الأحقاد، والضغائن بينهم أو لإنهاء النزاعات بطريقة ودية.³⁷⁰ أو هو بديل من بدائل رفع الدعوى العمومية.³⁷¹

³⁶⁷ - لقد سارت السياسة الجنائية في اتجاه تمكين ضحية الجريمة من الوصول إلى حقه عبر تسوية ودية بينه وبين مقترف الفعل الجرمي دونما الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء. ولم يكن هذا التوجه الجديد للسياسة الجنائية المغربية اعتباراً بل مؤسس على عدم فاعلية الطرق التقليدية للحسم في بعض القضايا الجنائية لطول مراحلها المسطرية وفشل العدالة الجنائية في تحقيق غاياتها وعجزها الواضح في مواكبة الوتيرة السريعة التي عليها الظاهرة الإجرامية، الشيء الذي أدى إلى ابتداء بدائل للدعوى العمومية أو ما يطلق عليه بالعدالة التصالحية. للتفصيل أكثر في موضوع إنهاء المتابعة الجنائية انظر: دريسي جمال: " دور الضحية في إنهاء المتابعة الجزائية ". رسالة لنيل الدكتوراه في العلوم تخصص القانون السنة 2015، 2016. الجزائر ص: 30 وما بعدها.

وفي موضوع العدالة التصالحية أنظر: -محمد عبد المحسن سعدون " الحماية القانونية لضحايا الجريمة " منشورات الحليب ط 1 السنة 2017. الفرع الخاص بنظام العدالة التصالحية من الصفحة 565 581.

³⁶⁸ - غضبان سلمى " دور المجني عليه في إنهاء الدعوى العمومية " مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاد يماني. تخصص قانون جنائي. جامعة محمد بوضياف المسيلة. الجزائر. السنة الجامعية 2016. 2017. ص: 25.

³⁶⁹ - أسامة أحمد محمد النعيمي: م.س.ص: 395.

³⁷⁰ - عراز حسن عبد الرحمان: " الصلح الجنائي في الجرائم الماسة بالأفراد " دراسة مقارنة، بلا طبعة. السنة 2009 ص: 17.

³⁷¹ - طاري خليل محمود: " بدائل الدعوى وعلاقتها بمشاكل تطبيق العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ". بحث مقدم ضمن أعمال الندوة العلمية التي أقامها المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية تحت عنوان " العقوبة القصيرة المدة وبدائلها " 1985. منشور في مجلة البحوث الاجتماعية والجنائية وزارة العمل والشؤون الاجتماعية. بغداد 1986. ص: 255.

كما اعتبره البعض الآخر أسلوباً لإدارة الدعوى العمومية، بينما عرفه البعض الآخر بقوله هو "الاجراء الذي بمقتضاه تتلاقى إرادة الضحية مع إرادة المتهم، في وضع حد للدعوى العمومية ويخضع هذا الإجراء لتقييم الجهة الحكومية على الأخذ به، فإن قبلته ترتب عليه انقضاء الدعوى العمومية دون تأثير على حقوق المضرور من الجريمة".³⁷² وعرفه آخرون بأنه أسلوب إنهاء المنازعات بطريقة ودية أو إجراء يتم عن طريقة التراضي عن الجريمة بين الضحية ومرتكبها.³⁷³

والملاحظ على التعاريف السابقة للصلح الجنائي أنها وإن اتفقت على بيان الأساس الذي يستند إليه الصلح، من حيث إنه اتفاق بين طرفين هما الضحية والمتهم، وأن هذا الاتفاق يترتب عليه انقضاء الدعوى العمومية في بعض الجرائم، ويؤخذ عليها أيضاً أن البعض منها لم يتطرق إلى مسألة المقابل الذي يتم الصلح عليه. والبعض الآخر أشار إلى أن الصلح يمكن أن يكون بلا مقابل وهو ما لا نؤيده ولا نقبل به نحن على الأقل.

وعليه نرى أن التعريف الأكثر دقة للصلح الجنائي هو التعريف الذي يتضمن الإشارة إلى عناصر الصلح التي تمنحه ذاتيته المستقلة التي تميزه عن النظم القانونية المتشابهة التي تنقضي بها الدعوى العمومية.³⁷⁴ وهذه العناصر هي:

- أن الصلح تصرف قانوني بوجود إرادتين متقابلتين إرادة الضحية وإرادة المتهم.
- أن الصلح تصرف قانوني يرتب عليه القانون أثراً يتمثل في انقضاء الدعوى العمومية في جرائم معينة.
- الصلح تصرف قانوني يستند إلى اتفاق الضحية والمتهم يعبر بمقتضاه كل منها عن رغبته في إنهاء الآثار الناشئة عن وقوع الجريمة
- أن الصلح الذي تنقضي به الدعوى العمومية يجب أن يتم خلال المدة القانونية. وهي المدة التي تبدأ من تاريخ تحريك الدعوى العمومية وتستمر حتى صدور الحكم النهائي فيها.
- أن الصلح الجنائي لا يتم إلى بمقابل ويستوي أن يكون المقابل مادياً أو معنوياً.

وقد عرفته محكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ 16 دجنبر 1963 بأنه "نزول الهيئة الاجتماعية عن حقوقها مقابل الفعل الذي قام عليه الصلح ويحدث أثره بقوة القانون"³⁷⁵

وتأسيساً على ما سبق يمكن أن نضع تعريفاً للصلح الجنائي نندرك فيه ما قد تم إغفاله في التعاريف السابقة ويجري منطوقة على النحو التالي:

³⁷² - مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم: "الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية" ط 1 دار النهضة العربية القاهرة. 2004-ص: 27.

³⁷³ - سر الختم عثمان إدريس: "النظرية العامة للصلح في القانون الجنائي" رسالة دكتوراه. القاهرة. السنة 1979. ص: 1.

³⁷⁴ - الصلح الجنائي يتشابه إلى حد كبير مع بعض النظم القانونية التي بها تنقضي الدعوى العمومية، ولعل أبرزها الوساطة، الأمر الجنائي التنازل والتحكيم. للتفصيل أكثر في هذه النقطة يرجى الاطلاع على:

- نعيمة فارس: "الصلح في المادة الجنائية" بحث لنيل شهادة الماستر الجنائية في العلوم الجنائية، كلية الحقوق فاس: السنة الجامعية 2012-2013 ص: 13.

أمينة أربري: "الصلح والتحكيم" بحث قدم في ندوة الصلح + التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى " بالعيون يومي: 1 و 2 نونبر 2007. منشورات المجلس الأعلى مطبعة الأمنية الرباط: ص: 184.

³⁷⁵ - سليمان بن ناصر بن محمد العجايبي: "أحكام التصالح الجنائي" بحث مقدم كورقة عمل لندوة التحكيم الجنائي في جامعة نايف للعلوم الأمنية. السنة الهجرية 1434. ص: 4.

"الصلح تصرف قانوني يستند إلى اتفاق الضحية والمتهم، أو من يمثلهما قانونا وبمقتضاه يعبر كل منهما ضمن المدة القانونية التي حددها القانون أمام الأجهزة المختصة عن رغبته في إنهاء الآثار الناشئة عن وقوع الجريمة بمقابل مادي أو معنوي، ويرتب القانون عليه أثر في انقضاء الدعوى العمومية عن جريمة من الجرائم التي يجوز الصلح فيها".

- الطبيعة القانونية للصلح:

أما بالنسبة للطبيعة القانونية للصلح الجنائي فهناك من اعتبره ذو طبيعة عقدية، فهو يتشابه مع عقد الصلح المنصوص عليه في القانون المدني، فيما يرى جانب آخر أن الصلح الجنائي هو ذو طبيعة إجرائية فهو لا يعد عقدا مدنيا، وإنما تصرف قانوني إجرائي رتب عليه القانون أثرا إجرائيا هو انقضاء الدعوى العمومية لقاء مبلغ من المال يدفعه المتهم.³⁷⁶

فيما يرى اتجاه آخر أن الصلح الجنائي هو ذو طبيعة مزدوجة موضوعية وإجرائية. أما الطبيعة الموضوعية له فتمكن في أنه لا يرد إلا على جرائم محددة قانونيا فضلا عن أن الأثر الإجرائي لا يتحقق إلا تبعا لتحقيق الأثر الموضوعي.³⁷⁷

أما الرأي الأخير فيتجلى في كون الصلح الجنائي هو ذو طبيعة زجرية باعتباره عقوبة مالية بديلة، يتوقف تنفيذها على رضا الجاني وتعد استثناء على مبدأ قضائية العقوبة.³⁷⁸ أما إذا كان الصلح بلا بمقابل فإنه لا يعد صلحا بالمعنى القانوني الدقيق وإنما أقرب إلى الصفح أو العفو.

أما فيما يخص الأساس القانوني للصلح الجنائي: فإنه من الناحية القانونية البحتة يستمد الصلح الجنائي مشروعيته من المادة 41 من ق.م.ج التي تنص على أنه يمكن للمتضرر أو المشتكى به وقبل إقامة الدعوى العمومية وكلما تعلق الأمر بجريمة يعاقب عليها بستتين حبسا أو أقل أو بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5000 درهم أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما في محضر...³⁷⁹

ثانيا: مزايا الصلح

إن للصلح الجنائي عدة مزايا اختلف الفقه الجنائي بشأنها، إلا أن غالبيتهم ألح على الأخذ به، واعتباره آلية حقيقية لخدمة العدالة الجنائية، وبديلا مهما عن الدعوى العمومية.

ومن أهم هذه المزايا التي ينطوي عليها الصلح نذكر:

- المساهمة في علاج أزمة العدالة الجنائية والتخفيف عن كاهل القضاء³⁸⁰، فالصلح يؤدي إلى حل النزاعات القائمة بين الأطراف بعيدا عن الاجراءات الجنائية وتعقيدها. مما قد يخفف عن كاهل القضاء، ويوفر الوقت والجهد والمال لأطراف النزاع، وتوجيه القضاء للتركيز على القضايا الأساسية والتخفيف من أزمة السجون وتقليل نسبة الاعتقال.

³⁷⁶ - أسامة أحمد محمد النعيمي: "م.س. ص: 315.

³⁷⁷ - محمد حنفي محمود: "الحقوق الأساسية للمجنني عليه في الدعوى الجزائية" ط 1 دار النهضة العربية. القاهرة 2006. ص: 92 إلى 97.

³⁷⁸ - محمد حكيم حسين الحكيم: "النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية". دار الكتاب القانونية المجلة الكبرى سنة 2009. ص: 137.

³⁷⁹ - لقد الحق المشرع المغربي في ق.م.ج الاختصاص بالصلح للنياية العامة وسمح فقط بالمصالحة في بعض القضايا للحفاظ على علاقات الاستقرار الاجتماعي. ومع هذا فالصلح الجنائي بالشكل الذي تناولته المادة 41 من ق.م.ج يدخل في العمل القضائي التصالحي لأنه يصدر في شكل محضر يوقع عليه القاضي بعد تراضي الضحية والمتهم بمقتضى امر قضائي لا يقبل الطعن مع تحديد أجل لتنفيذه. للتفصيل أكثر في هذه النقطة أنظر: -حسن الأنصاري: "الصلح القضائي دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم دار الجامعة الجديدة للاكاديمية 2001 ص: 137.

- رشيد مشقاقة: "دليل النياية العامة في مسطرة الصلح الجزري" مكتبة دار السلام. الطبعة الأولى. مارس: 2004 ص: 77.

³⁸⁰ - فريد السموني: "الصلح الجنائي كتنقية إجرائية بديلة عن المتابعة" مقال منشور بمجلة "الأمن الوطني" عدد 223/2003 الصفحة 4 وبعدها.

- إن إقرار الصلح الجنائي يترتب عليه إصلاح الجاني وحثه على العودة إلى الحياة العامة لكي يبقى إنسانا سويا، حيث بواسطة الصلح وبفضله يتجنب الجاني الخضوع للعقوبات السالبة للحرية والماسة بها، وما يترتب على ذلك من آثار سلبية لاختلاطه بالسجناء.³⁸¹

المطلب الثاني: نطاق الصلح الجنائي

يتحدد نطاق الصلح بطرفيه الضحية والمتهم، كما يتحدد بالجرائم التي أجاز القانون فيها الصلح، وهذا ما نبينه فيما يلي:

أولاً: أطراف الصلح

لكي يكون الصلح صحيحا، ويرتب كافة آثاره القانونية المتمثلة في انقضاء الدعوى العمومية، لابد من الاتفاق عليه من طرف الضحية والمتهم وأن تتوفر لديهما شروطه الموضوعية وشكلياته من أجل تحقيق غاية المشرع وهدفه في بلوغ العدالة التصالحية، التي تأخذ بعين الاعتبار رغبة الأطراف في إنهاء خصوماتهم الجنائية وتراعي بساطة الأفعال الجرمية.

وستشير فيما يلي لطرفي الصلح الضحية والمتهم.

- الضحية:

إن المشرع المغربي لم يقيم بإعطاء تعريف للضحية سواء في القوانين الموضوعية أو الإجرائية، بالرغم من استعماله لمصطلح الضحية وعدة مصطلحات أخرى مشابهة كالمجني عليه المتضرر، واعتبر هذه المهمة من صميم اختصاص الفقه والقضاء.³⁸²

والضحية الذي يخول له القانون بموجب المادة 41 من ق م ج المنظمة للصلح الحق في ذلك، هو الشخص الذي وقعت عليه نتيجة الفعل الجرمي أو الذي اعتدي على حقه الذي يحميه القانون،³⁸³ أو هو الذي يقع عليه الفعل سواء أكان الضحية شخصا طبيعيا أو معنويا، بمعنى آخر أن يكون هذا الشخص نفسه محالا للحماية القانونية التي يهدف إليها المشرع.

ويتضح كذلك أن الضحية - المتضرر - الذي أشارت إليه المادة 41 هو الشخص الذي قد تعرض للضرر وهو مفهوم قد ينطبق على الفرد أو الجماعة، عكس مصطلح المجني عليه الذي يعد أقل نطاق من الضحية بحيث يعد هو الشخص الذي وقعت عليه الجريمة مباشرة، وهذا ما يدفعنا إلى عدم الأخذ به واستعمال مصطلح الضحية لأنه أشمل منه، فهذا الأخير قد يكون مجنيا عليه في الجريمة أو قد يكون أي شخص لحقه ضرر ما كيفما كان نوع الضرر أو أسبابه.

وعلى ذلك يحق للضحية³⁸⁴ أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال الصلح مع المتهم - المشتكى به - متى توفرت فيه الأهلية، أما إذا كان الشخص الضحية غير كامل الأهلية أو مصاب بعاهة عقلية، فإن الصلح يتم من طرف من له الوصاية عليه.³⁸⁵

³⁸¹- محمد السيد عرفة: "التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي" جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. الرياض سنة 2006 ص: 380.

³⁸²- علاء الدين تكتري: "نظرات ودراسات في علم الضحايا"، سلسلة البحوث الجامعية العدد: 2 السنة 2018، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية ص: 47.

³⁸³- مأمون سلامة: "الإجراءات الجنائية في التشريع المصري"، السنة 1992 ص: 192.

³⁸⁴- لقد ارتأينا في هذا الصدد عدم استعمال مصطلحي المتضرر الذي ذكرته المادة 41 أو مصطلح المجني عليه الذي ذكر في مواد أخرى وركزنا بالخصوص على مصطلح الضحية لأنه أشمل منهما وكذا رغبة منا في التوسع في شرح الأهداف والغايات التي من أجلها وضعت المادة 41 مؤطرة لمؤسسة الصلح في الميدان الجنائي، وبالتالي بلوغ مرامي المشرع المتمثلة في تنزيل بدائل الدعوى العمومية.

³⁸⁵- لقد نصت المادة 461 من ق م ج في فقرتها الثالثة على إمكانية تطبيق مسطرة الصلح المنصوص عليها في المادة 41 من ق م ج الخاصة بالحدث، ويستوي في نظرنا أن يكون هذا الحدث ضحية أو مرتكب لفعل جرمي يرجى الاطلاع على: يوسف ملحاوي: "الوساطة الجنائية ودورها في انتهاء الدعوى العمومية"، مقال منشور بمجلة القصر عدد 16 ص: 126 وما بعدها.

إن الأهلية المقصودة توافرها في الضحية هنا لقيام الصلح هي أن تكون إرادته حرة وغير خاضعة لأي إكراه مادي أو معنوي.

المتهم:³⁸⁶ لم ينص المشرع على تعريف المتهم سواء في مجموعة القانون الجنائي أو ق.م.ج، وقد اختلف فقهاء القانون في تعريف المتهم كما أنهم حددوا شروطا معينة يجب توافرها فيه.

ولقد اجتهد الفقه ومعهم القضاء في تعريف المتهم، فقد عرفه البعض بأنه الطرف الثاني في الدعوى العمومية، وهو الخصم الذي يوجه إليه الاتهام بواسطة تحريك الدعوى العمومية، ولكن هذا التعريف مردود، حيث أخذ عليه بأنه غير جامع لأن الخصم يمكن أن يكون متهما حتى في مرحلة البحث التمهيدي وقبل تحريك الدعوى العمومية.³⁸⁷

وقد عرفه البعض الآخر أيضا بأنه كل شخص تتهمه النيابة العامة بارتكاب الجريمة، وتطالب المحكمة بتوقيعه العقوبة عليه، فيعد متهما من وجه إليه اتهام أو من تم القبض عليه أو صدر ضده أمر بإلقاء القبض عليه وإحضاره، سواء في الأحوال التي يجوز فيها ذلك لضباط الشرطة، أو كان ذلك تنفيذا لأمر النيابة العامة، وأيضا من كان مدعى عليه في جنحة مباشرة متى تم تكليفه بالحضور.³⁸⁸

وكذلك عرفه بعض الفقه بأنه شخص تثور ضده شبهات ارتكابه فعلا إجراميا، فيلتزم بمواجهة الادعاء بمسؤوليته عنه، والخضوع للإجراءات التي يحددها القانون وتستهدف تمحيص هذه الشبهات وتقدير قيمتها تم تقرير البراءة أو الإدانة، وفي حكم صدر عن محكمة النقض المصرية تعرفه بأنه: "كل من وجه إليه الاتهام من أية جهة بارتكاب جريمة معينة ولو كان ذلك أثناء قيام ضباط الشرطة بمهمة البحث عن الجريمة ومرتكبيها، وجمع الأدلة ما دام قد حامت حوله شبهة أن له ضلعا في ارتكابها".³⁸⁹

وبهذا يمكننا أن نعتبر أن المتهم³⁹⁰ هو كل من تنسب إليه جريمة بموجب أي عمل من أعمال الإجراءات المسطرة الجنائية حتى قبل رفع الدعوى العمومية، فمن لم ينسب إليه ارتكاب جريمة لا يعد متهما حتى ولو كان مسؤولا عن الاضرار التي سببتها الجريمة.

ويتعين لكي يوصف الشخص بأنه متهم توفر شروط وهي:

- أن يكون إنسانا حيا، بحيث أن المتوفى لا يوجه إليه الاتهام.
- كما يجب أن يكون المتهم معينا لأن الإجراءات المسطرية هي ذات طابع شخصي، ويقتضي الأمر تحديد اسمه ولا يمكن تصور شخص يحاكم بدون اسم.
- أن يكون المتهم إنسانا مدركا لتصرفاته وذو صحة عقلية، ولا يجب أن يكون قد طرأت عليه عاهة وإلا توقف إجراءات الخصومة الجنائية.³⁹¹

أنظر كذلك: أحمد محمد محمود خلف: "الصلح وأثره فغي انقضاء الدعوى الجنائية وأحوال بطلانه"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008، ص: 42.

³⁸⁶ - للتفصيل أكثر ومعرفة الفروقات بين المتهم وباقي المصطلحات المشابهة كالمشتبه فيه أنظر الباحث: عبد الكافي ورياشي: "ضمانات المشتبه فيه أثناء مرحلة البحث التمهيدي"، دراسة مقارنة الجزء الأول، ط: 2018 ص: 18 و19.

³⁸⁷ - أحمد فتحي سرور: "الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية"، مطبعة نادي القضاة سنة 1996 ص: 137.

³⁸⁸ - مأمون سلامة: م.س، ص: 208.

³⁸⁹ - هذا التعريف أشار له أحمد محمد محمود خلف في بحثه، م.س، ص: 27 و26.

³⁹⁰ - لقد كان لبعض الباحثين المغاربة رأي آخر في الموضوع فقد اعتبر أحدهم أن المتهم هو الشخص الذي يتم توجيه الاتهام إليه في مرحلتين التحقيق والمحاكمة ويكون مدعوا لإبداء أوجه دفاعه بخصوصه، في حين لم يعتبر أن الشخص الذي يكون محل بحث تمهيدي متهما بل أطلق عليه اسم "المشتبه فيه" الذي ذكر في المواد 57-59-60-67-80 و81 من ق.م.ج. وللتفصيل أكثر أنظر: عبد الكافي ورياشي: م.س، ص: 19 و20.

³⁹¹ - أحمد فتحي سرور: م.س، ص: 140.

ثانيا: الجرائم الجائز الصلح فيها

تتفق خطة القوانين التي أجازت الصلح بين الضحية والمتهم على تحديد نطاق الصلح بطائفة معينة من الجرائم يتم النص عليها حصرا. وقد نص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 41 من ق.م.ج على أنه: "يمكن للمتضرر أو المشتكى به قبل إقامة الدعوى العمومية وكلما تعلق الأمر بجريمة يعاقب عليها بسنتين حبسا أو اقل أو بغرامة مالية لا يتجاوز حدها الأقصى 5000 درهم أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما بمحضر".

إن باستقراء هذه المادة المنظمة للصلح نخرج باستنتاج مفاده أن الجرائم التي يجوز التصالح بشأنها هي تلك الجرائم التي تكون في معظمها بسيطة ومرتبطة بالجوانب الاجتماعية والعائلية.³⁹² ومن أهم هذه الجرائم³⁹³ التي تتميز بالطابع الاجتماعي والأسري ويمكن الصلح بشأنها نذكر:

- قضايا إهمال الأسرة: الفصل 481 من ق.ج.
- الخيانة الزوجية: الفصل 491 من ق.ج.
- السرقة بين الأقارب: الفصل 535 من ق.ج.

إضافة إلى بعض الجرائم الأخرى المنصوص عليها في قوانين خاصة كمدونة الجمارك.

وتبعا لذلك فإن الصلح الجنائي والحالة هاته ليس سببا لانقضاء الدعوى العمومية في الجرائم كلها، وإنما هو سبب خاص ببعض الجرائم فقط بحسب تقدير المشرع المغربي الذي جعل مسطرة الصلح قاصرة على الجرائم التي تشكل جناحا ضبطية³⁹⁴، أي لا تفوق عقوبتها سنتين حبسا أو بغرامة لا يتجاوز حدها 5000 درهم.³⁹⁵ ويستنتج من ذلك أن الجنایات أو الجناح التأديبية الأخرى لغير الحدث لا يمكن قيام الصلح بشأنها عملا بالمادة 41 من ق.م.ج.

المطلب الثالث: آثار الصلح الجنائي

يخلف الصلح الجنائي بعد صدوره صحيحا ومستجمعا لكافة شروطه القانونية في الجرائم التي يجوز الصلح فيها عدة آثار سواء على الدعوى العمومية (أولا) أو على الدعوى المدنية التابعة (ثانيا).

أولا: آثار الصلح على الدعوى العمومية

يترتب عن الصلح الجنائي انقضاء الدعوى العمومية، وهو أثر غاية في الأهمية، يترتب هو الآخر أثرا مهما، يتجلى في عدم إمكانية محاكمة المتهم بناء على نفس الوقائع التي كانت موضوعا للصلح.³⁹⁶

³⁹² - إن القوانين الجنائية هي من النظام العام ولا يمكن مخالفتها أو الاتفاق على ذلك للاضطراب الاجتماعي الذي تخلقه، لكن وتجاوزا على ذلك فقد قام المشرع في جرائم معينة عن السماح للأطراف بإبرام الصلح الذي يترتب عنه وضع حد للمتابعة.

³⁹³ - إذا كانت التشريعات على اختلافها قد أجازت الصلح في المادة الجنائية وحصرت ذلك في نطاق جرائم محددة فإنه بالمقابل اختلفت فيما بينها بشأن الجرائم التي يجوز الصلح فيها، فالمشرع المصري على سبيل المثال وسع من نطاق الجرائم التي تقبل الصلح لتشمل معظم الجرائم الواقعة على الافراد ومن دون أن يشترط فيها أن تكون من الجرائم التي يتوقف تحديد الدعوى العمومية فيها على تقديم شكوى من الضحية (أو ما يعرف بجرائم الشكوى) مثل جرائم القتل الخطأ في المادة 336، وخيانة الأمانة المادتان 340 و341 من قانون الإجراءات الجنائية المصري لسنة 1998 رقم 174 والمعدل بقانون رقم 140 لسنة 2006 للتوسع في الموضوع يرجى مراجعة: أسامة أحمد محمد النعيمي م.س.ص: 422 و423.

³⁹⁴ - الفقرة الثالثة من الفصل 111 من ق.ج: "الجريمة التي يعاقب عليها القانون بحبس حده الأقصى سنتان أو أقل أو بغرامة تزيد عن 200 درهم تعد جناح ضبطية...".

³⁹⁵ - رشيد مشقاقة: " دليل النيابة العامة في مسطرة الصلح الجزري: مكتبة دار السلام طبعة 1 مارس 204 ص: 86.

³⁹⁶ - جبارة زكرياء: " العدالة التصالحية في المادة الجزرية"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، السنة 2011-2013 ص: 16.

إن مسطرة الصلح وفق المادة 41 تستدعي بعد موافقة الأطراف على مضمون الصلح إحالة الملف وكذا الشخص المتهم بعد مصادقة رئيس المحكمة، أو من ينوب عنه على محضر الصلح على مكتب التنفيذ الجزري بمصلحة كتابة الضبط حيث يحرر أمرا بالدفع يوقع وجوبا من طرف الأخير، ومن طرف رئيس الجلسة وممثل النيابة العامة، ويسلم أصل هذا الأمر إلى المتهم لإبراء ذمته بأداء مبلغ الغرامة والمصاريف القضائية بصندوق كتابة الضبط.³⁹⁷

ولإثبات تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المتهم، والذي صادق عليه رئيس المحكمة يدلي المتهم بنسخة من أجل أصل أداء الغرامة والمصاريف القضائية إلى قسم مراقبة القضايا الجنحية بمصلحة كتابة النيابة العامة.³⁹⁸

ثانيا: أثر الصلح على الدعوى المدنية التابعة

إن إبرام الصلح يؤدي إلى سقوط الدعوى العمومية وبالتالي سقوط حق الضحية في المطالبة بالتعويض المدني أمام القضاء الجزري، ولا يبقى أمامه إلا اللجوء إلى القضاء المدني للمطالبة بالتعويض، لأن من شروط قبول دعوى التعويض أمام القضاء الجزري هو عدم انقضاء الدعوى العمومية بأي سبب من أسباب الانقضاء المنصوص عليها قانونا.

وعكس ذلك هو ما سار عليه المشرع المغربي بحسب ما جاء في المادة 12 من ق.م.ج "إذا كانت المحكمة الجزرية تنظر في الدعوى العمومية والدعوى المدنية معا فإن وقوع سبب يسقط الدعوى العمومية يترك الدعوى المدنية قائمة، وتبقى خاضعة لاختصاص المحكمة الجزرية"، ونستنتج من مضمون هذه المادة أن الدعوى المدنية التابعة، يختص بها القضاء الجزري إذا كان هذا الأخير ينظر في الدعويين معا حتى وإن سقطت الدعوى العمومية بالصلح، ومعنى هذا أن القضاء الجزري ينظر في الدعوى المدنية إذا تم الصلح بعد إثارة الدعوى العمومية.

خاتمة

نخلص في نهاية هذه الدراسة إلى أن التشريع المغربي كان حريصا كل الحرص على مواكبة التطورات التي يعرفها العالم في شتى المجالات، من خلال تنوع وتحيين منظومته القانونية وتجويدها بما يسمح بمجاراة التطورات الحاصلة في القوانين المقارنة والمواثيق الدولية. ويظهر هذا بجلاء في مجال الضحية المتضرر من الجريمة، وإعطاء نوع من التوازن بينه وبين المتهم الذي استأثر بالكثير من الضمانات.

وقد عمل المشرع حسنا حينما أعطى الحق للضحية في إنهاء الدعوى العمومية سواء بإرادته أي بإعمال سلطته في التنازل. أو عندما أجاز له إمكانية التصالح بتوفر شروط ذلك. وهذه المنحة التي مكنها المشرع للضحية ليست من شأنها أن تزاخم عمل النيابة العامة فقط، بل تنطوي على العديد من المساعي الحميدة، وتعد من مظاهر السياسة الجنائية الحديثة.

³⁹⁷- رجا الحرشني: "مؤسسة الصلح الجنائي على ضوء المستجدات الحديثة للسياسة الجنائية المغربية"، كلية الحقوق طنجة بحث لنيل شهادة الماستر 2015-2016 ص: 78.

³⁹⁸- محمد الساكت: "الصلح الجزري - دراسة ميدانية على ضوء العمل بالمحكمة الابتدائية بمكناس"، رسالة نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء 2009 الفوج 34 ص: 15.

المراجع والمصادر

الكتب

- عبد الحميد مكي: "التنازل عن الشكوى لسبب خاص لانقضاء الدعوى الجنائية دراسة تحليلية تأصيلية"، دار النهضة العربية القاهرة، مصر سنة 1999-2000 دون ذكر الطبعة.
- جمال شديد علي الخرباوي: "حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية"، ط الثانية المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة 2016.
- حمدي رجب عطية: "نزول المجني عليه عن الشكوى"، دون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة 2003.
- محمود محمود مصطفى "حقوق المجني عليه في القانون المقارن"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
- محمد زكي أبو عامر: "الإجراءات الجنائية"، دار الجامعة الجديدة، الطبعة السابعة سنة 2005.
- حسنين عبيد: "شكوى المجني عليه"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث سنة 1974.
- مأمون سلامة: "الإجراءات الجنائية في التشريع المصري"، دار النهضة العربية - الجزء الأول سنة 2001.
- رشيد مشقاقة: "دليل النيابة العامة في مسطرة الصلح الزجري" مكتبة دار السلام. الطبعة الأولى. مارس: 2004.
- محمد السيد عرفة: "التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي" جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. الرياض سنة 2006.
- علاء الدين تكتري: "نظرات ودراسات في علم الضحايا"، سلسلة البحوث الجامعية العدد: 2 السنة 2018، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية.
- أحمد محمد محمود خلف: "الصلح وأثره فغي انقضاء الدعوى الجنائية وأحوال بطلانه،" دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008.
- عبد الكافي ورياشي: "ضمانات المشتبه فيه أثناء مرحلة البحث التمهيدي"، دراسة مقارنة الجزء الأول، ط: 2018.
- أحمد فتحي سرور: "الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية"، مطبعة نادي القضاة سنة 199
- عبد الفتاح مصطفى الصيفي: "حق الدولة في العقاب"، دار الأحد بيروت، لبنان، 1971.
- علي عبد القادر القهوجي، لشرح قانون أصول المحاكمة الجزائية، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبناء سنة 2002.
- فوزية عبد الستار الادعاء المباشر في الإجراءات الجنائية" دار النهضة العربية 1996.
- عبد الرحيم الدراجي خلفي: "الحق في الشكوى تقييد على المتابعة الجزائية"، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، منشورات المجلي، الطبعة الأولى 2012.
- محمد حنفي محمود: "الحقوق الأساسية للمجني عليه في الدعوى الجزائية"، ط: 1 دار النهضة القاهرة، 2006.
- حمدي رجب عطية: دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه مقدمة بكلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر سنة 1990.
- محمد عبد المحسن سعدون "الحماية القانونية لضحايا الجريمة" منشورات الحلبي، ط 1، 2017.
- أسامة أحمد محمد النعيمي: "دور المجني عليه في الدعوى الجزائية"، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، جامعة الموصل السنة 2013.
- مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم: "الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية" ط دار النهضة العربية القاهرة. 2004.
- سر الختم عثمان إدريس: "النظرية العامة للصلح في القانون الجنائي" رسالة دكتوراه. القاهرة. السنة 1979.
- محمد حكيم حسين الحكيم: "النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية". دار الكتاب القانونية المجلة الكبرى سنة 2009.
- حسن الأنصاري: "الصلح القضائي دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2001.

الرسائل العلمية والمقالات

- بو الزيت ندى "الصلح الجنائي" مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام فرع قانون العقوبات والعلوم الجنائية السنة الجامعية، 2008-2009 جامعة ستوري قسنطينة.
- دريسي جمال: "دور الضحية في إنهاء المتابعة الجنائية"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه العلوم "تخصص القانون" جامعة مولود معمري تيزي وزوو السنة 2015-2016.

- سماتي الطيب: "حقوق الضحية خلال الدعوى الجزائية في التشريع الجزائري"، رسالة ماجستير في القانون، تخصص قانون جنائي، جامعة جنيفر، بسكرة 2012.
- غضبان سلمى "دور المجني عليه في انتهاء الدعوى العمومية" مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص قانون جنائي، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر. السنة الجامعية 2016.2017.
- عزاز حسن عبد الرحمان: "الصلح الجنائي في الجرائم الماسة بالأفراد" دراسة مقارنة، بلا طبعة. السنة 2009.
- طاري خليل محمود: "بدائل الدعوى وعلاقتها بمشاكل تطبيق العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة". بحيث مقدم ضمن أعمال الندوة العلمية التي أقامها المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية تحت عنوان "العقوبة القصيرة المدة وبدائلها" 1985. منشور في مجلة البحوث الاجتماعية والجنائية وزارة العمل والشؤون الاجتماعية. بغداد 1986.
- نعيمة فارس: "الصلح في المادة الجنائية" بحث لنيل شهادة الماستر الجنائية في العلوم الجنائية، كلية الحقوق فاس س الجامعية 2012-2013.
- يوسف ملحاوي: "الوساطة الجنائية ودورها في انتهاء الدعوى العمومية"، مقال منشور بمجلة القصر عدد 16.
- أمينة أزيري: "الصلح والتحكيم" بحث قدم في ندوة الصلح + التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى" بالعيون يومي: 1 و 2 نونبر 2007. منشورات المجلس الأعلى مطبعة الأمنية الرباط.
- سليمان بن ناصر بن محمد العجايي: "أحكام التصالح الجنائي" بحث مقدم كورقة عمل لندوة التحكيم الجنائي في جامعة نايف للعلوم الأمنية. السنة الهجرية 1434.
- فريد السموني: "الصلح الجنائي كتقنية إجرائية بديلة عن المتابعة" مقال منشور بمجلة "الأمن الوطني" عدد 223/2003.
- جبارة زكرياء: "العدالة التصالحية في المادة الجزية"، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، السنة 2011-2013.
- رجاء الحرشي: "مؤسسة الصلح الجنائي على ضوء المستجدات الحديثة للسياسة الجنائية المغربية"، كلية الحقوق طنجة بحث لنيل شهادة الماستر 2015-2016.
- محمد الساكت: "الصلح الجزري - دراسة ميدانية على ضوء العمل بالمحكمة الابتدائية بمكناس"، رسالة نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء 2009 الفوج 34.

المراجع الأجنبية

- Frédéric DEBOUE et François Falletti. Précisée droit pénal et de procédure pénale 2 Emme Edition presses Universitaire de France Paris 2006
- Philippe BONFIKS : Institut pour la justice association à 17 paris 2012

القوانين والظواهر

- قانون المسطرة الجنائية رقم 22.01 وفق آخر التعديلات الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.255 صادر في 25 رجب 1423 الموافق 3 أكتوبر 2002 الجريدة الرسمية عدد: 5678.
- مجموعة القانون الجنائي الصادر بالمصادقة عليه ظهير شريف رقم 1.59.113 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 الموافق 26 نونبر

أثر ديناميكية النصوص على استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة في ظل التشريع الجزائري

✍ حمزة العيين عبد القادر

دكتور في الحقوق

جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر

ملخص المقال

يُعدّ العقار الفلاح مصدرا محوريا لتحقيق الأمن الغذائي، ومحركا جوهريا لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لذا اهتم المشرع الجزائري بالأراضي الفلاحية، سيما التابعة للأموالك الوطنية الخاصة، واتّسم تنظيم أحكامها بديناميكية للنصوص بدءا بالأمر 653/68 المتعلق بالتسيير الذاتي في الفلاحة، فالأمر 73/71 المتضمن قانون الثورة الزراعية، ووصولاً للقانون 19/87 الخاص بالمستثمرات الفلاحية، غير أنه وفي ظل عدم نجاعه هاته الترسانة القانونية في تطوير وتنمية القطاع الفلاحي بسبب منح هذه العقارات لغير خدامها من جهة، ومن جهة أخرى انعدام الرقابة الفعلية القبلية والبعدية للإستغلال الأمثل لهذه الثروة الفلاحية، ممّا جعل الآلة التشريعية بالجزائر تتحرك لإيجاد صيغ بديلة من شأها الرقي بالعقار الفلاحي، وهو ما تجسد من خلال القانون 03/10 المتعلق بشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموالك الخاصة للدولة، والذي تبنى الإمتياز كنمط حصري لإستغلال هذه الأراضي، وتمّ تحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق امتياز في ظل اشكالات قانونية وعملية وفنية سادت هذا التحول،

فضلا عن أن مشكل العقار الفلاحي يتجلى في عدم تحديد المركز القانوني للفلاح، وذلك بتحديد الوصف القانوني للفلاح النموذجي، مع احترام خصوصيه العقار الفلاحي من خلال وجود ارادة سياسية لحماية ذاتيته ومقوماته، ولا علاقه لكيفية الإستغلال سواء أكان انتفاعا مؤقتا، أو مؤبدا، أو امتيازاً أو تأجيرا، أو بيعا باشكالية العقار الفلاحي في الجزائر.

الكلمات المفتاحية: استغلال ، الأراضي الفلاحية ، حق الإنتفاع ، حق الإمتياز

Article summary

The peasant property is considered a pivotal source for achieving food security, and an essential driver for achieving economic and social development. Therefore, the Algerian legislator took an interest in peasant lands, especially those belonging to private national properties. The Agricultural Revolution Law, up to Law 87/19 on agricultural investments, however, in light of the ineffectiveness of this legal arsenal in developing the agricultural sector due to granting these properties to non-servants on the one hand, and on the other hand, the lack of effective tribal and dimensional control for the optimal use of this agricultural wealth, This made the legislative apparatus in Algeria move to find alternative forms of its promotion in the agricultural real estate, which was embodied through Law 3/10 related to the conditions and modalities for the exploitation of agricultural lands belonging to the private properties of the state, which adopted the concession as an exclusive pattern for the exploitation of these lands, and the right of permanent use was transferred to A right of concession in light of legal, practical, and technical problems that prevailed in this transformation, in addition to the fact that the problem of agricultural real estate manifests itself in not defining the legal status of the farmer, by defining the legal description of the model farmer, while respecting the peculiarity of the agricultural estate through the existence of a political will to protect his self and its ingredients, and no relationship to how Exploitation, whether it is a temporary use, life, concession or lease, or sale of the problem of agricultural real estate in Algeria.

Key words: exploitation, farmland, usufruct, concession.

مقدمة :

في إطار استغلال أمثل وأفضل لتنمية العقار الفلاحي وتطويره، صدرت عدة نصوص قانونية تنظم الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة، بدءاً بالأمـر 653/68 المؤرخ في 30 / 12 / 1968 المتضمن التسيير الذاتي، حيث منحت مجاناً الأراضي الفلاحية حق الإنتفاع الأبدي وغير قابل للتصرف والحجز عليه، ليليه بعد ذلك صدور الأمر 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية والذي كان يهدف إلى حماية من يستغل الأرض ويخدمها على حساب ملاكها، وبعدها جاء قانون 19/87 المؤرخ في 08 / 12 / 1987 وهو قانون المستثمرات الفلاحية والذي منح حق الإنتفاع الدائم بمقابل وبمقتضى عقد اداري مسجل ومشهر بالمحافظة العقارية ويمكن التنازل عنه والحجز عليه.

غير أنه وفي ظل السلبات المسجلة في هذا الإطار القانوني سيما فقدان الأراضي لطابعها الفلاحي بتشديد بنايات ومحلات تجارية وغيرها، وكذا التنازل عنها لأشخاص لا علاقة لهم بالفلاحة رغم المنع القانوني، فضلاً عن كثرة النزاعات التي تشب بين أعضاء المستثمرات الجماعية والتي أثرت بالسلب على استغلالها، ففي خضم هذه الدينامكية السلبية للنصوص القانونية وعدم ترقية العقار الفلاحي وتنميته، جاء قانون 16/08 المؤرخ في 03/08/2008 والمتضمن التوجيه الفلاحي متبنياً سياسة اصلاح العقار الفلاحي وجعله رائداً في مجال تحقيق الأمن الغذائي، وذلك بالتمهيد لإلغاء قانون المستثمرات الفلاحية والتأكيد على أن الإمتياز الفلاحي هو النمط الحصري لإستغلال الأراضي الفلاحية، الشيء الذي تجسد بصـور قانون 03 / 10 المؤرخ في 15 أوت 2010 والمتعلق بشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة التابعة للدولة، وأعتبر الإمتياز أسلوباً وحيداً لإستغلال العقار الفلاحي.

فالإمتياز الفلاحي جُسد كآلية وحيدة لإستغلال الأراضي الفلاحية، وهو يُمنح حصراً من قبل الدولة لشخص طبيعي جزائري الجنسية، يخول له استغلال هاته الأراضي وفق أطر وأحكام تهدف أساساً إلى حماية الثروة العقارية الفلاحية التي تزخر بها بلادنا ومن ثم حماية مصالح المستثمر الفلاحي صاحب حق الإمتياز، غير أن آلية التحول من حق الإنتفاع الدائم في ظل قانون المستثمرات الفلاحية إلى نظام الإمتياز في إطار قانون 03/10 صاحبه الكثير من المشاكل القانونية والعملية، فضلاً عن أن أسلوب الإمتياز وما لحقه من أحكام

في حد ذاته يُثير بعض الغموض والتفسيرات التي من شأنها عاقبة تنمية العقار الفلاحي وما يستتبعه من تحقيق لتطوير الثروة الفلاحية ، وعليه لنا أن نتساءل عن اشكالات التحول من حق الإنتفاع في ظل قانون المستثمرات إلى حق الإمتياز في ظل قانون الإمتياز، وكذا خصوصية الآثار المترتبة عن منح حق الإمتياز، وهل هو النمط المناسب لتنمية العقار الفلاحي الجزائري ؟

والإجابة عن هذه الاشكالية يقتضي التطرق إلى النقاط التالية:

المبحث الأول: اشكالات تحويل الحق من انتفاع مؤبد إلى امتياز

المطلب الأول: الإجراءات المكرسة لتحويل الإنتفاع الدائم إلى امتياز

المطلب الثاني: الإشكالات التي تثيرها عملية التحويل

المبحث الثاني: خصوصية آثار حق الإمتياز والحلول المقترحة لتنمية وتطوير العقار الفلاحي

المطلب الأول: خصوصية آثار حق الإمتياز

المطلب الثاني: الحلول المقترحة لتنمية وتطوير العقار الفلاحي

المبحث الأول: اشكالات تحويل الحق من انتفاع مؤبد إلى امتياز

للعقار الفلاحي بالغ الأهمية الاقتصادية كونه مصدرا للثروة، وسبيلا لتحقيق الأمن الغذائي، ومن ثمّ محركا للإقتصاد الوطني، فاهتم المشرع الجزائري بالأراضي الفلاحية، وجسد ذلك بترسانة من النصوص القانونية، سيّما القانون 19/87 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية، ومنح هذا القانون للمنتجين الفلاحيين حق انتفاع دائم على العقار الفلاحي بموجب عقد اداري مسجل ومشهر بالمحافظة العقارية، وهذا الحق العيني العقاري قابل للنقل للذكور والإناث، والتنازل لصالح الغير، فضلا عن قابليته للحجز.

وبعد أكثر من عشرين سنة ظهر أنه لم يحقق الإستغلال الأمثل للأراضي الفلاحية، إذ تمّ إهمال الأراضي وتحويلها عن طابعها الفلاحي، والتنازل لأشخاص لا علاقة لهم بالفلاحة في ظل غياب المراقبة والمتابعة من قبل الادارة، ومعالجة لهاته الوضعية السلبية وما انجر عنها من فشل لمنظومة استغلال العقار الفلاحي بألية منح حق الانتفاع الدائم لأصحاب المستثمرات، صدر القانون 03/10 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، وتمّ التخلي عن فكرة تأييد حق الإنتفاع وتبني فكرة الإستغلال المؤقت عن طريق الإمتياز، وعليه تمّ تحويل الإنتفاع إلى امتياز في ظل اشكالات قانونية وعملية، ومن ذلك سنتناول أطر واجراءات التحويل (المطلب الأول)، وكذا أهم هاته الإشكالات القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإجراءات المكرسة لتحويل الإنتفاع الدائم إلى امتياز

المادة 04 من قانون 03/10 المتعلق بمنح الامتياز في فقرتها الأولى تنص على أنه " الإمتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص "المستثمر صاحب الإمتياز"، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم، لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية...." ومنه يتضح أن الإمتياز هو عقد اداري يبرم بين شخص معنوي (الدولة) وصاحب حق الإمتياز، يمنح من خلاله لهذا الأخير الإستغلال المؤقت للعقار الفلاحي مقابل دفع أجرة سنوية وهذا وفق أطر وشروط محددة، كما يقصد بالأملاك السطحية في مفهوم هذا القانون مجموع الأملاك الملحقة بالمستثمرة الفلاحية، لاسيما المباني والأغراس ومنشآت الري وغيرها، ومجال تطبيق امتياز استغلال العقار الفلاحي تتمثل في تلك الأراضي التي كانت خاضعة للقانون 19/ 87 والتي تقدر مساحتها الإجمالية ب 2,5

مليون هكتار، وهي الأراضي الخصبة والخصبة جدا، ويستبعد من التحويل الأراضي الفلاحية الخاضعة للإستصلاح وفقا لقانون 83 / 18 المتعلق بحيازة الملكية بالإضافة إلى الأراضي الرعوية والغابية³⁹⁹.

هذا والمادة 09 من قانون 03/10 تنص على أنه : "يتعين على أعضاء المستثمرات الفلاحية المذكورين في المادة 5 أعلاه، ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، إيداع طلباتهم لتحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق امتياز لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، ويقصد بأعضاء المستثمرات وفقا لنص الماد الخامسة من نفس القانون، أعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية و الفردية الذين استفادوا من أحكام القانون رقم 19/87 المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1408 الموافق 8 ديسمبر سنة 1987 و المذكور أعلاه، والحائزين على :
- عقد رسمي مشهر في المحافظة العقارية أو قرار من الوالي.

كما يجب أن يكون أعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية المذكورين أعلاه، قد وفوا بالتزاماتهم بمفهوم القانون 19/87، وعليه فطلب التحويل يكون لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية قصد دراسة الملف واعداد عقد الإمتياز من قبل ادارة أملاك الدولة ، ومنه فقد جاء الفصل الثاني من قانون 03/10 معنونا بشروط وكيفيات منح الإمتياز، لبيان المرسوم التنفيذي 326/10 المؤرخ في 23 / 12 / 2010 كيفيات تطبيق حق الإمتياز لإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة⁴⁰⁰.

الفرع الأول : ايداع ملف طلب التحويل

المادة 02 من المرسوم التنفيذي 326/10 الذي يحدد كيفيات تطبيق حق الإمتياز لإستغلال الأراضي الفلاحية تنص على أنه:

"يودع الملف بصورة فردية في أجل لا يتعدى 18 شهر من تاريخ نشر قانون 03/10، وفئة المعنويين بالتحويل تنحصر في المادة 5 من قانون 03 / 10 سالفة الذكر⁴⁰¹، أما المقصون فوفقا لنص المادة 07 من نفس القانون هم الأشخاص:

- الذين حازوا الأراضي الفلاحية المذكورة في المادة 2 أعلاه أو الذين أجروا معاملات أو اكتسبوا حقوق انتفاع و/أو أملاك سطحية خرقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.
- الذين كانوا موضوع إسقاط حق صادر عن طريق القضاء.
- الذين ألغى الولاية قرارات استفادتهم.

تؤجل معالجة حالات الأشخاص المطروحة قضاياهم على مستوى الجهات القضائية المختصة، إلى غاية إصدار الحكم النهائي".
ففي خضم هذ التحويل تُثار عدة اشكالات، سيّما من يتمسك بالمركز القانوني المكتسب في ظل قانون سابق، ويرفض تحويل حقه العيني العقاري إلى حق امتياز مؤقت ، ومن ثمّ لم يقدم ملف التحويل في الأجلال القانونية، وفي هذا الصدد فإن الدستور والإتفاقيات الدولية

³⁹⁹ - بن يوسف بن رقية ، كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة طبقا لقانون 03/10 ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 06 جوان، لسنة 2016 ، ص 22.

⁴⁰⁰ - المرسوم التنفيذي 326 / 10 مؤرخ في 23 / 12 / 2010 يحدد كيفيات تطبيق حق الإمتياز لإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر العدد 79 لسنة 2010، الجزائر.

⁴⁰¹ - المادة 05 من قانون 03/10 تنص على أنه "يمنح الامتياز المنصوص عليه في هذا القانون، لأعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية و الفردية الذين استفادوا من أحكام القانون رقم 19-87 المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1408 الموافق 8 ديسمبر سنة 1987 و المذكور أعلاه، و الحائزين على:

- عقد رسمي مشهر في المحافظة العقارية،

- أو قرار من الوالي.

يجب أن يكون أعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية و الفردية المذكورين أعلاه، قد وفوا بالتزاماتهم بمفهوم القانون رقم 19-87 المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1408 الموافق 8 ديسمبر سنة 1987 و المذكور أعلاه

تضفي الحماية الكاملة على المراكز المكتسبة في ظل قانون سابق، ومن ثمّ فالراجح أنه كان على الدولة إبقاء مركزه منتفعا تكريسا للقانون، فالأرض لمن يخدمها وتطبيقا للمبدأ العام الذي يقضي بكون الأرض تملك بأعمارها وتفقد بإهمالها⁴⁰².

وعليه إذا لم يقم صاحب المستثمرة باتخاذ اجراءات طلب التحويل المنصوص عنها قانونا، فإنه يعتبر متخليا عن حقه في الانتفاع الدائم، وتسترجع إدارة أملاك الدولة الأراضي محل الانتفاع الدائم، ليتم منحها عن طريق الإمتياز إلى مستثمر فلاحى آخر⁴⁰³.

هذا وبعد ايداع الملف كاملا، لاسيما وثائق الحالة المدنية والسند المثبت لحق الانتفاع الدائم وغيرها⁴⁰⁴ يتم دراسة الملف .

الفرع الثاني : دراسة ملف التحويل وإعداد عقد الإمتياز

بعد ايداع الملف من قبل المستثمر لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية ممثلا من طرف المدير الولائي، يقوم هذا الأخير بدراسته ويتم التوقيع على دفتر الشروط طبقا لنص المادة 04 من قانون 03/10، كما أنه إذا تطلب الأمر تحقيق تكميلي فإن الملف يرسل إلى لجنة ولائية يرأسها الوالي، فإذا تمّ القبول تتواصل اجراءات التحويل، أما إذا تمّ الرفض يقوم الوالي باعلام صاحب الطلب الذي له حق اللجوء إلى القضاء الإداري لممارسة دعوى الإلغاء .

هذا وبعد التوقيع على دفتر الشروط من قبل المدير الولائي للديوان الوطني للأراضي الفلاحية وصاحب المستثمرة، يرسل ملف التحويل إلى إدارة أملاك الدولة بغرض إعداد عقد الإمتياز، ويقوم مدير أملاك الدولة بعد تسلمه ملف التحويل بإبرام عقد اداري مع المستفيد يتولى مدير املاك الدولة امضاؤه⁴⁰⁵ .

المطلب الثاني : الإشكالات التي تثيرها عملية التحويل

سادت عملية التحويل وضوبطها القانونية عدة اشكالات تراوحت بين المخالفة للمبادئ القانونية، والتناقض للنصوص القانونية ذاتها، الشيء الذي أدى إلى كثرة المنازعات بين اصحاب المستثمرات والدولة ممثلة بمراقبها العامة، سيما الولاية والمحافظات العقارية وغيرها، ومن ثمّ لم تحترم الآجال القانونية لتسوية العقار الفلاحي وتحويل الانتفاع إلى امتياز، وعليه سنتكلم عن اشكالات العقود الرسمية غير المشهورة، وكذا أهم التناقضات التي ينطوي عليها قانون 03/10 والتي أدت إلى صعوبات عملية جمة أثّرت على عملية التحويل.

الفرع الأول : اشكالات العقود الرسمية غير المشهورة

بناء على القانون 03/10 والمرسوم التنفيذي 326/10 فإن آجال التحويل تمّ ضبطها في أجل ثلاثة سنوات من تاريخ نشر هذا القانون، أي إلى غاية 13 أوت 2013، غير أن الواقع العملي أثار عدة مشاكل، سيما الأشخاص الذين في حيازتهم عقود رسمية غير مشهورة بسبب التعليلة الوزارية التي أوقفت التنازل، فهل يحرمون من حق الامتياز⁴⁰⁶ ؟

⁴⁰² - بن يوسف بن رقية، المرجع السابق، ص 30

⁴⁰³ - المادة 30 من قانون 03/10 تنص على انه : يمنح المستثمرون الفلاحيون المذكورون في المادة 5 أعلاه، أجلا مدته ثمانية عشر (18) شهرا، ابتداء من نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، لإيداع طلباتهم لتحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

عند انقضاء الأجل المنصوص عليه أعلاه، و بعد إعدارين متبايعين بشهر واحد (1) يشبتهما محضر قضائي بطلب من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، يعتبر المستثمرون الفلاحيون أو الورثة الذين لم يودعوا طلباتهم، متخلين عن حقوقهم. و في هذه الحالة، تسترجع إدارة الأملاك الوطنية بكل الطرق القانونية، الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية و يمنح حق امتيازها طبقا لأحكام هذا القانون.

⁴⁰⁴ - المادة 03 من المرسوم التنفيذي 326 / 10.

⁴⁰⁵ - المادة 09 من قانون 03/10 والمادة 02 من المرسوم التنفيذي 326/10.

⁴⁰⁶ - التعليلة الوزارية رقم 01 المؤرخو في 03 مارس 2005.

والجواب عن ذلك يستوجب التطرق إلى النقاط التالية :

1— إن حالة التنازل عن حق الإنتفاع الدائم بموجب عقود غير مشهورة أو عرفية فقد تمت المعالجة بتسوية الملفات بتكريس الحق المكتسب، وحماية حق التنازل له ،الأمر الذي يلغي حق المستثمر الأصلي بموجب التعليمات، ومن ذلك نقول أن مبدأ تدرج القوانين يقضي بأن التعليمات لا توقف العمل بنص تشريعي، ومن ثمّ كان ينبغي لمسؤولي المحافظات العقارية شهر العقود الرسمية، أما أصحاب العقود العرفية ، فالأصل فيها البطلان، وبخصوص الأشخاص الذين قاموا باستغلال هاته الأراضي واقامة منشآت، كغرس أشجار وبناء مخازن فإنه يطبق عليها أحكام الإلتصاق الواردة في القانون المدني الجزائري⁴⁰⁷.

2 — إن عدم تقديم طلب التحويل في أجل ثلاثة سنوات من تاريخ نشر قانون 03 /10 يؤدي إلى إسقاط حق الإنتفاع بمقتضى قرار صادر عن الوالي، وفي ذلك يرى الدكتور بن رقية بن يوسف أنه قرار تعسفي، وكان الأجدر اتباع القانون، سيّما قانون 30/90 المتعلق بالأموال الوطنية العامة المعدل والمتمم ، وكذا المرسوم التنفيذي 12 / 427 المتعلق بشروط ادارة وتسجير الأملاك الوطنية العامة والخاصة، وعليه يجب التفرقة بين المستفيد الذي وفى بكافة التزاماته ولم يرتكب أي خطأ ولديه عقد رسمي ومشهر ، فهنا كان الأرجح تملكه العقار الفلاحي ، أما المستفيد المتخلي عن الأرض، فالقضاء هو الذي يفصل في وضعيته، إذ لا يمكن الفصل في ملفه قبل اللجوء للقضاء .

3 — بالنسبة للأجراءات المتبعة ضد ورثة المستفيد فإن الإنتفاع الدائم في ظل قانون 19/ 87 ينقل إلى الورثة الذكور والإناث، وعندما يتخلون عن حقوقهم العقارية لا تطبق عليهم المادة 09 من المرسوم التنفيذي 10 / 236 التي تقضي باعتبار ورثة المستثمر متخلين عن حقوقهم، ويتم إسقاط هاته الحقوق بمقتضى قرار صادر عن الوالي يتم شهره بالمحافظة العقارية ، بل الشيء القانوني هو تطبيق أحكام المادة 53 من قانون 30/ 90 ، والتي مفادها أنه إذا وقع التخلي عن الحقوق العينية العقارية في الملكية الموروثة بعد فتح التركة، يحق للدولة أن تطلب من القاضي المختص في الدعاوي المدنية بعد التحقيق القضائي أن يثبت التخلي، وتطبق اجراءات الحراسة القضائية بعد اثبات الطابع القطعي لارادة الورثة في التخلي عن ذلك الإرث، وتدرج في خانة الأملاك الخاصة التابعة للدولة⁴⁰⁸.

الفرع الثاني : أهم التناقضات والصعوبات التي يثيرها قانون 03/10

القانون 03/10 تبنى نمط الإمتياز القابل للتنازل والحجز والتوريث كأسلوب مستحدث بديلا لحق الانتفاع الدائم المنصوص عليه في قانون 19/87 تمنحه الدولة إلى كل شخص طبيعي من جنسية جزائرية يدعى المستثمر صاحب الإمتياز، على أن يكون لهذا الأخير حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها بناءا على دفتر شروط لمدة اقصاها أربعون سنة قابلة للتجديد مقابل دفع ائاة سنوية يتم تحديدها وتحصيلها بموجب قانون المالية لسنة 2010 في مفهوم المادة الرابعة منه .

واستنادا لنص المادة 05 من قانون 03/10 فحق الإمتياز يمنح أيضا على كل اعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية أو الفردية الذين استفادوا من أحكام القانون رقم 19/87 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية، والحائزين على عقود رسمية مشهورة في المحافظة العقارية، أو قرارات من الوالي. ويقضى من الإستفادة الأشخاص الذين حازوا على الأراضي الفلاحية عن طريق معاملات غير قانونية خرقا لأحكام القانون 19/87 والذين كانوا موضوع إسقاط لحقوقهم العقارية عن طريق القضاء، أو الغى الولاية قرارات استفادتهم.

أما المستفدون المطروحة قضاياهم على مستوى الجهات القضائية ، فتؤجل استفادتهم من حق الإمتياز إلى غاية صدور حكم نهائي لصالحهم.

⁴⁰⁷ — بن يوسف بن رقية ، المرجع السابق ، ص 35

⁴⁰⁸ — بن يوسف بن رقية ، نفس المرجع ، ص 37

ويتعين على أعضاء المستثمرة الفلاحية المشار اليهم في المادة 05 من قانون 03/10 حسب مفهوم المادة 9 و30 من قانون 03/10 ايداع طلباتهم لتحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق امتياز لدى المدير الولائي للديوان الوطني للأراضي الفلاحية خلال 18 شهرا ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية تحت طائلة اسقاط الحقوق العينية العقارية بموجب قرار من الوالي ينشر لدى المحافظه العقارية المختصة، غير أن تطبيق تطبيق أحكام المادتين 09 و 30 يثيران بعض الإشكالات القانونية تتجلى فيما يلي :

أولا — حق الانتفاع الممنوح من الوالي هو حق شخصي: إذ القرار الولائي يرتب علاقه بين الوالي والمستفيد من ذات القرار يكون للوالي بمقتضاه سلطه قانونية على المستفيد بالزامه بأداء الواجب المتمثل في استغلال الأراضي الفلاحية وفق دفتر تحدد شروطه قانونا، وما دام القرار الولائي يرتب حقا شخصيا في صورة انتفاع بالأراضي الفلاحية فإنه لا ينقل حق الإنتفاع للمستفيدين كحق عيني عقاري، وإنما يعتبر بمثابة رخصة استغلال فقط⁴⁰⁹، وهو غير نافذ في مواجهة الغير، ولا يمكن الإحتجاج به لإنعدام اجراءات الشهر استنادا لأحكام المادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري⁴¹⁰، ومن ذلك فمحل القرار الولائي ليس بحق عيني عقاري مثل ما هو الحال بالنسبة للعقود الإدارية المشهرة، بل هو حق شخصي يرتب حقوقا والتزامات، ولا يمكن لأصحاب القرارات الولائية الإستفادة من حق الإمتياز المنصوص عليه في القانون 03/10 بسبب عدم تمتعهم بحق الإنتفاع الدائم، والمشرع جانب الصواب ولم يكن يتسم بالقانونية عندما نص في المادة 9 من قانون 03/10 على امكانيه هؤلاء الإستفادة من حق الإمتياز.

ثانيا — قرارات الوالي المنشأة للحقوق لا تورث: تطبيقا لأحكام المادة 23 من قانون 19/87 يمكن أن تنتقل حصة المستفيد من الحق العيني العقاري المشاع إلى ورثته عند وفاته، وبالتالي يمكن لهؤلاء بعد اثبات صلتهم بمورثهم وانتقال الحقوق العينية العقارية بموجب شهاده توثيقه الإستفادة من حق الإمتياز بعد القيام بالاجراءات المنصوص عليها في المادة 30 من قانون 03/10 والمادة 9 من المرسوم التنفيذي 362/10، غير أن المشرع من خلال نص المادتين السابقتين لم يفرق بين ورثة المستفيد الحائز على عقد رسمي مشهر، وبين ورثة المستفيد الحائز على قرار من الوالي.

والإنتفاع الدائم قابل للنقل خلافا لما جاءت به المادة 852 من القانون المدني الجزائري، إذ الإنتفاع ينقضي بانقضاء الأجل المعين، وإذا لم يعين أجل له عُدَّ مقررا لحياة المنتفع، وهو ينتهي بموت المنتفع قبل انقضاء الأجل المعين، والحقوق الشخصية المتصلة بشخص المورث لا تنتقل إلى الورثة⁴¹¹.

ثالثا — ولاية اسقاط حق الإنتفاع الدائم : بين قانون 03/10 والمرسوم التنفيذي 362/10 الجزاء القانوني المتخذ ضد أعضاء المستثمر الفلاحية الذين لم يتقدموا بايداع ملفات التحويل لدى المدير الولائي للديوان الوطني للأراضي الفلاحية خلال الأجل المنصوص عليها في المادة 30 من قانون 03/10، وعدم القيام بهذا الإجراء يعتبر في نظر القانون تخلي عن الحقوق العينية العقارية، مما يترتب على ذلك اسقاط هذه الحقوق بقرار من الوالي ينشر في المحافظه العقارية⁴¹².

والمبدأ القانوني يقضي أن الوالي مختص باسقاط حقوق المستفيدين في حالة حيازة عضو المستثمرة على قرار من الوالي يفيد استفادته في صوره انتفاع بالأراضي الفلاحية التابعه للدولة⁴¹³.

⁴⁰⁹ — زروقي ليلى، التقنيات العقارية، العقار الفلاحي، الديوان الوطني للاشغال التربوية، ج 1، ط 2، 2001، الجزائر، ص 101.

⁴¹⁰ — الجريدة الرسمية العدد 92 لسنة 1975، الجزائر.

⁴¹¹ — كحيل حكيمة، اشكالية تحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق امتياز، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 6 لسنة 2013، ص 233 و 234.

⁴¹² — المادة 09 المرسوم التنفيذي 326/10 والمادة 30 من قانون 03/10

⁴¹³ — المادة 06 من الأمر 26/95 المؤرخ في 1995/09/25 المعدل والمتمم لقانون التوجيه العقاري، ج 1، العدد 55 لسنة 1995، الجزائر

أما في حالة حيازة أعضاء المستثمرات الفلاحية عقودا إدارية مسجلة ومشهرة بالمحافظة العقارية ، فلا يختص الوالي باسقاط الحقوق العينية العقارية المكرسة بموجب هذه العقود، ذلك أن الوالي لا يحق له أن ينهي العلاقة العقدية باسقاط حق مكتسب تطبيقاً لمبدأ الحقوق المكتسبة، والقضاء وحده دون سواه هو الذي لديه حق الفسخ واسقاط الحقوق العينية العقارية لأعضاء المستثمرة، ويكون ذلك بناءً على دعوة يرفعها الوالي المختص إقليمياً إلى الجهات القضائية المختصة، ومنه فالمادة 9 من المرسوم التنفيذي 326/10 تتوافق أحكامها والمادة 6 من الأمر 26/95 المتعلق بالتوجيه العقاري، وتتعارض في حكمها بالنسبة لعضو المستثمرة الذي يحوز عقداً إدارياً مسجلاً ومشهراً.

المبحث الثاني: خصوصية آثار حق الإمتياز والحلول المقترحة لتنمية وتطوير العقار الفلاحي

يرتب الإمتياز جملة من الحقوق والإلتزامات، إذ يكون لصاحب حق الإمتياز الحق في استغلال الأراضي الفلاحية، والحق في التنازل عن حق الإمتياز، وقابليته للتوريث، وتأسيس رهن قانوني على هذا الحق، كما يلزم بدفع اتاوة سنوية نظير انتفاعه، والمحافظة على قوام العقار الفلاحي بعدم تغيير وجهته الفلاحية، وكل إخلال لشروط العقد يترتب الفسخ، وعليه سيتم الكلام عن خصوصية أثر حق الإمتياز من خلال طبيعة هذا الحق، وكذا الشخصية المعنوية للمستثمرة الفلاحية (المطلب الأول)، فضلاً عن مدى نجاعة الإمتياز كألية حصرية لإستغلال العقار الفلاحي، أو بالأحرى الحلول المقترحة لتنمية وتطوير العقار الفلاحي باعتباره أداة أمن غذائي بامتياز (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصوصية آثار حق الإمتياز

لحق الإمتياز خصوصيته التي يتميز بها، فهو يخول لصاحب المستثمرة جملة من الحقوق تجعل طبيعته القانونية تتحدد وفقها، كما أن المستثمرات الفلاحية الممنوحة في إطار الإمتياز يثار بشأنها مسألة تمتعها القانوني بالشخصية المعنوية، وعليه سنتكلم عن طبيعة الإمتياز وعن تمتع المستثمرات بالشخصية القانونية.

الفرع الأول: طبيعة حق الإمتياز

إن حق الإمتياز يترتب لصاحبه الحق في استغلال الأراضي الفلاحية والأماكن السطحية المتصلة بها في شكل مستثمرة فردية أو جماعية، ويتسم هذا الحق بخصوصية كونه قابلاً للتوريث والتنازل والرهن ومنه :

أولاً — نقل حق الإمتياز للورثة: فينقل للورثة الذكور والإناث للمدة المتبقية من عقد الإمتياز، ويمنح للورثة أجل سنة تبدأ من تاريخ وفاة مورثهم من أجل اختيار أحد الورثة ليتكفل بحقوق والتزامات المورث في المستثمرة⁴¹⁴

ثانياً — رهن حق الإمتياز : يمكن للمستثمر أن يرهن حق استغلال الأراضي الفلاحية بغرض الحصول على قرض بنكي، وفي حالة عدم الوفاء بمنح الإمتياز للذي رسا عليه المزداد⁴¹⁵.

ثالثاً — التنازل عن حق الإستغلال : أجاز المشرع لصاحب حق الإمتياز التنازل للغير عن حق استغلال الأراضي الفلاحية والأماكن السطحية المتصلة بها في حدود أجل الإمتياز، وذلك مع مراعاة بعض الشروط، سيما أن لا يكون المتنازل إليه من الأشخاص الذين سبق وأن تم إسقاط حقوقهم في ظل قانون 19/87

⁴¹⁴ - المادة 25 من قانون 03 / 10 تنص على أنه : "في حالة الوفاة يمنح الورثة أجل سنة ابتداء من تاريخ الوفاة مورثهم من أجل:

- اختيار واحد منهم ليمثلهم و يتكفل بحقوق و أعباء مورثهم في المستثمرة، مع مراعاة أحكام قانون الأسرة في حالة وجود قصر،

- التنازل بمقابل أو مجاناً لأحدهم،

- التنازل عن حقوقهم حسب الشروط المحددة في هذا القانون.

يعد انقضاء هذا الأجل، و عند عدم اختيار الورثة لإحدى الحالات المبينة في هذه المادة، يخطر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية الجهة القضائية المختصة بذلك.

⁴¹⁵ - المادة 12 من قانون 03/10 المتضمن منح الإمتياز.

وعليه ومن خلال هاته السلطات الممنوحة لصاحب حق الإمتياز يمكن القول أن حق الإمتياز المتمثل في استغلال الأراضي الفلاحية هو حق عيني عقاري يخول له سلطة قانونية على ذلك العقار بمقتضاها يستطيع الإنتفاع به، وذلك باستعماله واستغلاله وفق خصوصيته الفلاحية، وترتيب حق عيني عليه من خلال رهنه والتصرف في الانتفاع للغير، وهو ليس بحق شخصي .

الفرع الثاني: الشخصية المعنوية للمستثمرة الفلاحية واشكالية أهلية التقاضي

طبقا لأحكام القانون المدني، سيّما المادة 50 منه، فإن المستثمرة الفلاحية الجماعية لن تكون لها أهلية التقاضي إلا إذا كانت تتمتع بالشخصية المعنوية، وأن هاته الأخيرة لا تمنح إلا بموجب نص قانوني .

وبالرجوع إلى أحكام قانون 03/ 10 فإنه لا يوجد أي نص يمنح للمستثمرة الفلاحية الجماعية الشخصية المعنوية عكس قانون 87 / 19 الملغى بموجب المادة 34 من قانون 03 / 10، إذ نصت المادة 33 منه على أنه يصبح للمستثمرة الفلاحية الجماعية شخصية معنوية بمجرد شهر العقد الإداري في المحافظة العقارية، ذلك أن أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية في إطار قانون 87 / 19 يمنح لهم عقد واحد وهذا بخلاف قانون 03 / 10 الذي يمنح لكل عضو في المستثمرة الفلاحية عقد امتياز باسمه الخاص، وفي غياب نص قانوني يمنح للمستثمرة الفلاحية الجماعية شخصية معنوية يمكن للمستثمرين إدارة حقوق الإمتياز بصفة مشاعة وتطبق أحكام الملكية الشائعة الواردة في المواد 713 وما بعدها من القانون المدني، وترفع الدعوى باسم كافة الأعضاء، لأن المال المشاع لا يتمتع بالشخصية المعنوية، كما يمكنهم توكيل عضو يمثلهم قضاء، أو انشاء تعاونية فلاحية طبقا لأحكام المادة 53 من قانون التوجيه الفلاحي⁴¹⁶

المطلب الثاني: الحلول المقترحة لتنمية وتطوير العقار الفلاحي

إن السياسة التشريعية للعقار عموما في الجزائر اتسمت بتسارعية للنصوص القانونية، والتي غلب عليها العشوائية وعدم وجود أمن قانوني واضح، ففي ظل عدم وجود لمسح عام للأراضي من شأنه تبيان الملكيات سواء أكانت خاصة أو وطنية أو موقوفة، لا يمكن اعداد مخطط شامل يحمي هذه الثروة العقارية على تنوعها، فضلا عن عدم تجسيد لرقابة فعلية صارمة تحدّ لكل من تسول له نفسه التعدي على هاته الممتلكات وخصوصياتها.

هاته الأوضاع مهدت لعقار فلاحي تابع لأملاك الدولة الخاصة ورث هذا اللااستقرار في المراكز القانونية.

فحقيقة أن الجزائر تتربع على ثروة عقارية فلاحية هائلة، لكن تحقيق أمن غذائي كامل، وبديل للثروة البترولية مازال بعيدا كل البعد عن ما هو مرجوا ومأمول.

والواقع من ذلك فشل لنظام التسيير الذاتي والثروة الزرعية، ونتائج ضئيلة لقانون المستثمرات الفلاحية في ظل عدم نجاح الملكية الشائعة في إطار المستثمرات الفلاحية وما صاحبه من كثرة للمنازعات، فضلا عن الزحف العمراني الرهيب على حساب خصوصية هذه الأراضي الفلاحية، يحدث كل ذلك في إطار انعدام للرقابة الآتية والبعيدة للسلطات المختصة.

وفي هذه الأرضية المشحونة بكثرة المنازعات، وبتغيير وجهة الكثير من الأراضي الفلاحية إلى طابع عمراني، فضلا عن أن الكثير من أصحاب المستثمرات لا علاقة لهم بالفلاحة ومبادئها التي قوامها التوارث أبا عن جد، جاء القانون 03/10 المتعلق بمنح الإمتياز، وتمّ تحويل حق الإنتفاع الدائم إلى امتياز، ورتّب هذا الامتياز حقوقا لصاحبه من خلال قابليته للتنازل والحجز والتوريث، وحمل هذا القانون في طياته الكثير من المتناقضات مع المبادئ التي يقوم عليها القانون، سيّما الحقوق المكتسبة في إطار التشريعات السابقة، وعلى كل فإن المأمول من نظام الإمتياز أن يجعل من العقار الفلاحي مصدرا لرقية وتطويره.

⁴¹⁶ _ القانون 08 / 16 المؤرخ في 03 / 08 / 2008 المتضمن التوجيه الفلاحي، ج ر العدد 46 لسنة 2008، الجزائر .

غير أننا نعتقد في هذا الصدد أن مشكل العقار الفلاحي في الجزائر لا يرتبط بألية الإستغلال، وإنما أساسه انعدام التخطيط لتحديد خصوصية العقار الفلاحي من جهة، والمركز القانوني للفلاح من جهة أخرى.

فخصوصية العقار الفلاحي تتجلى في كون تغيير وجهته جريمة، ولا يمكن في كل الأحوال المساس بها من قبل المستثمرين، فضلا عن الدولة، كما أن تحديد المركز القانوني للفلاح من خلال تعريف المقصود بالفلاح، وشروطه، وواجباته، وحقوقه، ومسؤوليته، من شأنه أن يبعد الأشخاص الدخلاء على قطاع الفلاحة، وإن يعزز قاعدة منح الأرض للفلاح النموذجي الحقيقي الذي يخدمها بحب وإخلاص كون ذهنيته وعقليته فلاحية. وكل هذا يجب أن يكون وفقا لرقابة فعلية قبلية وأنية وبعديّة من قبل الدولة، فإذا ما توافرت هاته الشروط والمقومات، فغنه لا محالة نستطيع الرقي وتطوير العقار الفلاحي بشكل يحقق ما هو مأمول من قبل الدولة، وهذا بصرف النظر عن كيفية منح الإستغلال سواء كان انتفاعا مؤبدا، أو مؤقتا، أو امتيازاً أو إيجارا أو غيره.

خاتمة

وكخاتمة لما تمّ ذكره، نقول أنه وفي ظل فشل أنظمة التسيير الذاتي للفلاحة وقانون الثورة الفلاحية في تحقيق تنمية للقطاع الفلاحي، وأمام وجود النتيجة ذاتها بالنسبة لقانون المستثمرات الفلاحية، إذ منح الأشخاص انتفاعا دائما للأراضي الفلاحية في إطار مستثمرات فردية وجماعية صاحبه كثرة للمنازعات، وتغيير للوجهة الفلاحية، ونتائج غير مرضية لقطاع يعول عليه كبديل للثروة البترولية، لذا سعت الدولة الجزائرية على محاولة جدية لإصلاح العقار الفلاحي وجعله رائدا في مجال تحقيق أمن غذائي من شأنه التخفيف على أعبائها، سيما وارداتها في الإطار الاستهلاكي، الشيء الذي تجلّى من خلال اصدار القانون 03/10 المتعلق باستغلال الأراضي الفلاحية ومنحها من خلال عقد الإمتياز الذي يعدّ النموذج الوحيد والحصري في تسيير الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، وقد جاء هذا التغيير لعدم نجاعة حق الإنتفاع الدائم كأسلوب لإستغلال العقار الفلاحي، إلا أن هاته الدينامكية في النصوص القانونية مازالت سلبية، سيما من الناحية العملية، إذ تثار العديد من الإشكالات القانونية والعملية والفنية، فقانون الإمتياز هذا حمل في طياته الكثير من التناقضات القانونية والصعوبات العملية، ولا تزال نتائجه محتشمة مقارنة لما هو مأمول بما هو واقع، وعليه ومما سبق بيانه فإننا نستخلص ونوصي بما يلي:

1 — ضرورة ضبط النصوص القانونية من حيث الصياغة اللفظية والمعنى القانوني، فالقانون لا يقبل المترادفات، والمبادئ القانونية لا يجب المساس بها، فقانون 03/10 المتعلق بمنح الإمتياز جاء بالعديد من الأحكام المتناقضة مع مبادئ تسود القانون، سيما الحقوق المكتسبة، واسقاط الوالي لها وعدم منح المستثمرة شخصية معنوية وغيرها، لذا يجب إعادة صياغة هذا القانون بشكل دقيق وكامل وبتوافق بين الصياغة اللفظية والمعنى، وكذا المبادئ التي تحكم القواعد القانونية عموما.

2 — نعتقد بالزامية تجسيد رقابة فعلية صارمة للدولة قبلية وأنية وبعديّة في منح الأراضي الفلاحية ومدى استغلالها واستثمارها، مع ضرورة استرجاع كل الأراضي الممنوحة سواء في إطار التسيير الذاتي أو الثورة الزراعية أو المستثمرات الفلاحية أو الإمتياز، والتي ثبت أن أصحابها أخلوا بالتزاماتهم القانونية، سيما اهمال الأراضي وتغيير خصوصيتها الفلاحية، مع متابعتهم قضائيا عن هذا الإخلال.

3 — نرى ونعتقد أن مشكل العقار الفلاحي في الجزائر لا علاقة له تماما بألية منح استغلال هاته الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة بالدولة، وإنما الإشكال ينحصر في مدى وجود حماية دستورية تحمي صاحب الحق ومحل الحق، وهاته الحقوق الدستورية تجسدها القوانين من خلال حماية محل الحق، وهو العقار الفلاحي وخصوصيته ومقوماته وذاتيته، فهو من النظام العام إذ لا يمكن للدولة ولا للمستثمر الفلاحي ولا للغير في كل الأحوال المساس به، كونه يشكل أمنا غذائيا للمواطن الجزائري.

أما صاحب الحق فهو الشخص الذي يمنح له الإمتياز أو الإنتفاع أو سميّه ما شئت، وهنا يجب تحديد مركزه القانوني بشكل دقيق من خلال وصفه بالفلاح النموذجي، وتحديد المقصود به ، وشروطه ومسؤولياته وغيرها، وهو كذلك من النظام العام، إذ لا يجوز لأي شخص الإدعاء بكونه فلاحا وهو ليس كذلك وتقوم مسؤوليته القانونية المدنية والجزائية عن كل اخلال.

فإذا ما توافرت هاته الشروط واقتربت بوجود رقابة صارمة قبلية وأنية وبعديّة من الدولة، فإننا نعتقد أن العقار الفلاحي سيلعب دوره الريادي في مجال التنمية الإجتماعية والإقتصادية، وهذا بغض النظر عن آلية منح الإستغلال سواء أكان انتفاعا مؤقتا أو مؤبدا أو امتيازا أو ايجارا أو غيره .

أخيرا نقول بوجوبية وجود ارادة سياسية من الدولة تركز معنى الأرض للفلاح ولمن يخدمها، مع تجسيد رقابة فعلية لكل الأوقات، وهذا أمر من شأنه لا محالة النهوض بقطاع الفلاحة باعتباره مصدرا مهما لتحقيق الأمن الغذائي المأمول .

المراجع والمصادر

أولا — الكتب

- بن يوسف بن رقية ، كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة طبقا لقانون 03 / 10 ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 06 ، جوان 2016 ، الجزائر.
- زروقي ليلي ، التقنيات العقارية العقار الفلاحي ج1، الديوان الوطني للأشغال التربوية ط2، 2001 ، الجزائر.
- كحيل حكيمة ، اشكالية تحويل حق الإنتفاع الدائم الى حق امتياز، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، العدد 6 لسنة 2013 ، الجزائر.

ثانيا — النصوص التشريعية والتنظيمية

- الأمر 653/68 المؤرخ في 1968/12/30 المتعلق بالتسيير الذاتي في الفلاحة، ج ر العدد 15 لسنة 1969، ملغى، الجزائر.
- الأمر 73/71 المؤرخ في 1971/11/8 المتضمن قانون الثورة الزراعية، ج ر العدد 97 لسنة 1971، ملغى، الجزائر
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج.ر العدد 13 الصادرة في 13 ماي 2007، الجزائر .
- الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر العدد 92 لسنة 1975، الجزائر.
- الأمر 25/95 المؤرخ في 1995/09/25 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم، ج ر العدد 55 لسنة 1995، الجزائر
- القانون 17/87 المؤرخ في 1987/12/8 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر العدد 50 لسنة 1987 الملغى بالقانون 03/10 المؤرخ في 15/8/2010، الجزائر.
- القانون 16 / 08 المؤرخ في 03 / 08 / 2008 المتضمن التوجيه الفلاحي ، ج ر العدد 46 لسنة 2008 ، الجزائر.
- القانون 03/10 المؤرخ في 15/8/2010 المتضمن شروط وكيفية استغلال الاراضي الفلاحية التابعة للاملاك الخاصة للدولة، ج ر العدد 46 لسنة 2010، الجزائر.
- المرسوم التنفيذي 326 /10 مؤرخ في 23 / 12 / 2010 يحدد كيفية تطبيق حق الإمتياز لإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للاملاك الخاصة للدولة ، ج ر العدد 79 لسنة 2010 ، الجزائر.

تقييم الأداء الوظيفي وعلاقته بتحسين جودة الخدمات بالقطاع العام

أحمد ميساوي

دكتور في الحقوق

ملخص

إن تطور الدولة من حارسه إلى أخرى اقتصادية واجتماعية حتم عليها تطوير أدوارها التي أخذت تتسع باتساع رقعة الحاجات العامة. أدوار لأدائها كان لا بد للدولة من أن تجد لنفسها الوعاء المادي، البشري والتنظيمي الذي ستمارس فيه هذه المهام الجديدة. لذلك لم يكن بالإمكان الرهان على نماء أي دولة حديثة بمعزل عن جودة مراقبها العامة، جودة يتم قياسها من خلال المؤشرات التالي بيانها :

- فعالية الموارد البشرية
- جودة وملاءمة الإطار القانوني
- تطور ومرونة الفكر الإداري المسير

فالعلاقة التناسبية بين هذه المكونات الثلاث لا تجعل من عملية تقييم الإنتاج الوظيفي عملية تقنية صرفة تتلخص في أداء مهام الموظفين فقط. بل تجعل منه عملية تسلسلية تقييم الموارد البشرية (قيما و سيكولوجيا) من طرف فكر إداري مسير ملتزم بإطار قانوني و تنظيمي . ليكون بذلك التقييم الوظيفي مجموعا من التقنيات المعتمدة لقياس كل من كفاءة الموظف (المعرفية، التقنية و المهاراتية)، قابليته لتقلد مهام أصعب و مدى توفره على الصفات التي يتطلبها منصبه الوظيفي. تبعا لهذا تكمن أهمية هذه العملية كمكون من مكونات الدورة الوظيفية في رفع مستوى الأداء العام للجهاز الإداري ، تحقيق الرضا الوظيفي و كذا الالتزام المهني الذي يعود بالنفع على الفرد و الإدارة على حد سواء ، كما تمكن من التحويل المترشح مهام إدارية أو أخرى قيادية.

و جدير بالإشارة إلى أن التقييم الذي يتم غالبا من خلال قناة السلطة الرئاسية التسلسلية يركز على تقييم ما يلي من عناصر : إنجاز الأعمال المرتبطة بالوظيفة، المردودية، القدرة على التنظيم، السلوك المهني، البحث و الابتكار، تطور المسار المهني للموظف من حيث الترقى و الحركية و كذا مؤهلاته المهنية . ليكون بذلك عملية ممنهجة ذات أسس و معايير من جهة و ذات أهداف و نتائج من جهة أخرى. تتلخص أسسه في المواكبة، الشمول، الشفافية ثم الموضوعية و الفاعلية و تتراوح معاييرها بين ما هو مرتكز على النتائج و ما هو شخصي وسلوكي . ليصبو بذلك إلى قياس أحقية مكافأة الموظف أو تناسب الجزاء المراد توقيعه عليه و كذا تعريف الموظف بدرجة كفاءته على المستوى القصير أو المتوسط و تجويد تخطيط الموارد البشرية على المستوى البعيد.

يتضح مما سبق أن الموارد البشرية تشكل الحجر الأساس في دورة التقييم الوظيفي لذلك كان التفكير في تأهيلها و إصلاحها من جهة و ملاءمة الإطار القانوني المنظم لها من جهة ثانية فرض عين على الدولة و هي تشد تحقيق الجودة الشاملة، جودة لا يتأتى تحقيقها بجزئية الإصلاح أو قطاعيته- كما هو الحال في المغرب كدولة أنموذج مذ محاولات تقنينها للوظيفة العمومية و التخلي عن تركيز إدارتها إلى محاولات رقميتها للإدارة - بل تتحقق بالرهان على مقارنة الكفاءات كمدخل أساسي يعتمد على التدبير السليم و التشاركي و على استقلالية قرار المسؤولين عن الموارد البشرية في إعداد و اختيار الاستراتيجية المتبعة. ما سيساهم لا محالة في تجويد الموارد البشرية ، الارتقاء بالمستويين الاقتصادي و الاجتماعي و تطوير الجانب التنظيمي.

Resumé

L'évolution de l'état de son statut état gendarme à un état économique puis sociale lui a imposé le développement de ses rôles qui s'élargissent en fonction des besoins publics. Cependant, l'état était contraint à trouver des formules matériels, humaines et organisationnelles adéquates pour assurer ses nouvelles résolutions. Par conséquent, il était inconcevable de juger la qualité de développement de n'importe quel état moderne en excluant le calibre de ses services publics mesurés via les indicateurs suivants :

- efficacité des ressources humaines
- qualité et pertinence du cadre juridique
- développement et flexibilité de la pensée managériale

La relation proportionnelle entre ces trois composantes ne fait pas du processus d'évaluation de la production des tâches un processus purement technique qui se résume uniquement à l'exécution des tâches des employés. Il en fait plutôt un processus séquentiel qui évalue les ressources humaines (en matière de valeurs et de psychologie) par une pensée managériale engagée dans un cadre légal et réglementaire. Sur ce, l'évaluation est un ensemble de techniques approuvées permettant de mesurer les compétences (cognitive et techniques) de chaque salarié, sa capacité à assumer des tâches plus difficiles et sa disponibilité sur les qualités requises par son travail.

En conséquence, l'importance de ce processus en tant que composante du cycle de travail réside dans l'élévation du niveau de performance générale de l'appareil administratif, la satisfaction au travail et l'engagement professionnel qui porte profit -à la fois- à l'individu et à la direction, et le rapport a été en mesure de responsabiliser le candidat avec des tâches administratives ou d'autres tâches de direction.

Il est à noter que l'évaluation, qui se fait souvent via le canal Serial Presidential Authority, est basée sur l'évaluation des éléments suivants: achèvement des travaux liés à l'emploi, rentabilité, capacité d'organisation, comportement professionnel, recherche et innovation, évolution du parcours professionnel du salarié en termes de promotion et de mobilité. Ainsi que ses qualifications professionnelles. L'évaluation est donc un processus systématique avec des fondements et des normes d'une part et avec des objectifs et des résultats visés d'autre part. Ses fondements sont la synthèse, l'exhaustivité, la transparence, l'objectivité et l'efficacité, et ses critères vont de ce qui est basé sur les résultats à ce qui est personnel et comportemental. A cette fin, elle vise à mesurer l'éligibilité de la récompense du salarié ou la proportionnalité de la sanction à signer, ainsi que faire savoir au salarié son degré de compétence au niveau court ou moyen et améliorer la planification des ressources humaines au niveau long.

Il ressort clairement de ce qui précède que les ressources humaines constituent la pierre angulaire du cycle d'évaluation des emplois, donc penser à le qualifier et à le réformer d'une part et à l'opportunité du cadre juridique qui le régit d'autre part en imposant un œil à l'État et en cherchant à atteindre une qualité globale, qualité qui ne peut être atteinte par la partie réforme ou son secteur. - Comme c'est le cas au Maroc en tant que pays modèle depuis ses tentatives de le légaliser pour l'emploi public et d'abandonner le focus de sa gestion pour tenter de le numériser pour le management - il est réalisé en misant sur l'approche par compétences comme intrant de base qui dépend d'une gestion appropriée et participative et de l'indépendance de la décision des responsables des ressources humaines dans l'élaboration et le choix de la stratégie Suivi. Ce qui contribuera inévitablement à l'amélioration des ressources humaines, à la mise à niveau des niveaux économique et social et au développement de l'aspect organisationnel.

مقدمة:

تعتمد الإدارة للقيام بنشاطها على مجموعة من الوسائل، قد تكون هذه الوسائل قانونية تتمثل في القرارات الإدارية والعقود الإدارية، وقد تكون وسائل مادية تتجلى في الأموال العمومية، كما يمكن أن تكون وسائل بشرية تتجسد واقعيًا وفعليًا في الموظفين. ذلك أن الوظيفة العمومية هي مجال مرتبط بتطور الدولة، فبقدر اتساع الوظائف التي تقوم بها الدولة بقدر احتياجها إلى المرافق العامة، واحتياجها إلى إطار قانوني فعال لتنظيم هذه المرافق وخاصة ما يتعلق بالعنصر البشري. فالدولة الحديثة أصبحت هي المسؤولة عن التخطيط للتنمية بأبعادها المختلفة، لذا يتعين عليها تنمية الإدارة عبر تطوير أجهزتها وتبسيط إجراءات العمل، والاهتمام بالعنصر البشري الذي هو الأداة الفاعلة والمتحركة داخل الجهاز الإداري برمته. لذا يجب أن يتضمن النظام القانوني للوظيفة العمومية القواعد التي تكفل حسن اختيار الموظفين عند التعيين وأثناء العمل، وأن تضمن لهم مستوى معيشي جيد حتى يقدموا الخدمة العامة للمرتفقين بطريقة فعالة.

إن الوظيفة العمومية بهذا المعنى، تعتبر من أهم المرافق التي تقدم الخدمة للمواطنين باسم الدولة، وذلك في صورة نشاط إداري يقوم به الموظفون على مستوى مختلف الإدارات العمومية والجماعات الترابية مركزيا وجهويا ومحليا. حيث تعدو الوظيفة العمومية أداة أساسية في يد الدولة لدعم التنمية وإشباع حاجيات المواطنين.⁴¹⁷

وفي هذا الإطار، نجد بأن مبدأ التسلسل الرئاسي هو الغالب وذلك للحفاظ على الالتزام التام بسلطة الدولة، وهو ما لا يترك إلا هامشا ضيقا لمبدأ المشاركة في اتخاذ القرار. وقد أدى هذا إلى وجود اختلال وظيفي في بنية الوظيفة العمومية، كما ساهم تعدد الأنظمة الأساسية الخاصة إلى ظهور العديد من السبلات التي تقف في وجه تدبير عقلاني للموارد البشرية، وعدم التوازن بين مختلف الهيئات الشيء الذي ترتب عنه ما يسمى بالطائفية المهنية.

وفي هذا السياق يحتل تقييم الأداء الوظيفي مكانة متميزة في تقييم مردودية الموظف العمومي لكن التفكير في معالجة هذا الأمر باستقلالية عن باقي مكونات تدبير منظومة الموارد البشرية كالتكوين والترقية والحركة ومختلف العناصر المكونة لعملية تدبير المسار المهني أو الوظيفي. أمر صعب نظرا لكون تقييم الأداء الوظيفي رهين باستقطاب جيد للموارد البشرية وتقييم موضوعي لأداء الموظفين وعلى أساسه يمكن منحهم تعويضات إما مادية أو معنوية.

ويشكل تقييم الأداء الوظيفي، مجال للتساؤل موازي لمجال تدبير الموارد البشرية والتسيير الإداري، وذلك بحجم التطلعات التي ترتسم في أفق استثمار للرأسمال البشري، قصد الرفع من الإنتاجية سواء داخل المنظمة الاقتصادية أو الإدارية أو الصحية أو الأمنية... الخ، حيث يولي الباحثون والمسؤولون عن تدبير الشأن الإداري عادة اهتماما رئيسيا لتقييم الأداء الوظيفي، لما له من وقع على مستقبل الجهاز الإداري للدولة عامة.

وتقييم الأداء الوظيفي يستمد أهمية جوهرية من أنه نظام أساسي للتغذية المرتدة التي تتخذ على ضوءها قرارات شؤون الموظفين كالترسيم في الوظيفة والترقية والنقل والحوافز التشجيعية والاستثنائية والتدريب، وهو عامل حيوي في إيجاد ودعم علاقة حجية بين الإدارة والموظفين، بالإضافة إلى أنه حافز هام لتحسين مستوياتهم في الأداء وتنمية قدراتهم الذاتية ومهاراتهم المهنية⁴¹⁸. إن تقييم الأداء عملية وأسلوب استراتيجي وجزء لا يتجزأ من التخطيط الاستراتيجي للموارد البشرية للعمل الإداري والإدارة، لكونه يشكل معايير واضحة ووضع شروط سليمة وشفافية لتدبير المسار المهني للموظفين. والتقييم الموضوعي والسليم يساهم في رفع مردودية العمل الإداري، حيث يساهم في شعور العامل أو الموظف أنه جزء لا يتجزأ من هذه المؤسسة، وتنمية روح الانتماء الوظيفي لديه. كما أن اقتناع كل موظف

⁴¹⁷ محمد حسنين عبد العال، الوظيفة العامة، مطبعة انجلو القاهرة 1974 ص 123

⁴¹⁸ عبد البر فاروق، تقرير كفاية العاملين بالخدمة المدنية في علم الإدارة العامة والقانون الإداري، عالم الكتب القاهرة، 1983 ص 12.

في المؤسسة أو الإدارة أنه عضو مهم في هذه المؤسسة، ويساهم في بناء أهدافها وتحقيق خدمة للمصلحة العامة، وأنه من الواجبات الأخلاقية والمهنية ضرورة التفاني في العمل بأمانة وإخلاص.

و يحظى موضوع تقييم الأداء الوظيفي داخل الإدارة بأهمية كبرى، ويعتبر آلية لقياس إنتاجية الموظفين و مردوديتهم، ومدى تحقيق أهداف وتطلعات الإدارة.

المبحث الأول: تقييم الأداء الوظيفي : المفهوم والأسس

تعتبر عملية تقييم الأداء الوظيفي من العمليات الهامة التي تمارسها الإدارة على جميع مستوياتها ، ابتداء من أعلى الهرم إلى أسفله، ولكي تحقق العملية الأهداف المرجوة منها، يجب التعامل معها بشكل نظامي ودقيق، وبمشاركة جميع الأطراف التي من الممكن أن تستفيد من النتائج، كما يجب مواكبة تلك العملية حتى تتلاءم والظروف التي تفرزها التغيرات على مستوى محتوى العمل وأساليب أدائه، والتغير في المهارات و الخصائص المعرفية للموظفين، والتغير في العوامل الطبيعية التي تنعكس على طبيعة أعمال الإدارات، ويخلق تبني هذه العملية من قبل الإدارة نوعا من الثقة لدى العاملين بجدية المؤسسة مما يرفع ولاءهم لها، فهي وسيلة تدفع الإدارات للعمل بحيوية ونشاط نتيجة مراقبة أداء الموظفين بشكل مستمر من قبل رؤسائهم، وتدفع الرؤوسين للعمل بنشاط وكفاءة ليظهروا بمظهر الموظفين المجددين أمام رؤسائهم، وليحققوا مستويات أعلى في التقييم لينالوا الحوافز المقررة لذلك.

إن تنمية الالتزام بالمثل والقيم الأخلاقية والاعتبارات القانونية والسلوكيات الإيجابية من الفلسفات الرئيسية التي ينبغي وضعها في المقام الأول لتسير في فلكها جميع الفلسفات الأخرى المنشودة التي توصل جميعاً نحو تحسين الأداء، وبالتالي نحو رفاهية المجتمع، ذلك أن فاعلية الإنسان وكفاءته ترتبطان وتتأثران بإيمانه العميق واقتناعه بالقيم الأصيلة، والمثل الأخلاقية العالية التي تدفعه إلى تنمية معارفه العلمية، ومهاراته السلوكية والعلمية نحو تحسين الأداء، ومن ثم فإن القيم الأخلاقيات تؤثر في السلوك تماماً كما تمثل المفاهيم العلمية والنظريات، وأن التحدي الكبير لإدارتنا لا يكمن فقط في القدرة على استيعاب المعرفة والتكنولوجيا بقدر ما يكمن في القدرة على صياغة قيم أخلاقية وحضارية ومؤسسية جديدة في إطار تراثنا وثقافة المجتمع وشرائعه السماوية ولا يتأتى ذلك إلا من خلال دراسة الواقع وما يرتبط به من ظواهر إيجابية أو سلبية في الوحدات الإدارية⁴¹⁹.

إن التعرف على وثنيتي القيم والمثل الأخلاقية الإيجابية التي تمكن من دعم الظواهر الإيجابية ودحر الظواهر السلبية، واتساقاً مع ما ورد، نجد أن أخلاقيات الوظيفة العامة تتمثل بمدى التزام الموظف بواجباته الوظيفية، ويعتبر الموظف مقيداً بقواعد العمل وتعليماته.

ويمثل تقييم الأداء تعريف الموظف بكيفية أدائه لعمله، وعمل خطة لتحسين وتطوير أدائه في كثير من الأحيان، وعندما يطبق تقييم الأداء بصورة صحيحة، فانه يوضح للموظف مستوى أدائه الحالي، وقد يؤثر في مستوى جهد الموظف واتجاهات المهام المستقبلية وتدعيم الجهود المبذولة لتحسين الأداء بطريقة صحيحة. وتبعاً لما تقدم، فتقييم الأداء، هي عملية إدارية يتم من خلالها تحديد كفاءة الموظفين ومدى إسهامهم في انجاز الأعمال المنوطة بهم، وكذلك الحكم على سلوك الموظفين وتصرفاتهم أثناء العمل ومدى التقدم الذي يحرزونه أثناء عملهم. وللإحاطة الشاملة لتقييم الأداء الوظيفي، سنعمل على تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين : نتناول في الأول: تقييم الأداء الوظيفي: مفهومه وأهميته، أما الثاني فسنخصصه، لأسس ومعايير ومجالات استخدام تقييم الأداء الوظيفي،

المطلب الأول: تقييم الأداء الوظيفي: مفهومه وأهميته

إن التقييم وسيلة غير مباشرة للنهوض بمستوى الأداء الوظيفي، وهو أمر يحقق إذا ما علم الموظفون بصفة عامة والقادة بصفة خاصة، أن تقييمهم يتم من خلال درجة كفاءتهم في العمل سواء من حيث أسلوبهم في العمل وطريقتهم في استغلال ما تحت أيديهم

⁴¹⁹ عبد الجليل النعيمي ، الحد الأدنى للأجور، الحوار المتمدن، المحور: الديمقراطية والعلمانية في الخليج والجزيرة العربية. العدد: 660، بتاريخ

من إمكانيات بشرية ومادية، وما يسعون إليه من زيادة مهارتهم في هذا المجال عن طريق التدريب والتعليم، وهي الأمور التي في جملتها إذا ما تحققت لابد وأن تنعكس إيجابياً على رفع معدلات الأداء، وبالتالي فإن اهتمام الجهاز الإداري بقياس درجة كفاءة موظفيه يؤدي بطريقة غير مباشرة إلى ارتفاع مستوى الأداء العام بالجهاز الإداري وتحقيق الأهداف المرسومة، الأمر الذي يساهم في تحقيق الرضا الوظيفي من جهة والالتزام المهني من جهة ثانية. وفي هذا السياق سوف نتطرق إلى مفهوم تقييم الأداء الوظيفي في الفرع الأول، ثم سنعالج في الفرع الثاني أهمية تقييم الأداء الوظيفي، وفي الفرع الثالث نتطرق فيه إلى كيفية إجراء التقييم.

الفرع الأول: مفهوم تقييم الأداء الوظيفي

وقد عرف علماء الإدارة تقييم الأداء الوظيفي، بأنه: " الإجراء الذي يتم به تقييم كفاءة الموظف بصفة دورية، خلال فترة زمنية معينة هي السنة التي تسبق مباشرة وضع التقييم" 420. ويرى البعض أن تقييم الأداء الوظيفي يعني قياس مدى توافر الصفات اللازمة لحسن أداء وظيفة ما في شاغليها 421. كما يعرف بأنه: " قياس كفاءة الموظفين ومدى مساهمتهم في إنجاز الأعمال المنوطة بهم، وكذلك الحكم على سلوكهم وتصرفاتهم أثناء العمل ". كما يعرف بأنه قياس كفاءة الأداء الوظيفي لفرد ما، وحكم على قدرته واستعداده للتقدم 422.

ومن التعاريف كذلك ما أورده " الفقيه رسلان " ما يراه البعض من أنه " يعني قياس أداء الموظف بالنسبة لإنتاجه وسلوكه ومعارفه، وتقدير مدى توافر مهارات وصفات معينة لديه ". إلا أن رسلان يميل إلى الأخذ بالرأي الذي يعرف تقييم أداء الموظفين بأنه " تحليل وتقييم أداء الموظفين لعملهم ومسلكهم، وتقدير مدى صلاحيتهم وكفاءتهم في النهوض بأعباء الوظائف الحالية التي يشغلونها وتحملهم مسؤولياتهم وإمكانيات تقلدهم مناصب وأعمال ذات مستوى أعلى 423.

ومن أجل ضمان أكبر قدر من الفعالية أو الموضوعية للتقييم، توضع برامج خاصة لتقييم الأداء، سواء في الإدارات الحكومية أو المؤسسات أو الشركات، هذه البرامج تتبع عادة عدة خطوات لتحقيق أهدافها، تتمثل في رسم أغراض تقييم الأداء، ثم تختار الأشكال الملائمة من طرق التقييم لتحقيق هذه الأغراض، ثم تضع القواعد الكفيلة بإدارة برنامج التقييم على نحو سليم وأخيراً تراجع نتائج التقييم للتحقق من صحتها وثباتها 424.

وقد لاحظنا أن في معظم الإدارات الحكومية والمؤسسات العمومية، لا يتبعون الطريقة الصحيحة في إعداد التقييم، حيث إن من ضمن بنود التقييم، هي المتابعة المستمرة من قبل هذا المسؤول، على أقل تقييم بشكل أسبوعي دقيق ومن ثم تدوين ما تمت ملاحظته في دفتر المتابعة اليومي والذي من المفترض أن يكون أمام كل مسؤول شاملاً لما دون فيه من إيجابيات وسلبيات تجمعت لديه على مدار عام كامل، ولأجل المصلحة العامة ومصلحة الموظف الخاصة يجب إطلاعه عليها لكي يتجنب السلبيات ويحافظ على الإيجابيات ويطورها حتى يكون موظفاً مثالياً وهذا مطلب الموظف الناجح والمدير الناصح والإدارة المتابعة لسير العمل.

الفرع الثاني: أهمية تقييم الأداء الوظيفي

إن التقييم وسيلة غير مباشرة للنهوض بمستوى الأداء الوظيفي وهو أمر يحقق إذا ما علم الموظفون بصفة عامة والقادة بصفة خاصة أن تقييمهم يتم من خلال درجة كفاءتهم في العمل سواء من حيث أسلوبهم في العمل وطريقتهم في استغلال ما تحت أيديهم من إمكانيات بشرية ومادية، وما يسعون إليه من زيادة مهارتهم في هذا المجال عن طريق التدريب والتعليم وهي الأمور التي في جملتها إذا ما تحققت لابد وأن تنعكس إيجابياً على رفع معدلات الأداء، وبالتالي فإن اهتمام الجهاز الإداري بقياس درجة كفاءة موظفيه يؤدي

420 حسن وراية، إدارة الموارد البشرية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية 1999م ص 274.

421 سلطان محمد سعيد أنور، إدارة الموارد البشرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2003 م ص 294.

422 نفس المرجع أعلاه ص 294.

423 رسلان أنور أحمد مرجع سابق، ص 21.

424 نفس المرجع أعلاه، ص 21.

بطريقة غير مباشرة إلى ارتفاع مستوى الأداء العام بالجهاز الإداري وتحقيق الأهداف المرسومة الأمر الذي يساهم في تحقيق الرضا الوظيفي من جهة والالتزام المهني من جهة ثانية. وتزداد أهمية تقييم الأداء الوظيفي، متى ما تم تصميمه بطريقة سليمة وتطبيقه بدقة واتساق وموضوعية، في تحقيق فوائد عديدة للفرد والإدارة. وهكذا يتخذ معيار الكفاءة وسيلة ناجحة للمفاضلة بين المتقدمين لشغل الوظائف الإدارية العامة والوظائف القيادية بصفة خاصة، حيث من خلال التحقق من درجة الكفاءة لدى المتقدم، يتم اختيار أنسب العناصر المتاحة، أي تلك العناصر التي تتوافر فيها القدرة على الإنجاز في كافة الظروف وبما يحقق مستوى كفاءة أعلى في أداء العمل، مما يطبع أسلوب الاختيار بالفعالية والجدية 425. هذا وإذا كان معيار الكفاءة السالف الذكر يستخدم للحكم على أسلوب الاختيار للعاملين أو القادة، فإنه يستخدم أيضاً لقياس مدى نجاح هؤلاء الموظفين الجدد وخاصة القادة منهم في الاضطلاع بالمهام الموكلة إليهم خلال فترة اختبارهم، الأمر الذي تشير كفاءتهم في الأداء إلى صلاحية استمرارهم لشغل المنصب القيادي وإلا تعرضوا للنقل إلى وظائف غير قيادية أو الاستغناء عنهم كلياً. إلى جانب هذا كله، يستخدم معيار الكفاءة أيضاً كوسيلة غير مباشرة للنهوض بمستوى الأداء الوظيفي وهو أمر يتحقق إذا ما علم الموظفون بصفة عامة والقادة بصفة خاصة أن تقويمهم يتم من خلال درجة كفاءتهم في العمل سواء من حيث أسلوبهم في العمل وطريقتهم في استغلال ما تحت أيديهم من إمكانيات بشرية ومادية، وما يسعون إليه من زيادة مهارتهم في هذا المجال عن طريق التدريب والتعليم، وهذه الأمور التي في جملتها إذا ما تحققت لابد وأن تنعكس إيجابياً على رفع معدلات الأداء، وبالتالي فإن اهتمام الجهاز الإداري بقياس درجة كفاءة عامله يؤدي بطريقة غير مباشرة إلى ارتفاع مستوى الأداء العام بالجهاز الإداري. إلى جانب هذا، يؤدي اهتمام الجهاز الإداري بقياس درجة الكفاءة في العمل إلى إبراز العديد من المؤشرات التي تظهر توافر هذه الكفاءة ودرجتها لدى الموظفين المنفذين، وهذه المؤشرات يسعى القادة الميدانيون إلى تحديدها من خلال التعمق في مراحل إنجاز العمل التنفيذي، مما يؤدي إلى زيادة فهم هؤلاء القادة بطبيعة العمل التنفيذي والجزئيات التي يتضمنها هذا العمل وما يرتبط بها من قياس لدرجة الكفاءة لدى الموظفين وكل ذلك يساهم مباشرة في ارتفاع مستوى القيادات الميدانية بالصورة التي تحقق فعاليتها ورفع مستوى أدائها.

إن الكفاءة باعتبارها مقدرة إنسانية ترتبط بشدة بالعديد من القدرات الشخصية والذهنية والنفسية للموظفين ولن يستطيع القادة الميدانيون تقدير درجة كفاءة مرؤوسيههم إلا من خلال المعرفة الجيدة لهذه القدرات ومدى توافرها لدى مرؤوسيههم، الأمر الذي يدفعهم إلى ضرورة التقرب منهم والاتصال بهم والتعامل معهم لكي يستخلصوا درجة كفاءتهم، ولاشك أن القيام بهذه الأمور يوثق الصلة بين القادة ومرؤوسيههم ويقوي العلاقة بينهم، الأمر الذي ينعكس على صالح العمل ويكون له الأثر الواضح في رفع مستوى الكفاءة في الأداء. كما يوفر تقييم الأداء أداة مناسبة للتغذية العكسية للموظفين، تمكنهم من معرفة مستوى أدائهم لأعمالهم، والإلمام بجوانب القوة والضعف فيها. ولمساعدتهم في تصحيح ما قد يكون لديهم من مواطن الضعف، وتعزيز مواطن القوة بالإضافة إلى زيادة الإحساس بالمسؤولية، متى ما أدرك الموظف أن أدائه يخضع للتقييم، وأن نتائج التقييم سيكون لها تأثير مباشر عليه، فإن ذلك يدفعه إلى بذل الجهد اللازم لأداء العمل على الوجه الصحيح، وإلى تحسين مستوى أدائه. كما أن لتقييم أداء الموظفين دور جوهري في تزويد الجمهور بمستوى عال من الخدمات العامة. والإدارات عموماً أصبحت تدرك أهمية تقييم الأداء الفاعل في تنفيذ الأهداف الاستراتيجية لها، ووسيلة لتحسين الاتصالات بين الرؤساء والمرؤوسين، من حيث شعور الموظفين باهتمام الرؤساء بأدائهم وتقديم المشورة لهم للتغلب على مواطن الضعف في الأداء. وشعورهم بالعدالة متى ما اتصف التقييم بالموضوعية.

أما بالنسبة للموظفين، فإن عملية تقييم الأداء بمثابة اختبار لدى سلامة ونجاح الطرق المستخدمة في الاختيار والتعيين. إلى جانب هذا، تستخدم نتائج التقييم في تطوير الأفراد من خلال ما توفره من معلومات حول نقاط الضعف والقوة لدى الموظفين، ومعرفة مدى قدرة هؤلاء على القيام بأعمالهم، ويساعد ذلك الإدارة في اعتماد الأسس السليمة في تدعيم نقاط القوة وتصميم البرامج التدريبية

425 - عبد الحي جمال الدين عبد العال: معايير اختيار القيادة وأثرها في كفاءة الأداء الشرطي، مرجع سابق، ص 181.

والتطويرية فضلاً عن الكشف عن مدى سلامة ونجاح برامج التدريب المتبعة⁴²⁶. كما يساهم تقويم الأداء في رفع دوافع الأفراد، حيث إن الموظفين يتطلعون دوماً إلى معرفة تطورات الإدارة عنهم وعن أدائهم بهدف السعي إلى تحسين أدائهم ذاتياً⁴²⁷. و يرى أحد الفقهاء أن إدراك الموظف بأن أدائه يخضع للتقييم وان نتائج هذا الأخير سوف يكون لها تأثير مباشر عليه، يدفعه إلى بذل الجهد اللازم لأداء العمل على الوجه الصحيح، وإلى تحسين مستوى أدائه. كما أن ذلك يعزز من شعور الرؤساء بالإحساس بالمسؤولية بمتابعة أداء موظفيهم والإحاطة بانتظام سير العمل بوجه عام والعمل الجاد على معالجة مشكلات الأداء⁴²⁸.

الفرع الثالث: كيفية إجراء تقييم الأداء الوظيفي

إن المسؤولية الأولى لتقييم أداء الموظف تعود في الواقع إلى رئيسه المباشر، ولذلك قد يكون هناك تأثير للاعتبارات الشخصية في عملية التقييم، ولهذا برز اهتمام كبير في التفتيش عن طريقة تحد من تأثير الاعتبارات الشخصية وتجعل التقييم موضوعياً وموثوقاً به بقدر الإمكان، ولا توجد خطوات محددة يمكن إتباعها عند إعداد برنامج تقييم الموظفين في كل الظروف. ويتم التقييم بمقارنة كل موظف برفاقه ممن يؤديون نفس نوع العمل ويتم ترتيب العاملين المقدرة كفايتهم في تسلسل متدرج حسب درجة كفايتهم بالنسبة لكل صفة، وبذلك فقد يكون ترتيب موظف متقدماً على آخر بالنسبة لدرجة كفايته في إحدى الصفات ومتأخراً عنه بالنسبة لدرجة كفاءته في صفة أخرى. وهذا يتم تحديده عن طريق نقطة عددية والتي تتحكم بشكل ملحوظ في الترقية النظامية للموظفين، لكنه لوحظ أن النقطة تمنح الموظفين دون مراعاة المعايير المعتمدة في النصوص التنظيمية الجاري بها العمل والمتعلقة بالتقييم الفردي لأداء الموظفين، وفي هذا الإطار صدر منشور⁴²⁹ يؤكد على الحرص بأن تمنح النقطة العددية للموظفين على أساس تقدير شامل لأدائهم ومراعاة لقيمتهم الحقيقية من حيث المردودية والسلوك والانضباط. كما صدر في هذا الإطار مرسوم رقم 1367-2-05-430 الذي جاء بالمقتضيات المتعلقة بترشيح الموظفين للتعيين والترقي حيث يتم خضوعهم لتقييم يتم مرة واحدة على الأقل كل سنتين، يتضمن مقابلة مع الرئيس المباشر. وتنصب هذه المقابلة أساساً على: إنجاز الأعمال المرتبطة بالوظيفة - المردودية - القدرة على التنظيم - السلوك المهني - البحث والابتكار - والنقط الممنوحة للموظف ومؤهلاته المهنية بالنظر للمهام الموكولة إليه، وكذا تطور مساره المهني من حيث الترقى والحركة.

يعد الرئيس المباشر على إثر هذه المقابلة تقريراً يبرز مدى حاجة الموظف للاستفادة من إعادة التأهيل والحركة لممارسة مهام مناسبة لمؤهلاته، وكذا مدى استحقاقه للتعيين والترقي في الدرجة. و بالنسبة للموظفين الملحقين فإنهم يخضعون فيما يتعلق بتقييمهم لنفس المسطرة المتبعة لتقييمهم، حيث تتولى الإدارة التي ألحقوا بها مهمة تقييمهم وإعداد تقارير وبذلك وتوجههما مع النقطة العددية إلى إدارتهم الأصلية.

وقد أسند المشرع أمر تحديد نموذج لتقرير التقييم المذكور إلى قرار من السلطة الحكومية المكلفة بتحديد القطاعات العامة شأنه في ذلك شأن نموذج بطاقة التنقيط المعتمدة لترقية الموظفين. غير أن الشروط الحالية للتقييم والمقابلة السنوية لا تسمح بالتقييم الحقيقي للأعوان، فممارسة التنقيط مغالى فيها، ومقابلات التقييم غالباً ما تبقى شكلية، مما يجعل التقييم كما هو معمول به حالياً، لا يمكن من التعرف على الحاجيات بفعالية، ولا يمكن تبعاً لذلك استعماله لتحديد التكوينات الضرورية للملائمة العون مع مهامهم⁴³¹.

⁴²⁶ - نفس المرجع أعلاه - ص 340.

⁴²⁷ - عباس سهيلة محمد ، إدارة الموارد البشرية، مدخل استراتيجي، دار وائل للطباعة والنشر، القاهرة، 2003 ص 140.

⁴²⁸ - الراشد عبد العزيز ، تقارير الكفاءة، معهد الإدارة العامة، إدارة البحوث والاستشارات، الرياض، 1974 م ص 744.

⁴²⁹ يتعلق الأمر بالمنشور رقم 1/99 الصادر عن السيد الوزير الأول بتاريخ 1999/1/7.

⁴³⁰ المرسوم رقم 1367-2-05-430 بتاريخ 2 دجنبر 2005، المتعلق بتحديد مسطرة تنقيط وتقييم موظفي الإدارات العمومية، والذي أصبح ساري

المفعول ابتداء من فاتح يناير 2006، الجريدة الرسمية عدد 5379 بتاريخ 17 ذو القعدة 1426 (19 ديسمبر 2005) الصفحة 3528.

⁴³¹ عبد الكريم درويش ويلي تكل - أصول الإدارة العامة - مكتبة عين شمس الاتحاد المصرية القاهرة 1980 ص 123

راجع كذلك : صالح السبسيكي، العلاقات الأساسية في الإدارة دار الفكر العربي الكويت الطبعة الأولى 1980 ص 78

المطلب الثاني: أسس ومعايير ومجالات استخدام تقييم الأداء

يعتبر الأداء المحور الرئيسي الذي تنصب حوله جهود المدراء، كونه يشكل بامتياز أهم أهداف الإدارة، حيث تتوقف كفاءة أداء أي إدارة وفي أي قطاع كانت على كفاءة أداء مواردها البشرية، والتي يفترض أن تؤدي وظائفها التي تسند إليها بكل فعالية، وحتى تضمن الإدارات ذلك، يقوم المسؤولون فيها بممارسة وظيفة مهمة ومعقدة في نفس الوقت من وظائفها، ألا وهي وظيفة تقييم أداء الموظفين، وهي وظيفة قديمة تستعمل فيها مقاييس رسمية توضع على أساس علمي وموضوعي، وهي وظيفة تتوسط وظائف إدارة الموارد البشرية، حيث تزودهم جميعا بالمعلومات الضرورية لأداء أدوارهم في الاتجاه الذي يحقق أهداف هذه الأخيرة ومن خلالها أهداف الإدارة. هذه الوظيفة تركز على أسس ومعايير مهمة ومجالات متنوعة. كل هذه الأفكار سنعمل على تحليلها في الفروع وذلك على الشكل الآتي :

الفرع الأول: أسس تقييم الأداء الوظيفي

إن تقييم الأداء الوظيفي يركز على أسس لتقييم الموظف، سواء في أدب الإدارة أو في الواقع التطبيقي، بعض هذه الأسس توفر مجموعة من البيانات، يهتم الموظفون التعرف عليها للوقوف على تقدمهم في الأداء ولكنها لا توفر مجموعة البيانات اللازمة لمتخذي القرارات في مجال شؤون الأفراد، والبعض الآخر تعتمد عليه الإدارة في تنمية العنصر البشري. هذا وتتلخص أهم أسس التقييم الفعال في أربعة أسس رئيسية وهي⁴³²:

- المواكبة: وتعني مواكبة عناصر التقييم لرؤية أهداف وخصوصية عمل الإدارة، فلكل إدارة أهدافها الخاصة بها التي تسعى لتحقيقها، مما يتطلب التركيز على نواحي معينة وإعطاؤها قدر ووزن نسبي أكبر من الاهتمام والمتابعة.

- الشمول : ويقصد به، أن يشمل تقييم الأداء جميع العاملين في الإدارة رؤساء ومروؤسين في كافة المستويات الإدارية، ومن قمة الهيكل التنظيمي حتى قاعدته، وتمتد محاور التقييم لتشمل مجموعة الجوانب الأساسية لقياس كفاءة وأداء استعداد الموظف للعمل والإنتاج والتطوير.⁴³³

- الشفافية: والتي تتحقق من خلال توفر مجموعة أدوات رئيسية، المعرفة المسبقة للعاملين بالمهام الوظيفية المكلفين بها، وبمعدلات الأداء المطلوبة منهم وبمعايير التقييم التي سيتم تقييمهم عليه، ثبات معايير ومحاور التقييم لكل العاملين بالمؤسسة⁴³⁴.

- الموضوعية والفاعلية: وحتى نضمن لتقييم الموظفين الموضوعية والفاعلية الكافية لابد من توفر عدة شروط هي مبدأ استمرارية التقييم وتعدد أساليب التقييم، تعدد الأهداف والثمرات.

إلى جانب هذا كله، يجب تحديد الأهداف المطلوب تحقيقها من التقييم والتي تشمل:

- تقدير المكافئة التي يستحقها الموظف أو الجزاء الذي يجب أن يوقع عليه وفي هذه الحالة يكون للعوامل التي تؤثر في إنتاج الموظف وفي كفاءة الإنتاج الاعتبار الأول في التقييم، ومن أهم هذه العوامل كمية إنتاج الفرد، درجة الجودة، مدى تأثير زملائه في العمل، مدى تأثيره على المرتفقين والزبائن.

- تعريف الموظف بدرجة كفاءته ونواحي الضعف فيه، وفي هذه الحالة يؤخذ بعين الاعتبار العوامل المتعلقة بالشخص نفسه، ومن أهمها الشخصية، الأمانة، القيادة، الطموح. كما يجب أن تكون الجهات المسؤولة عن التقييم متنوعة حسب الطرق الآتية:

⁴³² إبراهيم رمضان الديب، دليل إدارة الموارد البشرية، مرجع سابق، ص 190.

⁴³³ عمر وصفي عقيلي، إدارة الموارد البشرية المعاصرة، بعد استراتيجي، مرجع سابق، ص 367.

⁴³⁴ وتهتم الشفافية بتعدد جهات التقييم "رباعية التقييم" بما يقضي على محدودية الرؤية، ومخاطر تأثير الهوى والرؤى الشخصية وتأثير الخلفيات السابقة للعلاقات بين الأفراد على التقييم، وهذه الرباعية تتشكل من تقييم المستوى الأعلى وتقييم الزملاء، تقييم المروؤسين والتقييم الذاتي، وكلا منها يكمل الآخر، للمزيد من الاطلاع، أنظر، إبراهيم رمضان الديب، مرجع سابق، ص 196.

- **الطريقة الأولى:** وهي قيام الرئيس بتقييم مرؤوسيه، وهي الطريقة الأكثر شيوعاً، وهي التي تتماشى مع مبادئ الإدارة، وعلى الأخص مبدأ وحدة الأمر، كما أن هذه الطريقة يمكن تفويتها غالباً من خلال قيام الرئيس الأعلى من الرئيس المباشر باعتماد التقييم، ويجب أن يلاحظ أن المسؤولية الرئيسية في التقييم هي للرئيس المباشر، وأن مسؤولية الرئيس الأعلى هي في ضبط وموازنة تقديرات الرؤساء المباشرين ببعضهم بعضاً، وفي التأكد من إتباعهم للتعليمات بشكل سليم.

- **الطريقة الثانية:** وهي قيام المرؤوسين بتقييم الرؤساء، وهي تفيد في الإدارات والمواقف الحرجة، ويتم ذلك في المستشفيات والجيش مثلاً، إلا أن ذلك يتم في النادر. وكتطوير لهذه الطريقة يقوم الموظفون بتطوير أنفسهم.

- **الطريقة الثالثة:** وهي تقييم الزملاء، وهي من أدوات التقييم النادرة ولا مخاطرة في استخدامها لأنها قد تفسد العلاقات الاجتماعية بين الزملاء لاعتمادها على عناصر شخصية في التقييم.

- **الطريقة الرابعة:** وهي تعني وجود لجنة من الرؤساء يقومون بوضع تقييم مشترك من بينهم لكل مرؤوس على حدة.

الفرع الثاني: معايير تقييم الأداء الوظيفي 435:

يشمل تقييم الأداء على ثلاثة جوانب أساسية في ضوءها تتحدد أنواع معايير لتقييم هذه الجوانب أو الأنواع تصف الأداء الجيد في ثلاث نواح 436:

- معايير تصف الخصائص الشخصية: ويقصد بها المزايا الشخصية الإيجابية مثل الأمانة، الإخلاص، الولاء، الانتماء، ولا شك أنها تنعكس إيجابياً على أدائه.

- معايير تصف السلوك 437: يقصد بالسلوك، السلوكيات الإيجابية التي تصدر عن الموظف الخاضع للتقييم، فتشير إلى نواح جيدة في أدائه مثل، التعاون، المواظبة على العمل، المبادرة، تحدي الصعاب والمشاكل، التعامل مع الزبائن.

- معايير تصف النتائج 438: توضح معايير النتائج ما يراد تحقيقه من قبل الفرد الذي يقيم أدائه من إنجازات يمكن قياسها وتقييمها من حيث الكم، الجودة، التكلفة، والزمن، والعائد، حيث تمثل هذه الإنجازات الأهداف المطلوبة منه.

⁴³⁵ تقويم الأداء في الواقع أصبح أمراً أساسياً أكثر مما كان عليه في أي وقت مضى باعتباره أداة فعالة لجذب الانتباه توجيهه إلى أهداف المنظمة، وحتى يتم نقل تقويم الأداء من السلب إلى الجانب، فإنه لا بد أن تتم عملية التقويم وفقاً لشروط محددة أهمها، الالتزام بالقيم الأخلاقية مثل العدل في التقويم والاعتماد على الحقائق في الحكم على الأداء، وضوح المعايير ومستويات أداء واقعية وموضوعية إشراك ذوي العلاقة في عملية التقويم، "زملاء، مرؤوسين، متعاملين، وإتاحة الفرصة للفرد بمراجعة نتائج التقييم.

للمزيد من الاطلاع، أنظر، محمود عبد الله صالح، إدارة الموارد البشرية، مدخل قيمي، مرجع سابق، ص 174.

⁴³⁶ - عمر وصفي عقيلي، مرجع سابق، ص 410

⁴³⁷ - هناك خصائص معينة يجب أن يتصف بها مقياس الأداء هي:

- الثبات: بمعنى الحصول على نتائج متماثلة ومتتابعة نتيجة تكرار استخدام القياس
- المصادقية: بمعنى أن يقيس المقياس الصفات التي صمم كمقياس الذكاء يجب أن يكون قادراً على قياس الذكاء وليس ناحية أخرى كالميل والالتجاهات ... الخ.

- العملية: بمعنى أن يكون القياس سهل التصديق.

أنظر كامل بربر، إدارة الموارد البشرية وكفاءة الأداء التنظيمي، مرجع سابق، ص 126.

⁴³⁸ - هناك طرق متعددة لقياس أداء الأفراد في المؤسسات، وقد استخدمت عدة معايير في تحديد وتميز هذه الطرق، إلا أن البعض يقوم بتقسيمها إلى طرق تقليدية وأخرى حديثة، ومن الطرق الحديثة في التقييم: طريقة التقييم على أساس النتائج، طريقة الإدارة بالأهداف، طريقة الاختيار الإيجابي، طريقة الأحداث الجوهرية. للمزيد من الاطلاع في هذا الموضوع أنظر:

الفرع الثالث: مجالات استخدام نتائج تقييم الأداء الوظيفي

إن معرفة المجالات التي تستخدم فيها نتائج تقييم الأداء لخير برهان وإثبات على مدى جدوى وأهمية التقييم، لأن نتيجته تستخدم في المجالات الآتية: تخطيط الموارد البشرية، الاستقطاب، الاختيار والتعيين، التدريب والتنمية، التعويضات المالية، الترقية، النقل الوظيفي، إنهاء الخدمة. وسنعمل على توضيح هذا كله في النقاط الآتية:

- تخطيط الموارد البشرية: يقدم نتائج تقييم الأداء معلومات مفيدة لتخطيط الموارد البشرية، وذلك عندما تشير نتائج تقييم الأداء إلى وجود مستوى عالي في كفاءة الموارد البشرية أو مستوى منخفض من هذه الكفاءة، والذين سوف يستغنى عنهم، ووجوب الاستعاضة عنهم بموارد بشرية جديدة من خارج المنظمة، وهذا يمثل صلب عملية تخطيط الموارد البشرية⁴³⁹.

- الترقية: نتائج التقييم المستمر توضح إمكانات الموارد البشرية التي على أساسها يتم تحديد الوظائف التي يمكن أن يتدرج فيها الفرد عن طريق الترقية على مدى حياته الوظيفية المستقبلية في المنطقة.

- الاستقطاب والاختيار: عندما تظهر نتائج تقييم الأداء ضعفا في مستوى كفاءة الموارد البشرية التي جرى تعيينها مؤخرا في الإدارة من خلال إدارة الموارد البشرية فيها، هذا يقودنا في نهاية المطاف للقول: بأن نتائج تقييم الأداء تكون بمثابة المعيار الذي يشير إلى مدى نجاح هاتين الوظيفيتين في أداء مهمتها المطلوبة.

- تحديد ماهية ونوع البرامج التعليمية والتدريبية: تبين نتائج تقييم أداء الموظفين عادة مواطن الضعف والقصور في أدائها، وبالتالي فإن نتائج التقييم تكشف الاحتياجات التدريبية في الإدارة، وتحديد نوعية وماهية برامج التعليم والتدريب التي تحتاجها.

- تحديد الحوافز التشجيعية: يمكن للمنظمة من خلال نتائج التقييم أن تقرر من يستحق من الموارد البشرية التي تعمل لديها الحصول على الحوافز التشجيعية بأنواعها، كالمكافآت والعلاوات... الخ⁴⁴⁰.

- النقل الوظيفي: تعتبر نتائج تقييم الأداء معيارا هاما ووسيلة فعالة لمعرفة العاملين الذين هم بحاجة إلى نقل لوظائف أخرى تلاءم قدراتهم أكثر، بحيث يمكنه إظهارها في الوظيفة الجديدة المنقول إليها، ليزيد من كفاءته وإنتاجه في العمل.

- إنهاء الخدمة: تأخذ إنهاء خدمة الموارد البشرية من قبل المنظمة شكلين هما: الأول: الفصل أو الطرد من العمل الذي يعتبر أقسى عقوبة تفرض بحق من يعمل لديها، والسؤال الذي يطرح نفسه هما: من الذي سوف يستغنى عنه من الموظفين، الإجابة واضحة بلا شك وهي أن غالبية من يستغنى عنهم من أصحاب الأداء العادي الذي يوضحه تقييم الأداء.

المبحث الثاني: بؤادر الدولة في تطوير الأداء الوظيفي

من أجل ضمان الاستخدام الأمثل للموارد البشرية والمالية المتاحة، تبنت الدولة المغربية مجموعة من الإجراءات لتطبيق أفضل التطبيقات والممارسات الإدارية الناجحة، بالإضافة إلى فكر وثقافة الجودة باعتباره أحد مداخل تطوير الأداء الحكومي، إلا أن هذه

- سنان الموساوي، إدارة الموارد البشرية وتأثير العولمة عليها، مرجع سابق، ص 169.

- مصطفى نجيب الشاوش، إدارة الموارد البشرية، مرجع سابق، ص 99.

- كامل بربر، إدارة الموارد البشرية وكفاءة الأداء التنظيمي، مرجع سابق، ص 131.

- محمود عبد الله صالح، إدارة الموارد البشرية، مدخل قيمي، مرجع سابق، ص 176.

- محمود جمال الكفافي، الاستثمار في الموارد البشرية للمنافسة العالمية، مرجع سابق، ص 229.

⁴³⁹ - عمر وصفي عقيلي، مرجع سابق، ص 377.

أنظر كذلك: صلاح الدين زبير، إدراك التحفيز لدى العاملين بالمقاولات العمومية المغربية، مرجع سابق، ص 96.

⁴⁴⁰ - عمر وصفي عقيلي، مرجع سابق، ص 377.

السياسات اصطدمت بجملة من المعوقات تمثلت في عدم وجود رؤية ورسالة واستراتيجية واضحة للعمل تتناسب واختصاصات بعض القطاعات والمهام المكلفة بها وتكون موضع توافق من قبل الموظفين بالإدارة، وإن وجدت فإنها تكون بعيدة كل البعد عن البناء التنظيمي، كازدواجية الدور وتداخل بعض الاختصاصات بين الوحدات الحكومية⁴⁴¹، وعدم استقرار الهياكل التنظيمية وتضخمها، وغياب آليات قياس معدلات الأداء الحكومي ومستويات تقديم الخدمات، وعدم وجود معايير لتقييم الأداء ومستوى الخدمات العمومية، حيث لا يمكن التعرف على مستوى الأداء أو الخدمة، ولا يمكن معرفة مدى تحقق الأهداف المخططة، وضعف كفاءة الموارد البشرية، وعدم وجود تخطيط سليم للموارد البشرية داخل الوحدات الإدارية، وضعف خطط التدريب والعائد منها، ونقص في الكفاءات المتخصصة، وتعطيل بعض الكفاءات لأسباب غير موضوعية، وعدم التوازن بين التقليد والحدثة، حيث توجد في بعض الوحدات جوانب وممارسات تقليدية وفي نفس الوقت يوجد بها جوانب حديثة متمثلة في التكنولوجيا المستخدمة وفي طموحات بعض العاملين. وتخلق هذه الازدواجية حالة من عدم الفعالية داخل هذه الوحدات، وارتفاع مستوى وإمكانات التكنولوجيا المستخدمة في بعض المؤسسات والأجهزة الحكومية عن مستوى وإمكانات العاملين عليها والمتعاملين معها، فمن الملاحظ وجود قصور على سبيل المثال: استخدام أجهزة الحاسب الآلي إذ يتوقف معظم تعامل الموظفين مع هذه الأجهزة عند حدود إدخال البيانات، ومن المعوقات القانونية والتشريعية عدم مرونة بعض القوانين والقرارات المنظمة للخدمات الحكومية وقصورها في معالجة المستجدات في عالم الإدارة وتركيزها على المخالفات والعقوبات وليس الدعم والتشجيع وتبسيط الإجراءات وغير ذلك من المضامين التي تتسق مع مفهوم التطوير الإداري، وضعف التنسيق بين الأجهزة المختصة حول التشريعات المنظمة لسير المرافق العامة بالدولة وتعدد واختلاف الأنظمة المعمول بها في وحدات الجهاز الإداري بالدولة وان تشابهت الأهداف بين مختلف المتدخلين.

هذه الأفكار سنعمل على التعمق فيها من خلال مطلبين، نتناول في الأول، إصلاح الموارد البشرية كعامل لتحقيق الجودة. أما الثاني فيكون تحت عنوان: الدولة وسعيها إلى جودة الخدمات و تدبير الكفاءات

المطلب الأول: إصلاح الموارد البشرية كعامل لتحقيق الجودة

إن الجودة ترتكز على سياسة تهيئة وتحريك كل الموارد البشرية داخل الإدارة، وقد ازداد الاقتناع بأن المورد البشري أصبح المورد الاستراتيجي الذي تتمحور حوله كل موارد الإدارة، وهو ما يفرض تنمية قدرات الموارد البشرية عن طريق الاستماع، الثقة، المشاركة، والاستقلالية، فوظيفة التدبير لم تعد التسيير والإدارة، ولكن الإبداع والتغيير والتعبئة البشرية، فالإدارة بأكملها معنية بمسلسل الجودة من القاعدة إلى القمة، فهي كل متكامل يتكون من مجموعة من الأنظمة الفرعية من خلال الوظائف والأنشطة والأهداف والهياكل والعلاقات المختلفة، وهي كذلك كل لا يتجزأ بل هي متكاملة متفاعلة في بيئة متغيرة، فالجودة كمفهوم شامل هي جزء أساسي من عمل الإدارة اليومي وهذا يتطلب ضرورة وجود دوافع داخلية لدى جميع الموظفين لتحسين الجودة وتدريبهم على استخدام الأساليب الإحصائية للرقابة على الجودة العملية والإنتاجية في كافة المجالات.

إن اعتبار الإدارة كنظام للتدبير يعود إلى القول: بأن الإدارة مجموعة مكونة من غايات وتنظيم معد لتحقيقها ووسائل مخولة وإكراهات ترتبط بالميزات الخاصة بهذه الغايات. وكل تنظيم لابد وأن تتوفر الإدارة على عدة وسائل منها: الوسائل البشرية والتي هي الوظيفة العمومية التي تزود الإدارة بالوسائل البشرية، فالإنسان يعتبر محور العملية الإنتاجية داخل مؤسسة عمومية، ويؤثر بشكل على مستوى أدائها، لذا فإن أهم محور لعقلنة المؤسسة العمومية ينطلق من تنمية مواردها البشرية.

واستنادا إلى كل هذا سنتطرق إلى إصلاح الموارد البشرية كمقدمة الإصلاحات (الفرع الأول) في حين ان انحراف هذا العنصر على طريقه يأتي بانحراف السلوك الوظيفي (الفرع الثاني) وأخيرا مراجعة نظام الوظيفة العمومية لتأمين خدمة عمومية (الفرع الثالث)

⁴⁴¹ عبد الحكيم البارودي مرجع سابق ص 334.

الفرع الأول: إصلاح الموارد البشرية

تعتبر إدارة الموارد البشرية ركيزة أساسية من ركائز إدارة الجودة الشاملة، وتأتي أهمية هذه الركيزة من منطلق أن تحقيق مستوى عال من الجودة يعتمد على الاستخدام الأمثل لمهارات وقدرات الموظفين في الإدارة، ولتحقيق إنجاز ذات مستوى عال، فمن الضروري أن تعمل الإدارات على تدريب وتنقيف وتعليم موظفيها، وتعمل على الاستفادة من كل القوى الكامنة للموارد البشرية فيها وتطويرها، وأن توفر البيئة التي تؤدي إلى المشاركة الكلية.

إن الاهتمام بالموارد البشرية يرجع أساساً إلى اعتبار العنصر البشري الذي يمثل الموظف بالنسبة للإدارة بمثابة المحور الجوهري في نجاح أية إدارة، والعامل الأساسي في كسب الميزة التنافسية والحفاظ عليها، وفي ظل تحديات التحول الاقتصادي وتحديات التنمية التي يشهدها العالم، وهذا بالضبط ما مكن دولاً عديدة من أن تبرز كقوة اقتصادية مؤثرة وفاعلة على المستوى العالمي⁴⁴².

وحتى تتحقق الإدارة الفعالة للموارد البشرية، فإن ذلك يتطلب البحث المستمر عن أفضل الأساليب لاختيار هذه الموارد واستخدامها ومراقبتها لتحقيق أهداف الإدارة، وفي نفس الوقت يتطلب قيام الإدارة بتحقيق أهداف العنصر البشري المتنوعة والمتعددة والمختلفة من خلال التعريف على حاجات ورغبات الموظفين والعمل على إشباعها، مما يولد لديهم الحافز على المزيد من العطاء والمثابرة.

ويزداد دور العنصر البشري في إدارة أهمية وتعدداً خاصة إذا علمنا أن كل العناصر غير البشرية هي عناصر شبه ثابتة لا تتغير، حيث يمكن الاستفادة منها بشكل كامل ودقيق وواضح، بينما الإنسان يعتبر عنصراً متغيراً نظراً لتأثره بالتحولات الظروف المادية والمعنوية في العمل، وبالتالي فإن مردوديته تتغير إما زيادة أو نقصاناً تبعاً للعديد من العوامل الداخلية المحيطة أو الخارجية. ولاشك أن هذه الأهمية وهذا الدور الكبير الذي يحتله الموظف داخل الأجهزة الإدارية سواء كان رئيساً أو مرؤوساً، يدفع إلى البحث عن وسائل وسبل تحقق رضاه وتلبية حاجياته الأساسية، وكذا تجنب بعض المظاهر المحيطة به والتي تؤثر على الأداء الوظيفي له، وبالتالي تتراجع جودة الخدمات الشيء الذي يجعل المواطن ينفر من الإدارة.

ويعتبر التحفيز كأحد الدعائم الأساسية للتغيير التنظيمي، ويدل على مسار مركب من عناصر فردية وأبعاد تنظيمية بهدف بلوغ لها غايات محددة. وهو مطلب هام وضروري للتصدي لمجموعة الممارسات السلبية التي تسود داخل الإدارة العمومية باعتباره يساهم في رفع دافعية الأفراد للعمل بشكل جدي ومسئول مما ينعكس إيجاباً على الإنتاجية والمردودية الإدارية. إلى جانب التحفيز يجب على المؤسسة العمومية أن تهتم بالتكوين المستمر لمستخدميها للرفع من كفاءتهم، فتكون المستخدمين يعتبر وسيلة من وسائل التدبير التي تكتسي أهمية بالغة، خاصة مع التطورات التي يعرفها الاقتصاد العالمي.

وينقسم التكوين إلى تكوين مهني، وتكوين تقني، ويمكن أن يتم في مجموعة من المراحل المهنية التي يمر بها المستخدم، سواء عند الحصول على عمل لدى المؤسسات أو عند الانتقال أو الترقية أو عند الحاجة إلى إتقان استخدام وسائل حديثة.

إلى جانب ذلك يجب تشجيع العاملين على الخلق والإبداع والمبادرة والمشاركة في تطوير العمل داخل مؤسساتهم⁴⁴³. واستناداً إلى ما سبق يمكن القول: إن العنصر البشري هو من أهم العناصر التي لها دور أساسي في نجاح تطبيق مفهوم إدارة الجودة الشاملة، فمن خلال العنصر البشري يحقق رضا الزبناء أو متلقي الخدمة، وبالتالي فمن الضروري تحفيز العنصر البشري ومعاملته باحترام وتقدير، وذلك لإيجاد نوع من الالتزام بداخله تجاه تطبيق إدارة الجودة الشاملة.

⁴⁴² محمد باهي، تدبير الموارد البشرية بالإدارة العمومية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2002 ص 3.

⁴⁴³ بنقاسم حنان، المؤسسات العمومية في المغرب بين الترشيح والتفويت، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق أكدال الرباط السنة الجامعية 2002-2003 ص 287.

إن ضرورة العصر الحديث تفرض مساهمة مختلف التطورات المجتمعية، فتقدم الإدارة العامة وتطور أساليبها، وامتدادها إلى مجالات كثيرة ومتعددة، جعل هذه الإدارة تتعامل مع جمهور عريض وواسع ومتنوع المستويات من مرتفقين ومتعاملين ومستفيدين ومكلفين، الأمر الذي يحتم ضرورة الاعتناء بمسألة استقبال هذا الجمهور عبر إنشاء مصالح مختصة، ورصد الإمكانيات المتطورة والكافية لذلك، وكذا العمل على تنمية وتدريب الأفراد الأكفاء والصالحين لعملية الاستقبال والإرشاد والتوجيه لأن هذا الأمر يساعد على حل بعض المشاكل الإدارية والتخفيف من حدة معاناة الجمهور المتعامل مع الإدارة.

فمعظم القادة الإداريين لا يولون لمهمة استقبال المواطنين وتوجيههم الاهتمام اللائق بها، إذ يعتبرون ذلك الكماليات والجزئيات الثانوية، متجاهلين لما لموضوع الاستقبال من تأثير مباشر على علاقة الإدارة بالمواطنين، إذ أن انطباعهم عن الجهاز الإداري يبقى في غالب الأحيان رهينا بجودة الاستقبال الذي يخصص لهم عند تعاملهم مع الإدارة⁴⁴⁴.

الفرع الثاني: إصلاح انحراف السلوك الوظيفي

تؤكد نتائج إحدى الدراسات الحديثة والتي أجراها المعهد الوطني للعلوم الإدارية في سنة 2008، بعدم ملائمة المستوى الجديد للأجور والجهد المبذول في العمل والاحتياجات المعيشية، وعدم مراعاة نظام الأجور الجديدة لمستوى خط الفقر إذ أن الحد الأدنى للأجور لا يتجاوز، ولم يرع كذلك الاختلافات الفردية بين الموظفين، مما يدفع الكثير منهم إلى ممارسة سلوكيات غير أخلاقية بغرض سد الاحتياجات الأساسية. ويعتقد تأثير الحوافز على مفاضلة الأفراد بين الخيارات السلوكية على أساس التكلفة والعائد من ناحية ونظرة المحيطين بالفرد وإدراكهم لنتائج ذلك السلوك، أو العلاقة المدركة بين السلوك والحوافز المادية والمعنوية المستلمة مقابل ذلك السلوك. ولهذا وجب توجيه الأفراد والجماعات نحو السلوك الأخلاقي المرغوب، ودفع الموظفين في الإدارة أن يسلوكوا السلوك الذي يكافؤون عليه، ويتجنبون السلوك الذي يعاقبون عليه، وغالبا ما يسأل الفرد نفسه أثناء المفاضلة بين السلوك الأخلاقي وغير الأخلاقي عن النتائج المتوقعة الإيجابية منها والسلبية. ويفترض عدم انتظار وتوقع الفرد مكافأة نظير فاعلية أداء واجباته الوظيفية، وسلوكه الأخلاقي لأن ذلك واجبه، ولكن يكافأ في حالة تميزه الأخلاقي في تعامله مع المستفيدين من خدمات الإدارة. ويسود اعتقاد خاطئ لدى أغلب موظفي الإدارات المختلفة، بضرورة الحصول على مكافأة مقابل أداء الواجبات الوظيفية، وأن ما يتلقاه الفرد من مرتب شهري ما هو إلا نوع من الضمان الاجتماعي والذي يجب أن تمنحه الحكومة لمواطنيها.

إن الدولة اليوم ومن خلال الإدارة العامة لا تزال تتموضع في قلب فضاءات التنمية ومجالات التطور فهي بالتأكيد نقطة الانطلاق التي يجب أن يمر منها مسلسل التنمية اعتبارا لمكانتها الواعدة في الحياة العامة⁴⁴⁵.

هذا الدور الذي تلعبه الإدارة العامة لا يقتصر على دول العالم الثالث، بل إن من الدول الغربية لا تزال الإدارة العامة فيها هي الجهاز الأكثر تأثيرا في مختلف مجالات الحياة، فبرغم انخراط هذه الدول في نظام السوق، إلا أن دورها لا يزال جوهريا، فهي التي تسهر على تأثير الحياة الاقتصادية وتنظيم المنافسة والاحتكار، وحماية العمال، حماية المقاولات الوطنية والمستثمرين المحليين، كما لا يخفى دورها الاجتماعي بل أن دورها في هذا المجال لا يمكن تعويضه، التضامن الاجتماعي تكافؤ الفرص، حماية ذوي الدخل المحدود ومحاربة الفقر.

وعلى هذا الأساس يبقى إذن تدبير الموارد البشرية داخل الإدارة بالشكل الأمثل، هو الرافعة الأكثر متانة وقدرة على إدارة الجودة، وعلى العكس من هذا قد تعرف الجودة تراجعاً حينما يتم استفحال بعض الظواهر التي تنم عن الانحراف في السلوك الوظيفي من حيث الإخلال بالواجبات الإدارية من طرف الموظفين، هذه الواجبات في مجملها تهدف إلى تأدية الأعمال الإدارية على أحسن وجه بغية

⁴⁴⁴ نادية تازيط ، دور العنصر البشري في التنمية الإدارية رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام جامعة محمد الخامس كلية الحقوق أكادال الرباط الموسم الجامعي 1996 – 1997 ص 231.

⁴⁴⁵ محمد يحيى، إشكالية التنمية الإدارية في المخطط الخماسي الحالي 2004/2000 مجلة طنيس للقانون والاقتصاد العدد 3 السنة 2003 ص 129.

تحقيق متطلبات المواطن، والابتعاد عن الأعمال السلبية ذات التوجيه المنحرف من تعسف في استعمال السلطة وتبني بعض التصرفات المشينة من رشوة ومحاباة وفساد إداري، فالواجبات الوظيفية تفرض على الموظف بتأدية الأعمال المنوطة به بنفسه مع تحمله لمسؤولية سير هذه الأعمال في حدود اختصاصه مع إظهار كل قدراته ومعلوماته الوظيفية في ذلك، ومراعاة آداب اللياقة مع زملائه ورؤسائه وكذا الجمهور، إضافة إلى البعد عن مواطن الشبهات وعدم استغلال السلطة الإدارية لأغراض شخصية والخروج عن هذه المبادئ والواجبات يعد انحرفا وبالتالي قد ينعكس على جودة الخدمات التي تعتبر المطلب الأساسي للمواطن.

وإتباعا إلى هذا يمكن القول: إن الإدارة العلمية حين حاولت ترشيد عمليات الإدارة والإنتاج عن طريق استخدام أفضل الطرق والوسائل، ركزت على الجوانب المادية لتحفيز العاملين على زيادة الإنتاج وأغفلت العوامل الاجتماعية والإنسانية التي تهتم العامل الأساسي كإنسان وكعنصر مجتمعي والتي ربما تدفع به لزيادة الإنتاج بصورة أكبر مما فعل الحوافز المادية، هذا عن الإدارة العلمية، أما عن نموذج ماكس فيبر النموذجي وإن أتى من عالم اجتماع فهو يتفاعل مع الفرد المكون للتنظيم كإنسان له أحاسيسه ومشاعره وأماله بل تعامل معه كآلة صماء وذلك بتركيزه في الحديث عن التنظيم الرسمي وإغفاله كليا للتنظيم غير الرسمي وهو المعبر عن مشاعر وأحاسيس الفرد وارتباطاته داخل التنظيم وخارجه.

وفي إطار تخليق المرفق العمومي دائما عملت وزارة تحديث القطاعات العامة على إنجاز ميثاق حسن سلوك الموظف العمومي وهو ميثاق يحدد المبادئ والضوابط العامة التي ينبغي أن تؤطر سلوك الموظف العمومي، سواء داخل الإدارة أو في علاقته مع المرتفقين، ولاشك أن الالتزام بهذا الميثاق الذي يشكل عنصرا من المنظومة العامة لتخليق الإدارة سيساهم في تدعيم ثقافة المرفق العام وبث روح المسؤولية والانضباط لدى الموظف العمومي وبالتالي الرفع من مستوى الخدمات المقدمة للمرتفقين⁴⁴⁶.

إذا كان ميثاق حسن التدبير تجسيدا لإرادة حكومية فإن المفهوم الجديد للسلطة هو إرادة ملكية جاءت مجسدة في خطاب العرش بتاريخ 12 أكتوبر 1999 أمام المسؤولين عن الولايات والجهات والأقاليم، والذي شدد فيه جلالة الملك على نهج أسلوب جديد للسلطة مبني على رعاية المصالح العمومية والشؤون المحلية والحريات الفردية والجماعية والسهر على الأمن والاستقرار وتدبير الشأن المحلي والمحافظة على السلم الاجتماعي وإنعاش الاستثمار ومساعدة المقاولات على التوسيع وتبسيط المساطر⁴⁴⁷.

إن الاستيعاب الحقيقي للمفهوم الجديد للسلطة، لا يمكن أن يتم دون قراءة الظرفية التاريخية التي جاء فيها والتي تتميز بكونها مرحلة بناء الدولة الحديثة المؤسسة على مفاهيم ومبادئ الحق والقانون، إضافة إلى مرحلة الانتقال الديمقراطي التي يعيشها المغرب منذ مدة إطار تجربة التناوب مع ما صاحبه من مناخ متجدد ودعوات مختلفة للتغيير والإصلاح والحداثة.

هكذا يمكن استجلاء مميزات وخصائص المفهوم الجديد للسلطة المستمدة من الخطاب الملكي كما يلي:

- احترام الشرعية والتشبت بمبادئ الدولة الحق والقانون، عقلنة تدبير مختلف الموارد، تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، توكي خدمة المصلحة العامة، احترام حقوق الأفراد والجماعات⁴⁴⁸.

فأهم ما يميز المفهوم الجديد للسلطة هو طابعه الإصلاحية، إذ يتوخى تصحيح وضع شاذ ترتب عن تضخم الجهاز البيروقراطي، فضلا عن مخلفات الإرث التاريخي الذي تمثله إدارة المخزن، ثم الإدارة العصرية التي ارتبط تأسيسها بالاستعمار مما عزز الطابع السلطوي

⁴⁴⁶ الغازي خالد، التدبير اللامركزي الاستثمار والمفهوم الجديد للسلطات، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة نصوص ووثائق، العدد 66، 2002، ص 35.

⁴⁴⁷ Montague (marym), codes de conduite : pourquoi et comment ?, publications de national démocratique Institute, 1996 p. 1 et suivante .

⁴⁴⁸ بنيحي محمد، المفهوم الجديد للسلطة: الدولة والأبعاد، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 25، سلسلة مواضيع الساعة، 2001، ص 17-18.

للإدارة في الوقت الذي ينبغي أن تكون فيه أداة للتسيير والتدبير النقابي وأداة للتنمية الوطنية. فتأسيسا على ذلك فإن السلطة في مفهومها الجديد تستهدف كبرنامج إصلاح علاقة الإدارة بالمرتفقين أساسا، وتكريس إدارة القرب عبر الانفتاح على المواطنين والاحتكاك المباشر بهم والملازمة الميدانية لمشاكلهم.

- تفعيل إدارة متطورة قادرة على التفاعل مع محيطها تتماشى وتتكيف مع التطورات التي يشهدها المجتمع وتعكس انشغالاته وتطلعاته إذ ترتبط إنجازات الإدارة ونجاحها بشروط اندماج الاجتماعي والاقتصادي⁴⁴⁹.

وعليه، فإن المفهوم الجديد إذا كان يستهدف في العمق إرساء إدارة مواطنة فتفعيله يتطلب إدخال مجموعة من الإصلاحات المتمثلة في تبسيط المساطر، ذلك أن كثرة المساطر والإجراءات وتعقدها يعد من الأسباب الرئيسية للفساد الإداري حيث يتم استغلال هذا التعقيد واستثماره لمساومة المتعاملين مع الإدارة وابتزازهم.

الفرع الثالث: مراجعة نظام الوظيفة العمومية لتأمين خدمة عمومية

يشهد عالمنا المعاصر منذ عقد الثمانينيات وحتى اليوم، أحداثاً عالمية مذهلة متسعة أحدثت تحولات جذرية وعميقة في النظام الاقتصادي والسياسي العالمي، أسفرت عن نتائج وتطورات هامة، وضعت العالم وشعوبه المختلفة أمام متطلبات وتحديات جديدة، وجعلتها تبحث عن سبل مختلفة تمكنها من تلبية احتياجات العصر ومواجهة تحدياته وبالرغم من تنوع وتعدد هذه التحديات والمتطلبات إلا أن التحديات الاقتصادية تقع في موقع الصدارة، لأنها تشكل، كمدخل مناسب للدفاع عن مصالحها المختلفة، ومن أجل ضمان مواقع مناسبة تحميها من التغيرات المتسعة ونتائجها المحتملة وغير المحمودة⁴⁵⁰.

ويمكن القول: إن التحديات الاقتصادية أصبحت أحد حقائق الواقع المعاش في الأقطار العربية في الوقت الراهن، ومن أخطر المشاكل، فلا يخلو أي خطاب سياسي أو متندى فكري من التصدي إليها، وليس من قبيل المبالغة القول بأن مواجهة هذه التحديات أصبح هو المقياس الحقيقي لنجاح الإصلاح الاقتصادي في الدول العربية على وجه العموم.

ولقد بينت التجربة أن الدور الأساسي للوظيفة العمومية يتمثل في خدمة المواطن وتنظيم الإنتاج وتقديم خدمة عمومية تساهم بفعالية في تطوير القطاعات الاقتصادية والاجتماعية، فالتقدم المضطرب الذي عرفه العالم أبان عن اختلالات في منظومة الوظيفة العمومية، تستلزم مراجعة في اتجاه تطوير الإطار القانوني والتوجهات العامة، وكذلك تطوير خدمات هذه المنظومة التي تخصص لها الدولة جزء كبيراً من مداخيلها، وينبغي إيجاد توازن بين إمكانيات الدولة وبين ما تؤديه هذه الأخيرة كرواتب لموظفيها "كي لا تسقط في متاهات المشاكل الاقتصادية"، مع الحرص على تخليص المواطن من الصعوبات التي يلاقيها في تعاملاته مع الإدارة العمومية عبر عقلنة الإدارة وتطوير تقديم الخدمات العمومية، خاصة وأن هذا القطاع يؤثر مباشرة على جلب الاستثمارات. وعلى الدولة بلورة رؤية وطنية مشتركة ومنسجمة حول آفاق تطوير نظام الوظيفة العمومية عبر توحيد الجهود من أجل تأهيل الإدارة وإرساء دعائم إدارة مواطنة وفعالة ومنفتحة وشفافة ومواكبة لتطور محيطها وقرية من المرتفقين بما يكفل خدمة المواطن والمقاولة وتلبية حاجيات التنمية المستدامة.⁴⁵¹

إن إعادة تكييف منظومة الوظيفة العمومية مع تطورات ومناهج التدبير العمومي الحديث يهدف إلى تأسيس وظيفة عمومية عصرية ومتطورة قادرة على كسب الرهانات، فتجارب عدد من الدول في مجال تطوير الوظيفة العمومية أبرز أهمية ملاءمة التشريعات مع متطلبات

⁴⁴⁹ علي سحراوي، الإدارة والدولة بين التقليد والتحديث، دار المناهل للطباعة والنشر، الرباط، 1994 ص 113.

⁴⁵⁰ فؤاد راشد عبده، الإصلاحات الاقتصادية في البلدان العربية ودورها المرتقب في التمهيد لقيام السوق العربية المشتركة و محمد إبراهيم منصور: السوق العربية المشتركة ومستقبل الاقتصاد العربي "مداخلتين في مؤتمر الذي عقده مركز دراسات المستقبل بجامعة أسيوط في الفترة (25-27 نوفمبر 1997)، ص 217 - 218.

⁴⁵¹ راوية حسن محمد، إدارة الموارد البشرية رؤية مستقبلية الدار الجامعية الإسكندرية مصر 2001 ص 60.

التطور، فالتحولات التي تعرفها الدول العربية تتطلب تدبير الموارد البشرية وتأهيلها للرقى بمستوى الخدمات التي تقدمها للمواطن، وضرورة الأخذ بعين الاعتبار لمتطلبات التطور الذي يعرفه العالم بهدف إرساء أسس إدارة مواطنة تواكب المستجدات التي تعرفها مهام الإدارات العمومية وتستجيب لمبادئ الحكامة الجيدة ومتطلبات التدبير العمومي الحديث.⁴⁵²

ولقد اتخذت الدولة سلسلة من الإجراءات الهادفة إلى تحسين أداء الموظف وتطوير آليات العمل الوظيفي، وقد تفوقت مؤسسات القطاع الخاص على القطاع العام بمستويات الرضا من خلال المشاركة المرتفعة في بيئات العمل، حيث نما لدى مواطني الدول الاهتمام بالنمو الوظيفي والتعلم والتطوير وسياسة الموارد البشرية الواضحة أكثر من الاهتمام بالأجور. كما عكفت مختلف الإدارات في السنوات الأخيرة على إصلاح البنية النظامية للوظيفة العمومية عبر مراجعة مجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية التي تخص الوضعية الإدارية لموظفي الدولة من أجل الانتقال بالإدارة من نظام تقليدي يركز على تسيير الحياة الإدارية للموظف إلى إرساء منظومة حديثة لتدبير الموارد البشرية، حيث أدى التوسع الكبير في المنظمات والمقاولات إلى تزايد عدد المستويات الإدارية، وتطور أعداد الموظفين بها، مما يتطلب ضرورة توجيه مزيد من العناية إلى إعداد وتطوير الموارد البشرية عن طريق تخطيط وتطوير المسار الوظيفي لها، وبالشكل الذي يمكن من إعداد الأطر البشرية القادرة على الوفاء بأهداف الإدارة وتحقيق النتائج بالمستوى المطلوب.⁴⁵³

إننا نعيش في عصر التحديات، حيث تتلاحق الأحداث مما يؤدي إلى تغيير الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، مما يفتح آفاقا جديدة، وفرصا جديدة للعمل والإنتاج، وفي نفس الوقت يخلق مشاكل جديدة من ذلك زيادة المنافسة العالمية في المجالات الصناعية والتجارية، وظهور أوروبا كقوة ثقافية واقتصادية وما يشهده العالم من تقدم تكنولوجيا لمس جوانب حياتنا المعاصرة.

هذه التحولات تحتاج إلى اهتمام الإدارة بها للتفكير في حلها، وإعداد الموظفين في كافة المجالات وتأهيلهم تأهيلا صالحا وفاعلا. ويمثل الإيمان بقيمة العمل من خلال المؤسسات منعطف حاسما في مسيرة أي مجتمع، فمن خلالا وعي أفراد المجتمع واتضاح رؤيتهم للتحديات، يدركون عجزهم كأفراد الوقوف أمامها. وهنا تصبح مسألة تكاتف الجهود وتكثيفها من خلال العمل في إطار المؤسسات مخرجا عقلانيا لانفكاك مجتمعهم من براثن التخلف، إن المجتمع الذي لا يستطيع أن ينمي موارده البشرية لن يستطيع أن ينمي أي شيء آخر فيه بصورة إيجابية. إن إدارة القرن الواحد والعشرين لا تترك مجالا للأساليب غير الموضوعية لتؤثر على قراراتها، بل تعتمد على الأدوات العلمية والموضوعية التي أثبتت صلاحيتها، والتي تساعد في الوصول إلى قرارات أكثر جودة وفاعلية في مجال إدارتها لمواردها البشرية.

المطلب الثاني: الدولة وسعيها إلى جودة الخدمات وتدبير الكفاءات

عملت الإدارة العمومية على مواصلة تحقيق المنجزات التي شرعت في تنفيذها منذ سنوات، تحذوها الرغبة الأكيدة في الوصول إلى النتائج المحددة وفق معايير موضوعية وواضحة، حيث أصبحت الحاجة للتغيير في أساليب العمل الإداري أكثر إلحاحا، خاصة مع بداية الألفية الثالثة. كما أن التطور المتسارع في التكنولوجيا أثر على المؤسسات العالمية والمحلية، وكذلك البيئة الديمغرافية للموارد البشرية، حيث إن الإدارة الحديثة تتطلب مجموعة مختلفة من المهارات، تعتمد أفكارا ومهارات الموظفين وقيمتهم.

وفي عصر العولمة والانفتاح الذي يميز عالم اليوم، وما يترتب على ذلك من حتمية التحول من البناء الإداري الهرمي التقليدي إلى البناء الأكثر انفتاحا ومرونة⁴⁵⁴ بيد أن تفعيل الأمثل لهذه الأفكار والأوراش التنموية لن يستقيم إلا بالجهوية المتقدمة واللاتمركز الإداري، اللذين يعتبران عماد الدولة العصرية.

⁴⁵² نفس المرجع أعلاه ص 61.

⁴⁵³ محمد جمال الكفافي، الاستثمار في الموارد البشرية للمنافسة العالمية - الدار الثقافية للنشر، القاهرة 2007، ص 208

⁴⁵⁴ الحراشة محمد والهيثي صلاح، أثر التمكين الإداري والدعم التنظيمي في السلوك الإبداعي كما يراه العاملون في الأردن، دراسة ميدانية، مجلة دراسات العلوم الإدارية العدد 33، 2006، ص 240-266.

والجدير بالتأكيد، أن هذه الرؤية تستمد أبعادها من نتائج و خلاصات الدراسات التشخيصية التي أنجزت في هذا الإطار، وكذا من توصيات الندوات والمناظرات المنظمة حول الإدارة، والتي أكدت على أن الجهاز الإداري، بالرغم من كل المجهودات المبذولة، لا زال يعاني من ضعف آليات التنسيق عند إنجاز المشاريع المشتركة بين الوزارات على المستوى المركزي والمحلي، مما يقضي إلى غياب رؤية موحدة و مشتركة لتحديث و تحسين أداء القطاع العام . واقتناعا منها بحتمية تجاوز الاختلالات والإكراهات المتعددة، اتخذت الدولة مجموعة من الإجراءات القانونية توطر تحديث القطاعات العامة، فالمنجزات التي تحققت في مجال تحديث وإصلاح الإدارة تعد ثمرة جهود، على الرغم من الصعوبات و تنوع و تعدد متطلبات المجتمع الذي يعيش تحولات كبرى تقتضي البحث عن آليات جديدة تمكن من الإسراع في إنجاز برامج التحديث بأفضل الطرق وأنجعها، ومن الضروري التأكيد في هذا الإطار، بأن معظم المشاريع التحديثية قد عرفت طريقها نحو التنفيذ، تبعا للبرامج الحكومية والتي مست بالأساس الارتقاء بمستوى أداء مختلف القطاعات العمومية، و دعم إمكانياتها و قدراتها التدبيرية و إدخال تعديلات جوهرية في طرق معالجة المشاكل التي تواجهها، و في أنماط وآليات التدبير و جعلها في مستوى رفع التحديات في مختلف الميادين خدمة للمتعاملين معها. وبهذا يمكن القول: إن الدولة تعمل جاهدة على تحقيق الجودة وتحسين الأداء في كل قطاعاتها، مع الأخذ بعين الاعتبار تدبير الكفاءات للوصول إلى جودة عالية. هذه الأفكار سنعمل على تحليلها في فرعين اثنين، نتناول في الأول: الدولة وسعيها إلى جودة الخدمات وتحسين الأداء، وفي الفرع الثاني سنعالج نقطة متعلقة بتدبير الكفاءات كمدخل أساسي لتحقيق الجودة.

الفرع الأول: الدولة وسعيها إلى جودة الخدمات وتحسين الأداء

إن الإصلاحات التي قامت بها الدولة في مجال الوظيفة العمومية ، قد أظهرت عدم فعاليتها في إرجاع الأمور إلى نصابها، إذ لم تستطع إعطاء الوظيفة العمومية وجهها الحقيقي، ولم تتوفق في تحقيق التوازن المنشود داخل الجهاز الإداري خاصة وأن هذه الإصلاحات لم تأت إلا بحلول جزئية و ترقية لم يكن لها إلا أن تجهض. فالجهاز الإداري يشكو أزمة مشاركة واندماج بحيث لا يتم إشراك المعنيين في مسلسل اتخاذ القرار، وفي عملية تسيير المصالح الإدارية، مما يجعل القرارات المتخذة في غالبية الأحيان غير ملائمة، وتؤدي بالتالي إلى سوء التدبير بسبب سواد الأساليب البيروقراطية والميل أكثر إلى التركيز الإداري وسد الباب أمام الطاقات الواعدة. ثم إن هناك الإشكالية المتعلقة بتضخم القطاع العام، فكلما كبر حجم هذا الأخير واتسعت مجالاته، كلما ازداد الميل نحو الفساد وهو ما يؤدي إلى بيروقراطية ذات توجهات وغايات تعنى بالتوزيع حسب معاييرها لا بالإنتاج. ففي الوقت الذي تضطلع فيه البيروقراطية بمهمة التخطيط والتخطيط المرتجل بدلا من تركها لآلية السوق، تبدأ الممارسات الفاسدة بالتكاثر والازدياد خصوصا وأن الآلية التنظيمية تعاني من ثغرات قانونية وعدم تحديد المسؤوليات والمهام.⁴⁵⁵

لا أحد يجادل في أن الإدارة لها دور أساسي في التنمية وهي بهذا الاعتبار يمكن أن تكون عنصرا فاعلا في مسلسل التنمية، كما يمكن أن تشكل عائقا كبيرا أمامها. وعلى هذا الأساس تم الاهتمام تباعا بالمليادين التالية: الاهتمام أولا بالعنصر البشري، ثم في مرحلة لاحقة الاهتمام بالهيكل والإجراءات الإدارية، وخاصة بإنجاز إطار تنظيمي للوظيفة العمومية، ثم اهتمت الحكومات بإرساء دعائم الإدارة المحلية ثم كرس جهودها لتنمية وتكوين الإطارات الإدارية الكفأة عن طريق مؤسسات التكوين.

وابتداء من السبعينات أبدت الدولة اهتماما بإصلاح وتحسين نظام الرواتب، ثم عكفت على تحديد المسؤوليات والمهام بين مختلف الإدارات. وبالطبع فإن هذه المنهجية في الإصلاح ساهمت إلى حد كبير في تحسين الجوانب العملية الإدارية في جو يسوده الاستقرار الإداري والمحافظة على مصالح المواطنين، ولكنها في ذات الوقت أدت إلى ظهور بعض المشاكل التي انعكست على الوضعية

⁴⁵⁵ محمد بن التهامي ، الوظيفة العمومية المغربية بين وحدة الدور والهدف وتعدد الأنظمة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ، جامعة محمد الخامس ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والاقتصادية الرباط السنة الجامعية 2000-2001 ص 329

الحالية لمختلف الإدارات⁴⁵⁶ لقد تولدت وتكرست عن هذه الوضعية منهجية طبعت بالنظرة الجزئية والظرية.. إن هاجس الفعالية يدفع حاليا المقاولات والمنظمات إلى الهروب من النموذج الهرمي التراتبي إلى النموذج المتبادل التأثير وذو المرجعية المتحركة، وذلك لاكتشاف مبادئ للتسيير تعتمد المرونة والتكيف وليس مرجعية ميكانيكية تؤدي إلى التصلب والمحافظة.⁴⁵⁷

إن الإصلاحات الجزئية والظرية رغم جوانبها الايجابية يظل معها الإصلاح الإداري مشروعا مجتمعا قائما بكل خلفياته، ومن ثم تظهر حدود هذه الإصلاحات الإدارية. هذا ويجب التمييز في هذا الإطار بين الإصلاح الجزئي والإصلاح القطاعي، ذلك أن التغيير الجزئي حتى ولو كان بسيطا، إذا ما شمل كل القطاعات لا تترتب عنه آثار سيئة، حيث يحافظ على التوازن ولا يؤدي إلى فوارق تنعكس سلبا على المجتمع، إذ لا تصدر عنه احتجاجات فتوية. أما إذا كان هذا الإصلاح قطاعيا يشمل طائفة دون أخرى، فإنه حتى ولو كان جذريا تكون انعكاساته مضرّة بالتوازن العام ويكون مدعاة للتوترات.

الفرع الثاني: تدبير الكفاءات كمدخل أساسي لتحقيق الجودة

يندرج إصلاح الإدارة ضمن أولويات عمل الحكومات، ويهدف إلى إرساء إدارة حديثة وفعالة، مشغلة بتحسين الخدمات والرفع من جودتها والاستجابة لمتطلبات النمو المطرد والتنمية المستدامة، وفي هذا الإطار، تتمحور الاستراتيجية التي تبنتها الحكومات، لإنجاز هذا الإصلاح، حول الأهداف التالية:

- التوفر على إدارة حديثة، قادرة على المساهمة في التنافسية وفي التنمية المستدامة للبلاد، مع ضمان قابلية استمرار الإطار الماكرو-اقتصادي على المدى المتوسط؛
- ضمان خدمات ذات جودة وبأقل تكلفة، عبر تعزيز فعالية تدخل الإدارة وترشيد نفقاتها.
- تطوير مسلسل اللامركزية و اللاتركيز وتقويته، باعتباره ضروريا لإرساء منهج القرب في تدبير الشأن العام، بتوافق مع انشغالات المواطنين.
- دعم استخدام التقنيات الحديثة للإعلام لا سيما عبر تطوير نظام الإدارة الإلكترونية.
- التأكيد على الدور الاستراتيجي لتدبير الموارد البشرية، لاعتماده كمحرك حقيقي لإدارة حديثة، ناجعة ومسؤولة ومواطنة، وكعنصر أساسي في دينامية عمليات الإصلاح.
- ولأجل تجسيد هذه الأهداف، وضعت الحكومات الدولة، برامج دعم إصلاح الإدارات العمومية الذي يركز على المحاور التالية: 458
- تحسين فعالية الإدارة، في مجال تدبير الموارد المالية.
- التحكم في كتلة الأجور.
- وفيما يتعلق بمحور تدبير الموارد البشرية، فأهدافه تكمن في:
- تحديث وسائل التدبير التوقعي للموارد البشرية (الإطار المرجعي للوظائف والكفاءات، إعادة الانتشار، التكوين المستمر، التقييم...).
- دعم الشفافية والإنصاف في أنظمة الأجور، وفي نظام ترقّي الموظفين.

وتتجسد هذه الأهداف في الإجراءات العملية التالية:

- انطلاق أشغال إعداد الإطار المرجعي للوظائف والكفاءات، والذي يهدف إلى ضمان الملاءمة بين مؤهلات الموظفين وحاجيات الإدارات.

⁴⁵⁶ مليكة الصروخ، النظام القانوني للموظف العمومي المغربي مرجع سابق ص 33

⁴⁵⁷ Herve Serieyx, Dix questions a Herve Serieyx in R F A P n 45 année 1988 page 77

⁴⁵⁸ علي سدجاري، الإدارة بين التقليد والتحديث - دار المناهل للطباعة والنشر 1994 ص 35

- تكيف طرق التوظيف بهدف ضمان تكافؤ الفرص للمرشحين لولوج الوظيفة العمومية.
- اللجوء إلى حركية الموظفين من أجل الاستجابة لحاجيات الإدارة؛
- مؤسسة التكوين المستمر.
- مراجعة منظومة التقييم، واعتماد أسلوب "مقابلة تقييم الموظفين" كأداة لتقييم كفاءات المرشحين للترقية في الدرجة.

تعتبر مقارنة الكفاءات إحدى المقتربات التي تمكن الموظف أثناء مزاوله وظيفته من حسن استغلال مهاراته ومعارفه، والقدرات التقنية وقدراته التواصلية. إن التحولات التكنولوجية الحديثة تستدعي ضرورة تأهيل العنصر البشري لجعله قادراً على مسايرة هذا الزخم من المعلومات المتراكمة، إذ تجعله ملزماً بصقل مواهبه وتطوير مهاراته وكفاءاته، في ظل التنافس الحاد الذي تشهده السوق العالمية خاصة على مستوى تدبير الكفاءات، وتبرز هذه المنافسة بشكل واضح في الدول الآسيوية، وكلما تسارعت وتيرة التطور التقني والمعلوماتي إلا واستدعت ضرورة بذل مجهودات مضاعفة من أجل الحفاظ على المعرفة ومن يستطيع الوصول بشكل أسرع للحصول على هذه المعرفة، لذلك تظهر أهمية مقترب الكفاءات باعتباره الوسيلة الناجعة لضمان تحقيق اللبنة الأساسية لإدارة عصرية تركز على التدبير الحديث⁴⁵⁹.

إن رهانات التقدم في عصرنا الراهن تتوقف على مدى توفر الفرد على حد أدنى من الكفاءة والمهارة المطلوبة، إذ تشكل إحدى التوجهات الحالية باعتبار الشخص لا يمكنه الحصول على المعرفة إذا لم تتوفر غريزة المعرفة والبحث عن المعلومة بشكل مستمر، كما أن التعامل مع الكفاءات وتدبيرها أصبح إحدى الأولويات المهمة للإدارة العصرية المواكبة لركب التقدم والتدبير الحديث. كما أن التطورات المفاجئة تستدعي من المسؤول الإداري والمدير ذي كفاءة، التوفر على مؤهلات عالية وقدرة على التأقلم مع مختلف هذه المستجدات، وأمام موظفين ومستخدمين ذوي مهارات وكفاءات متطورة، وفي ظل الإصلاحات، وما يتميزون به من قدرات عالية على التكيف السريع والمبادرة الجيدة⁴⁶⁰.

وتتطلب الكفاءة جملة من القدرات والمعارف والمهارات ذات العلاقة، غير أن الكفاءة لا ترتبط أبداً بالمعرفة بل ترتبط بمكتسبات قابلة للقياس والملاحظة، والكفاءة مفهوم عام يشمل القدرة على استعمال المهارات والمعارف في وضعيات جديدة ضمن حقل مهني معين فهي بالتالي تشمل التنظيم والتخطيط للعمل والتجديد والقدرة على التكيف مع نشاطات جديدة، وتشكل المعارف والمهارات والقدرات الأساسية لبناء الكفاءة.

كما أن الكفاءة تشكل إحدى المرتكزات الأساسية للتدبير السليم والعقلاني إذ تعتبر نتيجة سلوك يوضع قيد التنفيذ على شكل مبادرة، أو من خلال تكليف الأفراد بتحمل المسؤولية في وضعية عمل، ولذلك فتدبير الكفاءات قد اتخذ له موقفاً أساسياً داخل المقاولات ثم الإدارات، وهذا ما يمكن تموقع الموظفين ضمن مهام مزدوجة. فمن جهة تتوخى تنمية وتوفير الموارد، ومن جهة ثانية تأخذ بعين الاعتبار التطلعات الفردية للموظفين، ولا يمكن اعتبار الكفاءة فطرية بل تتطور انطلاقاً من الاستقلالية والمبادرة والمسؤولية⁴⁶¹.

إن مجموع الكفاءات الفردية والجماعية يحظى بنصيب مهم من تقدم الإدارة العصرية، وفي نفس الإطار، فالتطور المستمر يقتضي وجود كفاءات جماعية، مع التأكيد على أن رغبة الفرد في التطور والتقدم تظل هي الرهان الحقيقي لكل تطور منشود، كما يخول هذا التطور لكل موظف أو عامل أن تثبت ذاته عبر ما أوكل إليه من مسؤوليات، كما أن المدير الناجح هو الذي يستطيع تطوير وتقييم الكفاءات الجماعية، إن مجموع الكفاءات الفردية والجماعية يشكل حيزاً مهماً من تقدم الإدارة أو المنظمة، لذلك فتحضير استراتيجية تطور

⁴⁵⁹- عبد الحق عقله، دراسات في علم التدبير مرجع سابق ص160.

⁴⁶⁰- نفس المرجع اعلاه ص159.

⁴⁶¹- الحسن اللحية، موسوعة الكفايات، مركز حقوق الناس بمساهمة فريدريش نومان الألمانية بفاس، المكتبة الوراقة اكدال-الرباط، الطبعة الأولى 2006، ص199.

وتحسين إنتاجية الإدارة يستدعي أن تأخذ بعين الاعتبار الكفاءات البشرية، وأن هذا المستوى من المقاربة الشاملة للكفاءات، يمكن الإدارة من مواجهة بيئة اقتصادية واجتماعية جد متقلبة، وذلك من خلال تحفيز الموظفين والمستخدمين على تنشيط سلوكات مهنية دافعة نحو النجاح الجماعي، كما يمكن التدبير من خلال الكفاءات من تنمية واثمين الرأسمال البشري وهذا ما يوصل إلى تحقيق الامتياز التنافسي فمنهجية الكفاءة تستدعي⁴⁶²

- أن يتم التدبير بشكل تشاركي حتى يتدخل كل المهتمين في العملية.
- أن توفر آليات لتقويم وتطوير كفاءات بسيطة ملموسة وقابلة للاستغلال.
- أن تعتمد ممارسات تدبيرية سليمة.
- أن تمكن المسؤول عن الموارد البشرية من لعب دور أساسي في إعداد واختيار الاستراتيجية المتبعة.

كما يمكن القول: إنه إذا كانت الكفاءة مفهومًا تاريخيًا، فإن مفهوم التدبير من خلال الكفاءات مفهوم لم يستقر بعد، لذلك هناك خط بين تسيير الكفاءات والتدبير من خلال الكفاءات، في حين أن التدبير من خلال الكفاءات يقتضي أولاً ضبط تسيير الكفاءات كخطوة أولى تؤدي إلى تدبير جيد للكفاءات من أجل بلوغ مرحلة التدبير من خلال الكفاءات.

إذن ففي مرحلة تسيير الكفاءات يعمل المسؤول عن تدبير الموارد البشرية على تشخيص وتجميع كل الكفاءات المطلوبة مهنيًا داخل الإدارة أو المنظمة، من جهة، ومن جهة أخرى تشخيص وتجميع كل الكفاءات التي يتوفر عليها مختلف الموظفين، وذلك قصد الوصول إلى أحسن معالجة ما بين احتياجات الإدارة، المنظمة، أو المقولة من (مهن، ووظائف) وموارد الإدارة من (العنصر البشري)⁴⁶³. وذلك عبر تحليل البيئة المحيطة بالإدارة أو المنظمة وترتيب أهم الرهانات والتحديات ثم محاولة إيجاد أساليب ملائمة لتأهيل الكفاءات اللازمة سواء الموجودة أو المحتملة وذلك من أجل تحقيق رهانات الإدارة أو المنظمة. مع العلم أن رفع مستوى إنتاجية الإدارة لا يتوقف فقط على العنصر البشري بل يتعداه إلى ضرورة استبعاد المناهج التقليدية للتكوين كالتدريب العقيم والمحاضرات التي لا جدوى منها، وهو ما يقتضي الانتقال إلى مرحلة متقدمة وهي تدبير الكفاءات.

إن هذا المستوى من التدبير يستدعي عقلانية وواقعية أكثر في تدبير الإدارة، بحيث أن تكوين العنصر البشري لا يرقى إلى مستوى الفعالية و النجاعة إذا لم يتم تدعيمه بمناهج واستراتيجيات وتقنيات قادرة على رفع الرهان المنشود، كما أنه يندرج في المجال التدبيري ككل، كما أن وظيفة الموارد البشرية تنمحي أمام وظيفة المديرين العمليين الذين يصبحون موجّهين لمقاربة الكفاءات بل يصبحون عناصرها الأساسية⁴⁶⁴.

وتشكل الكفاءات الاستراتيجية للفرد إحدى الدعائم الأساسية التي تمكن الإدارة أو المنظمة من الاستفادة من قدراته التنظيمية وكفاءته الإدارية خلال حيز زمني طويل من حياته المهنية، على اعتبار أن هذه الكفاءات تبرهن على مدى قدرتها على تجاوز الإطار المتشدد الذي يطبع العمل الراهن الذي يوصف بعدة ميزات، كما يمكن إدماج هذه الكفاءات المتطورة داخل الحياة المهنية.

ونظراً لما تفرضه الإدارة الحديثة من تنافسية حادة التي ترجع بالأساس إلى ما يفرضه منطق السوق من تحديات، فإن الإدارة ملزمة على اعتماد استراتيجية بعيدة المدى تراهن من خلالها الإدارة على تطوير كفاءات المأجورين والموظفين لمدة أطول، وذلك عبر نهج أساليب

⁴⁶²-علاقني مدني عبد القادر – إدارة الموارد البشرية - المنهج الحديث في إدارة الأفراد مكتبة دار زهران جدة 1992 ص167.

⁴⁶³- الحسن اللحية- المرجع السابق ص162.

راجع كذلك : عبد العليم عبد المجيد ، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام واثره في الحريات العامة مرجع سابق ص 255

⁴⁶⁴-محمد إبراهيم الدسوقي علي – المرجع السابق ص164.

راجع كذلك : عبد الله خميس الشريفي ، موسوعة القوانين العمالية مرجع سابق ص 12

عدة بدءا بالتدريب مروراً بالتطوير وأخيرا التحفيز حتى تكون هذه الموارد البشرية تشكل طاقة إنتاجية قوية مدربة وذات كفاءة عالية قادرة على تحدي تقلبات السوق.

إن إرادة التغيير وتطوير الكفاءات، يستدعي ضرورة الإعلان عنها بوضوح من طرف الإدارة، بحيث انه بدون التزام قوي و مسؤول من الإدارة تكون هذه السياسة فارغة المحتوى، ولذلك تشكل الكفاءات الاستراتيجية أهم الدعامات المتوفرة داخل الإدارة إذ تتموضع في جميع سلاله العمل، لكون الكفاءة الاستراتيجية للإدارة يمكن أن تكون موجهة نحو العديد من المهن، ولذلك فالكفاءات الاستراتيجية للإدارة تبني على ثلاث أصناف من الكفاءات: الكفاءات الكبرى، ثم الكفاءات الجماعية فالكفاءات الجامدة.

ولذلك فالمستوى الثالث من التدبير من خلال الكفاءات يعكس التوجه العام المعتمد في المخطط الأول، فمن أجله يتم توجيه الموارد البشرية، وهو الذي يحدد الكفاءات الاستراتيجية، ويسهم في صنع الاختيارات التي تتعهد بها الإدارة من أجل تحقيق أهدافها على المدى البعيد، إن مديرية الموارد البشرية ملزمة بتشخيص الكفاءات الاستراتيجية وعليها أيضا اعتماد الاختيارات الملائمة والناجحة حتى تتمكن من تفعيل لمقاربة التدبير من خلال الكفاءات إذ تحرص الإدارة أو المنظمة على تنمية الكفاءات، وبالتالي تجاوز المنطق البسيط الذي يسعى إلى تقليص الفوارق ما بين الكفاءات اللازمة على المدى القريب، كما من اللازم إيلاء العناية الكافية لتطوير الكفاءات الاستراتيجية الفردية والجماعية، التي تمكن من تطوير النشاط المهني⁴⁶⁵.

إن الاعتماد على العديد من الكفاءات الإدارية أصبح الشغل الشاغل لمعظم المدبرين الإداريين لكونه يساهم في تحقيق النجاعة والفعالية في أداء النشاط المهني للموظف وبالتالي الاستثمار في الكفاءات البارزة، إذ يمكن من الحفاظ على هذا الامتياز على المدى الطويل، على اعتبار الكفاءة وسيلة ناجحة لتدبير الحالات المعقدة والقدرة على التعامل مع جل الظروف وذلك عن طريق تركيب وتقاطع عدة متغيرات، ولذلك تبرز أهمية الدليل المرجعي للوظائف والكفاءات باعتبارها من بين الآليات الأساسية المساهمة في تحسين وتصنيف الوظائف والكفاءات، نظرا للتحويلات الاقتصادية الحاضرة بقوة والمرتبطة أساسا بكلفة الإنتاج، الجودة على مستوى تقديم الخدمات العمومية، ثم تدبير الوقت وما لها من تأثير على فعالية الموظفين، بكونها تندرج في إطار تحقيق مجموعة من الأهداف الاستراتيجية في عالم التدبير، وهذا الأسلوب لتدبير الكفاءات يمكن حسب كل من جورج دوناديو، ودومينال من القيام بـ⁴⁶⁶

- تحديد الجانب الاقتصادي وتعديل سوق العمل، من حيث علاقته بالأجور.

- أما على المستوى الاجتماعي فهو يساهم في وضع منظومة أجور، تتفاعل مع معظم الاختلافات المقبولة بالرغم من تباينها، وذلك عن طريق اقتراح تعديلات وتقديم تبريرات لنظام ترتيب و تموقع مختلف الوظائف.

- وبالنسبة للجانب التنظيمي فيساهم نظام تدبير الكفاءات في تقسيم العمل وتخصيص الموارد لوحدة الإنتاج.

- أما فيما يتعلق بتدبير الموارد البشرية فإن نظام تدبير الكفاءات يعطي معالم لإعداد المسارات المهنية، مع اختيار التكوين والحركية المناسبة⁴⁶⁷.

وعموما فاعتماد نظام تحفيزي فعال ومتكامل من شأنه أن يساهم في الرفع من أداء الموظفين العموميين وكذلك الأعوان، حيث أن اعتماد أساليب تقييم الأداء تظل إحدى التقنيات المتقدمة المستخدمة لقياس فعالية الموظف، وجودة العمل الذي أقدم على إنجازه، إلى

⁴⁶⁵ هاني نايف السلامي ، تقويم الأداء الوظيفي وأثره على حقوق الموظف في سلطنة عمان ، مرجع سابق ص 371 ، ص 169.

466-Jacques Aubert, Patrick Gilbert, Frédérique Pigeyre, Management des compétences : Réalisation, Concepts, Analyses Edition Dunod Paris France, 2005 p94.

467-Christian Batal , la gestion des ressources humaines dans le secteur public tome 2 évaluer ses ressources, anticiper ses besoins, construire des politiques des GRH, éditions d'organisation 2005, p25.

جانب معرفة القدرات والمؤهلات التي يتوفر عليها، وهذا ما يمكن من التمييز بين الموظفين المؤهلين ذوي الكفاءات والمهارات، والموظفين الذين تنقصهم مثل هذه المهارات، مما لا يجعلهم يبذلون مجهودا أكبر ليخولهم التوفر على مستوى أعلى من الكفاءة والفعالية في الأداء، في ظل الاعتماد على التدبير التوقعي للموارد البشرية الذي يخول الإدارة التوفر على أطر مؤهلة مكتسبة لتقنيات متقدمة في مجال التواصل وتبادل المعلومات، والتدبير السليم للمهام الإدارية، وذلك بتخطيط الموارد البشرية وتقديم مكافآت عن الفعالية والجودة في الأداء، كما يتبين اعتماد مقارنة تدبير الكفاءات التي مكنت من تحسين أسلوب العمل الإداري، بالاعتماد على العمل في إطار روح الفريق، مما أكسب التدبير الإداري، وتيرة متقدمة وذلك بفضل تحديد مهام الرؤساء والمرؤوسين في العمل، وكذلك من خلال مبادرة القادة الإداريين لتحفيز موظفيهم، وإشراكهم في اتخاذ القرارات وتحملهم المسؤولية، هذا ولقد بات التحفيز بمختلف أشكاله وصوره، إحدى الرهانات الأساسية لتطوير الأداء الإداري للموظفين وتحفيزهم معنويا للمزيد من العطاء، كما تبرز أهمية التدبير التوقعي للموارد البشرية باعتبارها تعطي توقعات لحجم الكفاءات التي تسعى الإدارة لجلبها للعمل في مصالحها، والاستفادة من خبرتها، وصقل مواهبها وتطوير كفاءتها، وهذه تعتبر من بين الآليات الفعالة لتحفيز الموارد البشرية.

الآليات القانونية لحماية البيئة الطبيعية من التلوث الصناعي في الجزائر

محمد قاسمي

باحث في سلك الدكتوراه

جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2 (الجزائر)

أستاذ جامعي مؤقت

ملخص

يهدف هذا الموضوع إلى تسليط الضوء على ظاهرة التلوث الصناعي للبيئة الطبيعية في الجزائر، من خلال دراسة وتحليل مختلف الآليات القانونية التي تبناها المشرع الجزائري لمعالجة هذه الظاهرة والوقاية من أخطارها.

حيث اعتمد المشرع الجزائري على عدة آليات قانونية، منها ما هو إداري، نظرا لما تتمتع به الإدارة من سلطات وامتيازات لتحقيق النفع العام، ومنها ما هو قضائي عن طريق تطبيق قواعد المسؤولية المختلفة على الصناعيين الملوّثين للبيئة، غير أنه ورغم تعدد هذه الآليات، فإنها تبقى بحاجة إلى مزيد من الفعالية من أجل الحد من خطورة التلوث الصناعي.

الكلمات المفتاحية: التلوث الصناعي، الآليات الإدارية، الآليات القانونية، المسؤولية.

Résumé

Notre modeste recherche a pour but de mettre la lumière sur le phénomène de la pollution industrielle en Algérie, et ce, à travers l'étude et l'analyse des différents mécanismes juridiques mis en œuvre par le législateur algérien. Parmi ces mécanismes, il y'en a certains qui sont d'ordre administratif et au vue des nombreux pouvoirs et privilèges dont jouit l'administration algérienne cette dernière est à même de résoudre et de prévenir des dangers de ce phénomène. D'autres mécanismes sont d'ordre juridique à travers l'application des règles de responsabilité sur chaque industriel polluant la nature .

Ces nombreux mécanismes doivent être efficaces afin de limiter les dégâts de la pollution industrielle.

Mots-clés : pollution industrielle, mécanismes administratifs, mécanismes juridiques, la responsabilité.

مقدمة

بدأ الاهتمام بموضوع البيئة خلال النصف الثاني من القرن العشرين وتزايد هذا الاهتمام منذ انعقاد أول مؤتمر عالمي للبيئة في مدينة "ستوكهولم" عاصمة السويد سنة 1972، بدعوة من منظمة الأمم المتحدة واتخذ هذا المؤتمر شعار "فقط أرض واحدة" وذلك للدلالة على أن البيئة كل واحد لا يتجزأ، وأنه مهما تباعدت مواقع البشر فإنهم يعيشون على نفس الأرض ويعانون من مشاكل واحدة، وقد أكد المبدأ الأول من الإعلان الصادر عن هذا المؤتمر لأول مرة حق الإنسان في بيئة سليمة وملائمة للعيش. كما عرف المشهد الاقتصادي والتكنولوجي العالمي عدة تغيرات، أبرزها مظاهر العولمة التي تجلت بشكل واسع في مختلف التعاملات الدولية كتحرير التجارة الدولية في المجال التكنولوجي، الذي يشهد تطوراً سريعاً نتج عنه صعود تقنيات صناعية جديدة أدت إلى التوسع الصناعي، من أجل تلبية الطلب المتزايد على مختلف المنتجات، مقابل ذلك نتج عن نشاط المصانع آثار سلبية على البيئة تمثلت في توليد عناصرها سواء الطبيعية أو المشيدة القريبة من المصانع، كما تمارس الصناعة ومنتجاتها تأثيراً على قاعدة الموارد الطبيعية للحضارة عبر الدورة الكاملة للتنقيب عن المواد الأولية واستخراجها وتحويلها إلى منتجات واستهلاك الطاقة، وتوليد النفايات واستعمال المستهلكين للمنتجات والتصرف فيها. أما بالنسبة للجزائر فقد عرفت خلال سنوات السبعينات تطوراً صناعياً ملحوظاً، إذ أنه خلال هذه الفترة تم إنشاء أكبر المركبات الصناعية التي عرفتها البلاد مثل مركب الحجار للحديد والصلب.

ولأجل تحقيق الحد الأدنى من التنمية، لجأت الجزائر إلى إتباع سياسة تجعلها تواكب التطورات التي طرأت على الاقتصاد العالمي في مختلف مجالاته، والمتمثلة في الانفتاح على الاقتصاد العالمي لتحقيق حد أدنى من رؤوس الأموال، والعائدات من الأرباح والتي تمثلت في تشجيع الاستثمار، التي توجت بتكريس مبدأ حرية الاستثمار الذي أعطيت له صفة الدستورية المصاغة بعنوان "حرية الصناعة والتجارة" في دستور 1996 هذا ما أدى إلى إنشاء العديد من المصانع مثل مصانع الإسمنت والجلود وغيرها. ويساهم بشكل كبير في تدهور البيئة وتلوثها بمختلف الملوثات الصناعية السائلة والصلبة والغازية، هذا ما دفع الدولة الجزائرية إلى اعتماد مقاربات متعددة منها الاقتصادية والاجتماعية والقانونية لمكافحة التلوث الصناعي والحد من خطورته، وتعد المقاربة القانونية -وهي موضوع بحثنا هذا- من أهم هذه المقاربات، لما يتمتع به القانون من قواعد ملزمة، ولعل القانون الإداري بما يضعه تحت يد الإدارة من سلطات وامتيازات لتحقيق النفع العام هو أكثر فروع القانون اتصالاً بمكافحة التلوث داخل الدولة، وتعتبر سلطة الضبط على وجه الخصوص أهم وسيلة من وسائل القانون الإداري في ذلك، إضافة إلى الدور الذي يمكن أن يلعبه القضاء في تطبيق قواعد المسؤولية المختلفة، المدنية والإدارية والجزائية، على الصناعيين الملوئين للبيئة.

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري قد سن مجموعة من القوانين والمراسيم المتعلقة بحماية البيئة من التلوث بمختلف أشكاله، والتي من أبرزها التلوث الصناعي إلا أن هذه الظاهرة أخذت في الزيادة والانتشار، مع انتشار إنجاز الوحدات الصناعية، مما يجعلنا نطرح الإشكالية التالية: **ما مدى فعالية الآليات القانونية لحماية البيئة الطبيعية من التلوث الصناعي في الجزائر؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا الموضوع إلى مبحثين، المبحث الأول الأول نتناول فيه الآليات الإدارية لحماية البيئة من التلوث الصناعي أما المبحث الثاني فسوف نتطرق فيه إلى المسؤولية الناتجة عن التلوث الصناعي.

المبحث الأول: الآليات الإدارية لحماية البيئة من التلوث الصناعي

يقصد بالحماية الإدارية للبيئة قيام أجهزة الدولة كلّ في مجال اختصاصه بالمحافظة على البيئة والحرص على سلامتها، ومنع القيام بأي عمل يسبب تلوثها أو يضرها بشكل أو بآخر⁴⁶⁸، وقد عهد المشرع الجزائري إلى الدولة حراسة مختلف مكونات البيئة من خلال

⁴⁶⁸ عبد القادر الشخيلي، **حماية البيئة في ضوء الشريعة والقانون والإدارة والتربية والإعلام**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2009، ص 247.

القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة⁴⁶⁹. إلى جانب الدراسات الاقتصادية والمالية لكل مشروع صناعي لابد من إجراء دراسة بيئية، ذلك أن أي نشاط عام أو خاص ليس آمنا بالنسبة للبيئة، ولذلك صار من اللازم التحديد المسبق لآثار هذا النشاط، وليس في هذا إلغاء للحرية الصناعية والتجارية بل تقييدا لها، من أجل تحقيق التوازن بين المصالح الفردية والبيئية هذه الأخيرة التي تشكل مصالح جماعية، وقد عبّر عن دراسة تقييم الأثر البيئي بأنها "دراسة علمية وتقنية مسبقة وإجراء إداري متطور"⁴⁷⁰

الفرع الأول: آلية تقييم الأثر البيئي

تتطلب دراسة تقييم الأثر البيئي التطرق إلى تعريف هذا الأخير، ثم التعرّيج إلى الأهداف المرجوة من عملية تقييم الأثر البيئي وفعاليتها في حماية البيئة.

أولا- تعريف تقييم الأثر البيئي

بالعودة للتشريع الجزائري نجد أن المشرع لم يعرف تقييم الأثر البيئي تعريفا واضحا ومباشرا، وإنما ترك هذه المهمة كما هو في الغالب إلى الفقه⁴⁷¹، وقد أورد المشرع الجزائري دراسة تقييم الأثر البيئي دون أن يعرفها في نص المادة 15 من القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة بنصه "تخضع مسبقا وحسب الحالة لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة مشاريع التنمية والهياكل والمنشآت الثابتة والمصانع والأعمال الفنية الأخرى، وكل الأعمال وبرامج البناء والتهيئة، التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فورا أو لاحقا، على البيئة، لاسيما على الأنواع والموارد والأوساط والفضاءات الطبيعية والتوازنات الإيكولوجية وكذلك على إطار ونوعية المعيشة"⁴⁷²، وعلى هذا المنوال سار المرسوم التنفيذي رقم 145/07 الذي يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة⁴⁷³.

ثانيا- أهداف تقييم الأثر البيئي

يهدف تقييم الأثر البيئي عموما إلى التعرف في الوقت المناسب على التأثيرات المباشرة وغير المباشرة لعمليات الاستثمار على الإنسان والبيئة والمحيط الذي يعيش فيه.⁴⁷⁴ فعلى سبيل المثال في حالة وجود مواد سامة بتركيزات عالية في مخلفات أحد المشاريع الصناعية، يعتبر هذا مؤشرا تحليليا يجب ترجمته إلى معايير صحية، وذلك بذكر الأمراض التي سيتعرض لها السكان أو العاملين ومدى خطورتها أو ذكر آثار تلك المواد على الثروة السمكية في حالة إلقتها في البحر واحتمالية تأثر المخزون السمكي أو احتمالية تصاعد روائح كريهة من تلك المواد⁴⁷⁵.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه حسب المرسوم التنفيذي 145/07 لسنة 2007 المحدد لمجال تطبيق ومحتوى دراسة أو موجز التأثير على البيئة فإن تقييم الأثر البيئي يهدف إلى:

⁴⁶⁹ المادة 10 من القانون 10/03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 43.

⁴⁷⁰ Michel Prieur, *droit de l'environnement*, 3em édition, Dalloz ET delta, Paris, 2001.p59.

⁴⁷¹ حسونة عبد الغني، دراسات التقييم البيئي كآلية قانونية لتحقيق التنمية المستدامة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السادس والعشرون، جوان 2012، ص 81.

⁴⁷² المادة 15 من القانون رقم 10/03، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، المراجع السابق.

⁴⁷³ المرسوم التنفيذي رقم 145/07، المؤرخ في 19 مايو 2007، الذي يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج ر، عدد 37.

⁴⁷⁴ طه طيار، دراسة التأثير على البيئة، نظرة في القانون الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مطبعة دحلب الجزائر، العدد الأول، سنة 1991، ص 03.

⁴⁷⁵ خلود يوسف المرزوق، المردود البيئي للمشاريع الصناعية، مجلة بيئتنا، تصدرها الهيئة العامة للبيئة، دولة الكويت، العدد 64، ديسمبر 2003، ص 23.

- تحديد مدى ملائمة إقامة المشروع في منطقة معينة لها مميزاتها البيئية الخاصة بها.
- تحديد الآثار البيئية المباشرة وغير المباشرة للمشاريع، بمعنى آخر ما هي مختلف الأضرار التي يحدثها المشروع.

ثالثاً-مدى فعالية تقييم الأثر البيئي

على الرغم من أهمية إجراء تقييم الأثر البيئي من حيث اعتباره آلية وقائية تعمل على الموازنة بين حماية البيئة وتحقيق التنمية من خلال منع وقوع الأضرار البيئية نتيجة النشاطات التنموية، غير أن هذا الإجراء يواجه بعض الصعوبات تتمثل في:

1-القدرةالاقتصادية للمنشأة الصناعية

إن الأمر الذي يحد من تطبيق تقييم الأثر البيئي بشكل فعال ومناسب هو القدرة المالية للمؤسسات الاقتصادية الصناعية المعنية بهذا الإجراء، بالنظر إلى أن تقييم الأثر البيئي يحتاج إلى تكلفة مالية كبيرة تعجز عنها المؤسسات والمنشآت الصغيرة، التي تنشط في مجال يؤدي إلى تلوث البيئة⁴⁷⁶ مثل المجال الصناعي، ولقد راعى المشرع الجزائري هذه المسألة حينما اعتبر أن تطبيق مبدأ الحيطة الذي نص عليه في القانون المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، يكون باستعمال أحسن التقنيات المتوفرة وبتكلفة اقتصادية مقبولة⁴⁷⁷، وإقرار المشرع للجانب الاقتصادي للمؤسسة عند إجراء تقييم الأثر البيئي يكون قد حد من فعالية هذا الإجراء في تحقيق الحماية الوقائية الفعلية للبيئة من التلوث الصناعي.

هذا إضافة إلى أنه إذا وضعنا جانباً الإشارة إلى أي جوانب خطرة محتملة وربما اقتراح أي تحذيرات مناسبة، فإنه لا يمكن لتقدير الأثر البيئي في حد ذاته أن يطغى على الميزة العامة للمشروع، لأن ذلك يتوقف على قيمة المشروع كوسيلة لتحقيق المنافع الاقتصادية الوطنية⁴⁷⁸.

2-نسبية الحقيقة العلمية

على الرغم من أن دراسات تقييم الأثر البيئي يفترض فيها الدقة بالنظر إلى أنها تقوم على أسس وحقائق علمية، غير أن الإقرار بالحقيقة العلمية والتسليم بها يحتاج إلى إجماع حاسم بخصوصها، وهو الأمر الذي لا يتيسر نتيجة لتضارب النتائج العلمية في مختلف مخابر البحث، وبذلك فإن حالة الشك التي تعترى بعض النتائج العلمية لا تدفع الإدارة إلى التحرك في معظم الأحيان عند قيامها بعملها الرقابي وهذا ما يحد من فعالية تقييم الأثر البيئي في حماية البيئة من التلوث الصناعي.

الفرع الثاني: آلية الضبط الإداري البيئي لحماية البيئة الطبيعية من التلوث الصناعي

يعتبر مجال حماية البيئة من خطر التلوث من أهم المجالات الحديثة للضبط الإداري، ويعرف الضبط الإداري على أنه واجب من أهم واجبات الإدارة يتمثل في تنظيم الحريات الفردية؛ أي في وضع القيود والحدود عليها بهدف المحافظة على النظام العام في المجتمع بمدلولاته المعروفة وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة⁴⁷⁹، ويعرفه الفقيه الفرنسي موريس هوريو (Maurice Hauriou) بأنه سيادة النظام والسلام عن طريق التطبيق الوقائي للقانون⁴⁸⁰، ويكون الضبط الإداري البيئي لحماية البيئة من التلوث الصناعي عن طريق مجموعة من الآليات تتمثل فيما يلي:

⁴⁷⁶ حسونة عبد الغني، دراسات التقييم البيئي كآلية قانونية لتحقيق التنمية المستدامة، المرجع السابق، ص 87.

⁴⁷⁷ المادة 02 من القانون 10/03، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، المرجع السابق.

⁴⁷⁸ خلود يوسف المرزوق، المرجع السابق، ص 23.

⁴⁷⁹ رمضان محمد بطيخ، الضبط الإداري وحماية البيئة، ندوة دور التشريعات والقوانين في حماية البيئة العربية، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 11/07/2005، ص 03.

⁴⁸⁰ إسماعيل نجم الذين زنكنة، القانون الإداري البيئي، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2012، ص 258.

أولا- الترخيص

1- تعريفه

الترخيص هو الإذن الصادر عن الإدارة المختصة بممارسة نشاط معين لا يجوز ممارسته بغير إذنها، وتقوم الإدارة بمنح الترخيص إذا توافرت الشروط اللازمة التي يحددها القانون، وتكاد تقتصر سلطاتها التقديرية على التحقق من توافر هذه الشروط واختيار الوقت المناسب لإصدار الترخيص⁴⁸¹.

2- صور الترخيص المتعلق بحماية البيئة من التلوث الصناعي

أما بالنسبة للترخيص المتعلق بحماية البيئة من التلوث الصناعي في القانون الجزائري فيتمثل في الترخيص المتعلق باستغلال المنشآت المصنفة، والترخيص المتعلق بإدارة وتسيير النفايات الناجمة عن استغلال المنشآت المصنفة.

1.2- الترخيص المتعلق باستغلال المنشآت المصنفة

لقد عرّف المشرع الجزائري المنشآت المصنفة في المادة 18 من القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، بقوله المنشآت المصنفة تلك المصانع والورشات والمشاغل ومقالع الحجارة والمناجم وبصفة عامة المنشآت التي يستغلها أو يملكها كل شخص طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص والتي قد تتسبب في المساس براحة الجوار.

كما عرفتها المادة 02 من المرسوم التنفيذي 198/06 الذي يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة بأنها كل وحدة تقنية ثابتة يمارس فيها نشاط أو عدة أنشطة من النشاطات المذكورة في قائمة المنشآت المصنفة المحددة في التنظيم المعمول به⁴⁸² إذ تحيلنا هذه المادة إلى المرسوم التنفيذي 144/07 الذي يحدد قائمة المنشآت المصنفة لحماية البيئة⁴⁸³.

2.2- الترخيص المتعلق بإدارة وتسيير النفايات الناجمة عن استغلال المنشآت المصنفة

تعتبر مسألة معالجة النفايات الصناعية والتخلص منها مسألة في غاية الأهمية وذلك بالنظر لتأثيرها السلبي على البيئة، الأمر الذي حتم على المشرع الجزائري وضع ضوابط رقابية تحول دون حدوث تلك الآثار السلبية، هذه الضوابط تتعلق بالترخيص بنقل النفايات الخاصة بالخطرة، بالإضافة إلى الترخيص المتعلق بتصريف النفايات الصناعية السائلة.

3.2- الترخيص بنقل النفايات الخاصة بالخطرة

النفايات الخاصة بالخطرة هي كل النفايات التي بفعل مكوناتها وخواصها المواد السامة التي تحوي، يحتمل أن تضر بالصحة العمومية أو بالبيئة، وبالنظر إلى خطورة الموقف في عمليات نقل النفايات الخاصة بالخطرة، تم تبني واعتماد ضوابط تتعلق بفرض رقابة محكمة على هذه العمليات، ومن بين هذه الضوابط ضرورة الحصول على ترخيص⁴⁸⁴. وفيما يخص كيفية نقل النفايات الخاصة بالخطرة فقد حددها المرسوم التنفيذي 409/04 المحدد لكيفية نقل النفايات الخاصة بالخطرة، حيث تنص المادة 14 منه على أن رخصة نقل النفايات الخاصة بالخطرة تثبت تأهيل الناقل لنقل النفايات الخاصة بالخطرة، أما المادة 15 منه فقد أحالت على قرار وزاري مشترك يحدد محتوى ملف طلب الرخصة وكيفية منحها وخصائصها التقنية، يتخذ من طرف الوزير المكلف بالبيئة والوزير المكلف بالنقل⁴⁸⁵.

4.2- الترخيص بتصريف النفايات الصناعية السائلة

⁴⁸¹ ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 132.

⁴⁸² المادة 02 من المرسوم التنفيذي 198/06 المؤرخ في 31 ماي 2006 الذي يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة ج ر، عدد 37.

⁴⁸³ المرسوم التنفيذي 144/07 المؤرخ في 19 ماي 2007، المحدد لقائمة المنشآت المصنفة لحماية البيئة، ج ر عدد 34.

⁴⁸⁴ حسونة عبد الغني، الحماية القانونية للبيئة في إطار التنمية المستدامة، المرجع السابق، ص 50.

⁴⁸⁵ المرسوم التنفيذي 409/04، المؤرخ في 14 ديسمبر 2004، المحدد لكيفية نقل النفايات الخاصة بالخطرة، ج ر، عدد 81.

تفرز المؤسسات الصناعية في الجزائر كميات كبيرة من النفايات الصناعية السائلة، فعلى سبيل المثال تفرز سنويا 135000 طن من المواد الصلبة العالقة و8000 طن من المواد النيتروجينية، معظم هذه المواد تصب في الأودية والسدود مثل واد سييوس بقالة وسد بني بهدل بتلمسان⁴⁸⁶.

وتعتبر رخصة التصريف أحد الأساليب الوقائية للحد من النفايات السائلة التي تفرزها المؤسسات الصناعية الجزائرية، ولقد حدد المشرع الجزائري مفهوم التصريف في المرسوم التنفيذي المتعلق بتنظيم النفايات الصناعية السائلة في المادة 02 بنصها " كل صب أو تدفق أو إيداع مباشر أو غير مباشر لنفاية صناعية سائلة في وسط طبيعي"⁴⁸⁷،

ثانيا-الحظر والإلزام

1-الحظر

كثيرا ما يلجأ القانون في حماية البيئة إلى حظر الإتيان ببعض التصرفات التي يقدر خطورتها وضررها على البيئة، وقد يكون هذا الحظر مطلقا أو نسبيا⁴⁸⁸، ومن تطبيقات الحظر المطلق من أجل حماية البيئة من التلوث الصناعي في القانون الجزائري، نص المشرع في القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة؛ على حظر كل صب أو طرح للمياه المستعملة أو رمي للنفايات أيا كانت طبيعتها في المياه المخصصة لإعادة تزويد طبقات المياه الجوفية وفي الآبار والحفر وسرايب جذب المياه⁴⁸⁹.

2-الإلزام

غالبا ما يلجأ القانون إلى هذه التقنية لحماية البيئة، ويقصد بها إلزام الأفراد والجهات والمنشآت بالقيام بعمل إيجابي معين لمنع تلوث عناصر البيئة المختلفة، أو إلزام من تسبب بخطئه في تلوث البيئة بإزالة آثار التلوث إن أمكن، والإلزام عمل إيجابي يعادل حظر القيام بعمل سلبي، أي الامتناع عن القيام ببعض الأعمال⁴⁹⁰.

ومن التطبيقات العملية لتقنية الإلزام في التشريع الجزائري المتعلق بحماية البيئة من التلوث الصناعي نجد أنه في إطار حماية الهواء والجو نصت المادة 46 من القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة على أنه يجب على الوحدات الصناعية اتخاذ كل التدابير اللازمة للتقليل أو الكف عن استعمال المواد المتسببة في إفقار طبقة الأوزون.

الفرع الثالث: الجزاءات الإدارية لحماية البيئة من التلوث الصناعي

يقصد بالجزاءات الإدارية في هذا المقام الجزاءات التي توقعها السلطات الإدارية على الأشخاص الطبيعية والمعنوية في حالة ارتكاب أحد الأفعال المضرة بالبيئة، إذ يمنح المشرع السلطات الإدارية فرض جزاءات ذات طبيعة غير مالية وجزاءات مالية.

أولا-الجزاءات الإدارية غير المالية

يترتب على كل من يمارس نشاطا ضارا بالبيئة جزاءات إدارية غير مالية وهي الجزاءات التي لا تصيب المخالف بذمته المالية بشكل مباشر بل لها أشكال أخرى تؤثر في نشاط المشروع وأرباحه، وتأخذ شكل الإعذار أو التنبيه والغلق المؤقت أو وقف العمل وإلغاء الترخيص.

⁴⁸⁶République Algérienne, Ministère de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement, Plan National d'Actions pour l'Environnement et le Développement Durable (PNAE-DD), Janvier 2002,p53.

⁴⁸⁷ المرسوم التنفيذي 160/93 المؤرخ في 10 جويلية 1993، المتعلق بتنظيم النفايات الصناعية السائلة، ج ر، عدد 46.

⁴⁸⁸ ماجد راغب الطلو، المرجع السابق، ص129.

⁴⁸⁹ المادة 51، من القانون 10/03، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، المرجع السابق.

⁴⁹⁰ إسماعيل نجم الدين زنكنة، المرجع السابق، ص328.

ثانيا-الجزاءات الإدارية المالية

تعرف الغرامة الإدارية كجزاء إداري مالي بأنها مبلغ من النقود، تقرره جهة الإدارة المختصة وتفرضه على المخالف بدلاً عن ملاحقته جنائياً عن المخالفة، أما الغرامة الإدارية كجزاء إداري بيئي فهي عبارة عن مبلغ من المال تفرضه جهة الإدارة على مرتكب المخالفة البيئية، والذي يلتزم بسداده عوضاً عن تعرضه للمتابعة الجنائية جراء الفعل المخالف⁴⁹¹، ويهدف تحميل مسؤولية التلوث لأصحاب الأنشطة الملوثة والضارة بالبيئة وإشراكهم في تمويل التكاليف التي تستدعيها عملية حماية البيئة، شرعت الجزائر في فرض مجموعة من الرسوم والضرائب البيئية، ورغم أن الرسوم البيئية لا تفرض على الملوّثين فقط، إلا أن المشرع الجزائري فيما يتعلق بحماية البيئة من التلوث الصناعي ربط هذه الرسوم بطبيعة النشاط ، وكمية النفايات الصناعية الناتجة عنه، فكلما زادت كمية النفايات زادت معها القيمة المالية للرسوم والضرائب البيئية كجزاء مالي عن تلويث البيئة وتعرف هذه الرسوم والضرائب بالجباية البيئية.

المبحث الثاني: المسؤولية الناتجة عن التلوث الصناعي للبيئة الطبيعية

رغم تعدد الوسائل والآليات الإدارية التي تهدف إلى حماية البيئة من التلوث الصناعي، إلا أن ذلك لن يكفي وحده لتحقيق هذه الغاية، لذلك كان لا بد من زيادة جرعة الحماية عن طريق الردع، وذلك برفع دعاوى قضائية على المخالفين للقواعد والقوانين البيئية، من أجل إضفاء مزيد من الفعالية على الحماية القانونية للبيئة، حيث أن مخالفة الواجبات أو الالتزامات المتعلقة بحماية البيئة من التلوث الصناعي تستوجب مساءلة المخالف بتوقيع عقوبة عليه من طرف القضاء، "والعقوبة جزاء تقويمي، ينطوي على إيلاء مقصود، تنزل بالمخالف للقوانين طالما كان أهلاً للمسؤولية، ويتحقق الإيلاء عن طريق المساس بحق من حقوق المحكوم عليه، وتُحدّد جسامة العقوبة بمقدار أهمية الحق المعتدى عليه ودرجة المساس به"⁴⁹²، وتكون هذه العقوبة إما سالبة للحرية عن طريق السجن، أو عقوبة مالية عن طريق إجبار المخالف على إصلاح الضرر بالتعويض المالي، أو بهما معاً، كما يمكن إجبار الملوّث على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر، كل هذه العقوبات يُحكّم بها على المخالفين بعد ثبوت مسؤوليتهم الناتجة عن التلوث الصناعي الحاصل، وهذا ما سوف يتم تناوله في هذا المحور بالدراسة والتحليل.

الفرع الأول: المسؤولية المدنية الناتجة عن التلوث الصناعي

ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع الجزائري لم يتناول موضوع المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث الصناعي بطريقة مستقلة كنظام قانوني قائم بذاته، الشيء الذي سيحتم علينا دراسة هذه المسؤولية في ظل القواعد العامة للقانون المدني، وتقدير مدى كفاية الآليات القانونية الموجودة فيه. وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري، فإننا لا نجد قواعد خاصة لتنظيم المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية وكذلك الأمر بالنسبة لقانون البيئة 10/03 والقوانين الخاصة الأخرى المتعلقة بالبيئة ولهذا لا بد من الرجوع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني.

أولاً-أساس قيام المسؤولية المدنية الناتجة عن التلوث الصناعي

يجب الإشارة أنه بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للضرر البيئي، بالإضافة إلى الطبيعة العينية وغير المباشرة له، فإن هذا أدى إلى صعوبات كبيرة في تحديد أسس المسؤولية البيئية من جهة، ومدى كفاية هذه الأسس لتغطية كافة الأضرار البيئية خصوصاً بالنظر إلى الطابع الانتشاري للضرر البيئي، لهذا يتعين علينا تحديد الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن الضرر البيئي، والاتجاهات الفقهية الحديثة التي دعت إلى تطويره تماشياً مع الطبيعة الخاصة للضرر البيئي⁴⁹³.

⁴⁹¹ ليليس الجنايبي، الجزاءات القانونية لتلوث البيئة، دراسة تحليلية مقارنة، بدون دار نشر، 2014، ص 95.

⁴⁹² علي عدنان الفيل، دراسة مقارنة للتشريعات العربية الجزائرية في مكافحة جرائم التلوث البيئي، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، الأردن، المجلد التاسع، العدد الثاني 2009، ص 110.

⁴⁹³ حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر السنة الجامعية 2006-2007، ص 12.

1- تطبيق الأسس التقليدية للمسؤولية المدنية

المعروف أن القواعد التقليدية للمسؤولية تركز على الخطأ وعليه فكل من يتسبب بخطئه في إحداث ضرر للغير يكون ملزماً بالتعويض، وعليه فإن نظرية الخطأ كانت ولا تزال الركيزة الأساسية لقيام المسؤولية وفي حالة انعدام الخطأ أو عدم إمكانية إثباته من طرف المتضرر فإنه يؤدي إلى انتفاء المسؤولية⁴⁹⁴. حيث تحرك مسؤولية الصناعي على أساس الخطأ، على أن يثبت المتضرر الخطأ الذي يدعي وقوعه وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. والخطأ الذي يؤسس عليه الضحية دعواه قد يكون مدنياً أو جنائياً يتأسس فيه الضحية كطرف مدني.

2- النظرية الموضوعية كأساس قانوني للمسؤولية المدنية

إذا كانت النظرية التقليدية تقيم المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية على أساس الخطأ الواجب الإثبات، فهذا يعني أن المتضرر من النشاطات المسببة للتلوث الصناعي يجب أن يثبت الخطأ في جانب المدعى عليه، الأمر الذي يؤدي أيضاً إلى أن يثبت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصابه، والذي يمكن قوله أن الكثير من الدعاوى البيئية ترد لعدم تمكن المدعي من إثبات الخطأ أو العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وبالتالي حرمان المتضرر من الحصول على تعويض، هذا ما دفع الكثير من التشريعات إلى ترك النظرية الذاتية القديمة والأخذ بنظرية جديدة تعتمد على أسس موضوعية للمسؤولية المدنية في المجال البيئي⁴⁹⁵.

وتستند المسؤولية الموضوعية كلية على موضوعها أو محلها، أي على فكرة الضرر، حيث يتم تعويض المضرور حتى ولو لم يرتكب المسؤول عن هذا الضرر خطأ ما، ويستطيع المضرور أن يحصل على التعويض عن الأضرار التي لحقت به دون أن يتحمل في معظم الحالات عبء الإثبات⁴⁹⁶.

ثانياً- آثار قيام المسؤولية المدنية الناتجة عن التلوث الصناعي

إذا تحقق الضرر يثبت حق المتضرر في التعويض، ويكون للمتضرر الحق في رفع دعوى للمطالبة به، والتعويض طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية هو على نوعين؛ فقد يكون عينياً أو نقدياً، وللقاضي المدني السلطة التقديرية في تحديد طريقة التعويض، والتعويض عن الضرر أمر يتقرر من خلال طبيعة المخالفة فيتخذ الجزاء المدني صورة الإزالة أو محو آثار المخالفة القانونية وإعادة الأمور إلى ما كانت قبل وقوعها مادام ذلك ممكناً.

وقد يتخذ الجزاء المدني صورة التعويض في حالة تعذر إزالة آثار المخالفة واستحالة محو الضرر الناتج عنها فيلجأ إلى التعويض المادي من مال المخالف بمقدار الضرر⁴⁹⁷. وقد أكد المشرع الجزائري ذلك طبقاً للمادة 132 من القانون المدني حيث يمكن للقاضي تعيين طريقة التعويض تبعاً للظروف، وبصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراد مرتباً، ويقدر التعويض بالنقد. على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع، ويمكن أن يكون التعويض إما عينياً أو نقدياً.

1- التعويض العيني

يعد التعويض العيني صورة من صور التعويض والتي يقصد من ورائها الإصلاح لا المحو النهائي للضرر، ويتم عن طريق إجبار المدين على التنفيذ العيني على سبيل التعويض⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ نفس المرجع، ص 88.

⁴⁹⁵ وليد عوض الرشيدي المسؤولية المدنية الناتجة عن تلوث البيئة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 58.

⁴⁹⁶ سمير حامد الجمال، الحماية القانونية للبيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 313.

⁴⁹⁷ حسين علي محسن، المصلحة المحمية في جرائم تلوث البيئة وآليات تنفيذها، مجلة آداب المستنصرية، العراق، العدد 62، 2013، ص 10.

⁴⁹⁸ نور الدين يوسف، التعويض العيني عن ضرر التلوث البيئي، فلسفة التعويض في التشريع الجزائري، الملتقى الدولي حول النظام القانوني لحماية البيئة في ظل القانون الدولي والتشريع الجزائري جامعة قالم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 09/10/2013 ديسمبر 2013.

إذن فهو صورة من الصور المميزة التي يتم من خلالها إصلاح الضرر الناجم عن الفعل الذي يؤدي إلى الضرر دون التفرقة بين طبيعة التصرف الذي أدى إلى الضرر، فقد يكون تصرفا مشروعاً وقد يكون تصرفاً غير مشروع.

لكن إذا كان التعويض العيني يمكن تصوره في الأضرار العادية، فإن طبيعة وخصوصية الضرر البيئي تطرح العديد من الصعوبات بخصوص التعويض العيني لهذا الضرر، أهمها أن التلوث البيئي والضرر الناجم عنه في حاجة إلى فترة زمنية طويلة لإصلاح كافة آثاره وإعادة المنطقة المتضررة إلى ما كانت عليه في السابق⁴⁹⁹.

والأصل أن القاضي المدني يمتلك سلطة تقديرية واسعة لإصلاح الأضرار الناجمة عن الأنشطة الصناعية الملوثة ومن ثم يمكن له أن يلزم الصناعي بإعادة حالة الوسط الملوث إلى ما كان عليه أو وقف الأنشطة الملوثة.

2- التعويض النقدي

حقيقة أن القيمة والأهمية الاقتصادية للبيئة لا يمكن تقديرها بثمن، ولكن هذا لا يعني استبعاد تقييمها مالياً خصوصاً إذا وقع اعتداء على العناصر البيئية ووقع ضرر جسيم كنتيجة لهذا الاعتداء فلا بد أن يتحمل الملوث تكلفة نشاطه الذي أدى إلى الإضرار بالبيئة. والتعويض النقدي هو مبلغ من النقود يحكم به للمضرور مقابل ما أصابه من ضرر عوضاً عن التعويض العيني.

ويختلف التعويض النقدي عن التعويض العيني في أن هذا الأخير يهدف إلى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، خلافاً للتعويض النقدي الذي يرمي إلى تعويض المتضررين عن جميع نتائج النشاط الصناعي الملوث الذي كان السبب في وقوع الضرر، بما في ذلك ما ضاع عليهم من كسب وما لحقهم من خسارة⁵⁰⁰. ومثال ذلك في المجال الصناعي أن يؤدي الغبار الصادر عن مصنع الإسمنت إلى إتلاف المحاصيل الزراعية المجاورة للمصنع، فهل يمكن للجار المتضرر أن يطالب بتعويض نقدي عن هذا الضرر الذي أصابه⁵⁰¹.

الفرع الثاني: المسؤولية الإدارية الناتجة عن التلوث الصناعي

مما لا شك فيه أن الإدارة تتمتع بجملة من السلطات المستمدة من القانون العام، وتتحمل مقابل ذلك مسؤولية تنفيذ القوانين وحماية النظام العام، وإشباع الحاجات العامة للأفراد، وإذا ما أخلّت الإدارة بإحدى هذه الواجبات وترتب على ذلك ضرر على البيئة والإنسان قامت مسؤوليتها⁵⁰².

ويكتسب الموضوع أهمية في قضايا تلوث البيئة التي تعد من الموضوعات المعقدة إذ يصعب إثبات الخطأ أو نسبته إلى الفاعل، ولا سيما حينما يكون التلوث راجعاً لأسباب صناعية، مما يجعل إثبات قيام مسؤولية الإدارة أمراً تكتنفه الكثير من الصعاب، ولما كان الضرر البيئي مدار المسؤولية الإدارية وجوداً وعدماً، يثار تساؤل يتعلق بكون المسؤولية الإدارية تبنى على أساس الخطأ في جانب الإدارة أم على أساس المخاطر؟

أولاً- مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ

تقوم هذه المسؤولية على أساس أركان ثلاثة: الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية بينهما، وترجع أصالة القواعد الإدارية في هذا الصدد إلى ركن الخطأ، إذ صوره مجلس الدولة الفرنسي تصويراً مغايراً للأفكار المدنية المسلم بها لأن قواعد المسؤولية الإدارية قضائية المنشأ⁵⁰³.

⁴⁹⁹ حميدة جميلة، المرجع السابق، ص 265.

وعلي جمال، **المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار التلوث الصناعي في الجزائر**، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الموسم الجامعي 2002/2003، ص 95.

⁵⁰¹ نفس المرجع، ص 94.

⁵⁰² عارف صالح مخلف، **الدائرة البيئية الحماية الإدارية للبيئة**، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2009، ص 343.

⁵⁰³ إسماعيل نجم الدين زنكنة، المرجع السابق، ص 443.

والملاحظ أن غالبية التشريعات لم تُعرّف الخطأ وتركت ذلك لمحاولات الفقه لذا فقد كثرت التعاريف الفقهية للخطأ ومن هذه التعاريف ما قدمه الفقيه (CHAPUS) بأنه "إخلال بالتزام سابق مع توافر الإدراك" وهذا التعريف يشابه تعريف (PLANIOL) للخطأ بأنه "عدم الوفاء بالتزام سابق"⁵⁰⁴، وعرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الخطأ بأنه "إخلال بالتزام قانوني مضمونه عدم الإضرار بالغير أو باتخاذ الحيطة اللازمة لعدم الإضرار بالغير"⁵⁰⁵، ونظرا لتعدد التعاريف الفقهية واختلافها فإن كلمة الفصل في تقدير الطابع المخطئ للفعل من عدمه ترجع إلى قاضي الموضوع، وهذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي⁵⁰⁶.

وفي المجال البيئي تختلف صورة الخطأ باختلاف العمل المنسوب للإدارة، فقد تخطئ بعدم توفير أسباب الوقاية اللازمة لحماية البيئة وهذا هو الخطأ السلبي وقد تخطئ الإدارة بطريق إيجاد أسباب الحماية اللازمة للبيئة وهذا هو الخطأ الإيجابي⁵⁰⁷، وسوف نفصل ذلك من خلال:

1- الخطأ نتيجة عدم توفير أسباب الوقاية اللازمة لحماية البيئة

لاشك أن قيام الإدارة بواجبها تجاه البيئة من خلال وقايتها من الأضرار التي قد تصيبها، يتطلب أن تتخذ وتتبنى الإدارة مجموعة من الإجراءات القانونية والمادية مثل إصدار الأوامر والقرارات فإذا لم تهتم الإدارة بواجباتها تلك والتي قررتها القوانين البيئية لها كانت مخطئة وقامت مسؤوليتها الإدارية، وحق عليها التعويض للمتضررين منها⁵⁰⁸.

2- خطأ الإدارة بسبب سوء أدائها لواجب وقاية البيئة

يتمثل خطأ الإدارة في توفير أسباب الوقاية اللازمة لحماية البيئة بالخطأ الإيجابي، إذ تقدم الإدارة على اتخاذ الإجراءات التي تعتقدها مناسبة بيد أنها تلحق الضرر بالبيئة بدلا من سلامتها، إذ يتجلى ذلك في أعمال الإدارة القانونية المتمثلة في:

1.2- الخطأ في إصدار القرارات الإدارية البيئية: قد تخطئ الإدارة وهي تمارس سلطتها في توفير أسباب الوقاية اللازمة لحماية

البيئة وذلك بإصدار قرارات إدارية معيبة يؤدي تنفيذها إلى الإضرار بالبيئة، كما لو صدر قرار إداري بإنشاء مصنع دون توفر الشروط والمحددات البيئية المتعلقة بالمشاريع الصناعية⁵⁰⁹، وكأن يتم الترخيص بإنشاء المصنع دون إنجاز دراسة التأثير على البيئة التي يشترطها القانون، فتقوم مسؤولية الإدارة بسبب منحها لترخيص غير قانوني عن طريق الخطأ⁵¹⁰.

2.2- الخطأ في ممارسة الرقابة والتوجيه: حيث يمكن أن تخطئ الإدارة في ممارسة عملها الرقابي والتوجيهي وأن تصيب البيئة

بالأضرار جراء تلوثها، غير أن مصدر هذه الأضرار التي قد تثير مسؤولية الإدارة ليست ناتجة عن مخلفات المرافق العامة التي يمارسها أشخاص القانون الخاص مثل المصانع الخاصة⁵¹¹، حيث أن مسؤولية الإدارة البيئية جراء التلوث البيئي الحاصل بسبب المصانع تبرز بسبب حق الإدارة في التدخل في مجال تلك المصانع، لأن هذه المصانع لا يمكن إقامتها إلا بعد الحصول على إجازة أو ترخيص من قبل الجهات الإدارية المعنية بحماية البيئة.

⁵⁰⁴ عبد الملك يونس محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق، الطبعة الأولى 1999، ص 127.

⁵⁰⁵ نفس المرجع، ص 128.

⁵⁰⁶ حميدة جميلة، المرجع السابق، ص 258.

⁵⁰⁷ عارف صلاح مخلف، المرجع السابق، ص 351.

⁵⁰⁸ إسماعيل نجم الدين زنكنة، المرجع السابق، ص 449.

⁵⁰⁹ عارف صلاح مخلف، المرجع السابق، ص 357.

⁵¹⁰ Olivier Soria, droit de l'environnement industriel, presses universitaires de Grenoble, September 2013, p322.

⁵¹¹ عارف صلاح مخلف، المرجع السابق، ص 460.

ثانيا-مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر

لقد تطورت الحياة الحديثة بصفة عامة والحياة الاقتصادية بصفة خاصة، إذ تطورت من حياة اقتصادية يغلب عليها الطابع الزراعي المعتمد على الوسائل البدائية حيث العلاقة بين الإنسان والطبيعة علاقة مباشرة، إلى حياة اقتصادية صناعية متطورة تستحدث وتستخدم فيها الآلات الميكانيكية والمخترعات العلمية المختلفة، الأمر الذي أدى إلى طغيان الطابع التكنولوجي على الحياة فنجم عن ذلك أن أصبح الضرر أو الخطر الكامن في استخدام واستعمال الآلات والمخترعات أكثر احتمالا وتحققا، وغدت عملية اكتشاف الخطأ مصدر هذا الخطر أو الضرر أكثر عسرا ومشقة واستحالة في بعض الأحيان، فغطى ركن الضرر الناجم عن المسؤولية التقصيرية ببروزه ووضوحه وتحققه جليا على ركن الخطأ، فظهرت الحاجة الماسة إلى قيام أساس قانوني للمسؤولية بعد أن لابتست الخطأ ظروف وملابسات وأسباب جعلته مجهولا أو معدوما، فقال الفقه بنظرية تحمل التبعة التي مفادها أن "من خلق تبعات يستفيد من مغانمها وجب عليه أن يحمل عبء مغارمها" وبظهور نظرية المخاطر هذه، قامت المسؤولية الموضوعية التي تنعقد متى تحقق الضرر⁵¹².

وفي المسؤولية على أساس المخاطر ليس فقط الضحية معفاة من إقامة الإثبات على الطابع الخاطئ للفعل الضار، بل أيضا يكون إثبات المدعى عليه في كونه لم يرتكب أي خطأ دون نتيجة، فالمسؤولية تقوم حتى ولو في غياب الخطأ، وهي مسؤولية بقوة القانون بسبب الضرر الحاصل⁵¹³.

الفرع الثالث: المسؤولية الجنائية الناتجة عن التلوث الصناعي

إن تجريم الاعتداء على البيئة مقصود به حماية المجتمع من الانتهاكات الماسة بعناصرها، باعتبار أن المجتمع يتأذى في بيئته كما يتأذى في كيانه السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي؛ إذ أن البيئة ليست حقا خالصا لفرد من أفرادها، وإنما هي ملك مشترك لجميع أبنائه⁵¹⁴. وللتشريع الجنائي دوراً جوهرياً لمواجهة خطر الإضرار في حق البيئة، لأن صور العقاب التي يملكها إزاء مرتكبي جرائم الاعتداء على البيئة متعددة ومتنوعة⁵¹⁵. وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يورد تعريفا للجريمة البيئية، وقد تولى الفقه بذلك تعريف الجريمة البيئية على أنها "خرق قانوني لالتزام بحماية البيئة، وبهذا تشكل اعتداء غير مشروع على البيئة بمخالفة القواعد النظامية التي تحظر ذلك الاعتداء وبيان العقوبات المقر لها"⁵¹⁶. وتُعرف الجريمة البيئية بأنها "سلوك إيجابي أو سلبي عمدي أو غير عمدي، يصدر عن شخص طبيعي أو معنوي يضر أو يحاول الإضرار بأحد عناصر البيئة سواء بطريق مباشر أو غير مباشر"⁵¹⁷.

أولاً-أركان الجريمة البيئية

تتمثل أركان الجريمة البيئية في الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي

1-الركن الشرعي للجريمة البيئية

هو نص التجريم الذي يجرم الفعل ويعاقب عليه سواء ورد هذا النص في صلب قانون العقوبات ذاته أم كان واردا بصفة عامة في أي تشريع آخر، ولو كان غير ذي صفة جنائية⁵¹⁸، ويعبر عن الركن الشرعي بالمبدأ الشهير "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".

⁵¹²عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2012، ص189.

⁵¹³لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثاني، المسؤولية بدون خطأ، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.

⁵¹⁴نوار دھام مطر الزبيدي، الحماية الجنائية للبيئة دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014، ص 369.

⁵¹⁵أحمد لخل، النظام القانوني لحماية البيئة والتنمية الاقتصادية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص302.

⁵¹⁶راضية مشري، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجرائم البيئية، مداخلة مقدمة أمام الملتقى الدولي حول "النظام القانوني لحماية

البيئة في ظل القانون الدولي والتشريع الجزائري" كلية الحقوق، جامعة قالمة، 2013/10/09، ص03.

⁵¹⁷ليلي الجنابي، المرجع السابق، ص 69.

⁵¹⁸نفس المرجع، ص70.

ونظرا لخصوصية الجرائم البيئية فإن المشرع الجنائي خرج عن السلوك المعتاد في التجريم بتبنيّه لأساليب تشريعية خاصة لحماية البيئة من أفعال التلوث

1.1- خصوصية الإجراء البيئي

تظهر خصوصية الإجراء البيئي في تنوع الأفعال الماسة بالبيئة، إذ يختلف الاعتداء عليها باختلاف المجالات التي ينشط فيها الإنسان، وباختلاف نوع الملوّث وكذا باختلاف مصدر التلوّث⁵¹⁹. ويتميز النص الجنائي بطبيعة التقني، حيث يصعب على كل المهتمين بالمجال البيئي من رجال قانون واقتصاد ومستثمرين فك رموز نصوص تحتوي على عتبات بيولوجية-لا يجوز تجاوزها-وضعها علماء مختصون في مجالاتهم يصعب على الآخرين فهمها. فمثلا يقدر مستوى الضجيج المسموح به نهارا بـ: 60 ديسيبل وليلا بـ: 45 ديسيبل وكذا تحديد القيمة القصوى لصرف النفايات الصناعية، هذا في ظل نقص التأهيل المتخصص لرجال القانون والقضاة بصفة خاصة⁵²⁰.

2.1- الأساليب التشريعية المعتمدة لحماية البيئة من التلوث

اعتمد المشرع الجزائري على أسلوبين للنص على الجرائم البيئية يتمثلان في:

1.2.1- أسلوب النصوص على بياض

حيث اكتفى المشرع في إعداد النصوص بتحديد العقوبة ورسم الإطار العام للتجريم، ثم أحال على نصوص أخرى لتحديد عناصر الجريمة سواء كانت الإحالة صريحة أو ضمنية، داخلية أو خارجية⁵²¹، ومثال الإحالة الضمنية ما ورد في المادة 64 من القانون المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها⁵²²، حيث يعاقب كل من رمى أو طمر أو غمر أو أهمل النفايات الخاصة في المواقع غير المخصصة لهذا الغرض، وذلك يقتضي البحث في نصوص أخرى لمعرفة المواقع الخاصة بالتصرف في النفايات.

2.2.1- أسلوب النصوص المرنة

لقد خرج المشرع عن مقتضيات التطبيق الصارم لمبدأ الشرعية الجنائية إذ استعمل في صياغة النصوص العديد من العبارات العامة والمصطلحات الفنية التي يقتضي تحديد مضمونها الرجوع إلى أهل الخبرة، فضلا عن الغموض الذي يشوب العديد منها وإن كان هذا النمط من التجريم يسمح بتحقيق حماية أكبر للبيئة من خلال ما يقدمه لأجهزة تطبيق القانون من حرية في تحديد الوقائع الإجرامية، إلا أنه يشكل تعديا على مبدأ الشرعية الجنائية⁵²³.

هذا المبدأ الذي يقتضي وجوب وجود نصوص قانونية سابقة لفعل الاعتداء بحيث يكون هذا الأخير معرّفا فيها بشكل واضح، بمعنى أن يكون النص الجنائي المُجرّم للاعتداء على البيئة مبينا بصورة واضحة ودقيقة، الأمر الذي سيضمن تحقيق فعالية أكبر أثناء تطبيقه، إلا أننا نجد هذا الأمر مستبعدا في التشريع الجنائي البيئي لحد كبير⁵²⁴.

ومن أمثلة النصوص المرنة في القانون الجزائري ما نصت عليه المادة 51 من القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه حيث "يُمنع تصريف أو قذف أو صب أية مادة في عقارات الملكية العامة للمياه" هذا النص جاء واسعا إذ لم يحدد المشرع طبيعة المواد التي يشكل تصريفها جريمة تلوث المياه إذا كانت غازية سائلة أم صلبة.

⁵¹⁹ محي الدين بربيع، المسؤولية الجزائية عن جرائم التلوث الصناعي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، العدد الثاني جوان 2014، ص 229.

⁵²⁰ مدين آمال، المنشآت المصنفة لحماية البيئة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الموسم الجامعي 2012/2013، ص 192.

⁵²¹ محي الدين بربيع، المرجع السابق، ص 228.

⁵²² المادة 64 من القانون 19/01 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، ج ر عدد 77.

⁵²³ محي الدين بربيع، المرجع السابق، ص 229.

⁵²⁴ دباح فوزية، المرجع السابق، ص 90.

2-الركن المادي للجريمة البيئية

حتى تقوم الجريمة لابد أن يعبر الجاني عن مشروعه الإجرامي بموقف خارجي محسوس يعرف بالركن المادي، أما لو اكتفى بالتفكير فيها فلا سلطان للقانون عليه⁵²⁵. ويقوم الركن المادي على ثلاثة عناصر السلوك الإجرامي، النتيجة والعلاقة السببية، ويأخذ السلوك الإجرامي إحدى صورتين، الأولى هي الفعل الإيجابي والثانية ما يعرف بالامتناع أو الفعل السلبي.

1.2-جرائم التلوث الإيجابية

تتجلى في القيام بالأفعال التي ينهى عنها القانون وتظهر خاصة في مجال تلوث التربة، المياه، الهواء، فعلى سبيل المثال تحظر المادة 100 من قانون البيئة 10/03 كل فعل يأخذ صورة تصريف أو رمي أو إفراغ مواد ملوثة يتسبب في تلوث الأوساط المائية كما تمنع المواد 56، 64 من القانون رقم 01/19 المتعلق بتسيير النفايات كل رمي أو ترك للنفايات أو دفنها بدون مراعاة اشتراطات القانون في ذلك⁵²⁶.

2.2-جرائم التلوث السلبية(الامتناع)

تتحقق جريمة التلوث السلبية إذا امتنع الفاعل عن إتيان إحدى الواجبات التي تلزمه بها النصوص البيئية العقابية⁵²⁷، في هذا السياق نص المشرع الجزائري في القانون المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها؛ على معاقبة كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا صناعيا لا يستعمل نظام جمع النفايات وفرزها الموضوع تحت تصرفه من قبل السلطات المحلية⁵²⁸.

3-الركن المعنوي

لا يكفي لقيام الجريمة ارتكاب عمل مادي ينص القانون على تجريمه والعقاب عليه، بل لابد أن يصدر هذا الفعل عن إرادة الجاني، وتشكل العلاقة التي تربط العمل المادي بالجاني ما يسمى بالركن المعنوي للجريمة⁵²⁹. فالركن المادي يعبر عن كيان الجريمة ووجودها بينما يعبر الركن المعنوي على الناحية المعنوية للجريمة، وبه تُنسب الجريمة إلى فاعل ما، يتحمل مسؤولية تلك الجريمة أو لا تنسب إليه⁵³⁰. إلا أنه في مجال الأضرار البيئية نادرا ما يكون الفعل العمدى مطلوبا بفعل الشرط العام الذي يركز على مجرد حدوث خطأ مادي⁵³¹.

وعليه يتكون الركن المعنوي في الجرائم البيئية من عنصرين: القصد الجنائي، والخطأ غير العمدى.

ثانيا-المسؤولون عن جرائم التلوث الصناعي

لا يكفي أن تتحقق أركان الجريمة- كما نص عليها القانون-ليعاقب فاعلها، فلا بد قبل ذلك من توفر الجاني على أهلية تسمح له بتحمل المسؤولية الجزائية، والأهلية الجزائية هي صلاحية مرتكب الجريمة لأن يسأل عنها⁵³²، وتقتضي دراسة المسؤولية الجزائية معرفة من هم المتسببون فيها، ولأن المتسبب الأكبر في إحداث الأضرار البيئية الناتجة عن التلوث الصناعي هي المنشآت المصنفة بفعل استغلالها الكبير للموارد البيئية كمصادر لنشاطاتها وتأثيراتها السلبية على المحيط بفعل مخلفاتها المتنوعة الغازية والسائلة والصلبة، ارتأينا أن نركز في هذا المطلب على المسؤولية الجزائية للمنشآت المصنفة عن الجرائم البيئية.

⁵²⁵ساكر عبد السلام، المسؤولية الجزائية عن جرائم التلوث الصناعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص32.

⁵²⁶نفس المرجع، ص36.

⁵²⁷محي الدين بربيع، المرجع السابق، ص230.

⁵²⁸المادة 56 من القانون 19/01، المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، المرجع السابق.

⁵²⁹احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة الجزائر، الطبعة الخامسة، سنة 2005، ص 105.

⁵³⁰منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار عنابة، 2006، ص113.

⁵³¹MICHAL PRIEUR, op. cit, P820.

⁵³²منصور رحمانى، المرجع السابق، ص192.

وقد يكون المسؤول عن الجريمة البيئية إما شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا وهذا يتطلب تبيان كل حالة على حدة.

1- مسؤولية الشخص الطبيعي

إن الجرائم البيئية المرتكبة من الأشخاص الطبيعية تكون إما من فرد عادي أو ممثل قانوني يكون في الغالب مسير منشأة مصنفة، لكن تكاد تكون الجرائم البيئية الفردية منعدمة الخطورة مقارنة بتلك المرتكبة في إطار نظام قانوني معترف له بالوجود⁵³³.

وإذا كان من الطبيعي أن يسأل مسير المؤسسة الصناعية عن الجرائم التي ارتكبتها شخصا أو ساهم في ارتكابها، فهل يمكن مساءلته عن أفعال ارتكبتها تابعوه؟

في الواقع القوانين البيئية غالبا ما تلزم المؤسسات الصناعية أو مديريها بتنفيذ واحترام التنظيمات المقررة لحماية البيئة من التلوث في حدود ما تمارس من أنشطة، كما تلزمهم بمراقبة العاملين لديهم والإشراف على أنشطتهم وأساليبهم في تنفيذ التنظيمات البيئية الخاصة، فإذا وقعت مخالفة ما لهذه التنظيمات يسأل عنها صاحب المنشأة أو مديرها، حتى لو وقعت المخالفة بفعل أحد العاملين لديه⁵³⁴.

فمسؤولية المسير لا تقوم بناءً على خطأ ارتكبه التابع، إنما تقوم على خطأ صادر منه يأخذ صورة عدم قيامه بواجبه في الرقابة كما ينبغي؛ ففي حالة تلوث المياه مثلا، لا يقوم المسير شخصا بتلويث النهر وإن كان إهمال أو رعونة التابع في الواقع ما هو إلا نتيجة سوء التسيير أو سوء التنظيم داخل المؤسسة⁵³⁵.

وقد نص قانون حماية البيئة 03/83 على المسؤولية غير المباشرة والجوازية للمسير إذ جاء فيها "عندما تنجم عمليات الصب أو الإفراز أو الرمي أو الترسيب المباشر أو غير المباشر للمواد التي تشكل المخالفة من مؤسسة صناعية أو تجارية أو حرفية أو فلاحية فيجوز اعتبار رؤسائها أو مديريها أو مسيريها مسؤولين بالتضامن فيما يخص دفع الغرامات أو مصاريف القضاء المترتبة على مرتكب هذه المخالفات"⁵³⁶.

ويتحدد المسير القانوني المسؤول جنائيا إما بالإسناد المادي أو القانوني أو تفويض الاختصاص.

وإلى جانب مسؤولية ممثل الشخص المعنوي الخاص، يمكن مساءلة ممثلي الأشخاص المعنوية العامة مثل مساءلة المنتخب المحلي عن عدم اتخاذ التدابير الخاصة بحماية البيئة، لأن الإدارة تعد المسؤول الأول عن تطبيق التدابير الوقائية والتدخلية الخاصة بحماية البيئة⁵³⁷، كما يمكن أن تسأل الإدارة على تراخيها في فرض الشروط القانونية المطلوبة في الترخيص وهذا نتيجة ارتكاب جريمة الرشوة واستغلال النفوذ⁵³⁸، إذ يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر سنوات (10)، وبغرامة من 500.000 دج إلى 5.000.000 دج كل من يعمل لصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من قانون العقوبات، ويقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا، مخالفا بذلك النصوص التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير⁵³⁹.

2- مسؤولية الشخص المعنوي

⁵³³ مدين أمال، المرجع السابق، ص 198.

⁵³⁴ محي الدين بربيع، المرجع السابق، ص 237.

⁵³⁵ نفس المرجع، ص 238.

⁵³⁶ المادة 61 من القانون 03/83، المؤرخ في 05 فيفري 1983 المتضمن حماية البيئة، ج ر عدد 06 الملغى بموجب القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

⁵³⁷ الوناس يحيى، التليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، جويلية 2007، ص 359.

⁵³⁸ نص القانون الجزائري على جريمتي الرشوة واستغلال النفوذ في المواد 126 و 126 مكرر، والمادة 127 من الأمر 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر، عدد 49.

⁵³⁹ المادة 128 مكرر، نفس المرجع.

لقد تبين أن غالبية الجرائم البيئية وأخطرها لا ترتكب إلا بواسطة أشخاص معنوية في إطار ما تمارسه من أنشطة صناعية تستعمل فيها أضخم الآلات والتجهيزات، لذلك ظهرت فكرة مساءلة الشخص المعنوي جنائيا شأنه شأن الشخص الطبيعي

يرى أصحاب هذا الرأي أن الاعتراف بقدرة الأشخاص المعنوية على الإضرار بالبيئة، وتقرير مسؤولية جزائية لها بهذا الشأن هدفها الأساسي هو تفعيل الحماية الجنائية للبيئة عموما إلى جانب تخفيف تبعات المسير⁵⁴⁰.

كما يمكن القول بأن النشاط الجانح أرتكب لفائدة الشخص المعنوي متى ارتكبه شخص طبيعي ينشط بداخله، وذلك أثناء القيام بنشاطات الغرض منها ضمان تنظيم وتسيير وتحقيق أهداف المؤسسة، فتخرج إذن من هذا الحكم تلك الأفعال المرتكبة والتي يكون الغرض منها تحقيق مآرب شخصية محضة⁵⁴¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه بعد تعديله لقانون العقوبات بموجب القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، أقر صراحة مسؤولية الأشخاص المعنوية وذلك في المادة 51 منه التي نصت على ما يلي "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام؛ يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك، إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك في نفس الأفعال"⁵⁴².

وتشمل العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية طائفتين من العقوبات، تتمثل الطائفة الأولى في تطبيق كل العقوبات المقررة للجرائم البيئية التي يرتكبها الأفراد مع التشديد، وتشمل الطائفة الثانية العقوبات الخاصة بالأشخاص المعنوية⁵⁴³، تسمح الطائفة الأولى من العقوبات بانطباق جميع الأحكام الجزائية على المخالفات البيئية التي يرتكبها الأفراد في مختلف القوانين البيئية كقانون المياه والغابات والتراث الثقافي والصيد البحري والنفايات، مع مضاعفة هذه العقوبات في حالة العود⁵⁴⁴.

وإلى جانب أسلوب الردع بالعقوبة عن طريق الغرامة التي تعتبر عقوبة أصلية وجدت التدابير الاحترازية والتي تعتبر عقوبات تكميلية.

تتمثل هذه العقوبات التكميلية في المنع من ممارسة النشاط، إقصاء المؤسسة الملوثة أو المصنع من الصفقات العمومية ومصادرة الأشياء التي استعملت في ارتكاب الجريمة، وهي نفس العقوبة التي تضمنتها مختلف النصوص البيئية الخاصة، والتي توسعت بشكل كبير في تطبيق هذا الجزاء، وتم وصفه بمصطلحات مختلفة مثل الحجز المؤقت أو النهائي كما هو الحال في قانون الصيد ومصادرة التجهيزات في قانون المياه⁵⁴⁵.

وتهدف المصادرة إلى الحيلولة بين الجاني واستغلال الأدوات المصادرة في ارتكاب جريمة أخرى وإنزال الإيلام بالمحكوم عليه بتجريمه من هذه الأدوات⁵⁴⁶.

⁵⁴⁰ Dominique GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, 2ème édition, Economica, France, 2000, p 110.

⁵⁴¹ Ibid, p 41.

⁵⁴² المادة 51 من قانون العقوبات، المرجع السابق.

⁵⁴³ **الوناس يحيى**، المرجع السابق، ص359.

⁵⁴⁴ نفس المرجع، ص360.

⁵⁴⁵ راضية مشري، المرجع السابق، ص12.

⁵⁴⁶ مدين أمال، المرجع السابق، ص213.

الخاتمة

لحد من خطورة التلوث الصناعي، تبنى المشرع الجزائري العديد من الآليات القانونية الوقائية والردعية وكذلك العلاجية، وأوكل مهمة حماية البيئة إلى الإدارة بالدرجة الأولى لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، ثم بالدرجة الثانية إلى القضاء، عن طريق تطبيق مختلف قواعد المسؤولية على المتسببين في التلوث متى توفرت فيهم شروط هذه المسؤولية، هذه الآليات تناولناها في هذا الموضوع بالدراسة والتحليل، مخلصنا إلى العديد من النتائج نذكرها فيما يلي:

01- تبنى المشرع الجزائري إعمالا لمبدأ الحيطة الذي أعتد به بموجب المادة 03 من القانون 10/03-المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة-آلية تقنية وتبويبه حرصا منه على تطبيق فكرة الوقاية خير من العلاج، تتمثل هذه الآلية في تقييم الأثر البيئي للمشاريع الصناعية عن طريق دراسة التأثير وموجز التأثير على البيئة، تجسد هذه الآلية مبدأ المشاركة في صنع القرارات والسياسات البيئية، من خلال الاستشارة والتشاور مع مختلف الإدارات القطاعية والمراكز العلمية والمجتمع المدني.

02- رغم الأهمية القصوى لعملية تقييم الأثر البيئي، إلا أنها تتميز بالآيقين وعدم القدرة على الجزم في المسائل البيئية، كما أن هناك صعوبة تتعلق بالموازنة بين الحق في التنمية وحماية البيئة، حيث أنه لا يمكن لتقدير الأثر البيئي في حد ذاته أن يطغى على الميزة العامة للمشروع، لأن ذلك يتوقف على قيمة المشروع الصناعي كوسيلة لتحقيق المنافع الاقتصادية الوطنية.

03- يُعد التصريح بإنشاء المؤسسات المصنفة من أهم آليات الضبط الإداري في حماية البيئة.

04- عدم وجود سوابق قضائية يمكن أن يستعين بها القاضي الجزائري في مواضع المنازعات البيئية، ومرد ذلك إلى عدم إعطاء الأولوية لحماية البيئة مقارنة مع المنازعات التقليدية الأخرى، وهذا يرجع بدوره إلى ضعف الوعي البيئي والقانوني عند المواطنين والجمعيات البيئية على حد سواء، وكذلك إلى التضارب الذي يمكن أن يحصل بين أولوية التنمية وحماية البيئة.

05- تلعب المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث الصناعي دورا هاما في حماية البيئة، ويتم ذلك عن طريق تعويض الأضرار البيئية، فضلا عن ذلك للمسؤولية المدنية هدفا وقائيا، فمن يمارس نشاطا ضارا بالبيئة سيكون مضطرا للإقلال من خطورته تجنباً لإلزامه بالتعويضات التي غالبا ما تكون باهظة.

06- يمكن إثارة مسؤولية الإدارة عن عدم القيام بواجبها الرقابي للمؤسسات الصناعية التي تخضع لرقابتها، إذا لم تتخذ التدابير اللازمة لحماية البيئة، كما أنه يمكن لمسؤولية الإدارة عن التلوث البيئي أن تنشأ في حالة فشلها في ممارسة صلاحياتها الضبطية، عن طريق الإهمال والتقصير، وتتأسس مسؤولية الإدارة في غالب الأحيان على أساس الخطأ، لكن نظرا للتطور التكنولوجي الحاصل وكثرة استخدام الآلات بدأ المشرع الجزائري يؤسس المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر.

07- بالنسبة للمسؤولية الجزائية استخدم المشرع الجزائري النصوص المرنة والعبارات العامة، حيث يفترض نظريا أن يساعد هذا الأسلوب في مجابهة كل أشكال التلوث، إلا أنه من الناحية العملية قد يُعتبر سببا للإفلات من الإدانة وبالتالي من العقاب، لأن أسلوب النصوص المرنة يتعارض مع أهم مبدأ من مبادئ القانون الجنائي وهو مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، الذي يقتضي أن يكون النص الجنائي المُجرّم للاعتداء على البيئة مُبيناً بصورة واضحة ودقيقة.

08- من خلال هذه الدراسة والنتائج المتوصل إليها، يمكن القول أنه بالرغم من تعدد وتنوع الآليات القانونية المتعلقة بحماية البيئة من التلوث الصناعي في الجزائر، وثناء التشريع المتعلق بذلك، إلا أنه وبالمقابل هناك قصور كبير في التطبيق، مما يدل على أن هذا الموضوع لم يحظ بالعناية الكافية على المستوى العملي، وأن هذه الآليات لم تكن لها الفعالية اللازمة.

وقد تسنى لنا من خلال هذا الموضوع أن نقدم المقترحات التالية:

- 01- في المجال التشريعي، ضرورة تطوير التشريعات البيئية لتناسب التطور التكنولوجي الحالي، فكثيرا من المخالفات التي ترتكب ضد البيئة اليوم، لم يكن المشرع في الوقت السابق قادرا على تصور ضررها البالغ وذلك مع زيادة تسارع التقدم الصناعي والتكنولوجي.
- 02- فرض غرامات تتناسب مع درجة الأضرار البيئية التي يسببها التلوث الصناعي، مع الحرص على صرف عائدات هذه الغرامات في مجال حماية البيئة.
- 03- تدعيم أصحاب المنشآت الصناعية الخاصة، بهدف تشجيع الاستثمار وتحقيق التوازن بين حماية البيئة والتنمية الاقتصادية، ويكون هذا الدعم عن طريق إنشاء صناديق بيئية للمساهمة بصورة أوسع في حماية البيئة.
- 04- إدراج قانون البيئة كمادة تُدرّس ضمن برنامج تكوين القضاة، وهذا تمهيدا لتكوين قضاة مختصين في المنازعات البيئية.
- 05- تعزيز حق المواطن في الإعلام البيئي، ودعم الجمعيات البيئية حتى تقوم بدورها في عملية التوعية وكذا تشجيعها على تحريك الدعاوى العمومية ضد كل صناعي ملوث للبيئة.
- 06- نظرا لأن الآليات القانونية لا تكفي وحدها لمجابهة التلوث الصناعي، فإنه ينبغي تبني مقاربات أخرى اقتصادية واجتماعية، والتركيز على التوعية بخطورة النفايات الصناعية خصوصا عن طريق وسائل الإعلام المختلفة، والمؤتمرات والندوات.

المراجع والمصادر

أ-المراجع باللغة العربية

1-النصوص القانونية

- القانون 03/83، المؤرخ في 05 فيفري 1983 المتضمن حماية البيئة، ج ر عدد 06 الملغى بموجب القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.
- القانون 19/01 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، المتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، ج ر عدد 77.
- القانون 10/03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 43.
- المرسوم التنفيذي 160/93 المؤرخ في 10 جويلية 1993، المتعلق بتنظيم النفايات الصناعية السائلة، ج ر، عدد 46.
- المرسوم التنفيذي 409/04، المؤرخ في 14 ديسمبر 2004، المحدد لكيفيات نقل النفايات الخاصة بالخطرة، ج ر، عدد 81.
- المرسوم التنفيذي 198/06 المؤرخ في 31 ماي 2006 الذي يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة ج ر، عدد 37.
- المرسوم التنفيذي 144/07 المؤرخ في 19 ماي 2007، المحدد لقائمة المنشآت المصنفة لحماية البيئة، ج ر عدد 34.
- المرسوم التنفيذي رقم 145/07، المؤرخ في 19 مايو 2007، الذي يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج ر، عدد 37.

2-الكتب

- أحمد لكحل، النظام القانوني لحماية البيئة والتنمية الاقتصادية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة الجزائر، الطبعة الخامسة، سنة 2005.
- عبد القادر الشبخلي، حماية البيئة في ضوء الشريعة والقانون والإدارة والتربية والإعلام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2009.
- إسماعيل نجم الذين زنكنة، القانون الإداري البيئي، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2012.
- ماجد راغب الحلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- ليلي الجنابي، الجزاءات القانونية لتلوث البيئة، دراسة تحليلية مقارنة، بدون دار نشر، 2014.
- سمير حامد الجمال، الحماية القانونية للبيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- عارف صالح مخلف، الإدارة البيئية الحماية الإدارية للبيئة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2009.
- عبد الملك يونس محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق، الطبعة الأولى 1999.
- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2012.
- لحسين بن شيخ أثث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثاني، المسؤولية بدون خطأ، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- نوار دهم مطر الزبيدي، الحماية الجنائية للبيئة دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014.
- منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار عناية، 2006.

3-المقالات

- حسونة عبد الغني، دراسات التقييم البيئي كآلية قانونية لتحقيق التنمية المستدامة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السادس والعشرون، جوان 2012.
- طه طيار، دراسة التأثير على البيئة، نظرة في القانون الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مطبعة دحلب الجزائر، العدد الأول، سنة 1991.
- خلود يوسف المرزوق، المردود البيئي للمشاريع الصناعية، مجلة بيئتنا، تصدرها الهيئة العامة للبيئة، دولة الكويت، العدد 64، ديسمبر 2003.

- - رمضان محمد بطيخ، الضبط الإداري وحماية البيئة، ندوة دور التشريعات والقوانين في حماية البيئة العربية، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 11/07/2005.
- - علي عدنان الفيل، دراسة مقارنة لتشريعات العربية الجزائرية في مكافحة جرائم التلوث البيئي، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، الأردن، المجلد التاسع، العدد الثاني 2009.
- - حسين علي محسن، المصلحة المحمية في جرائم تلوث البيئة وآليات تنفيذها، مجلة آداب المستنصرية، العراق، العدد 62، 2013.
- - نور الدين يوسف، التعويض العيني عن ضرر التلوث البيئي، فلسفة التعويض في التشريع الجزائري، الملتقى الدولي حول النظام القانوني لحماية البيئة في ظل القانون الدولي والتشريع الجزائري جامعة قلمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 10/09/2013.
- - راضية مشري، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجرائم البيئية، مداخلة مقدمة أمام الملتقى الدولي حول " النظام القانوني لحماية البيئة في ظل القانون الدولي والتشريع الجزائري " كلية الحقوق، جامعة قلمة، 10/09/2013.
- - محي الدين بريخ، المسؤولية الجزائية عن جرائم التلوث الصناعي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، العدد الثاني جوان 2014.

4-الرسائل الجامعية

- - الوناس يحيى، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، جويلية 2007.
- - حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر السنة الجامعية 2006-2007.
- - وليد عوض الرشيدي المسؤولية المدنية الناتجة عن تلوث البيئة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012.
- - وعلي جمال، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار التلوث الصناعي في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الموسم الجامعي 2002/2003.
- - ساكر عبد السلام، المسؤولية الجزائية عن جرائم التلوث الصناعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.
- - مدين أمال، المنشآت المصنفة لحماية البيئة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الموسم الجامعي 2012/2013.

ب-المراجع باللغة الأجنبية

- - Michel Prieur, *droit de l'environnement*, 3em édition, Dalloz ET delta, Paris, 2001.
- - République Algérienne, Ministère de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement, *Plan National d'Actions pour l'Environnement et le Développement Durable (PNAE-DD)*, Janvier 2002.
- - Olivier Soria, *droit de l'environnement industriel*, presses universitaires de Grenoble, September 2013.
- - Dominique GUIHAL, *Droit répressif de l'environnement*, 2ème édition, Economica, France, 2000.

الإستثناءات الواردة على نطاق تطبيق المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية

- مقارنة قانونية اقتصادية -

زكية الكوحي

طالبة باحثة بسلك الدكتوراة مختبر القانون الخاص

بجامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس

ملخص باللغة العربية :

لما كان هاجس المشرع المغربي تحقيق قدر من الثبات النسبي والاستقرار لعقود المعاملات العقارية وإشاعة الأمن والطمأنينة للمتعاقدین، نحى المشرع بخطى ثابتة نحو تعميم الرسمية للعقود الواردة على الملكية العقارية حينما أقر في مدونة الحقوق بوجوب تحرير بعض التصرفات في المحرر الرسمي دون المحرر الثابت التاريخ، موردا بذلك استثناءات على هذه المادة نظرا لخصوصية هذه الإستثناءات على إنعاش الجانب التنموي للبلاد في بعده الإقتصادي والإجتماعي. من هنا وجب التساؤل عن : إلى أي حد نجح المشرع المغربي من خلال اقراره للإستثناءات الواردة على نطاق تطبيق المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية في جعلها قادرة على المساهمة في إنعاش الاقتصاد الوطني والتعبئة لتحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية ؟

وللإجابة عن هاته الإشكالية ارتأيت تقسيم الموضوع إلى مبحثين معتمدة المنهج الوصفي والتحليلي وفق خطة العمل التالية : مقدمة ممهدة للموضوع ، ومبحثين خصص المبحث الأول لإجبارية الرسمية في توثيق بعض التصرفات العقارية وانعكاساتها الإقتصادية إن على مستوى توفير التمويل للبنوك التشاركية وأدعم الإئتمان العقاري ، بينما خصص المبحث الثاني لنطاق تطبيق م4 واثارها على تحقيق التنمية ، وصولا الى وضع الإستنتاجات التي خلصت إليها الدراسة .

Résumé en français :

Les préoccupations de législateur marocain était de parvenir à une certaine stabilité pour les actes de transaction en vue de diffusion de la sécurité pour les entrepreneurs, le législateur a régulièrement procédé à la formation du contrat que doit être établi par acte authentique au lieu des acte à date certaine, fournissant ainsi des exceptions à cet article en raison de la particularité de ces exceptions à revitaliser l'aspect développemental du pays dans ses dimensions économiques et sociales. Il serait donc nécessaire de poser la problématique suivante :

dans quelle mesure le législateur marocain a-t-il réussi ,en approuvant les exceptions contenus dans le champ d'application de l'article 4 du code des droits réel , à le rendre capable de contribuer à relancer l'économie nationale et à se mobiliser pour parvenir au développement social et économique ?

Pour bien traité cette problématique, nous analyserons ce sujet par deux chapitres principales, basés sur deux types de méthodologies, analytique et descriptive.

Pour y réponde nous annonçons le plant suivant : le premier sera consacré pour l'obligation d'établi certaines actes foncières par des actes authentiques, et leurs répercussions économiques sur le niveau de financement des banques participatives et de soutien au crédit immobilier. La deuxième chapitre est consacré au champ d'application de l'article 4 du code des droits réels et à ses implications pour le développement.

تقديم :

إذا كانت المعاملات كأصل عام تخضع لبدأ الرضائية فإن تلك التي يكون محلها عقارا تخضع لشكلية الكتابة، والهدف من ذلك حماية الإرادة من الأخطار للصيغة بنوع معين من العمليات التعاقدية التي يتطلب الإقدام عليها كثيرا من التروي والحيلة⁵⁴⁷. وعليه نص المشرع المغربي في الفصل 489 من ظهير الالتزامات والعقود على أنه " إذا كان المبيع عقارا أو حقوق عقارية أو أشياء يمكن رهنها رهنا رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير، إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون. " 548

ومفاد ذلك أن المشرع المغربي - وعلى غرار التشريعات المدنية الأخرى- ينص على الشكلية من أجل حماية حق الملكية بصفة عامة . فالمشرع المغربي من خلال هذه النص القانوني، جعل من الشكلية ركنا للإثبات وبإعدامها تنعدم التصرفات القانونية المتعلقة بالحقوق العقارية- سواء أكانت محفظة أم غير محفظة - ولا يكون لها أي أثر في مواجهة المتعاقدين مع بعضهما البعض أو في مواجهة الغير .

وأمام المشاكل التي أحدثت بموجب هذا الفصل فيما يتعلق بإثبات التصرفات القانونية الواردة على العقارات خاصة منها غير المحفظة، ظهر المشرع المغربي بتوجه جديد نحو الإلزام بكتابة هذه التصرفات من خلال القوانين التالية: - القانون رقم 51.00 المنظم للإيجار المفضي إلى تملك العقار⁵⁴⁹ .

- القانون رقم 44.00 الذي عدل وتمم بمقتضى القانون رقم 550107.12 الصادر بتاريخ 3 فبراير 2016 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز .

- القانون رقم 18.00 المعدل والمتمم بقانون 551106.12 الصادر بتاريخ 27 أبريل 2016 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية.

وكانت هذه القوانين بداية لتوجه تشريعي، تكرر بصور قانون رقم 552 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، والذي يندرج ضمن مسار تحديث المنظومة التشريعية وتوحيد مقتضيات القانونية المتعلقة بالحقوق العينية المطبقة على العقارات المحفظة وغير المحفظة في إطار أحكام قانون الالتزامات والعقود، والراجح والمشهور وما جرى به العمل في الفقه المالكي فيما لم يرد به نص.

وقد كان من النتائج المباشرة لصدور مدونة الحقوق العينية توحيد أحكام توثيق التصرفات العقارية سواء انصبت على العقار المحفظ أو غير المحفظ، حيث جاءت بمقتضى مهم تضمنته المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، والتي نجدها تنص على أنه: " يجب أن تحرر- تحت طائلة البطلان- جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها، بموجب محرر

⁵⁴⁷- أستاذنا محمد شيلح، سلطان الإلزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط أكادال، سنة 1983- 1984 م، ص 166.

⁵⁴⁸- ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913 المنشور بالجريدة الرسمية، عدد خاص قم 46، ملحق، صادر بتاريخ 12 غشت 1913، ص 206.

⁵⁴⁹- ظهير شريف رقم 1.02.202 الصادر بتاريخ 11 نوفمبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5172 بتاريخ 25 دجنبر 2003، ص 4375.

⁵⁵⁰- - ظهير شريف رقم 1.16.05 بتاريخ 23 من ربيع الثاني 1437 الموافق ل 3 فبراير 2016، القاضي بتنفيذ القانون رقم 107.12 للمغير والمتمم لقانون 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 9 جمادى الأول 1437 الموافق ل 18 فبراير 2016، ص 932.

⁵⁵¹- ظهير شريف رقم 1.16.49 بتاريخ 19 من رجب 1437 الموافق ل 27 أبريل 2016 المتعلق بتتيميم وتعديل نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6465 بتاريخ 9 شعبان 1437 (16 ماي 2016)، ص 3781.

⁵⁵²- الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق ل 22 نوفمبر 2011 القاضي بتنفيذ القانون رقم 39.08 المنشو بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 25 من ذي الحجة 1432 الموافق ل 24 نوفمبر 2011، ص 5588.

رسمي، أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك. يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته.

تصح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها". ومنه يتضح على أن المادة 4 من م.ح.ع، قد أقرت مبدأ حرية الاختيار في توثيق التصرفات العقارية بين المحررات الرسمية و المحررات الثابتة التاريخ. إذ إتخذ المشرع موقفا مرنا إزاء التصرفات العقارية باشتراطه لضرورة الكتابة سواء في شكل محرر رسمي أو عرفي ثابت التاريخ، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقا، حيث نجد أن هناك نصوصا أخرى أوردت استثناء على هذا المبدأ واستلزمت توثيق العقود الخاصة بالمعاملات العقارية في المحرر الرسمي فقط نظرا لأهميته وخصوصيته، ولما في ذلك من حماية للمتعاملين به، وهذا وقد استثنى المشرع بعض التصرفات التي يوجد فيها قانون خاص ينظم شكلية انعقاد هذه الأخيرة من خضوعها لأحكام المادة 4 من م.ح.ع.

تتجلى أهمية الموضوع في دراسة وتحليل الإستثناءات القانونية التي تجاوز المشرع المغربي من خلالها مبدأ حرية اختيار شكلية العقد المنصب على معاملة عقارية لجعلها أكثر فعالية في الساحة التعاقدية بالشكل الذي من شأنه أن يساهم بشكل أوباخ في دعم الإقتصاد الوطني وتحقيق التنمية المنشودة.

انطلاقا من هذه التوطئة البسيطة فإن السؤال المحوري للموضوع يتمثل في إلى أي حد نجح المشرع المغربي من خلال اقراره للإستثناءات الواردة على نطاق تطبيق المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية في جعلها قادرة على المساهمة في إنعاش الاقتصاد الوطني والتعبئة لتحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية؟ وعليه سأحاول تسليط الضوء على العقود المعنية بإجبارية الرسمية في توثيق التصرفات العقارية وانعكاساتها الإقتصادية (المبحث الأول)، ثم لنطاق تطبيق المادة 4 من م.ح.ع واثارها على تحقيق التنمية (المبحث الثاني).

المبحث الأول : إجبارية الرسمية في توثيق بعض التصرفات العقارية وانعكاساتها الإقتصادية.

لقد شدد المشرع في تبني الرسمية في بعض العقود، والملاحظ أن المشرع المغربي استثنى هذه العقود من المادة 4 من م.ح.ع، والتي تعد الإطار العام لتوثيق التصرفات العقارية وهو ما يشكل تقييدا لمكنة حرية الاختيار في توثيق المعاملات العقارية بين المحررات الرسمية والمحررات الثابتة التاريخ، وهذه العقود كالتالي: عقد المغارسة والرهن الحيازي واثارهما على التمويل (المطلب الأول)، ثم عقود التبرع والتي سنتقصر فيها على عقد العمرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول : إلزامية الرسمية لعقد المغارسة والرهن الحيازي واثارها على توفير التمويل.

سنتطرق في هذه المطلب الى الآثار الاقتصادية لرسمية عقد المغارسة (الفقرة الاولى) ثم إجبارية رسمية عقد الرهن الحيازي باعتباره اداة ائتمان (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الآثار الاقتصادية لرسمية عقد المغارسة.

أولا : مفهوم عقد المغارسة وشروط صحته.

عرف الفقيه ابن معجوز عقد المغارسة⁵⁵³ على أنه عقد بمقتضاه يتفق مالك الأرض مع شخص على أن يتولى هذا الأخير غرس تلك الأرض بأشجار معينة، مثل الزيتون أو النخل وغيرها وعندما تنبت تلك الأشجار أو تطعم يكون له جزء معين (كنصف أو ثلث) من

⁵⁵³ نظم المشرع مؤسسة المغارسة في الباب الثاني المتعلق بأسباب كسب الملكية بالمواد من 265 إلى 272 من م.ح.ع، وهذه الأخيرة تعتبر من ضمن العقود المسماة التي تناولها الفقه الإسلامي بالدرس والتدقيق إذ تدخل في إطار العقود المنظمة للتعامل بها في الميدان الفلاحي. ويعتبر عقد المغارسة عقد معاوضة لأن العمل والجهد الذي ينفقه الغارس إلى بلوغ الشجر حد الإطعام ليس تبرعا وإنما إبتغاء لعوض مقابل لذلك

تلك الأرض. 554 وللغة الإسلامية مواقف متباينة في نظرتها إلى عقد المغارسة، فيرى المالكية أن المغارسة هي أن يدفع الرجل أرضه لمن يغرس فيها شجرا وهي على ثلاثة أنواع النوع الأول إجارة وهو أن يغرس له بأجرة معلومة والثاني: جعل، وهو أن يغرس له شجرا مقابل نصيب مما ينبت منها، وثالث متردد بين الإجارة والجعل، أي أن يكون له نصيب من الشجر ومن الأرض، إلا أن ذلك مقيد بخمسة شروط وهذه الشروط هي أن يغرس فيها أشجار ثابتة الأصول دون الزرع وأن تتفق هذه الأشجار في مدة نضجها وأن لا تضرب لها مدة طويلة وأن يكون للعامل حظه من الأرض والشجر، فإن كان له حظه في أحدهما فإنها لم تجز، وأخيرا أن لا تكون المغارسة في أرض محبوسة 555.

ويضيف المالكية أن المغارسة إن كانت على الشجر خاصة دون الأرض أو على الأرض دون الشجر فإنها غير جائزة، ولا يكون للعامل هنا سوى أجر عمله، ولا يجوز أن يدفع الرجل أرضا إلى رجل يغرس شجرا فما أظهر الله فيها من شجر مثمر فنصفه لصاحب الأرض والنصف الآخر للغارس على أن تكون الأرض لصاحبها، وكذلك لا يجوز أن يتفقا على أن الشجر لمالك الرقة ويقتسما ثمرة ذلك الشجر. 556 أما الحنابلة صرحوا بجواز دفع أرض وشجر له ثمر مأكول لمن يغرسه ويعمل عليه بجزء معلوم من ثمرته أو منه 557.

وعقد المغارسة شبيه إلى حد ما بعقد الإجارة لكونه لازما لمالك الأرض بمجرد العقد وجواز تحديده بالأجل، كما أنه شبيه بعقد إجارة صنعة لكون الغارس لا يستحق شيئا إلا بعد إتمامه للعمل وهو ما يجعل منه عقد ذو طبيعة خاصة. ورغم أن المشرع لا يميل في كثير من الأحيان إلى التعريف ويترك ذلك للغة، إلا أنه عرف عقد المغارسة على أنه عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجرا مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام 558.

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن الغارس لا يكتسب حقا عينيا على العقار موضوع المغارسة إلا بتحقيق الإطعام، ونظرا لأهمية هذه المعاملة وخصوصيتها في كونها لا تقوم على حق عيني محقق بل على حق احتمالي لكسب الملكية أوجب المشرع من خلال المادة 268 من م.ح.ع أن يرد عقد المغارسة في محرر رسمي، وهو ما يفيد أنه لا يجوز تحريره من طرف المحامين المقبولين لدى محكمة النقض وإنما يقتصر توثيقها على الموثقين والعدول مادام أن المشرع إشتراط صفة الرسمية في هذا النوع من العقود.

وباستقراء المادة أعلاه نجد أن لعقد المغارسة أركاناً لا يصح إلّا بوجودها مجتمعة، فهناك مالك الأرض، والغارس الذي يغرس شجرا على نفقته، ومحل العقد هو الأرض والشجر 559، والمقابل وهو الجزء المعلوم من الأرض والشجر الذي يستحقه الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام. وعليه فتوفر العناصر أعلاه في عقد المغارسة تجعله ينعقد صحيحا، شريطة ألا يشترط أطراف العقد لأجل يقل عن حد الإطعام كما لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز تمام الإطعام وكل شرط مخالف يعتبر باطلا. 560

⁵⁵⁴ محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي، الطبعة الثانية، بدون ذكر المطبعة، سنة 1999، ص 329.

⁵⁵⁵ محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق د. يحيى مراد، الطبعة الاولى، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع القاهرة 2009، ص 221

⁵⁵⁶ أبي عمر بن عبد الله "الكافي في فقه أهل المدينة" الطبعة الثانية، دار الغد الجديد للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة 2014، ص 428.

⁵⁵⁷ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي "كشف القناع" الجزء 31، دار الفكر، بيروت، ص 532.

⁵⁵⁸ المادة 265 من مدونة الحقوق العينية.

⁵⁵⁹ يشترط أن تكون الأرض مملوكة لصاحبها لا مكتراة ولا مغصوبة، وأن لا تكون أرضا محبوسة فقد قضى المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 2007/07/25 بمنع المغارسة في الارض الحبسية حيث جاء فيه " تمنع المغارسة في الأرض الحبسية استنادا إلى الفصلين 11 و 13 من ظهير 1917/05/22 وهو نفس التوجه الذي سلكه المشرع أيضا في مدونة الأوقاف المغربية في المادة 102 من مدونة الاوقاف .

⁵⁶⁰ - المادة 266 من مدونة الحقوق العينية.

و لصحة عقد المغارسة يجب أن يتضمن حسب المادة 268 من مدونة الحقوق العينية :تعيين نوع الشجر 561 المراد غرسه.وتبيان حصة الغارس في الأرض وفي الشجر .

وحسنا المشرع فعلا عندما جاء في المادة 266 من م.ح.ع بعبارة تمام الإطعام فقد تنوع الأشجار ومنها ما قد يصل حد الإطعام دون الأخرى ولتجاوز ذلك اشترط المشرع تمام الإطعام.

ومنه فإن إهتمام المشرع بأجل عقد المغارسة يؤكد مدى أهميته وما يترتب عنه من حقوق وهذا يؤكد على أن اكتساب الملكية عن طريق المغارسة رهين بتحقيق الإطعام وهو ما يدفعنا لتساؤل عن الضمانات التشريعية التي حولها القانون للغارس قصد حماية حقه المحتمل في الملكية قبل تحقق الإطعام ؟. في هذا الإطار نؤكد أن المشرع المغربي عمل على تحديد الحقوق العينية العقارية القابلة للتقييد في السجل العقاري في مجموعة من الفصول بعضها أورده في قانون التحفيظ العقاري 562، وبعضها الآخر تم التنصيص عليه في نصوص تشريعية أخرى 563، ومادام أن عقد المغارسة لا يرتب حقا عينيا إلا إذا تحقق الإطعام وأشهد به في محرر رسمي أو ثبت بخبرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة ،ويعتبر هذا الحكم النهائي بمثابة عقد نهائي ناقل للملكية إلى الغارس 564، وبناء على هذه الشروط فقط يمكن تقييد هذا الحق بصفة نهائية في السجلات العقارية ،إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للتقييد فماذا عن الحالة التي يرغب فيها الغارس الاحتفاظ بحقه بصفة مؤقتة فهل يجوز له إجراء تقييدا احتياطيا ؟

في هذا الصدد أقر الفقيه ابن معجوز 565 على إمكانية إجراء الغارس تقييدا احتياطيا ليحتفظ الغارس برتبته ابتداء من تاريخ هذا التقييد إلى حين نجاح عملية المغارسة أمكنه أن ذاك تقييد حقه بصفة نهائية وبأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الاحتياطي.

ومادا أن التقييد الاحتياطي من التقييدات المؤقتة التي تضمن حقوقا في طور التأسيس أو حقوقا لم تكتمل بعد شروطها القانونية 566، والحال هنا أن شروط المغارسة لم تكتمل بعد لعدم بلوغ الشجر حد الإطعام التي يستحق بموجبها الغارس اكتساب ملكية الشجر والأرض ،وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري نجده يحدد نطاق التقييد الاحتياطي في من يدعي حقا خاضع للتقييد على عقار محفظ دون التمييز فيما إذا كان هذا الحق ، حق احتمالي أو حق قائم ،مما يفيد أن الغارس بإمكانه استصدار أمر بالتقييد الاحتياطي من رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد العقار في دائرة نفوذها وذلك عن طريق تقديم مقال بواسطة محام ويقوم

⁵⁶¹ - ويشترط الفقه في الشجر المراد غرسه أن يكون مما يطول مكثه في الأرض وتجنس ثمرته مع بقاء أصله فلا تجوز المغارسة في الزرع أو الخضر وللتوسع أكثر يرجع إلى كتاب أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، مرجع سابق ، ص 436.

⁵⁶² - تعرض الفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 14.07 - يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري، جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض، وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري، وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، وكذا جميع عقود أكرية العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات، وكل حوالة لقدر مالي يساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء أو الإبراء منه. " ومن هذه الحقوق أيضا القابلة للتقييد نجد انتقال الحقوق العقارية عن طريق الإرث حسب الفصل 82 من قانون 14.07 وكذلك التقييدات الاحتياطية التي يطلبها صاحب الحق العقاري بغية الاحتفاظ المؤقت بهذا حسب الفصل 85 من نفس القانون .

⁵⁶³ - تشير إلى بعض هذه الحالات : الفرائد الإدارية القاضي بإدراج عقار ضمن الأبنية الأثرية (الفصل 19 من القانون رقم 22.80 المتعلق بالمحافظة على الآثار التاريخية والمناظر الطبيعية والكتابات المنقوشة والتحف الفنية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 341-80-1 بتاريخ 17 صفر 1401 (25 دجنبر 1980). الحقوق المكتسبة على المياه العامة (الفسول من 6 إلى 11 و 48 من القانون رقم 10.95 المتعلق بالماء) الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.145 بتاريخ 18 ربيع الأول 1416 الموافق 16 غشت 1995 منشور بالجريدة الرسمية عدد 4325 بتاريخ 20 شتنبر 1995.

⁵⁶⁴ - المادة 272 من مدونة الحقوق العينية.

⁵⁶⁵ - محمد ابن معجوز ، م . س ، ص 331.

⁵⁶⁶ - محمد بن الحاج السلمي " التقييد الاحتياطي في التشريع المغربي " الطبعة الأولى ، دار أبي رقرق للطباعة والنشر ، الرباط 1984، ص 23.

المعني بالأمر أو من ينوب عنه غالبا بالإدلاء به لدى المحافظة العقارية مشفوع بطلب التقييد، ويستمر مفعول هذا النوع من التقييد الاحتياطي ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ صدور الأمر وليس من تاريخ تقييده بالمحافظة العقارية، ما لم ينجز التقييد النهائي للحق.

إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للعقار المحفظ فماذا عن العقار في طو التحفيظ، بعبارة أخرى هل يسوغ للغارس ان يتعرض على مسطرة تحفيظ الملك موضوع المغارسة ؟

بناء على مقتضيات الفصل 24 من ظهير التحفيظ العقاري، والتي حددت الحالات التي يجوز فيها التعرض على مسطرة التحفيظ، ومن بينها حالة الإدعاء باستحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع تأسيسه، ومنه فإنه لايجوز قبول تعرض الغارس مالم يتحقق الإطعام، على اعتبار أن هذا الحق لم يرتقي بعد لدرجة الحق العيني حتى يؤسس صاحب حق المغارسة مطالبه على ملكية نصيبه من الأرض والشجر⁵⁶⁷.

ثانيا : اثار رسمية عقد المغارسة في تمويل البنوك التشاركية .

إن توجه المشرع نحو الرسمية في عقد المغارسة، قرينة على أهمية هذا التصرف القانوني فهو استثناء من أحد المبادئ الأساسية للتمويل في الإقتصاد الإسلامي، وصيغة من صيغ التمويل المتوسط، وقد تعالت الأصوات الإسلامية المنددة بالأخذ به، بعد ان توالى الأزمات العالمية وانهارت الكيانات الاقتصادية العملاقة من بنوك وشركات تأمين وبورصات وغيرها من النظام الاقتصادي العالمي التي تقوم على الربا والاحتكار⁵⁶⁸. والظاهر أن عقد المغارسة سيجد مكانا له بالموازاة مع دخول البنوك التشاركية⁵⁶⁹ للمغرب القائمة على نظام اقتصادي إسلامي، ومنه يمكن للبنوك الإسلامية تطبيق عقد المغارسة من خلال أن تقوم بشراء أرض من أموالها الخاصة ثم تمنحها لمن يعمل فيها على سبيل المغارسة وبعد بلوغ الشجر حد الإطعام يأخذ العميل نصيبه من الأرض والشجر المتفق عليه مسبقا، وما بقي من الأرض والشجر يبقى في ملك البنك، كما يمكن للبنك ان يقوم بدور العامل وذلك باستخدام عمال أجراء يوفر لهم التمويل اللازم قصد العمل على سبيل المغارسة في أرض مملوكة لأصحابها.

وتعتبر المغارسة صيغة مثلى لإعمار أراضي البور بالأشجار المثمرة في المغرب، كما أنه يشكل إستثناء من مبدأ أساسي للتمويل الإسلامي المتمثل في استمرار الملك لصاحبه إذ يمكن الأجير من أن يتحول الى مالك وبالتالي يساهم بشكل او باخر في التشجيع والتحفيز على العمل ومحاربة البطالة. وما قلناه يؤكد أهمية عقد المغارسة في بلادنا ان على المستوى الاجتماعي والإقتصادي، ومن شأن إفراغ عقد المغارسة في قالب وشكل رسمي ان يجعل منه دعامة قوية قادرة على الدفع بعجلة الاستثمار الفلاحي على وجه الخصوص، وكذا تحقيق الاستقرار العقاري في معاملة لاتقل شأنًا عن باقي المعاملات العقارية.

الفقرة الثانية: إجبارية رسمية عقد الرهن الحيازي باعتباره اداة ائتمان.

يعرف الأستاذ مأمون الكزبري الرهن الحيازي على أنه حق عيني يقع عكلى عقار يضعه مالكة في حيازة الدائن أو حيازة من اتفق عليه العاقدان ضمانا لالتزام عليه أو على غيره ويخول الدائن حق حبس العقار حتى الوفاء بالتزام وحق بيعه عن طريق القضاء في حالة عدم الوفاء باستحقاق الدين من ثمنه مقدما بالأفضلية على سائر الدائنين الآخرين⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ - زكية الكوط " تكريس الأمن القانوني في ظل المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2017/2018، ص 78.

⁵⁶⁸ - د. سليمان ناصر " تطوير صيغ التمويل قصير الأجل للبنوك الإسلامية " جمعية التراث، القرار في الجزائر، الطبعة الأولى 2002، ص 56.

⁵⁶⁹ - منظمة بمقتضى ظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)، ص 462.

⁵⁷⁰ - مأمون الكزبري " التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي "، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، العربية للطباعة والنشر، سنة 1987، الرباط، ص 307.

ويعرف المشرع المغربي الرهن الحيازي على أنه حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين ويخول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه 571.

ولمؤسسة الرهن الحيازي تاريخ عريق فقبل أن تكون حقا عينيا، فهي رخصة منحها الشرع للعباد تغني عن كتابة الدين مصداقا لقوله تعالى عز وجل " وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة " 572.

ويشكل الرهن الحيازي ضمانا قوية في يد الدائن لضمان حقه في استرجاع دينه، ومنه فهو يخول للدائن المرتهن سلطة مباشرة على الشيء المرهون كما يمنحه حق التتبع والأولية فحق التتبع يمنح الدائن حق تتبع الشيء في حالة ما إذا نزعته يده عنه بالرغم من إرادته، ويضاف إلى ذلك أن الرهن الحيازي يعتبر حق عيني تبعية، ويترتب على ذلك أنه حق تابع لإلزام أصلي 573 ويكون ضامنا للوفاء به ومن ثم فإنه يتبع دائما الإلزام المضمون به صحة وبطلانا ويتصف بأوصافه وينقضي بإنقضائه.

والرهن الحيازي عقد من العقود العينية التي لا تتم بمجرد صدور الإيجاب والقبول والتطابق بينهما بل يتوقف انعقاده على تخلي الراهن على حيازته للشيء المرهون ونقله إلى حيازة الدائن طبقا للفصل 1188 من ق.ل.ع وهذه الخاصية هي التي تميز الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي فالرهن الحيازي يسلب حيازة المرهون من الراهن (المدين) ويمنحها إلى المرتهن (الدائن). مما يقتضي أن يكون الراهن مالكا للمرهون وأهلا لتصرف فيه 574، ولا يعني ذلك بالضرورة أن يكون الراهن دائما هو المدين بل يمكن أن يكون كفيلا عينيا يقدم الرهن لمصلحة المدين. 575.

وقد حددت مدونة الحقوق العينية مجموعة من الشروط لصحة الرهن الحيازي وتتجلى هذه الشروط في تحريره في محرر رسمي، ومنه يكون المشرع جعل من الكتابة ركنا أساسيا في عقد الرهن الحيازي ولا ينعقد إلا بوجودها والمشرع كان صائبا في ذلك، إذ أن أهمية عقد الرهن الحيازي وخطورته تقتضي تحريره في محرر رسمي نظرا لما يتمتع به هؤلاء من كفاءات وخبرة علمية وعملية، كما من شأن توثيق الرهن الحيازي في محرر رسمي حماية أموال القاصر والمحجور من الضياع والاستيلاء وتجدر الإشارة إلى أنه استثناء على مقتضيات المادة 240 من مدونة الأسرة التي تجعل تصرفات الولي الشرعي في أموال المحجور لا تتطلب الإدلاء بإذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين مهما بلغت قيمة التصرف، فإن المادة 152 من م.ح.ع استوجبت الحصول على إذن القاضي قبل رهن أموال المحجور عليه رهنا حيازيا من قبل الأب أو الأم أو الوصي أو المقدم.

وهذا ما يؤكد على أهمية إفراغ عقد الرهن الحيازي في محرر رسمي لما من شأنه أن يقف حاجزا وما نعا دون ضياع حقوق الأفراد وأموالهم، وعلى اعتبار أن عقد الرهن الحيازي قد يرد على عقار محفظ فإن ذلك يستوجب ضرورة توثيقه في محرر سليم يؤكد مدخل المرتهن الدائن على العقار، حماية للمدين الراهن من كل ترامي على ملكه. وحينما يتعلق الأمر بعقار غير محفظ لابد من تضمين عقد الرهن الحيازي معاينة حوز الملك المرهون تحت طائلة البطلان 576.

571- الفقرة الأولى من المادة 145 من مدونة الحقوق العينية بكونه. وهو نفس التعريف الوارد في الفصل 1170 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

572 - سورة البقرة الآية 283.

573- المادة 161 من مدونة الحقوق العينية تنص على أن " يعتبر الرهن تابعا للدين المضمون ويدور معه وجودا وعدما، ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون به بتمامه.

574- طبقا للمادة 150 من م.ح.ع التي تنص على أنه " يجب أن يكون الراهن مالكا للمرهون وأهلا للتصرف فيه " .

575- طبقا للمادة 177 من م.ح.ع " يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو كفيلا عينيا يقدم الرهن لمصلحة المدين ".

576- طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 147 من مدونة الحقوق العينية تنص على " يجب أن يتضمن العقد معاينة حوز الملك المرهون إذا كان غير محفظ وذلك تحت طائلة البطلان ".

ولصحة عقد الرهن الحيازي يجب أن يشمل البيانات التالية 577: هوية أطراف العقد ، تعيين الملك المرهون ببيان موقعه ومساحته ومشتملاته وعند الاقتضاء حدوده أو رقم رسمه العقاري ، بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه .

يتبين من خلال النصوص القانونية التي أفردتها المشرع لتنظيم عقد الرهن الحيازي بصفة عامة وكحق عيني بصفة خاصة ، أن لهذا النوع من المعاملات العقارية دور هام في المجال التنموي وقد يشكل مورد عيش وأداة تمويل ذاتي لا يستهان به 578. إضافة إلى أنه يلعب دور كبير في زيادة سرعة تداول الأموال باعتباره من أهم وسائل الائتمان في المعاملات المدنية في العصر الحديث فهو يوفر لأصحاب رؤوس الأموال طريق مأمون لاستثمار أموالهم وبالتالي تحفيز المستثمر على الاستثمار والحصول على مردود إقتصادي مجدي كما أنه يكفل للمدين الحصول على الثقة التي تمكنه من امتلاك الأموال الكافية لتطوير أعماله . كما أن ذلك الضمان الملقى على عاتق الدائن المرتهن يحقق للراهن فائدة تتمثل في عدم اضطراره لبيع المال المرهون بأخس الأثمان تحت ضغط الحاجة الى رأس المال مع ضمان سلامة المال المرهون عند استرداده من الدائن المرتهن وبالتالي يساهم في الحفاظ على الثروة وتنميتها بطريق مأمون

المطلب الثاني: اثار إجبارية الرسمية لعقد العمرى.

سندرس في هذه الفقرة لشكلية عقد العمرى (الفقرة الأولى) ، قبل دور عقد العمرى في دعم الوعاء العقاري (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: شكلية عقد العمرى.

تتعقد العمرى بالإيجاب والقبول كغيره من العقود في المعاملات الشرعية . و يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد العمرى في محرر رسمي ، فحق العمرى ينشأ عن طريق العقد وحتى يقع صحيحا منتجا لكافة أثاره ينبغي توثيقه في عقد شكلي يتضمن الأركان اللازمة في التعاقد وأن يوثق من ذوي الاختصاص .

وفيما يتعلق بالجهات الموكول لها إبرام العقود المنصبة على حق العمرى ، نجد أن المشرع حصر الاختصاص في توثيق عقد العمرى في العدول وفقا للشروط المحددة لتوثيق التصرفات في القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة ، وفي الموثقين وفقا للشروط الشكلية المنصوص عليها في القانون 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق ، ومنه يقع على عاتقهم مسؤولية تحرير عقد العمرى ، وفق كافة الإجراءات الشكلية المحددة قانونا مما يجعلها تكتسب الحجية القوية في الإثبات التي لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور .

وإذا كانت العمرى من عقود التبرع الشكلية ، فهل يلزم فيها معاينة الحوز؟

ولقد تجاوزت م.ح.ع في باب العمرى ماقدرته المادة 4 منها حول ضرورة كتابة التصرفات العقارية ، فألزمت بأن تكون الكتابة التي يجب أن يصاغ فيها عقد العمرى كتابة رسمية، وإذا لم يحترم هذا الشرط عد عقد العمرى باطلا ، حيث ورد في المادة 106 مايلى : يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد العمرى في محرر رسمي . ولم تشترط م.ح.ع معاينة الحوز 579 في العمرى إلا أن الحوز فيها لزم بالطبع

⁵⁷⁷ - انظر المادة 149 من مدونة الحقوق العينية .

⁵⁷⁸ - عمر أوتيل ، " التوثيق ودوره في استقرار المعاملات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية " ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون

الخاص ، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية ، جامعة محمد الأول ، وجدة ، السنة الجامعية 2012/2013 ، ص 93.

⁵⁷⁹ - وهذا على خلاف ما ذهب اليه الاستاذ عبد الرحمان بلعكيد الذي اوجب الاشهاد بمعاينة الحوز في الهبة والصدقة والوقف والعمرى واعتبره حجر الزاوية . فهي لاتصح إلا به وقبل حصول المانع وإلا بطلت . والغاية منه سريان التبرع في حق الغير من ورثة ودائنين حتى لا يبقى لهم منفذ للطعن فيه من هذا الجانب، وللإشهاد بمعاينة الحوز ضوابط ، على العدلين العمل بها وهذه الضوابط تتمثل في : الاشهاد بالحوز بالرؤية لا بإقرار الواهب والموهوب له ، أو المتصدق والمتصدق عليه أو المعمر (بالكسرة)او المعمر (بالفتح)والرؤية توجب الانتقال إلى مكان وجود العطية والطواف بها ولاطلاع عليها ، وللتوضيح أكثر يراجع كتاب عبد الرحمان بلعكيد عبد الرحمان بلعكيد " الهبة في المذاهب والقانون دراسة للهبة وما في حكمها في المذهب المالكي والتشريع المغربي ، الطبعة الأولى ، بدون ذكر المطبعة ، الدار البيضاء ، سنة 1997 ، ص 454.

ولا يتصور وجودها من دونه ، فالحوز شرط أساسي في جميع التبرعات ولا تجوز العمري إلا بحوز وقبض . وهو ما يفهم بناء على مقتضيات المادة 107 من م.ح.ع التي ألزمت المعطى له بأن يعمر العقار موضوع الحق إما بأن يقيم فيه بنفسه أو يأخذ غلته .

الفقرة الثانية: دور عقد العمري في دعم الوعاء العقاري .

إن إخضاع المشرع عقد العمري لبدأ إجبارية الرسمية من شأن ذلك ان يساهم أولا في تنبيه أطراف العقد إلى خطورة ما يقدمان عليه وثانيا ضمان التعبير عن الإرادة بشكل صحيح وبعث الثقة في نفوس المتعاقدين على أن عقودهم ستوثق بكيفية سليمة من الناحية القانونية بما أنه سيصدر من ذوي الاختصاص .

وبما أن جميع العقود والمحركات المتعلقة بتفويت عقار محفظ كان أو غير محفظ أو في طور التحفيظ أو حقوق عينية متعلقة به سواء كان ذلك بعوض أو بغير عوض ، تخضع لمسطرة التسجيل مع أداء الرسوم المفروضة لفائدة الدولة حيث تعتبر ضريبة التسجيل بمثابة المنسأة الصلبة التي يتوكل عليها النظام الضريبي بالمغرب لما لها من مساهمة فعالة في الرفع من الموارد المالية للدولة وتغطية نفقاتها المتزايدة والملحة ، فالقطاع العقاري يعتبر من أهم القطاعات التي تساهم في خلق الثروة ، ومما لاشك فيه ان هذا يسري حتى على العقود محل حق العمري وبذلك يساهم في دعم وتوفير الوعاء العقاري لانجاز مختلف البرامج الاستثمارية والتنمية داخل الوطن . ومنه يقع على عاتق الموثق القيام بإجراءات التسجيل لعقد العمري وكذا تقييده بالرسم العقاري متى كان ذلك واردا على عقار محفظ استنادا إلى المادة 47 من قانون 32.09 حتى ينتج أثره سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير ، على غرار العدل الذي لا يكون ملزما بهذه الإجراءات إلا بتفويض من المتعاقدين طبقا للمادة 17 من قانون خطة العدالة .

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة إبرام عقد العمري خارج المغرب ، فإنه ينبغي إفراغه في وثيقة رسمية ، وذلك استنادا إلى أحكام قانون الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب وخاصة المادة 580¹⁷ التي تعد تطبيقا لقاعدة عامة في القانون الدولي الخاص ، مفادها أن الأموال تخضع لقانون البلاد التي توجد فيها 581 .

إن تنظيم أحكام حق العمري في مدونة الحقوق العينية يشكل ثورة في القانون المغربي حيث ظل هذا الحق لعقود طويلة من الزمن يخضع لأحكام الفقه الإسلامي دون أن يشتمله تنظيما قانونيا محكما ، وهذا التنظيم من شأنه التيسير على المتعاملين بالعقار ، وكذا توفير الوعاء العقاري الذي يحتل مكانة أساسية في تحفيز الإستثمار المنتج والمدر للدخل ، غير أن الاستفادة من هذا الحق وجعله أكثر فعالية يقتضي الخروج به من أزمته التي عمرت طويلا بإعادة النظر في النصوص المنظمة له دون الإكتفاء بأربع مواد فقط تجعل منه تنظيما قاصرا ومبهما يطرح مجموعة من المشاكل لدى القضاء المغربي بصفة خاصة ولدى المتعاملين في الميدان العقاري بصفة عامة .

المبحث الثاني: نطاق تطبيق المادة الرابعة من م.ح.ع واثارها على تحقيق التنمية .

بالرجوع إلى المادة 4 من م.ح.ع يتبين أن المشرع وإن حدد نطاق تطبيق هذه المادة من خلال معيارين هما الطبيعة العينية للحق موضوع التصرف ، ثم الجهة المصدرة للمحرر فإنه استثنى من ذلك الحالات التي يوجد فيها قانون خاص ينظم شكلية انعقاد هذا التصرف منها الإستثناءات المقررة في القانون الضريبي والخاصة بعقود السكن الإجتماعي (المطلب الاول) ، بالإضافة الى استثناءات أخرى (المطلب الثاني) وهذه الاستثناءات تلعب دور مهم في تحقيق التنمية ان من خلال محاربة السكن غير اللائق او على مستوى انعاش القطاع الفلاحي .

⁵⁸⁰ - تنص المادة 17 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين و الأجانب بالمغرب على ما يلي: "تخضع الأموال الموجودة داخل منطقة الحماية

الفرنسية بالمغرب عقارات كانت أو منقولات لتشريع المنطقة المذكورة"

⁵⁸¹ - حليمة بن حفو " حق العمري وفق مرسوم مدونة الحقوق العينية " ، مداخلة قدمتها في ندوة حول تشريع عقاري جديد نظمه مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية يومي 29 و 30 أبريل ، سلسلة الندوات والأيام الدراسية ، العدد 38 ، مطبعة الوراق مراكش ، الطبعة الأولى ، ص 12 .

المطلب الأول: الإستثناءات المرتبطة بعقود بيع المساكن الإجتماعية .

سنناقش (الفقرة الأولى) لمفهوم السكن الاجتماعي وشروطه، ثم لشكلية إبرام هذه العقود (الفقرة الثانية). وأخيرا لآثار الاقتصادية المترتبة عن اقرار السكن الاجتماعي (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مفهوم السكن الاجتماعي وشروطه .

أورد المشرع بعض البيوعات العقارية في قوانين المالية والتي تضمنتها المدونة العامة للضرائب، ومن بين هذه البيوعات نجد ما يطلق عليه بعقود البيع المتعلقة بالمساكن الإجتماعية ويقصد بالمساكن الاجتماعية طبقا للفقرة 28 من المادة 92 من المدونة العامة للضرائب 582 تلك المساكن المعدة للسكن الرئيسي التي تتراوح مساحتها المغطاة ما بين 50 و100 متر مربع ولا يتعدى ثمن بيعها 290.000 درهم يؤدي منها المستفيد 250.000 درهم والدولة تؤدي للمنشع العقاري 40.000 درهم وهو ما يعادل الضريبة على القيمة المضافة، على أن تتوفر هذه الشقق على غرفتين وصالون ومطبخ ويمكن أن تتوفر علاوة على ذلك على غرفة غسيل وحمام بمواصفات ومساحة محددة 583.

ومن أجل تكييف عقد البيع بأنه ينصب على مسكن اجتماعي، لابد من تحقق الشروط التالية 584:

- اقتناء المسكن الاجتماعي من منشع عقاريين سواء كانوا أشخاصا معنويين أو ذاتيين أبرموا اتفاقية مع الدولة في هذا الشأن ويتم تسويق هذه المساكن من طرفهم أيضا .
- أن يكون العقار في الملك الخاص للمنشع العقاري. وأن يستفيد من هذا النوع من المساكن كل شخص أي كان دخله، شريطة عدم ملكيته لمسكن.

الفقرة الثانية: شكلية إبرام عقود المسكن الاجتماعي.

لقد ألزم المشرع المغربي تحرير الوعد بالبيع وعقد البيع النهائي 585 من طرف موثق بصفة حصرية 586 . وبالتالي لاجال لتدخل كل من العدل أو المحامي المقبول لدى محكمة النقض في هذا المجال، وهو ما يشكل استثناء على مقتضيات المادة الرابعة من م.ح.ع التي خولت للعدل والموثق صلاحية تحرير المحررات الرسمية على حد سواء، والتعليل الذي تشبث به وزير الاقتصاد والمالية للدفاع عن هذا الاستثناء، هو أن الموثق يضمن الأمن القانوني للمتعاقدین على اعتبار أنه مؤهل دون غيره لقبض الضريبة على القيمة المضافة لحساب الدولة ناهيك عن فصل ذمته المالية ما بين الحساب الشخصي والحساب المهني .

وفي هذا الإطار يدفع قابض إدارة الضرائب إلى الموثق المبلغ الذي يساوي الضريبة على القيمة المضافة المبين في عقد البيع والمحرر على أساس وعد بالبيع، باعتباره جزءا من ثمن البيع. ويجب أن يشتمل لزوما العقد النهائي على ثمن البيع ومبلغ الضريبة على القيمة المضافة المطابق له، وكذا إلزام المقتني بأن يخصص السكن الاجتماعي لسكانه الرئيسية لمدة 4 سنوات ابتداء من تاريخ إبرام عقد الاقتناء النهائي، ولهذا الغرض يتعين على المقتني أن يدلي للمنشع العقاري المعني بالأمر بشهادة مسلمة من طرف إدارة الضرائب تثبت عدم خضوعه للضريبة على الدخل بالنسبة للدخول العقارية . كما يجب أن يرهن لفائدة الدولة رهنا رسميا من الرتبة الاولى والثانية ضمانا

⁵⁸² - ظهير شريف رقم 1.17.13 صادر في 14 من رمضان 1438 (9 يونيو 2017) بتنفيذ قانون المالية رقم 73.16 للسنة المالية 2017 منشور بالجريدة الرسمية عدد 6577 بتاريخ (12 يونيو 2017) ص 3457.

⁵⁸³ - وحسب دفتر التحملات فإن أصغر وحدة داخل الشقة لا يمكن أن تقل عن 2.5م²، أما مساحة صالون الشقة 12م²، ومساحة الغرفتين بين 7 و9م²، ومساحة المطبخ 5م²، وحجم لا يقل عن 1.70م²، أما مساحة الحمامات فلا تقل عن 2م²، وعرض الدرج يجب أن يفوق 1.20م².

⁵⁸⁴ - العربي محمد مياذ " تأملات في مدونة الحقوق العينية " الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مطبعة الأمانة ، الرباط ، سنة 2015، ص 20.

⁵⁸⁵ - يجب على الموثق إنجاز العقد النهائي داخل أجل 30 يوما من تاريخ تحويل مبلغ الضريبة على القيمة المضافة وتقديمه لإجراء التسجيل داخل الأجل القانوني .

⁵⁸⁶ - المادة 93 الفقرة الثانية من البند الأول من قانون المالية 17-68 للسنة المالية 2018.

لأداء الضريبة على القيمة المضافة المؤداة من طرف الدولة 587، ولا يرفع الرهن بطلب من قابض إدارة الضرائب إلا بعد أن يدلي المعني بالأمر بالوثائق التي تفيد تخصيص السكن الاجتماعي للسكن الرئيسي لمدة 4 سنوات.

ويلزم على الموثق أن يدلي لقابض إدارة الضرائب التابع لها موطنه الجبائي مجموعة من الوثائق، وبعد الإطلاع على هذه الوثائق، يقوم قابض إدارة الضرائب بتحرير الأمر بالأداء باسم الموثق لمبلغ يساوي الضريبة على القيمة المضافة المبينة في عقد الوعد بالبيع.

وقد ألزم المشرع الضريبي الموثق بتحرير عقد البيع النهائي للمساكن الاجتماعية داخل أجل 30 يوما من تاريخ تحويل مبلغ الضريبة على القيمة المضافة وتقديمه لإجراء التسجيل داخل أجل القانوني، وفي حالة عدم إنجاز عقد البيع داخل الأجل المذكور يتعين على الموثق أن يوجه إلى قابض إدارة الضرائب رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل تفيد عدم تحقيق البيع مصحوبة بشيك الاسترداد لمبلغ الضريبة وعلى إثر هذه الأخيرة يقوم القابض بإصدار أمره بإبطال العملية.

أما المساكن الاجتماعية الممولة من طرف البنوك التشاركية فهي تخضع للإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة 588.

الفقرة الثالثة: الآثار الاقتصادية للسكن الاجتماعي.

لتقييم أثر برنامج السكن الاجتماعي على الاقتصاد سنتطرق إلى مساهمته في مجال الاستثمار من خلال القيمة المضافة ومكوناتها على الصعيدين القطاعي والوطني، حيث شكلت القيمة المضافة التي حققها البرنامج سنة 2013، 42.02% من الثروة التي أنتجها فرع البناء و 26.5% من تلك الخاصة بقطاع البناء والأشغال العمومية وقد بلغت مساهمته في الثروة الوطنية 1.6%.

كما يتميز قطاع الاسكان الاجتماعي بتشابك مع كافة القطاعات الاقتصادية في البلد مما يعني امكانية اعتماد هذا القطاع كمحرك للنمو حيث تحفزاته المشاريع السكنية مختلف مصانع التجارة والحدادة والمواد الانشائية والصحية والكهربائية وغيرها، بما يضمن توليد فرص العمل بتشغيل نسبة كبيرة من العاطلين عن العمل خصوصا مع توقف الحكومة عن توفير المزيد من الوظائف للباحثين عنها و قد سجلت نتيجة التشغيل نتائج جد هامة، حيث مثلت 43.5% من تلك الخاصة بفرع البناء و 27.4% بالنسبة لقطاع البناء والأشغال العمومية. بينما مكنت الانجازات المحققة اواخر 2017 من خلق 221.391 منصب شغل (94.6% مباشرة و 4.4% بشكل غير مباشر) أي بمعدل 27.674 منصب شغل سنويا. كما أن كتلة الأجور الموزعة وصلت إلى حوالي 32.2 مليار درهم 589.

وعلى المستوى الاجتماعي فقد ساهم هذا السكن في إطار التنمية البشرية في محاربة السكن غير اللائق وتيسير ولوج مختلف الفئات الاجتماعية إلى مساكن لائقة وبذلك تكون الدولة من خلال إقرارها لعقود السكن الاجتماعي سهرت على توفير السكن المتنوع الذي يستجيب لحاجيات الأسر ذات الدخل المحدود، وهو ما يشكل رافعة أساسية في ضمان حق العيش الكريم وتحسين ظروف العيش والراحة. ونخلص مما سبق إلى القول على أنه تحقيقا للدور الهام الذي يضطلع به السكن الاجتماعي على مستوى الاقتصاد الوطني بالرغم من الاعفاءات الضريبية التي يخضع لها والتي وضعتها الدولة في إطار تشجيع السكن الاجتماعي لا يمكن أن تفعل إلا باعتماد المحرر الرسمي لما يوفره هذا النوع من التوثيق من ضمانات، ويتجلى ذلك في الضمانات المشترطة في من يقوم بتحرير المحرر الرسمي هذا فضلا على تدعيم مسؤولية المهني المحرر للعقود تأديبيا ومدنيا وجنائيا والتي تبقى مسألة أساسية لتخليق جوانب ومعطيات العملية التعاقدية بما تتطلبه من نصائح أو إرشادات لتبصير المتعاقدين وإعلامهم بمضمون العقد وآثاره، أو الضمانات المتبلورة على مستوى الوثيقة الرسمية ذاتها.

⁵⁸⁷ المادة 93 البند الأول الفقرة الثالثة من قانون المالية 17-68 للسنة المالية 2018.

⁵⁸⁸ تنص المادة- 93 البند 1- بـاء على مايلي " يمكن لمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها أن تقتني لفائدة زبائنها في إطار عقود المراجعة أو التجارة المنتهية بالتملك السكن الاجتماعي المعقن من الضريبة على القيمة المضافة طبقا للمادة 280.1.92 أعلاه وفق الشروط الواردة في ألف أعلاه".

⁵⁸⁹ - للمزيد راجع بشأنه زكية الكوط م.س ص 85 تم اقتباس الإحصائيات من موقع وزارة اعداد التراب الوطني والتعمير والسكان وسياسة المدينة.

المطلب الثاني: الاستثناءات الأخرى الواردة على أحكام المادة 4 من مدونة الحقوق العينية.

نص المشرع على العديد من الاستثناءات على الأحكام العامة المنصوص عليها في المادة 4 من م.ح.ع، والتي يمكن أن نقسمها إلى إستثناءات مضمنة في القوانين السابقة لتاريخ صدور المدونة (أولاً) وإستثناءات لاحقة لتاريخ صدور المدونة الرهن الإتفاقي نموذجاً (ثانياً).

أولاً: الاستثناءات المضمنة في القوانين السابقة.

نورد أهمها كمايلي : جميع المحررات التي يكون موضوعها إبراء من شروط كناش التحملات ، ورفع اليد عن الشروط الفاسخة والقيود المانعة من التصرف والاحتفاظ بحق الفسخ في حالة عدم تنفيذ هذه الشروط ، أو الإذن بالبيع مع نقل الشروط المذكورة ، ورفع اليد عن الحجز والحقوق الشخصية القابلة للتقييد بالسجلات العقارية ، فكلها لا تنطوي من حيث طبيعتها على إنشاء حق عيني أو نقله أو تعديله أو إسقاطه ، وبالتالي لا تسري عليها أحكام المادة الرابعة من م.ح.ع.590.

إن المحررات الصادرة عن الإدارات العمومية 591، والتي يوقعها موظفون عموميون بحكم اختصاصهم القانوني ، فإنها لا تقع تحت طائلة مقتضيات المادة الرابعة من م.ح.ع. المحررات الصادرة بشأن رفع اليد عن التعرض والتشطيب على التقييد الاحتياطي ، فالبرغم من كون موضوعها هو المطالبة بحق عيني ، فإن هذا الحق يبقى محتملاً مادام لم يبت القضاء في جوهره ، وبالتالي لا تسري عليها مقتضيات المادة الرابعة من م.ح.ع.

الفصل 42 من قانون 7.81 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت 592 الذي ينص في فقرته الأولى على إمكانية إبرام الاتفاق بالتراضي يدرج في محضر أمام السلطة المحلية التابع لها موقع العقار المنزوعة ملكيته إذا كان يقيم بالمكان المذكور، أما إذا كان المنزوعة ملكيته غير مقيم بذلك المكان فإن هذا الاتفاق بالتراضي يبرم وفق مقتضيات القانون الخاص بواسطة عقد عرفي أو عدلي ويقع صحيحاً بالرغم من معارضته للمادة 4 .

وأخيراً نورد ماذهبت إليه المادة 296 من مدونة الأسرة 593 التي تنص على أنه يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها إشهداد عدلي أو إشهداد أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق أو يحررها الموصى بخط يده مع إمضاءه ، وقد أضاف المشرع بمقتضى المادة 297 الموالية أنه يجب أن يصرح في عقد الوصية المنعقدة بخط يد الموصي بما يفيد الإذن بتنفيذها.

الفقرة الثانية: الاستثناءات المضمنة في القوانين اللاحقة -الرهن الإتفاقي نموذجاً-

بعد دخول م.ح.ع حيز التنفيذ بتاريخ 24 ماي 2012 ، تعالت بعض الأصوات المطالبة باستثناء الرهون المبرمة لفائدة المؤسسات البنكية ، ولاسيما القرض الفلاحي للمغرب ، من مقتضيات المادة الرابعة من هذه المدونة ، حماية لصغار الفلاحين من الإنعكاسات السلبية للمادة 4 من م.ح.ع على عملية الولوج الى الإقتراض، خاصة وأن هؤلاء يلجؤون الى القروض الصغرى بصفة مستمرة ومتكررة على طول السنة

⁵⁹⁰ طبقاً لدورية المحافظ العام الموجهة إلى السادة المحافظين على الأملاك العقارية في شأن "تطبيق مقتضيات المادة الرابعة من القانون رقم 39.08" تحت عدد 395 بتاريخ 27 نونبر 2013

⁵⁹¹ مثال ذلك رهون الخزينة المقررة لفائدة الدولة (مصالغ الخزينة العامة للمملكة ، ومصلغ الإدارة العامة للضرائب) – سندات رفع اليد المقررة لفائدة الدولة (كمصالح الإدارة العامة للضرائب بالنسبة لواجبات التسجيل).- سندات الإبراء من شروط كنانيش التحملات الصادرة عن الدولة مديرية أملاك الدولة).

⁵⁹² الظهير الشريف رقم 1.81.254 صادر في 11 من رجب 1402 (6 ماي 1982) بتنفيذ القانون 7.81 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت منشور بالجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 (15 يونيو 1983) ، ص 980.

⁵⁹³ ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) القاضي بتنفيذ القانون رقم 70.03 بميثاق مدونة الأسرة ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004) ، ص 418.

لتمويل الأنشطة الفلاحية المرتبطة بالموسم الفلاحي وإن من شأن إلزامية تحرير الرهن الاتفاقي من طرف الموثق أو العدول أو المحامي، تحميلهم تكاليف مالية إضافية لا تتناسب ومبلغ الدين الأصلي.

وفي هذا الإطار صدر مرسوم بتاريخ 17 أبريل 2015،⁵⁹⁴ الذي أحال بدوره في مادته الأولى على صدور قرار مشترك لكل من وزير الفلاحة ووزير العدل والحريات ووزير المالية يتولى تحديد المبلغ المالي للدين موضوع الرهن الاتفاقي الذي يجوز في حدود إبرام عقد عرفي، حيث حدد هذا المبلغ في 250.000 درهم . فللأطراف الحرية في توثيق عقد الرهن الاتفاقي في عقد عرفي أو عقد وفق مقتضيات المادة 4 من م.ح.ع، أما إذا تم تجاوز هذا المبلغ فيكون إجباريا على الأطراف التقيد بمقتضيات المادة 4 من م.ح.ع تحت طائلة البطلان.

وإذا كان المشرع قد إستطاع من وراء هذا التعديل حماية الفلاحين الصغار من مصاريف المهني (موثق أو عدل أو محامي)، إلا أنه لم يكن يجب أن يعزى ذلك الى امتيازات الجوانب المالية للعقد العرفي فقد كان مطروحا قبل إقرار المدونة، وفي هذا الصدد يرى الاستاذ محمد زعاج ان الاعتبارات المالية كان بالإمكان تفاديها على حساب الجانب المالي نفسه وليس على حساب الجانب التوثيقي، وفي رايه أن أي تعديل في هذا الصدد كان ينبغي أن لا يعلل من باب تكلفة العقد مقارنة مع قيمة القرض، وإلا وجب إعتداد العقد العرفي في كل الحالات حتى التي تتعلق بالرهون وخاصة التبرعات . وعليه فإن هذا التعديل كان يلزم تبريره بالضمانة والثقة المتوفرة في العقود المبرمة من قبل مؤسسات الائتمان على الاقل

والرأي فيما أعتقد ان الأخذ بالتكلفة المالية كمبرر لإستثناء الرهن الاتفاقي من الخضوع للمادة 4 أمر في غير محله مادام أن التعديل الأخير الذي عرفته المادة 4 من م.ح.ع بمقتضى قانون 69.16 والتي أصبحت معها الوكالات الخاصة بإبرام عقد الرهن الاتفاقي يجب ان توثق في محرر رسمي او ثابت التاريخ تحت طائلة البطلان وهي بدورها تتطلب مبالغ مالية . كما أن هذا العقد مع مستجدات المادة الرابعة سيثير مشاكل عملية عديدة، إذ كيف يشترط المشرع الرسمية في عقود الوكالة بالرغم من عدم إنطوائها على حق عيني في حين أن التصرف القانوني المعني بها يرد في محرر عرفي ! .

فقد كان من الأجدر على المشرع تفادي هذه المشاكل لوخص هذه النوعية من العقود بثمان رمزي أو مخفض التي تؤدي للعدول والموثقين تشجيعا لقطاع الفلاحة والفلاح الصغير.

خاتمة :

ختاما يمكن القول على أن المشرع المغربي أحسن من خلال هذا النحو الذي خطاه في هذا النوع من العقود باقراره لمبدأ إجبارية تفريغها في محررات رسمية لما لها من دور فعال في حماية الحقوق وضمان إستقرار المعاملات عامة ، كما أن الدور الذي تطلع المشرع المغربي إلى أن يصبوا إليه من خلال هذا التوجه والمتمثل في جعل هاته العقود أكثر فعالية في تحقيق التنمية ودعم الوعاء العقاري، إضافة الى إنعاش القطاع الفلاحي بالمغرب، وبالتالي المساهمة في إنعاش وتحفيز الإقتصاد يسعف ويسهل البلوغ الى هاته الأهداف. غير أن ذلك يقتضي ضرورة تدبير الشأن العقاري تدبيرا جيدا يتلائم وضرورات تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية التي على غرارها يجب محاربة السكن العشوائي، وتشجيع الاستثمار في المجال العقاري لما له من مردودية نفعية على الاقتصاد الوطني، كما يجب تأهيل المهن القانونية ذات الصلة بالمجال العقاري كالموثقين والعدول نظرا لما تلعبه الوثيقة الرسمية من استقرار في المعاملات واطمئنان في نفسية المستثمر على ماله من كونه في وضعية قانونية سليمة.

⁵⁹⁴ - المرسوم رقم 2.14.881 بتاريخ 14 أبريل 2015 بتطبيق المادة 174 من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6356 بتاريخ 30 أبريل 2015، ص 4119.

المراجع والمصادر

- 1- أبي عمر بن عبد الله " الكافي في فقه أهل المدينة " الطبعة الثانية ، دار الغد الجديد للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة 2014.
- 2- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " الجزء الثاني ، مطبعة دار الفكر ، بيروت ، سنة 2002.
- 3- ذ. سليمان ناصر " تطوير صيغ التمويل قصير الأجل للبنوك الإسلامية " جمعية التراث ، القرار في الجزائر ، الطبعة الأولى 2002
- 4- ابراهيم بحماني " عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء " الطبعة الأولى ، دار السلام ، الرباط سنة 2012.
- 5- محمد ابن معجوز ، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي ، الطبعة الثانية، بدون ذكر المطبعة ، سنة 1999 .
- 6- محمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزى الكلبي الغرناطي " القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، تحقيق ذ. يحي مراد ، الطبعة الاولى ، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ، القاهرة ، سنة 2009.
- 7- محمد بن الحاج السلمي " التقييد الاحتياطي في التشريع المغربي " الطبعة الأولى ، دار أبي رقرق للطباعة والنشر ، الرباط 1984.
- 8- مالك بن أنس :الموطأ". تحقيق محمود بن الجميل . الطبعة الأولى ، مطابع دار البيان الحديثة ، القاهرة ، سنة 2001 .
- 9- مأمون الكزبري " التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي " ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، العربية للطباعة والنشر ، الرباط ، سنة 1987.
- 10- عبد الكريم شهبون " عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي " ، الطبعة الأولى ، مطبعة النجاح الجديدة ، البيضاء ، سنة 2015.
- 11- عبد الرحمان بلعكيد عبد الرحمان بلعكيد " الهبة في المذاهب والقانون دراسة للهبة وما في حكمها في المذهب المالكي والتشريع المغربي ، الطبعة الاولى ، بدون ذكر المطبعة ، الدار البيضاء ، سنة 1997.
- 12- عربي محمد مباد " تأملات في مدونة الحقوق العينية " الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مطبعة الأمنية ، الرباط ، سنة 2015.
- 13- حليلة بن حفو " حق العمرى وفق مرسوم مدونة الحقوق العينية " ، مداخلة قدمتها في ندوة حول تشريع عقاري جديد نظمه مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية يومي 29 و 30 أبريل ، سلسلة الندوات والأيام الدراسية ، العدد 38 ، مطبعة الوراقة مراكش ، الطبعة الأولى .
- 14- الدكتور محمد شيلح ، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي أسسه ومظاهره في نظرية العقد ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة محمد الخامس ، الرباط أكداًل ، سنة 1984-1983 م.
- 15- عمر أوتيل " التوثيق ودوره في استقرار المعاملات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية " ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة محمد الأول ، وجدة ، السنة الجامعية 2012/2013.
- 16- زكية الكوط " تكريس الأمن القانوني في ظل المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية " ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، فاس ، السنة الجامعية 2017/2018.

مجلس العقد الإلكتروني عبر الإنترنت دراسة مقارنة

نداءية داس البياتي

دكتورة في الحقوق استاذ مساعد في القانون المدني
جامعة الفلاح- دبي

ملخص البحث

أدى التطور التكنولوجي المذهل في مجال تكنولوجيا المعلومات وقطاع الاتصالات الذي يمر به العالم في الوقت الراهن، أثره البالغ والواضح على المبادئ الراسخة في الفكر القانوني، خاصة في مجال العقد الإلكتروني، فهناك مئات الآلاف من المعاملات والعقود التي تبرم يومياً من خلال شبكة الإنترنت، وتعتبر هذه العقود الإلكترونية المبرمة عبر الشبكة جزءاً من هذه التجارة المسماة بالتجارة الإلكترونية.

أن استخدام هذه التقنية الحديثة في إبرام التصرفات القانونية أحدث تغييرات في الكثير من المفاهيم القانونية كمفهوم العقد ومجلس العقد، إذ أوجدت هذه التقنيات أشكالاً جديدة لهما صبغت جميعها بالطابع الإلكتروني، والتي تتصف بصفات وخصائص قد لا تتوافر في نظيرتها بالتجارة التقليدية، كالسرعة وتوفير المال والوقت والجهد، ولذلك تضافرت الجهود الوطنية والدولية على إصدار تشريعات تعترف بحجية هذه الأشكال الحديثة بذات الحجية المقررة للعقد والمجلس التقليدي.

وبناء على ذلك أعطى المشرع الإماراتي في القانون المدني فيما يتعلق بمجلس العقد للقابل لفترة معقولة من الوقت لإعطاء قبوله دون التراخي المؤدي إلى الإضرار بالموجب، وتكمن أهمية مجلس العقد في تحديد مكان وزمان التعاقد وكذلك معرفة المحكمة المختصة، إذا ما ثار نزاع بشأن العقد والقانون الواجب التطبيق.

Abstract

The amazing technological development in the field of information technology and the communications sector that passes through the world today, and its severe and clear impact on the principles established in legal thought, especially in the field of electronic contracts, there are elements and contracts that are concluded daily via the Internet, and these electronic contracts that are Entering it through the network is part of this trade called e-commerce.

The use of this modern technology to conclude legal actions has brought about changes in many legal concepts such as the concept of contract and council, so these technologies have created, concerted national and international efforts to issue legislation that recognizes the authenticity of these modern forms with the same authenticity established for the contract and the traditional council.

Accordingly, the UAE lawmaker in the civil law in relation to the contract council gave the interviewer a reasonable period of time to give acceptance without complacency leading to a strike in accordance with it.

مقدمة

تعد شبكة الإنترنت من أهم الابتكارات التي توصل إليها العقل البشري في مجال المعلوماتية منذ أواخر القرن المنصرم، حيث أزال الحدود الجغرافية بين الدول وساعدت في تحويل العالم إلى قرية صغيرة، وفي هذا السياق ظهرت وتطورت التجارة الإلكترونية، وأصبحت الإنترنت من أهم الوسائل التي يتم من خلالها إبرام العقود الإلكترونية.

فمجلس العقد الإلكتروني ذا خصوصية نابعة من طبيعته التي تفتقر للتواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية نظراً لقيامه عبر وسائط إلكترونية، ذلك ما يخلق إشكالات قانونية مبرمجة في ميدان دراسة القوانين النموذجية بصفة عامة وفي تشريعات القوانين الداخلية للدول بصفة خاصة لذلك جاءت هذه الدراسة الموسومة بـ "مجلس العقد الإلكتروني".

ويتنوع مجلس العقد إلى نوعين حقيقي وحكمي فبالنسبة للنوع الأول يقصد به (المجلس الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد يسمع كل منهما الآخر بحيث يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي إما بقبول الإيجاب أو برفضه)، أما بالنسبة لمجلس العقد الحكمي فهو المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير حاضراً، ويتم تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني على حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد، والتعاقد بطريق الإنترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان إلا إذا وجد فاصل طويل فإنه يكون بين غائبين زماناً ومكاناً.

مشكلة البحث:-

على اعتبار أن العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد بين طرفين غائبين أي بين أطراف ليسو في وضعية الالتقاء المتزامن فيما بينهم، فإن ذلك يطرح عدة إشكالات على الصعيد القانوني عند إنشاء العقد والصفقات التجارية والمدنية عبر شبكة الإنترنت، وتتلخص مشكلة البحث في مدى قيام العقد الإلكتروني على ذات الأركان التي يقوم عليها العقد التقليدي، باعتبار المجلس العقد الإلكتروني يتم بين أطراف غائبين لايتم الالتقاء فيما بينهم، وإنما يتم عبر شبكة الإنترنت.

أهمية البحث:-

- 1- التعاقدات المبرمة عبر الإنترنت وما يصاحبها من مستجدات وإشكاليات تحتاج إلى متابعة متزامنة لقوانين المعاملات الإلكترونية لتكون قادرة على حلها.
- 2- التطورات السريعة الحاصلة على وسائل الاتصال وبخاصة الإنترنت وكثرة العمليات التجارية والصفقات المبرمة بين الأطراف.

أهداف البحث:-

- 1- الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني.
- 2- وسائل التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.
- 3- معرفة مفهوم الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني.
- 4- مجلس العقد الإلكتروني وفيما إذا كان بين غائبين أم بين حاضرين.
- 5- موقف التشريعات الوطنية والدولية من المجلس العقد الإلكتروني.
- 6- إبراز النقص والاختلافات في النصوص القانونية التي تعالج هذا الموضوع بهدف تقديم المعلومات للمشرع للايجاد النصوص الملائمة.

منهجية البحث:-

أعتمد الباحث على المنهج التحليلي الذي يقوم بتحليل النصوص القانونية المختلفة والمتعلقة بموضوع مجلس العقد الإلكتروني عبر الإنترنت لمعرفة مدى الحاجة إلى إصدار تشريعات لسد أي فراغ تشريعي، كما اعتمد الباحث على

المنهج الوصفي: الذي يقوم على تحديد خصائص الظاهرة ووصف طبيعتها ونوعية العلاقة بين متغيراتها وأسبابها واتجاهاتها، واخيراً اعتمد الباحث على المنهج المقارن لدراسة القانون الإماراتي وبيان مدى تطابقه مع التشريعات العربية والدولية، وذلك للوصول للنتائج والحلول التي من شأنها الوصول إلى صيغة قانونية تنظم مسألة المجلس العقد الإلكتروني عبر الإنترنت ومدى حجته في الإثبات.

المبحث الأول: تعريف الإيجاب والقبول وشروطهما

يُعدُّ الإيجاب والقبول الأساس لأي عقد، ويتم صدورهما في مجلس العقد. ولصحة انعقاد العقد لا بد من وجود إيجاب صادر من أحد المتعاقدين وقبول من متعاقد آخر، ويكون الإيجاب مطابقاً بالقبول لإحداث أثر قانوني، وأن تتوافر فيه العناصر الجوهرية لإتمام العقد. وفي هذا المبحث سوف نتحدث عن الإيجاب والقبول وشروطهما، ونبين خصائص كل من الإيجاب والقبول، وطرق التعبير عنهما.

المطلب الأول: مفهوم الإيجاب وشروطه (Offer)

إن الإيجاب في اللغة العربية: هو (الإلزام، يقال: وجب البيع يجب وجوباً وواجبه، أي: لزم والزمه).⁵⁹⁵

أما اصطلاحاً: فقد ذهب الحنفية إلى أن الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين والقبول ما صدر ثانياً من المتعاقد الآخر وذلك لأنه قبول ورضا بما أثبتته الأول.⁵⁹⁶ أما جمهور المالكية والشافعية والحنابلة، فقد ذهبوا إلى أن الإيجاب هو ما صدر من المملك (البائع أو المؤجر) والقبول ما صدر من الممتلك (المشتري) سواء صدر أولاً أم ثانياً.⁵⁹⁷

أما القانون (فقد أخذ بمذهب الحنفية واعتبر ما صدر أولاً عن أحد العاقدین إيجاباً، وما صدر عن العاقد الثاني قبولاً، بغض النظر عن الشخص).⁵⁹⁸ وعرفته مجلة الأحكام في المادة (101) الإيجاب بأنه (أول كلام يصدر من أحد العاقدین لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف).⁵⁹⁹ وهناك من يعرف الإيجاب بأنه تعبير عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه. ويتعين أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه حيث يتم العقد بمجرد أن يقترن به قبول مطابق.⁶⁰⁰ ويمكن التعبير عن الإيجاب بطرق عديدة منها البريد العادي، أو الهاتف، أو التلكس، أو عن طريق البريد الإلكتروني.

أ- شروط الإيجاب:

- 1- يجب أن يحتوي على العناصر الجوهرية التي لا ينعقد العقد بتخلفها.⁶⁰¹ مثل تحديد المبيع والتمن في عقد البيع، وينبغي أن يكون الإيجاب واضحاً وبناتاً لا رجعة فيه من جانب الموجب، فمجرد توافر العناصر الأساسية في الإيجاب وارتباط القبول به ينعقد العقد.
- 2- أن يكون الإيجاب موجهاً إلى شخص أو إلى أشخاص معينين، ويصدر الإيجاب إما مكتوباً وإما شفهيّاً ولا يمكن السكوت، لأنه هو الكلام الأول والسكوت هو العدم والعدم لا يترتب عليه أثر، لذلك يجب أن يدل التعبير الصريح أو الضمني على إرادة الموجب.⁶⁰²

1 علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، ط1، 2008، ص158.

2 عدنان التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، السعودية: دار المطبوعات الحديثة، ط2، 1413هـ، ص41.

3 عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، العقود الإلكترونية، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات: كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، 2003، ص2128.

4 محمد عقلة إبراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، الأردن: دار الضياء للنشر والتوزيع، ط1، 1986م، ص37.

5 علي حيدر، درر الحكام- شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، السعودية: دار عالم الكتب، 2003م، ص103.

6 نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، القاهرة: جامعة عين شمس- كلية الحقوق، 2007م، ص124.

7 رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، الكويت: مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، العدد4، السنة26، 2002، ص247.

8 أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة، القاهرة: دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، 2002م، ص66.

ب- سقوط الإيجاب: ذكرنا سابقاً أن الإيجاب لابد من توافر الشروط الأساسية وأن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، بمعنى إذا تلاقى الإيجاب والقبول تم إنشاء العقد، ولكن هناك حالات عديدة يسقط الإيجاب فيها وهي:

(1) سقوط الإيجاب بعدول الموجب عنه: لقد منح القانون الحق للموجب بالعدول عن الإيجاب طالما لم يرتبط به القبول.⁶⁰³

ويتم العدول عن الإيجاب إما صراحةً وذلك بإعلانه بإحدى الطرق التعبيرية، أو ضمناً كما لو قام المؤمن له لدى شركة التأمين بإخبارها بالحريق بعد أن أخبرها بعدم رغبته في تجديد العقد فهنا إخبار الشركة عن الحريق هو عدول ضمني عن الإيجاب الموجه إليها بعدم تجديد العقد طالما أن الشركة لم ترد عليه بالقبول.⁶⁰⁴

(2) رفض الموجب له الإيجاب: يسقط الإيجاب إذا رفضه الموجب له، ويسري هذا الحكم، سواء كان الإيجاب ملزماً للموجب، أم غير ملزم له لتجده عن هذا الميعاد.⁶⁰⁵ وهذا يعني أن الإيجاب يوجه إلى الموجب له فإن رفضه سقط الإيجاب.

(ج) سقوط الإيجاب لسبب خارج عن إرادة الموجب: هناك حالات تكون خارج عن إرادة الموجب فيسقط الإيجاب وهي في حالة انتهاء مدة الإيجاب القائم الملزم، إذ بانقضاء هذه المدة يسقط الإيجاب مادام لم يقترب به القبول قبل انتهائها، كذلك إذا انقضى مجلس العقد دون قبول ولو لم يرجع الموجب في إيجابه.⁶⁰⁶

أما الإيجاب الإلكتروني: فإنه لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا من حيث وسيلة التعبير، لذلك يخضع الإيجاب الإلكتروني للقواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه ينفرد ببعض الأحكام الخاصة به، لأنه يتم عن بعد بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد ويتم بوسائل إلكترونية، وقد يكون الإيجاب التقليدي شفهيًا أو مكتوبًا، بينما الإيجاب الإلكتروني يتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية مثل: الهاتف، أو الفاكس، أو البريد الإلكتروني، أو الموقع الإلكتروني على الشبكة.

ويعرف الإيجاب الإلكتروني: بأنه (التعبير الأول عن إرادة التعاقد يصدر من الموجب متضمناً عزمه النهائي على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له).⁶⁰⁷ ويرى بعضهم أن الإيجاب الإلكتروني يكون بين الموجب والقابل لا يجمعهم مجلس واحد، حيث يكون كل طرف في مكان معين أو دولتين مختلفتين.⁶⁰⁸

وعرف التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، الإيجاب بأنه "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة حتى يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرةً ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان".⁶⁰⁹

كذلك عرفته اتفاقية فيينا الموقعة عام 1980م بشأن البيع الدولي للبضائع في المادة (14)، والتي نصت على أن الإيجاب "يكون محدداً بشكل كافٍ إذا تعينت فيه البضائع محل البيع وتحددت كميتها وقيمتها صراحةً أو ضمناً، أو إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب".

9 نفس المصدر، ص 69.

10 عبد القادر الفار، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني الأردني، عمان: مكتبة دار الثقافة، ط 1، 1996م، ص 51.

11 عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة- دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، القاهرة: دار السلام، 1984م، ص 134.

12 عبد الرحمن عباد، أساس الالتزام العقدي، الإسكندرية: مؤسسة الثقافة الاجتماعية، ط 1، 1971م، ص 249.

13 إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث منشور ضمن بحوث المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، الإمارات: أكاديمية شرطة دبي، 2003م، ص 39.

14 انظر: المادة (5) من التوجيه الأوروبي الصادر في يونيو 2000م. انظر: الموقع الإلكتروني: www.Europa.eu.int

15 محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا 1980م، مجلة الحقوق، الكويت: مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت، 1994م، العدد 3، السنة 18، ص 117 وما بعدها.

إن الإيجاب الإلكتروني مادام يتم بين غائبين لا يجمعهم مجلس العقد، فلا بد في مجلس العقد أن يراعي القواعد الخاصة بالإيجاب في البيع عن بعد، حيث يتضمن هذا الإيجاب بعض البيانات عن مقدم السلعة أو الخدمة كذكر اسم المشروع وعنوانه وأرقام هواتفه، كما ينبغي على الموجب أن يعلن العميل بمميزات السلعة أو الخدمة وكمياتها وثمنها ومصاريف تسليمها.⁶¹⁰

وهناك تشريعات عديدة بينت التعبير عن الإيجاب عبر الإنترنت، ففي القانون الإماراتي في المادة (13) بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، تنص على أنه "لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية".⁶¹¹

وفي القانون التونسي في المادة (1) بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، تنص على أنه "يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني، وصحتها، وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".⁶¹²

ويرى جانب من الفقه أن الإيجاب في العقد الإلكتروني هو (تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد حتى يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة).⁶¹³

ومن شروط الإيجاب الإلكتروني:

- 1- أن يكون موجهاً إلى شخص محدد أو مجموعة من الأشخاص عبر شبكة الإنترنت، ولا بد من تحديد الموجب والقابل عند الاتفاق على العقد، لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد.⁶¹⁴
- 2- إن تتوفر العناصر الجوهرية في العقد وهي بيان الثمن بوضوح ووصف المنتج وصفاً دقيقاً، وأن يكون الإيجاب الإلكتروني إيجاباً واضحاً ومحددًا وبناتاً، فإذا تخلف في الإيجاب أحد العناصر الجوهرية للعقد فلا يعد ذلك إيجاباً وإنما مجرد دعوى إلى التعاقد.
- 3- إن الإيجاب التقليدي يستطيع التعبير عن الإيجاب، فهو إما أن يكون مكتوباً وإما أن يكون شفهيًا، بينما الإيجاب الإلكتروني لا بد من التعبير عن الإيجاب بطريقة شبكة اتصالات دولية كالهاتف، أو الفاكس، أو البريد الإلكتروني.⁶¹⁵

خصائص الإيجاب الإلكتروني:

يخضع الإيجاب الإلكتروني للقواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته باعتباره يتم عبر شبكة إلكترونية، ويختص الإيجاب الإلكتروني بعدة خصائص أهمها:

- 1- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد: أن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد، ومن ثم فإن الإيجاب الإلكتروني ينتمي أيضاً إلى طائفة التعاقد عن بعد، لذلك فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك التي تفرض على التاجر أو المتعاقد

16 فريد عبد المعز فرج، التعاقد بالإنترنت، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، مصر: كلية الشريعة والقانون بدمهور، د.ت، ص475.

17 القانون الإماراتي رقم (2) لسنة 2002م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية، العدد 277، السنة 36، في 16 فبراير 2002م، دبي- الإمارات العربية المتحدة.

18 القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000م بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية. / راجع: نصوص القانون على الموقع

<http://www.shaimaaatalla.com/vb/showthread.php?t=1264&page=1>

19 محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديد، 2003، ص67.

20 محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، القاهرة: كلية الحقوق- جامعة عين شمس، 2005م، ص130.

21 أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2005م، ص165.

المهني التزامات وواجباته تجاه المستهلك الإلكتروني كتحديد هوية البائع وعنوانه، وتحديد الثمن وخصائص المنتج، والخدمات المعروضة، وأوصافها، ووسائل الدفع أو السداد، طريقة التسليم، ومدة الضمان.⁶¹⁶

2- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني: يقصد بالوسيط الإلكتروني هو مقدم خدمة الإنترنت، فهو يتم عن طريق الشبكة الدولية باستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وقد يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت، وهناك أشخاص آخرون يشاركون في تقديم خدمة الإنترنت، حيث يتدخلون في الاتصالات ويساهم كل منهم بدوره في إتمام هذه الخدمة.⁶¹⁷

فالإيجاب في العقد الإلكتروني دائماً يكون موجهاً إلى الجمهور، وأنه يشابه مع التلفزيون من حيث عدم وجود الدعامة الورقية، إلا أنه يمتاز الإيجاب الإلكتروني بالديمومة وأكثر من العرض التلفزيوني من حيث وقت الرسالة المعروضة عليه.⁶¹⁸

3- يتصف الإيجاب الإلكتروني بالانفتاح والدولية، حيث يكون الإيجاب متاحاً لجميع الأشخاص ممن يرغبون في التعاقد، لذلك لا يتقيد بمنطقة جغرافية محددة ولهذا يتميز الإيجاب الإلكتروني بأنه إيجاباً دولياً فضلاً عن أنه إيجاباً محلياً، ومن ثم فإن الصفة الدولية التي يتمتع بها الإيجاب الإلكتروني لا تقيد بحدود الدول والتي يكون موجهاً إلى جميع زائري الموقع في مختلف دول العالم، ومع ذلك يجوز تحديد مكان الإيجاب وتنفيذ العقد وتسليم المبيع.⁶¹⁹

لغة الإيجاب الإلكتروني: ذكرنا في السابق أن الإيجاب الإلكتروني يتصف بالدولية والانفتاح على جميع أنحاء العالم، وأن استخدام الإنترنت غير محدد على فئة معينة أو لغة معينة، وشبكة الإنترنت ليست لها لغة واحدة وإنما تخاطب جميع الناس بلغات متعددة، ونرى مواقع كثيرة مترجمة صفحاتها إلى أكثر من لغة لكي يستطيع أكبر عدد من الأشخاص الدخول إلى مواقعها وتصفح الموقع. والمثال على ذلك: شبكة (CNN) حيث نجد أن موقعها على الشبكة منشوراً بعدة لغات، ولذلك نستطيع أن نتصفح موقعها بلغات عديدة مثل: (CNN Arabic.com) و (CNN International.com) وغيرها.⁶²⁰

ولكن هناك بعض المواقع تعتمد اعتماداً كبيراً على اللغة الإنكليزية، والتي عادة ما توضع بها البرامج المعلوماتية والتي تكون متصلة بالإنترنت، ومن ثم يصعب على المستخدم الذي لا يعرف اللغة الإنكليزية فهم أو قراءة المعلومات التي توجد في الموقع بوصفها مصطلحات فنية وقانونية، حتى الآن لم تتوحد اللغة الواجب تطبيقها في الإيجاب الإلكتروني عبر الإنترنت. ومن هنا يثور التساؤل عن اللغة الواجب استخدامها في الإيجاب الإلكتروني؟ للإجابة عن ذلك نشير إلى ما ورد في التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك الصادر في 21/ مايو/ 1992م، حيث تضمن أنه إذا استجاب مستهلك فرنسي للإعلان في صحيفة ناطقة باللغة الإنكليزية أو برنامج دعائي تلفزيوني صادر بالألمانية، فلا يجوز له أن يتوقع تلقي جميع المعلومات بلغته الوطنية، ولا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائقاً أمام العقود العابرة للحدود.⁶²¹ كذلك من الفقرة (8) من النص الأوروبي الموحد، الذي اعتمدته لجنة الوساطة الأوروبية بتاريخ 27/ 11/ 1996م، عندما نصت على أن اللغة المستخدمة في التعاقد بوسائل الاتصال عن بعد تعد أمراً ذا شأن في دول الاتحاد الأوروبي.⁶²²

22 إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث منشور ضمن بحوث المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، الإمارات: أكاديمية شرطة دبي، 2003، ص42.

23 محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الإنترنت، القاهرة: دار النهضة العربية، 2002م، ص18.

24 محمود عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، القاهرة: مطبعة النسر الذهبي، 2000م، ص53.

25 فايز عبد الله الكندري، التعاقد عبر شبكة الإنترنت في القانون الكويتي، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات: كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، 2003م، ص605.

26 عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الإنترنت، الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، 2007م، ص132.

27 سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، رسالة دكتوراه، مصر: جامعة القاهرة، 2005م، ص114.

28 مهند عزمي أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مصر: جامعة عين شمس، د.ت، ص60.

ويرى الباحث أن التعاقد عبر الإنترنت الذي يكون بين طرفين غائبين يجهل كل طرف هوية الآخر، ونجد بعض المواقع تكون صفحاتها بلغة واحدة لا يستطيع المستهلك أن يفهمها أو يترجمها، فضلاً عن أن كثيراً من الناس يتخوفون من التعاقد عبر الإنترنت باعتباره يتم بين طرفين غائبين لا يجمعهم مجلس واحد، فالثقة وعدم الضمان تغلب على مثل هذه التعاقدات.

طرق الإيجاب الإلكتروني

يتميز الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي من حيث الوسيلة، فالإيجاب الإلكتروني يتم عبر شبكة الإنترنت بطرق عديدة من الوسائل الإلكترونية وهي:

1- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني: وهذا الإيجاب قد يكون محدد لشخص معين أو لعدة أشخاص محددين، فإذا كانت السلعة أو الخدمة قد تم عبر البريد الإلكتروني، حتى يقوم الموجب بإرسال إيجابه إلى شخص معين بواسطة البريد الإلكتروني، وبمجرد قام المرسل إليه بفتح بريده الإلكتروني ووجد رسالة البيانات ومستوفية جميع العناصر الجوهرية فيستطيع المرسل إليه الراغب في التعاقد القبول أو الرفض. فالإيجاب عبر المراسلة يبقى قائماً طوال الفترة إذا كانت المدة محددة، أما إذا كان غير محدد المدة فيأخذ بحسب طبيعة الإيجاب وموضوعه والأعراف المتداولة لهذا الإيجاب.⁶²³

2- الإيجاب عبر شبكة المواقع: هذا الإيجاب يكون موجهاً إلى جميع زائري الموقع عبر صفحات الويب *web*، حيث يقوم صاحب الموقع بعرض السلع والخدمات على الويب مع تحديد ثمن المبيعات وأوصافها، ويعتبر الإعلان عن السلع أو الخدمات عبر شبكة المواقع إيجاباً من الموجب. وفي حالة حدوث تراحم بين الراغبين في الشراء باعتباره موجهاً لجميع الأشخاص، فتكون الأولوية للوصول إلى علم الموجب، بمعنى في حالة تراحم الأشخاص لشراء سلعة أو خدمة معينة عبر الموقع يعطى الأولوية عند وصول علم الموجب بالقبول من الطرف الآخر.⁶²⁴

3- الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة: إذا كان الإيجاب عبر شبكة الإنترنت تم بالمحادثة أو المشاهدة وهذا قريب إلى الهاتف أو التلفزيون المرئي، فإن الموجب هو من بدأ بالعرض، وهنا تنطبق عليه القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين من حيث الزمن، باعتبار الإيجاب بالكلام أو الكتابة أو المشاهدة في وقت واحد، ويبقى الاختلاف من حيث المكان لا يجمعهم مجلس عقد واحد. ويحق للموجب أن يستمر أو يتراجع عن إيجابه خلال مجلس التعاقد بشرط عدم إقترانه بالقبول، ويحق للطرفين أن يتراجعا عن العقد طالما المحادثة أو المشاهدة مستمرة.⁶²⁵

وقد أثارَت مشكلة تحديد الإيجاب عبر الإنترنت التي تتم بوسائل عديدة كما ذكرناه سابقاً، بخصوص عرض السلع أو الخدمات عبر الإنترنت، والتساؤل الذي أثير: هل يعتبر إيجاباً أو دعوة للتعاقد؟ فقد تعددت الآراء حول هذه المسألة وانقسم إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أن عرض السلعة أو الخدمة عبر الإنترنت الذي يكون موجهاً للجمهور، لا يعتبر إيجاباً وإنما دعوة إلى التعاقد، والسبب في ذلك عدم تعيين الشخص المقصود بالإيجاب، وهذا النوع من العرض يحمل المستهلك ضغطاً معنوياً وتحريضه على شراء سلعة غير ضرورية.⁶²⁶

29 العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص72.

30 توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزامات في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، بيروت: الدار الجامعية، ط1، 1991م، ص73.

31 الناصر، العقود الإلكترونية، المصدر السابق، ص2129.

32 محمد شاهين الخطيب، التعبير عن الرضا في عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، بحث منشور ضمن بحوث مؤتمر عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، الأردن: جامعة اليرموك، 2002م، ص14.

الاتجاه الثاني: يرى أن الإيجاب الموجّه إلى الجمهور عبر الإنترنت يعتبر إيجاباً وليس دعوة للتعاقد طالما توافرة العناصر الجوهرية في العقد المراد إبرامه كتحديد الثمن والسلعة وغيرها، وفي حالة عدم توفر هذه العناصر في العقد لا يعتبر إيجاباً وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد.⁶²⁷ ولكن هناك عقوداً لا يعتبر إيجاباً حتى ولو تضمنت جميع العناصر الجوهرية لإبرام العقد، كعقد العمل وعقد الوكالة وعقد العارية.⁶²⁸

ومن هذا المنطلق، يرى الباحث أنه لا بد من التفرقة بين نوعين من الإيجاب في التعاقد عبر الإنترنت وهو الإيجاب العام الموجّه لجميع الأشخاص عبر الإنترنت، وبين الإيجاب الخاص الذي يتم بين الموجب والطرف الآخر المحدد، أن الإيجاب الموجه للجمهور كافةً يعتبر إيجاباً لأنه من المؤكد أن التاجر الذي يعرض أي سلعة أو خدمة هو راغب في بيعها، وسوف تتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، أما الذي تتم بين طرفين فإنه يعد دعوة للتعاقد وليس إيجاباً باعتبار أن نوعية هذا التعاقد تحتاج إلى فترة طويلة للاتفاق بين الطرفين من حيث تحديد الثمن والسلعة ويحتاج إلى مناقشات وتفاوضات قبل انعقاد العقد.

المطلب الثاني: مفهوم القبول وشروطه (Acceptance)

القبول لغةً: (يقال: قبلت العقد قبله من باب تعب، وقبلت القول صدقته).⁶²⁹

أما القبول بصفة عامة: هو تعبير باتّ عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، لإبرام العقد بالشروط الواردة في الإيجاب.⁶³⁰ وبعضهم عرفه بأنه الإرادة الثانية في العقد، وهو التصرف الذي بمقتضاه يعلن الطرف الثاني (الموجب له) إرادته بالموافقة على إبرام العقد، وفقاً للإيجاب الذي وجّه إليه، وينبغي أن يكون القبول مطابقاً مع الإيجاب تماماً.⁶³¹

ويرى بعضهم بأن قبول العرض يعني موافقة القابل على جميع شروط العرض، وفقاً لما تم الاتفاق عليه من قبل الطرفين.⁶³² وعرفت مجلة الأحكام في المادة (102) القبول بأنه (ثاني كلام من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد).⁶³³

فالقبول هو التصرف الثاني الذي بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة على إبرام العقد، حيث يعلن صراحةً أو ضمناً بالموافقة على ما تم توجيهه إليه.⁶³⁴ وعرفة اتفاقية فيينا سنة 1980م في المادة (1/18) بأنه "يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب".⁶³⁵

شروط القبول: لا تختلف شروط القبول الإلكتروني عن القبول التقليدي إلا من حيث الطريقة التي تتم بها، حيث إن القبول الإلكتروني يتم عبر شبكة دولية، ومن هذه الشروط هي:

- 33 أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية المنازعات، بحث منشور ضمن بحوث المؤتمر العلمي حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، الإمارات: مركز البحوث والدراسات باكاديمية شرطة دبي، 2003م، ص7.
- 34 محمد ليبب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، القاهرة: أكاديمية الشرطة، ط3، 1999م، ص109.
- 35 أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، بيروت: مكتبة لبنان، 1987، ص186.
- 36 عباس زبون عبيد العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفورية وحجيتها في الإثبات المدني- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، العراق: كلية القانون- جامعة بغداد، 1994م، ص107.
- 37 حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000م، ص61.
- Catherine Elliott, and Frances Quinn, Contract Law, Longman, Fourth Edition England 2003, p18.38
- 39 علي حيدر، درر الحكام- شرح مجلة الأحكام، السعودية: دار عالم الكتب، 2003م، ص104.
- 40 الشلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، القاهرة: دار النهضة العربية، 2005م، ص96.
- 41 محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا 1980م، المصدر السابق، ص129.

1- أن يصدر القبول والإيجاب وهو مازال قائماً: بمعنى أن يصدر الإيجاب والقبول في مجلس العقد، وأن يكون هذا المجلس مازال قائماً، فإذا صدر بعد انقضاء مجلس العقد يعتبر إيجاباً جديداً ويحتاج إلى قبول، وقد يكون اجتماع المتعاقدين في مجلس حقيقي يكون فيه الطرفان حاضرين في مجلس واحد، وقد يكون حكمي كل طرف يكون في مكان آخر كالتعاقد بالهاتف، أو التلكس، أو عبر البريد الإلكتروني، أو شبكة المواقع، أو المحادثة عبر الإنترنت.⁶³⁶

2- أن يكون القبول مطابقاً تماماً مع الإيجاب: ويقصد بكلمة "مطابقاً" أن تكون هذه المطابقة تامة بدون زيادة أو نقصان كما ورد في الإيجاب، وأن يكون مطابقاً لجميع الشروط الأساسية أو الثانوية حتى لو كان من بين الأمور ما هو ثانوي، وفي حالة وقع خلاف بين الموجب والموجب له بأن زادت فيه أو نقصت منه، فإن تلك الإرادة لا تعتبر متضمنة قبولاً للإيجاب وإنما تعتبر رفضاً له متضمنة إيجاباً جديداً.⁶³⁷

3- يجب أن يكون القبول حرّاً: بمعنى أن الموجب له حرية القبول أو الرفض لعرض، كما يمكن للموجه إليه الإيجاب أن يدعه يسقط، وبدون ذكر السبب، لأن العقد لا يلزمه تعبير رضاه، ومن خلال ذلك لا يمكن أن يكون الموجب له مكرهاً على القبول، لأن هذا ينقض جوهر العقد.⁶³⁸

وقد اختلف الآراء حول ذلك، فهناك رأيان وهي:

الرأي الأول: يستطيع الموجب له أن يتراخى عن الإيجاب إلى الوقت الذي ينقض فيه مجلس العقد، فمن وجه إليه الإيجاب يكون له حرية الاختيار، أما القبول فوراً أو أن يترث ليتأمل بشروط العقد، فأما أن يرفضه أو يقبله وهذا الخيار يسمى (بختيار القبول).⁶³⁹

الرأي الثاني: ذهب إلى رفض خيار القبول، ويستوجب على الموجب له أن يصدر القبول فوراً حتى ينعقد العقد، أو على الأكثر ألا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول، والسبب في ذلك حتى يكون الإيجاب والقبول متلاقيين من غير تراخ بينهما.⁶⁴⁰

أما القبول الإلكتروني: فهو قبول يتم عن بعد عبر شبكة الاتصالات الدولية من خلال شبكة الإنترنت، وبناءً عليه فهو لا يختلف عن القبول التقليدي إلا من حيث التعبير عن الإرادة، حيث يتم القبول الإلكتروني عبر وسائط إلكترونية مختلفة.

لذلك يخضع للقواعد والأحكام العامة ذاتها التي تنظم القبول التقليدي إلا أنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به، والتي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية حاله حال الإيجاب. ويقصد بالقبول الإلكتروني: (التعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقى الإيجاب يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب).⁶⁴¹

وهناك تشريعات عديدة عرفت القبول الإلكتروني، ففي القانون الإماراتي، نصت المادة (6) الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه لا يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل الرسائل بشكل إلكتروني، إلا أنه يجوز أن يستنتج الموافقة من سلوكه الإيجابي.⁶⁴²

42 محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، ط3، 1978م، ص82 وما بعدها.

43 يزيد أنيس نصير، التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، الكويت: مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت، 2003م، عدد4، سنة27، ص99.

44 عبد الفناح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، القاهرة: دار السلام، 1984م، ص143.

45 عبد الناصر توفيق العطار، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، القاهرة: مطبعة السعادة، 1976م، ص138 وما بعدها.

46 محمود عبد الحميد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة، بيروت: المكتبة الحديثة، 1988م، ص48 وما بعدها.

47 خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2006م، ص67.

48 القانون الإماراتي رقم (2) لسنة 2002م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.

أما القانون الأردني، فنصت المادة (13) الخاص بالمعاملات الإلكترونية على جواز اعتبار الرسالة الإلكترونية من الوسائل التعبير عن الإرادة لإبداء الإيجاب أو القبول من أجل إبرام العقد، لذلك يمكن للقبول أن يتم عبر شبكة الإنترنت من خلال رسالة المعلومات.⁶⁴³

وعرف القانون التونسي، القبول بأنه (التعبير عن الإرادة للموجب الذي وجه للموجب له لإحداث أثر قانوني معين، فإذا قبل من وجه إليه هذا التعبير توافر القبول، وما يميز القبول الإلكتروني عن التقليدي، أنه يتم عبر وسائل إلكترونية).⁶⁴⁴

أما القانون البحريني، فقد أجاز التعبير عن الإرادة من خلال السجلات الإلكترونية، وبناءً عليه فإن إبرام العقد يمكن أن يتم عن طريق وسائل إلكترونية، وأن أي تعديل أو تغيير في الإرادة يمكن أن يتم بهذه الوسائل.⁶⁴⁵ كذلك نص قانون الأمم المتحدة النموذجي، على أنه يجوز استخدام الرسائل الإلكترونية للتعبير عن القبول، وأن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ في حالة استخدام الرسالة الإلكترونية لهذا الغرض.⁶⁴⁶ ومن خلال هذه التعريفات، يمكن القول بأن القبول الإلكتروني لا يشترط أن يكون في شكل معين، وإنما يمكن أن يكون عبر وسائط إلكترونية أو طرق تقليدية، ما لم يشترط الموجب أن يصدر في شكل معين. ويعرف الباحث القبول الإلكتروني: بأنه هو الرغبة أو الموافقة على التعاقد مع من وجه إليه الإيجاب عبر شبكة الإنترنت، وبالشروط التي وضعها الموجب دون تعديل.

خصائص القبول الإلكتروني:

يخضع القبول الإلكتروني للقواعد العامة التي تحكم القبول التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية وذلك من خلال وجود وسيط إلكتروني يتم عبر الإنترنت، ويتميز القبول الإلكتروني بعدة خصائص أهمها:

1- يتم عن بعد عبر وسائط ودعائم إلكترونية، لذلك فهو يخضع للقواعد والأحكام العامة التي تنظم القبول التقليدي الذي لا يتم إلكترونيًا.

2- يتصف القبول الإلكتروني بأنه يمكن التعبير عن الإرادة بأي طريقة طالما كانت كافية للإفصاح عن القبول، ويتم أما عن طريق الهاتف، أو الفاكس، أو التللكس، أو البريد الإلكتروني.

3- يتميز القبول الإلكتروني باقترانه بعقد الإذعان، حيث تقل فرصة التفاوض والمساومة على شروط التعاقد، عندما يوجه الموجب الإيجاب إلى الطرف الآخر (الموجب له) مشتملة الشروط الجوهرية، فهناك القابل أما أن يقبله أو يرفضه دون تغيير في الشروط.⁶⁴⁷

طرق القبول الإلكتروني.

لقد نوهنا في السابق أن القبول لا يشترط شكلاً معيناً لكي ينعقد العقد، ورأينا من خلال التعريفات السابقة أنه يمكن أن ينعقد العقد بأي وسيلة من وسائل التعبير عن القبول الإلكتروني، ومن هذه الوسائل هي: البريد الإلكتروني، حيث يقوم القابل بالتعبير عن القبول

بكتابة رسالة من خلال الإيميل *E-Mail* وإرسالها إلى الموجب، كأنه يقول القابل للموجب عبر البريد الإلكتروني (موافق) أو (قبلت العرض)، ثم يضغط على الإيقونة للتأكيد على قبوله للعقد.⁶⁴⁸

49 القانون الأردني رقم (85) لسنة 2001م الخاص بالمعاملات الإلكترونية.

50 القانون التونسي، الفصلان: الأول، والثاني من قانون المعاملات الإلكترونية رقم (83) لسنة 2000م.

51 القانون البحريني المادة (10) من قانون المعاملات الإلكترونية رقم (28) لسنة 2002م.

www.gcc-legal.org/mojportalpublic/BrowseClassically

52 قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المادة (11) لسنة 1996م.

www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.

53 ابراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، المصدر السابق، ص 46 وما بعدها.

54 نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية- دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، الكويت: مجلس النشر العلمي، 2008م، عدد2، سنة 32، ص 190.

ويمكن أن يتم عن طريق المحادثة عبر شبكة الإنترنت *Chatting room* وهذا النوع من التعاقد يتم بين الطرفين، يستطيع كل منهما التحدث والمشاركة عبر شبكة الإنترنت، ويتيح للمتعاقدين فرصة رؤية كل منهما للآخر عبر الشبكة والتحدث معه عن طريق الكاميرا المزود بها بجهاز الكمبيوتر، ويرى بعضهم أن هذا النوع من التعاقد هو تعاقد بين حاضرين حكماً، وتطبق قواعد التعاقد بين الحاضرين.⁶⁴⁹

وقد يكون القبول الإلكتروني عن طريق إجبار بعض المواقع الإلكترونية لمن يتعامل معها بأن يحرر أمراً بالشراء على صفحة الويب، وقد يحتاج إلى تحرير أوامر كثيرة، فإذا قام العميل بتحرير هذه الأوامر، فإن ذلك يعد إقراراً منه بقبول التعاقد.⁶⁵⁰

وهناك نوع آخر من التعبير عن القبول الإلكتروني وهو الضغط على الأيقونة المعدة سلفاً للقبول، فالقبول بواسطة اللمس، أو الضغط على إيقونة القبول يعد صورة من صور التعبير عن الإرادة، يقوم القابل بالضغط على الإيقونة، ونجد في المواقع الإنجليزية عبارة *I agree* و *OK* التي تكون مخصصة للإعلان على الموافقة وبمجرد الضغط أو اللمس على الجهاز يؤدي إلى انعقاد العقد.⁶⁵¹ ولكن هذه الطريقة قد تثير مشاكل عديدة تهدد مثل هذا النوع من التعاقد، حيث تتضمن كثيراً من الأخطاء، كلمس الأيقونة على سبيل الخطأ دون النية في التعاقد أثناء استخدام جهاز الحاسوب، أو من خلال لهو الأطفال، أو إذا كان من الممكن التعرف على شخص الضاغطة أو الملامس، هل هو المتعاقد ذاته أم شخص آخر، ومن خلال ذلك تثير تساؤلاً هو ما مدى جواز التعبير عن الإرادة بالقبول بهذا التصرف؟ أي في حالة لمس الأيقونة بدون قصد تعاقدية أو بسبب خطأ غير مقصود، فهل يعد هذا التصرف قانونياً ويترتب عليه أثره القانوني؟

لقد اشترط الموجب في إيجابه أن يتم النقر مرتين *Double click* على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على شاشة الكمبيوتر، لغرض التأكد من صحة إجراء القبول، والتأكيد على موافقة القابل على التعاقد، وألا يتذرع الموجب له بأن النقرة الأولى كانت عن طريق الخطأ، كذلك لجأ الموجب إلى اتخاذ بعض الإجراءات قبل صدور القبول، بطرح أسئلة موجهة إلى القابل، مثل تحديد محل إقامته، أو كتابة بعض البيانات كرقم الائتمان ونوعه، للتأكيد على موافقة القابل على التعاقد، وبناءً عليه فإن النقرة مرة واحدة لا ترتب أثراً بخصوص انعقاد العقد، ولا يعد قبولاً صحيحاً.⁶⁵²

ويرى الباحث أنه من الضروري القيام بالإجراءات الاحترازية من قبل الموجب، كاشتراط القابل أن يتم النقر مرتين على الأيقونة أو طرح أسئلة عديدة على القابل، حتى يسهل للموجب إثبات صدور التعبير من خلال المعلومات التي يحصل عليها من خلال أجوبة القابل، وكذلك حتى لا يتذرع القابل بأنه جاءت عن طريق الخطأ أو السهو، وأن هذه الإجراءات يؤكد موافقة القابل على التعاقد هذا من جهة. ومن جهة أخرى، ترى الباحثة على المشرع أن يضع نصوص صريحة وواضحة في مسألة التعبير عن القبول من خلال النقر أو اللمس، من أجل اطمئنان المتعاقد بأن هذه الطريقة محسومة بنصوص قانونية صريحة ولا تكون خاضعة كلياً للسلطة التقديرية للقاضي، ويكون للمتعاقد الرؤية الواضحة والكافية عند استخدام هذه الطريقة.

وقد اختلفت الآراء حول مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني، فهل يعد السكوت قبولاً؟ المبدأ العام، السكوت لا يصلح أن يكون تعبيراً عن الإرادة لا إيجاباً ولا قبولاً، فالسكوت وضع سلبى لا يعني مفهوماً معيناً.⁶⁵³ وبناءً عليه فالسكوت لا يعتد به بوصفه تعبيراً عن الإرادة سواء الإيجاب أو القبول، وأن القابل حر أما أن يقبله أو يرفضه، ولكن بالإمكان التعبير عن الرفض بالطرق التعبيرية التي نوهنا إليها سابقاً وليس التعبير بالسكوت، لأنه مجرد من أي ظرف ملابس له لا يصلح أن يكون تعبيراً عن الإرادة.

55 أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص90.

56 أسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000م، ص10 وما بعدها.

57 حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000م، ص37 وما بعدها.

58 إبراهيم الدسوقي ابو الليل، إبرام العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية، المصدر السابق، ص268.

59 جلال علي العدوي، أصول الالتزامات- مصادر الالتزام، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1997م، ص91.

وقد ذهب بعضهم، إلى رفض السكوت وعدم الاعتراف به بوصفه وسيلةً للتعبير عن الإرادة، والسبب إلى عدم الاعتراف به هو سهولة إرسال الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني إلى العملاء مما يؤدي إلى إغراق العميل بمئات العروض في لحظات قليلة مما يصعب عليه الرد بالرفض.⁶⁵⁴

وذهب الرأي الآخر، إلى أن السكوت يمكن أن يكون قبولاً في حالة أن يكون هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، وهذا ما نص عليه القانون الإماراتي، بمعنى قد سبق التعامل بين الطرفين من شأنه أن يجعل الموجب لا يتوقع تصريحاً بالقبول من الطرف المقابل، وتمثل هذه الحالة الأكثر شيوعاً بين هذه العقود، حيث يقوم الموجب بإرسال السلع عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق صفحات الويب دون انتظار الرد، وبعد مضي فترة ولم يحصل الموجب على الرد وبقي القابل على سكوته فإن هذا السكوت يعتبر قبولاً.⁶⁵⁵

ويرى الباحث أن السكوت لا يعتبر قبولاً في التعاقد الإلكتروني، فالعقود عن بعد هي من العقود التجارية التي تتصف بمبدأ الرضاية بين الطرفين، وينبغي كلا الطرفين التعبير عن هذا الرضا، وتعتبر هذه العقود من العقود الحديثة التي يتخوف كثير من الناس من التعامل بها، وأن يكون هذا القبول متطابقاً ومتوافقاً مع الإيجاب حتى ينتج أثره، وبالتالي لتفادي الخلاف والنزاع لابد من الإفصاح عنه صراحةً بأي وسيلة تعبير باستثناء السكوت، لأن الإيجاب تصرف إيجابي والسكوت تصرف سلبي لا يبين الرأي الثاني من التعبير للقبول.

لقد قضت اتفاقية فيينا لعام 1980م في المادة (1/18) بأن "السكوت أو عدم القيام بأي تصرف لا يعتبر أي منهما في ذاته قبولاً".⁶⁵⁶

أما القانون الإماراتي، في المادة (6) الفقرة الثالثة تنص على أن "استثناء من أحكام الفقرة (1) السابقة، يجب أن يكون صريحاً قبول الحكومة بالتعامل الإلكتروني في المعاملات التي تكون طرفاً فيها".⁶⁵⁷

والقانون المصري قد وضع استثناءً لهذه القاعدة، فقد يعتبر السكوت قبولاً، وذلك في بعض الحالات التي قد يقترب فيها بظروف معينة، حيث نصت المادة (98) من القانون المدني المصري على أنه "1) إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. 2) ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه".⁶⁵⁸

المبحث الثاني: مجلس العقد الإلكتروني.

يعد مجلس العقد من المواضيع المهمة في العقد، وذلك لأن العقد لا يتم إلا من خلاله وله أهمية كبرى لحماية المتعاقدين أثناء تكوين العقد.⁶⁵⁹

إن مجلس العقد فكرة إسلامية تتميز بالدقة والاتقان، وهي تعتبر المرحلة الأهم في تكوين العقد بعد مرحلة التفاوض، وظهرت أهمية مجلس العقد بعد انتشار وسائل الاتصال الحديثة والتي عن طريقها أصبح لا حاجة إلى حضور المتعاقدين في مجلس واحد، حيث عُرفت نوعين من المجلس الحقيقي والحكمي، ولا يختلف مجلس العقد الإلكتروني عن مجلس العقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي

60 محمد إبراهيم أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، القاهرة: جامعة الدول العربية- قسم الدراسات القانونية، 2004م، ص 51 وما بعدها.

61 محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، القاهرة: دار النهضة العربية، 2004م، ص 59.

62 طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، 2005م، ص 374.

63 ووفقاً لمادة (1/6) تنص على أنه " ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني، إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي"، راجع: قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي رقم (2) لسنة 2002م.

64 انظر: القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.

65 جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001م، ص 9.

يتم بها وهي عبر شبكة الاتصالات الدولية. وفي هذا البحث سوف نقسمه إلى مطلبين نبين فيها مجلس العقد وأنواعه، وتحديد زمان ومكان انعقاد العقد.

المطلب الأول: تعريف مجلس العقد الإلكتروني وأنواعه *The Session of E-Contract*

يعرف مجلس العقد في اللغة: بكسر اللام- موضع أو مكان الجلوس، والمجلس هو كل موضع يقعد فيه الإنسان،⁶⁶⁰ قال تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا قيل لكم تفسحوا في المجالس فأفسحوا يفسح الله لكم﴾.⁶⁶¹ والمجلس مشتق من جلس ومنها جاءت كلمة الجلسة، والجلسة هي الجلوس لفترة من الوقت، يجلس فيها جماعة للنظر في شؤون معينة، وقد تكون مغلقة مقتصرة على أعضائها، وقد تكون مفتوحة لجميع الناس.⁶⁶²

أما اصطلاحاً: فالمجلس هو (اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان، حيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلها عنه شاغل....)،⁶⁶³ بمعنى هو المكان الذي يرتبط الإيجاب بالقبول لإحداث الأثر.

وقد عرفت مجلة الأحكام في المادة (181) مجلس العقد بأنه (الاجتماع الواقع لعقد البيع).⁶⁶⁴

وهناك من يرى مجلس العقد الإلكتروني بأنه (مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد).⁶⁶⁵

ويعرف السنهاوري مجلس العقد هو (المكان الذي يضم المتعاقدين، وليس الملحوظ فيه المعنى المادي للمكان بل الملحوظ فيه هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان مشغولين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل).⁶⁶⁶ ويعرف الباحثة مجلس العقد الإلكتروني: المكان الذي يجمع الطرفين من حيث الزمان ولا يجمعهم من حيث المكان، والذي تفصل فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به.

أنواع مجلس العقد: هناك نوعين من المجلس، المجلس الحقيقي والمجلس الحكمي.

المجلس العقد الحقيقي: هو المكان الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد، ويكون الطرفان على اتصال مباشر حيث يسمع كل طرف كلام الآخر مباشرة، ويبدأ مجلس العقد بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد أما بالقبول أو الرفض أو بانفضاضه دون رد.⁶⁶⁷

أما مجلس العقد الحكمي: يكون أحد المتعاقدين غائباً عن مكان مجلس العقد، بمعنى أن يتم التعاقد بين طرفين دون حضور الأطراف في مجلس واحد، ويكون صدور القبول فترة زمنية وهي المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب، لأن هذا النوع من التعاقد أما أن يتم عن طريق البريد الإلكتروني أو الفاكس أو عن طريق الإنترنت.⁶⁶⁸ وبالتالي يكون معيار التمييز في التعاقد بين الحاضرين والغائبين، هو الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب بالقبول، ففي التعاقد بين الحاضرين يختفي الفاصل الزمني، بينما في حالة

660 أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، باب الجيم، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، د.ت، ج1، ص114.
661 سورة المجادلة، الآية رقم (11).

662 المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مصر: مطابع دار المعارف، ط2، 1972م، ج2، ص130.

663 وائل حمدي أحمد، الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مصر: دار الفكر والقانون، ط1، 2010م، ص133.

664 علي حيدر، درر الحكام- شرح مجلة الأحكام، المصدر السابق، ص153.

665 الوثائق عطا الله المنان أحمد، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني والصيرفة الإلكترونية في القانون السوداني، الخرطوم: الزيتونة للطباعة، 2008م، ص76.

666 عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- مصادر الالتزام، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م، ص311.

667 خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، الإسكندرية: الدار الجامعية، 2008م، ص84.

668 تاج السر محمد حامد، الوجيز في أحكام العقود والإرادة المنفردة- دراسة مقارنة، السودان: دار النهضة العربية ومركز شريح القاضي، 2008م، ص28 وما بعدها.

التعاقد بين الغائبين يوجد فاصل زمني. ومجلس العقد الإلكتروني عبر الإنترنت، هل يأخذ صورة التعاقد بين الحاضرين وتسري عليه أحكام مجلس العقد الحقيقي، أم يأخذ صورة التعاقد بين الغائبين وتسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي؟ تعددت الآراء بخصوص مجلس العقد الإلكتروني إذا كان حقيقياً أم حكمياً:

الرأي الأول: يرى بعض الفقهاء أن التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت هو تعاقد بين حاضرين، حيث يكون الطرفان على اتصال مباشر فيما بينهم، ولا يكون هناك فاصل زمني بين صدور القبول والعلم به في التعاقد.⁶⁶⁹

ويرى هذا الاتجاه أن التعاقد الإلكتروني ليس تعاقد بين غائبين، قد يتم بالكتابة مثل برنامج الحوار *chat*، أو بالصوت مثل *ox-wire*، أو قد يكون صوتاً وصورةً معاً كون جهاز الحاسوب، مزوداً بالكاميرا والميكروفون مثل برنامج *Multi-Media*، مما يصعب اعتباره تعاقد إلكتروني، لأن أطراف التعاقد يكونون على اتصال دائم عبر الإنترنت.⁶⁷⁰

الرأي الثاني: هناك اتجاه مضاد يرى أن التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت هو تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان، وذلك لعدم صدور الإيجاب والقبول في اللحظة نفسها، أي هناك فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب.⁶⁷¹

ويرى هذا الاتجاه أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين، لأنه يوجد فاصل زمني بينهما، وكذلك اختلاف المكان الذي لا يجمعهم في مجلس واحد، وبناءً عليه يعتبر التعاقد الإلكتروني عقدًا حكمياً يطبق عليه أحكام مجلس العقد الحكمي، وأن هذا التعاقد كمثلته مثل التعاقد التقليدي الذي يتم عن طريق الرسول إلا أنه يختلف من حيث الوسيلة والتي يتم عن طريق وسيط إلكتروني.⁶⁷²

الرأي الثالث: يرى هذا الاتجاه أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقد بين غائبين من حيث المكان، ويعتبر تعاقد بين حاضرين بسبب عدم وجود الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، أما من حيث المكان شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة، حيث ينعقد العقد في المكان الذي يوجد فيه الموجب وقت علمه بالقبول.⁶⁷³

ويرى بعضهم أن التعاقد الإلكتروني يأخذ حكم التعاقد بالتلفون، ويعتبر هذا النوع من التعاقد قد تم في مكان الموجب إذ فيه يعلم بالقبول مالم يتفق على غير ذلك، ويعتبر تاماً في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول.⁶⁷⁴

الرأي الرابع: يرى أن التعاقد الإلكتروني لا يمكن إعطاء وصف التعاقد بين غائبين، لأنه يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معاً، كما لا ينطبق عليه وصف التعاقد بين الحاضرين، لأن عملية الإيجاب والقبول لا تتم من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات التي لها فاصل زمني بين الإيجاب والقبول وإنما يكون من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية عبر الإنترنت.⁶⁷⁵

ويرى الباحث من الصعب الحكم مباشرة على التعاقد عبر الإنترنت بأنه تعاقد بين حاضرين أو بين غائبين، وذلك بسبب وجود وسائل اتصالات مختلفة يتضمنها الإنترنت كالكتابة، أو الصوت، أو الصوت والصورة معاً، وبناءً عليه يجب أن نفرق بين هذه الوسائل المستخدمة، فإذا استخدم الإنترنت بطريقة الصوت فقط، ففي هذه الحالة يعد تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان كالهاتف، وإذا استخدم بوصفه وسيلة للكتابة والمراسلة كالبريد الإلكتروني، ففي هذه الحالة لابد أن نفرق من حيث الفترة الزمنية، فإذا

75 عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2002م، ص49.

76 جابر عبد الهادي الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001م ص297.

77 بشار طلال المؤمني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، الاردن: عالم الكتب الحديث، 2004م، ص83.

78 إبراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة، القاهرة: دار الفكر الجامعي، 2005م، ص112.

79 أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، القاهرة: النسر الذهبي للطباعة، 2004م، ص58.

80 ممدوح محمد خيرى المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000م، ص19.

81 خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، الاسكندرية: الدار الجامعي، 2008م ص91.

كان هناك فترة زمنية بين الإيجاب والقبول فنكون أمام تعاقد بين غائبين، أما في حالة عدم وجود فترة زمنية (التبادل الفوري للرسائل) فنكون أمام تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، وإذا استخدم الإنترنت بطريقة الصوت والصورة معاً فهنا تختفي الفترة الزمنية، ويعتبر هذا التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، ولا يختلف عن التعاقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة.

المطلب الثاني: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

يقصد بزمان العقد: هو فترة أو مدة الانشغال بالتعاقد، أي هي مرحلة قبل التعاقد إلى مرحلة التعاقد التي تعد السبب المنشئ لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات من جانب طرفي العقد.⁶⁷⁶ ويتميز عقد التجارة الإلكترونية بعدم تواجد الأطراف وقت تبادل التعبير عن الإرادة، ويكون هناك فاصل زمني بين صدور الإيجاب والقبول. وأهمية تحديد زمان القبول الإلكتروني هو بيان الوقت الذي يترتب فيه آثار العقد.

ويعتبر تحديد زمان القبول من أهم المشاكل القانونية التي يثيرها التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، فلا بد من تحديد زمان انعقاد القبول، لتحديد القانون الواجب التطبيق، وتحديد المحكمة المختصة في حالة حدوث نزاع أثناء انعقاد العقد الإلكتروني.⁶⁷⁷

وهناك نوعان من التعاقد أما أن يتم بين طرفين حاضرين أو بين غائبين، فالتعاقد بين حاضرين، يجمعهم مجلس واحد، ويتم علم الموجب بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه القبول، أما التعاقد بين الغائبين، قد يكون التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني أو البرق أو الفاكس، حيث تقضي فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، وتعددت الآراء بخصوص تحديد زمان انعقاد القبول الإلكتروني إلى أربع نظريات باعتباره عقداً يتم بين طرفين غائبين:

1- نظرية إعلان القبول: يرى أنصار هذه النظرية أن بمجرد تحرير رسالة بيانات وإرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول أو بمجرد ضغط القابل على الأيقونة المخصصة للقبول هو الوقت الذي يتم فيه انعقاد العقد.⁶⁷⁸ ولكن الأخذ بهذه النظرية سوف يواجه صعوبة إثبات القبول، باعتبار الرسالة الإلكترونية التي حررها القابل ليس لها وجود إلا في حاسبه الخاص.⁶⁷⁹ وهذه النظرية أخذت بها الفقه الإسلامي لتحديد زمان انعقاد العقد، حيث يرى أن العقد بين غائبين يتم بإعلان القبول، ولا يشترط علم الموجب بالقبول.

2- نظرية تصدير القبول: يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن العقد لا ينعقد بمجرد إعلان القبول وإنما ينعقد في اللحظة التي يضغط فيها القابل على الأيقونة المخصصة للقبول، فالعبرة في هذه النظرية بتصدير القبول ومن ثم فإن لحظة القبول الإلكتروني هي تلك اللحظة التي يضغط فيها القابل على الأيقونة من أجل إرسال قبوله للموجب. ولكن بعض الفقهاء تخلى عن هذه النظرية وذلك لأنه في حالة حدوث خلل فني في جهاز الكمبيوتر، فإن الرسالة التي تتضمن القبول سوف تكون موجودة داخل جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل مما تعرقل انعقاد العقد.⁶⁸⁰

3- نظرية تسليم القبول: يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد بمجرد وصول القبول إلى الموجب، بمعنى القبول لا يكون نهائياً إلا إذا وصل إلى الموجب سواء علم الموجب أو لم يعلم به، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به.⁶⁸¹ وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت العلم به، واستلام القبول لا يعني علم الموجب به حتى ينتج أثره.⁶⁸²

82 أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2005م، ص225.

83 هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة، مصر: منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011م، ص201.

84 محمد حسن الرفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت- دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2007م، ص83.

85 أسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة: المصدر السابق، ص92.

86 محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، القاهرة: دار النهضة العربية، 2004م، ص65.

87 عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، القاهرة: دار النهضة العربية، 1990م، ص290.

88 أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2009م، ص51.

وقد أخذ بهذه النظرية كل من القانون الإماراتي رقم (2) لسنة 2002م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في المادة (17/ب)، والقانون الأردني رقم (85) لسنة 2001م بشأن المعاملات الإلكترونية في المادة (17)، والقانون الماليزي لسنة 1950م، واتفاقية فيينا سنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع في المادة (2/18) من الاتفاقية، وقانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996م في المادة (1/15) بشأن زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات.⁶⁸³

4- نظرية العلم بالقبول: يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن العقد ينعقد بمجرد علم الموجب بالقبول، وبناءً عليه فالعقد يعد مبرماً في الوقت الذي يعلم الموجب بالقبول. أما العقود الإلكترونية التي تتم عن طريق البريد الإلكتروني، فإن العقد ينعقد في وقت علم الموجب بالقبول، كأنه يفتح بريده الإلكتروني ويعلم برسالة القابل التي وافق فيها على ما تم توجيهه إليه.⁶⁸⁴ ولكن هذه النظرية تم انتقادها أيضاً وذلك لأن علم الموجب بالقبول ليس شرط انعقاد العقد بل هو شرط لزوم ونفاذ، بمعنى أن علم الموجب بالقبول سوف يلتزم بتنفيذ العقد ويطالب بحقوقه في مواجهة الطرف الآخر.⁶⁸⁵

وأخذ بهذه النظرية كل من، القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م في المادة (91) و(97)، والقانون التونسي رقم (83) لسنة 2000م بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية في المادة (28)، والقانون العراقي في المادة (87)، والقانون الكويتي في المادة (49)، والتوجيه الأوروبي رقم (31) لسنة 2000م بشأن التجارة الإلكترونية في المادة (5)، كذلك المشرع الإنجليزي، والفقه والقضاء في ألمانيا وسويسرا.⁶⁸⁶

وخلاصة لهذه النظريات الأربعة في تحديد زمان انعقاد العقد عبر شبكة الإنترنت، فالنظرية الأولى: تكون لحظة تحرير القابل الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول، أما النظرية الثانية: مجرد إرسال الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول، والنظرية الثالثة: هي لحظة دخول رسالة المعلومات إلى جهاز الإللكتروني للموجب، وأخيراً النظرية الرابعة: بمجرد علم الموجب بالقبول.

ويرى الباحث من خلال النظريات الأربعة، أن النظريتين الثانية والرابعة (تسليم القبول والعلم بالقبول) ممكن الأخذ بها لتحديد لحظة إبرام العقد، ولكن نظرية العلم بالقبول هي الأرجح لتحديد انعقاد العقد، وذلك لأن الأخذ بنظرية استلام القبول سوف لا ينتج أثره إلا من وقت العلم به، كذلك يستطيع الموجب أن يتذرع بعدم استلام القبول أو التباطؤ بالإجراءات مما يؤثر في الطرف الثاني (المستهلك)، فالأخذ بنظرية العلم بالقبول هو الأرجح في رأي الباحث، ومن المعروف أن ارتباط الإيجاب والقبول لا يتم إلا بعلم الموجب بالقبول، ويتم علم الموجب في التعاقد عبر الإنترنت عندما يفتح الموجب صندوق بريده الإلكتروني ويطلع على الرسالة المتضمنة للقبول، ففي هذه الحالة ينعقد العقد في اللحظة التي يعلم الموجب بالقبول.

مكان انعقاد العقد: ويقصد به الموضع أو الحيز الثابت أو المتحرك الذي يكون فيه الطرفان منشغلين بالتعاقد، فقد جاء في البدائع الصنائع (ولو تبايها وهما في سفينة ينعقد، سواء أكانت واقفة أو جارية).⁶⁸⁷ إن أهمية تحديد مكان العقد يسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في حالة وجود أي نزاع، وضرورة حماية المستهلك ومدى شرعية المحل المتعاقد عليه.

ولكن ترجع صعوبة تحديد مكان إبرام العقد باعتباره يتم عبر شبكة الإنترنت، قد يكون المتعاقدان متبايعين كل منهما في دولة مختلفة ويخضع كل منهما لقانون الدولة الموجود على أرضها، وبناءً عليه يثور تساؤل حول الأخذ بالمكان، هل المكان الذي يعلم الموجب

89 محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980م، المصدر السابق، ص 130 وما بعدها.

90 رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، المصدر السابق، ص 258.

91 نوري محمد خاطر، زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، بحث منشور ضمن بحوث مؤتمر القانون والحاسوب، الأردن: جامعة اليرموك، 2004م، ص 6.

92 عصام الدين القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، بحث منشور ضمن بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات: جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003م، هامش 2، ص 1617.

93 مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2010م، ص 394.

بالقبول، أو المكان الذي صدر فيه القبول؟ حددت بعض التشريعات العربية والأجنبية مكان إبرام العقد الإلكتروني: فالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية حدد مكان إبرام العقد وذلك في المادة (4/15) حيث قرر أن مكان إرسال الرسائل الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.⁶⁸⁸

وبناءً عليه فإن العقد الإلكتروني يكون قد إبرم في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وفي حالة وجود للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل، فإن مقر العمل هو مقر الذي أوثق علاقته بالمعاملة المعنية، أو بالمقر العمل الرئيس في حالة عدم وجود مثل تلك المعاملة. أما الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات، فقد نص على "اعتبار العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرماً في الوقت والمكان الذي تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولاً، بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض".⁶⁸⁹

كذلك المادة (5/17 ج) من القانون الإماراتي نصت على أن "مقر الإقامة المعتاد فيما يتعلق بالشخص الاعتباري يعني مقره الرئيس أو المقر الذي تأسس فيه".⁶⁹⁰ والقانون الأردني في المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية رقم (85) لسنة 2001م كان مطابقاً تماماً للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية. وفي القانون البحريني إضافة فقرة خاصة بالشخص الاعتباري فنصت المادة (15/3 ج) "يعتبر مقر إقامة الشخص الاعتباري هو المكان الذي أسس فيه".⁶⁹¹

كذلك تطرق القانون التونسي في المادة (28) بخصوص تحديد مكان إبرام العقد. وبعضهم ذهب إلى اعتبار مقر عمل الموجب ومحل إقامة المستهلك مكاناً لإبرام العقد الإلكتروني، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، علماً بأن قوانين حماية المستهلك تنص على أن عقود الاستهلاك الإلكترونية تعتبر قد أبرمت في محل إقامة المستهلك.⁶⁹²

ويرى الباحث بشأن تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، أن يكون مكان الطرف الأضعف، أي محل إقامة المستهلك بسبب قلة الخبرة لدى المستهلك مقارنة بالتاجر، فضلاً عن أن الشريعة الإسلامية دائماً تحت على الوضوح في التعامل مع الناس، للابتعاد عن الغرر والتنازع والخصام التي تنتج من هذه المعاملات.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث تم التوصل إلى العديد من النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

1- مجلس العقد نوعان حقيقي وحكمي، فالمجلس الحقيقي هو الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر، يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة بحيث لا ينصرف أيًا منهما عن التعاقد بشاغل، أما المجلس الحكمي أو الافتراضي فهو الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضراً فيه، وهو ما يكون غالباً عليه العقد الإلكتروني مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية الوسائل الإلكترونية المختلفة التي يتم انعقاد العقد من خلالها.

94 محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة: النسر الذهبي للطباعة، القاهرة: النسر الذهبي للطباعة، 2002م، ص 91.

95 راجع هذا النص على الموقع الآتي: www.manchawi.com/other/.mawlood.htm

96 القانون الإماراتي رقم (2) لسنة 2002م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.

97 القانون البحريني رقم (28) لسنة 2002م بشأن المعاملات الإلكترونية.

98 مصطفى أحمد عمرو، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة: دار النهضة العربية، 2008م، ص 143 وما بعدها.

2- تثار مشكلة صعوبة التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة في التعاقد عبر الإنترنت لعدم وجود التقاء فعلي حقيقي، وتعتبر نظرية الوضع الظاهر الحل الأفضل لهذه المشكلة، كما قد تساهم مرحلة التفاوض في الحل.

3- أجاز القانون الإماراتي إبرام العقد عبر الوسائل الإلكترونية، لأنه بكليهما ينعقد العقد بكل ما يدل عليه من قول أو فعل دون اشتراط شكل أو أسلوب معين.

4- إن مجلس العقد فكرة إسلامية، وتعتبر من المراحل المهمة في تكوين العقد بعد مرحلة التفاوض، حيث استند عليه المشرع الإماراتي والتشريعات العربية المختلفة ورتبت عليه نتائجها. وهناك نوعان من مجلس العقد، المجلس الحقيقي الذي يجمع الطرفين في مكان واحد ويكونان على اتصال مباشر، والمجلس الحكمي الذي لا يجمعهم في مكان واحد ويكون أحد الأطراف غائباً عن المجلس.

5- اختلف القانون الإماراتي مع بعض التشريعات الدولية في تحديد زمان انعقاد العقد بين الغائبين، فالمشرع الإماراتي أخذ بمبدأ تسليم القبول، أما العقد بين الحاضرين فقد اتفق القانون الإماراتي مع التشريعات المختلفة على نظرية العلم بالقبول. كما اختلف القانون الإماراتي مع القوانين الأخرى في تحديد مكان إبرام العقد بين الغائبين، فالبعض أخذ بتحديد مكان العقد هو مكان الذي يصدر فيه القبول، أما القانون الإماراتي فقد أخذ بالمكان الذي يصدر فيه الإيجاب، بينما اتفق في تحديد مكان إبرام العقد بين الحاضرين وهو الأخذ بمكان مجلس العقد.

ثانياً: التوصيات:

بعد الانتهاء من هذه الدراسة تحليلاً واستنتاجاً، هناك ثمة توصيات توصي بها هذه الدراسة وتتمنى الباحثة أن تتحقق مستقبلاً وهي على النحو الآتي:

1- تشديد الجزاءات الجنائية على الجرائم المتعلقة بالحاسب وتقنية المعلومات بخصوص عمليات السرقة والتزوير التي تتم بواسطة الحاسب الآلي، والتي تؤثر سلباً أو تعيق انتشار التجارة الإلكترونية.

2- تعد مسألة الإيجاب والقبول من أدق المسائل العقدية وبالرغم من المساحة الواسعة لهما في العالم المادي لكنهما لم ينظما بالشكل الوافي في قوانين المعاملات الإلكترونية محل البحث.

3- ضرورة نشر الوعي الثقافي والإعلامي بخصوص استخدام المجلس العقد الإلكتروني، من خلال وسائل الإعلام والمحاضرات والندوات الجماهيرية، وإبراز أهميته بوصفه عنصراً فعالاً في المعاملات التجارية في العصر الحديث، مع التركيز على بعده الأمني والديني.

4- ينبغي التعامل مع التقدم التكنولوجي السريع بحذر وحيلة شديدين، وأن نتعامل معه بما يتماشى مع ديننا الحنيف وتقاليدنا الراسخة وأعرافنا المتفق عليها.

المراجع والمصادر

- 1- إبراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة، القاهرة: دار الفكر الجامعي، 2005م.
- 2- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، باب الجيم، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، د.ت، ج.1.
- 3- أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، بيروت: مكتبة لبنان، 1987.
- 4- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت- دراسة مقارنة، القاهرة: دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، 2002م.
- 5- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، القاهرة: النسر الذهبي للطباعة، 2004م.
- 6- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2005م.
- 7- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000م.
- 8- أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2009م.
- 9- بشار طلال المؤمني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، الأردن: عالم الكتب الحديث، 2004م.
- 10- تاج السر محمد حامد، الوجيز في أحكام العقود والإرادة المنفردة- دراسة مقارنة، السودان: دار النهضة العربية ومركز شريح القاضي، 2008م.
- 11- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزامات في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، بيروت: الدار الجامعية، ط1، 1991م.
- 12- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001م.
- 13- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2006م.
- 14- خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، الإسكندرية: الدار الجامعية، 2008م.
- 15- جابر عبد الهادي الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001م.
- 16- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات- مصادر الالتزام، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1997م.
- 17- حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000.
- 18- حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000م.
- 19- سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، رسالة دكتوراه، مصر: جامعة القاهرة، 2005م.
- 20- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2005م.
- 21- عباس زبون عبید العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفورية وحجيتها في الإثبات المدني- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، العراق: كلية القانون- جامعة بغداد، 1994م.
- 22- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، الإسكندرية: مؤسسة الثقافة الاجتماعية، ط1، 1971م.
- 23- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- مصادر الالتزام، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م.
- 24- عبد القادر الفأر، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني الأردني، عمان: مكتبة دار الثقافة، ط1، 1996م.
- 25- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2002م.
- 26- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة- دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، القاهرة: دار السلام، 1984م.
- 27- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، القاهرة: دار النهضة العربية، 1990م.
- 28- عبد الناصر توفيق العطار، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، القاهرة: مطبعة السعادة، 1976م.
- 29- عدنان التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، السعودية: دار المطبوعات الحديثة، ط2، 1413هـ.
- 30- علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، ط1، 2008.
- 31- عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الإنترنت، الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، 2007م.
- 32- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، القاهرة: جامعة الدول العربية- قسم الدراسات القانونية، 2004م.
- 33- محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة: النسر الذهبي للطباعة، القاهرة: النسر الذهبي للطباعة، 2002م.

- 34- محمد حسن الرفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت- دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2007م.
- 35- محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، القاهرة: دار النهضة العربية، 2004م.
- 36- محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الإنترنت، القاهرة: دار النهضة العربية، 2002م.
- 37- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديد، 2003.
- 38- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، القاهرة: كلية الحقوق- جامعة عين شمس، 2005م.
- 39- محمد عقلة إبراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، الأردن: دار الضياء للنشر والتوزيع، ط1، 1986م.
- 40- مصطفى أحمد عمرو، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة: دار النهضة العربية، 2008م.
- 41- مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2010م.
- 42- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، ط3، 1978م.
- 43- محمود عبد الحميد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة، بيروت: المكتبة الحديثة، 1988م.
- 44- محمود عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، القاهرة: مطبعة النسر الذهبي، 2000م.
- 45- محمد ليبب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، القاهرة: أكاديمية الشرطة، ط3، 1999م.
- 46- ممدوح محمد خيرى المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000م.
- 47- مهند عزمي أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مصر: جامعة عين شمس، د.ت.
- 48- نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، القاهرة: جامعة عين شمس- كلية الحقوق، 2007م.
- 49- هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة، مصر: منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011م.
- 50- الشلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، القاهرة: دار النهضة العربية، 2005م.
- 51- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مصر: مطابع دار المعارف، ط2، 1972م، ج2.
- 52- وائل حمدي أحمد، الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مصر: دار الفكر والقانون، ط1، 2010م.
- 53- الوائظ عطا الله المنان أحمد، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني والصيرفة الإلكترونية في القانون السوداني، الخرطوم: الزيتونة للطباعة، 2008م.
- 54- Catherine Elliott, and Frances Quinn, Contract Law, Longman, Fourth Edition England 2003.

المجلات:-

- 1- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، الكويت: مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، العدد4، السنة26، 2002.
- 2- علي حيدر، درر الحكام- شرح مجلة الاحكام، المجلد الأول، السعودية: دار عالم الكتب، 2003م.
- 3- فريد عبد المعز فرج، التعاقد بالإنترنت، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، مصر: كلية الشريعة والقانون بدمههور، د.ت.
- 4- محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا 1980م، مجلة الحقوق، الكويت: مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت، 1994م، العدد3، السنة18.
- 5- نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية- دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، الكويت: مجلس النشر العلمي، 2008م، عدد2، سنة32.
- 6- يزيد أنيس نصير، التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، الكويت: مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت، 2003م، عدد4، سنة27.

المؤتمرات:-

- 1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث منشور ضمن بحوث المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، الإمارات: أكاديمية شرطة دبي، 2003م.

- 2- أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية المنازعات، بحث منشور ضمن بحوث المؤتمر العلمي حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، الإمارات: مركز البحوث والدراسات باكااديمية شرطة دبي، 2003م.
- 3- عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، العقود الإلكترونية، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات: كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، 2003.
- 4- عصام الدين القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، بحث منشور ضمن بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات: جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003م.
- 5- فايز عبد الله الكندري، التعاقد عبر شبكة الإنترنت في القانون الكويتي، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات: كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، 2003م.
- 6- محمد شاهين الخطيب، التعبير عن الرضا في عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، بحث منشور ضمن بحوث مؤتمر عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، الأردن: جامعة اليرموك، 2002م.
- 7- نوري محمد خاطر، زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، بحث منشور ضمن بحوث مؤتمر القانون والحاسوب، الأردن: جامعة اليرموك، 2004م.

القوانين:-

- القانون الإماراتي رقم (2) لسنة 2002م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.
- القانون البحريني رقم (28) لسنة 2002م بشأن المعاملات الإلكترونية.
- القانون الأردني رقم (85) لسنة 2001م الخاص بالمعاملات الإلكترونية.
- قانون المعاملات الإلكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000م.
- القانون المصري المدني لسنة 1948م.
- القانون البحريني قانون المعاملات الإلكترونية رقم (28) لسنة 2002م.
- قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996م.
- التوجيه الأوروبي الصادر في يونيو 2000م.

المواقع:-

- www.gcc-legal.org/mojportalpublic/BrowseClassically
- www.shaimaaatalla.com/vb/showthread.php?t=1264&page=1
- www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/electronic_commerce /1996Model.html.
- www.Europa.eu.int
- www.manchawi.com

الفراغ لحق التصرف في الأراضي الأميرية غير الخاضعة للتسجيل في إصدار التشريعات النافذة بالضفة الغربية

Waiver of act right in unrecorded Amiria lands according to legislation in force in west bank

دكتور حسين عاهد عيسه

دكتور في الحقوق استاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق والإدارة العامة - جامعة بيرزيت - فلسطين

الملخص

يسلط هذا البحث الضوء على الأراضي الأميرية غير الخاضعة للتسجيل العقاري في الضفة الغربية وآلية انتقالها بالفراغ الذي يرادف في معناه البيع في أراضي الملك، كما تم تفصيل الشروط التي يجب توافرها لنفاذ الفراغ بحق البائع والمشتري، وآخر ما استقر عليه اجتهاد القضاء الفلسطيني في هذا الشأن، ورغم الإشكاليات القانونية التي يواجهها المشتري لعدم نجاعة التشريعات والإجراءات المتبعة في حماية حق المشتري في هذا النوع من الأراضي، غير أن الفراغ العرفي يعتبر وسيلة معروفة الى حد كبير في الضفة الغربية نظراً لعدم خضوع معظم أراضيها لنظام التسجيل العقاري الذي يشكل الحماية القانونية المطلقة للمالك أو المتصرف.

الكلمات الدالة: الأراضي الأميرية، الفراغ، حق التصرف.

Abstract

This study is focusing on the unrecorded princely lands in West Bank and the mechanism of its free movement, which oversees the meaning of sale. despite the legal problems faced by the buyer because of the inefficient legislation and procedures used to protect the right of the buyer in this type of land, the customary vacuum is a well-known means in the West Bank because most of its land is not subject to the real estate registration system.

Keywords: princely land, vacuum, right to disposition

مقدمة

يعاني قطاع الأراضي في فلسطين من اشكالات عديدة، تتلخص بتعدد وتشعب وقدم التشريعات النازمة لها التي يعود أساسها إلى حقبة الحكم العثماني. حيث بلغ عدد التشريعات النازمة لقطاع الأراضي في الضفة الغربية إلى 126 تشريع. وعلاوة على تعدد هذه التشريعات، فهي مختلفة المصدر حسب الحقبة التي احتلت أو أدارت فلسطين التي مرت عبر التاريخ بسلسلة من الاحتلال والإدارات المتعاقبة، بدأت من عهد الدولة العثمانية - التي تمكنت من السيطرة على فلسطين وجميع بلاد الشام من عام (1516-1917م)، مروراً بالانتداب البريطاني من عام (1918-1948م) والإدارة الأردنية في الضفة الغربية والإدارة المصرية في قطاع غزة من عام (1948-1967م) والاحتلال الإسرائيلي للضفة الغربية وقطاع غزة من عام (1967-1994م) والسلطة الوطنية الفلسطينية مع الاحتلال الإسرائيلي من عام 1994 وحتى الآن بالتصنيفات التي فرضت من خلال اتفاقية أوسلو في عام 1993 على أراضي الضفة وغزة بتقسيمها إلى ثلاث مناطق (أ، ب، ج) مختلفة الإدارة والتبعية بين السلطة الفلسطينية والاحتلال الإسرائيلي.

ويعتبر قانون الأراضي العثماني الصادر من الدولة العثمانية في العام 1858م الذي مازال مطبقاً في الضفة الغربية، أساس التشريعات النازمة للأراضي باعتباره أول قانون يصدر بغية تنظيم قطاع الأراضي آنذاك.⁽⁶⁹³⁾ وقسمت الأراضي بموجبها إلى خمسة أنواع (مملوكة، أميرية، وقفية، متروكة والموات). ومازالت هذه التقسيمات سارية حتى وقتنا الحاضر. الأمر الذي خلق معه الاشكالية في تحديد المالك والمتصرف في الأرض بموجب هذه التقسيمات.

وقد حظيت الأراضي الأميرية اهتماماً خاصاً من المشرع في قانون الأراضي العثماني، فبالرجوع إلى نصوص القانون التي بلغ عددها 132 مادة، نجد أن 82 مادة نظمت أحكام الأراضي الأميرية، وما تبقى نظمت أنواع الأراضي الأخرى. وقد بلغت نسبة الأراضي الأميرية في الضفة الغربية ما يقارب 66% من إجمالي مساحة الضفة حتى نهاية عام 2013.⁽⁶⁹⁴⁾

كما أن الأراضي بشتى أنواعها في فلسطين تخضع لإزدواجية في الأنظمة، فمنها ما يخضع لنظام السجل العقاري بنسبة 35% من مجموع أراضي الضفة الغربية و65% غير خاضع له،⁽⁶⁹⁵⁾ الأمر الذي زاد من حدة الاشكالية القانونية لحماية المالك أو المتصرف في الأراضي. فالأراضي المسجلة في السجل العقاري لا يصح البيع والفراغ فيها إلا إذا تم تسجيل الفراغ في الدائرة الرسمية، بخلاف الأراضي غير المسجلة وهي موضوع بحثنا التي أجاز المشرع بيعها وفراغها بموجب عقود عرفية بين المتعاقدين نظراً لخروجها من نطاق السجل العقاري. وإلى جانب اختلاف الأنظمة التي تتبع لها الأراضي في الضفة الغربية، تبرز أيضاً اشكالية ازدواجية الإدارة التي تتبع لها، فوفقاً للحالة الكائنة بالضفة بخضوعها حتى الآن للاحتلال الإسرائيلي، ووجود سلطة فلسطينية منذ العام 1994 بموجب اتفاقية أوسلو بين منظمة التحرير الفلسطينية وحكومة الاحتلال الإسرائيلي التي نتج عنها تقسيم الأراضي الفلسطينية في الضفة الغربية إلى ثلاثة أقسام (أ، ب، ج). فبناءً على هذه الاتفاقية، تعتبر الأراضي الواقعة ضمن مناطق (أ) خاضعة لسيادة السلطة الفلسطينية، والأراضي الكائنة في مناطق (ب) خاضعة لإدارة مشتركة: مدنية للسلطة الفلسطينية بما فيها ملف الأراضي، وأمنية للاحتلال الإسرائيلي. أما الأراضي المصنفة بمناطق (ج) فتكون خاضعة لإدارة الاحتلال الإسرائيلي جملةً وتفصيلاً. علماً أن نسبة الأراضي المصنفة بمنطقة (ج) بلغت 68%، في حين أن مناطق (أ+ب) نسبتها 38% من مساحة الضفة الغربية وقطاع غزة.⁽⁶⁹⁶⁾

(693) - Kenneth, The land question in Palestine 1917 - 1939. Published by: Taylor & Francis, Ltd. 1995. P 17.

(694) - جريدة (يديعوت أرنبوت العبرية) الصادرة عن دولة الاحتلال - صفحة 7 بتاريخ 2013/ 11/11.

(695) - time 11:33 pm9 <http://www.aliqtisadi.ps> date 20- 12-201 (موقع الاقتصادي)

(696) - Gvirtzma, "Maps of Israeli Interests in Judea and Samaria Determining the Extent of the Additional Withdrawals". (this study was funded by the Settlement Division of the Zionist Organization, west bank 2003), p3.

أهمية البحث: تتجلى أهمية البحث في موضوع الفراغ لحق التصرف في الأراضي الاميرية غير المسجلة وفق التشريعات السارية، بغية ايجاد دراسة متخصصة نبين من خلالها مدى قانونية الفراغ العرفي لحق التصرف في هذا النوع من الأراضي وشروط صحته بين المتعاقدين بموجب التشريعات النافذة وفق الوضع الراهن في الضفة لغربية.

أهداف الموضوع: سأسعى من خلال البحث في الموضوع وتحليل التشريعات النافذة المتعلقة بملكية الأراضي إلى تحقيق الأهداف التالية:

1. توضيح أصول النظام القانون للأراضي الأميرية وتحديد الطبيعة القانونية والأحكام الخاصة لها.
2. تحديد الطبيعة القانونية للأراضي الاميرية وحق الدولة بها، كون الأراضي الاميرية ذو طبيعة خاصة فيكون حق التصرف بها للمتصرف والذي يسمى المزارع وحق رقبته تكون للدولة.
3. توضيح آلية انتقال الأراضي الأميرية بواسطة الفراغ، خاصة غير المسجلة منها والحجة القانونية لعقد الفراغ في هذه الأراضي.
4. الاستفادة من الخبرة التشريعية في الدول المقارنة، خصوصاً موقف المشرع والأردني وتواتر العمل بأحكام المحاكم الصادرة عنها.

الإشكاليات التي يثيرها الموضوع: للموضوع اشكالية رئيسية تتمثل بمدى نجاعة التشريعات النافذة في توفير الحماية القانونية لمشتري حق التصرف في الأراضي الأميرية غير الخاضعة للتسجيل بموجب العقد العرفي بين البائع والمشتري، ويتفرع عن هذه الاشكالية اشكاليات فرعية تتمثل بما يلي:

1. كيف يستطيع المشتري الحفاظ على حقوقه حال أستمّر البائع التصرف بالعقار المبيع، أو باعه مرة أخرى في الأراضي غير الخاضعة للتسجيل؟
2. ما الحل القانوني في ظل التشريعات القائمة إذا أبرم على نفس الأرض أكثر من فراغ؟

المنهج المتبع: نظراً لطبيعة الموضوع، وإختلاف مصادر القوانين المطبقة المتعلقة فيه، سأتبع المنهج التاريخي من أجل تحديد التشريعات المطبقة في فلسطين منذ عهد الاحتلال الأول لفلسطين المتعلقة بالموضوع لمعرفة الأصول القانونية للأراضي الأميرية التي ما زالت قائمة في فلسطين. وكذلك سأتبع المنهج الوصفي لتحليل التشريعات المتعلقة بالموضوع والسارية في الضفة الغربية باختلاف مصادرها وتحليلها والربط فيما بينها.

وبناءً على ما تقدم من عرضٍ للأهمية والأهداف والإشكاليات والمنهج المتبع في الموضوع، سأقوم بدراستها وتحليلها والإجابة عليها من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للأراضي الاميرية وحق التصرف بها
المبحث الثاني: القوة القانونية لعقد الفراغ العرفي لحق التصرف في الأراضي الأميرية غير المسجلة.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للأراضي الاميرية وحق التصرف بها

أولى قانون الأراضي العثماني لسنة 1858م للأراضي الأميرية تنظيماً واهتماماً خاصاً، وهي النوع الثاني حسب تصنيف المادة الأولى منه لأنواع الأراضي.⁽⁶⁹⁷⁾ وتعتبر الأراضي الأميرية الأكثر انتشاراً في الأراضي الفلسطينية عبر المراحل التاريخية التي مرت بها منذ العهد

(697). قانون الأراضي العثماني لسنة 1858، المنشور في العدد رقم (0) من مجموعة عارف رمضان، بتاريخ 1925/6/1، حيث قسمت المادة الأولى منه الأراضي إلى خمسة أنواع (الأول: أراضي الملك: وهي المملوكة للإفراد وتكون رقبته وحق التصرف بها للمالك، وتكون هذه الأراضي حسب نص المادة الثانية من القانون ذاته الأراضي التي تحتوي على أبنية سكنية داخل المدن والقرى والقصبات بما لا يتجاوز مكان البناء ومربع أضافي نصف دونم محيط في البناء، لكن وفق قانون تحويل الأراضي الأميرية الى ملك الأردني رقم 41 لسنة 1953 النافذ بالضفة،

العثماني حتى أيامنا هذه، وسنبحث في الطبيعة القانونية للأراضي الأميرية بتوضيح أصولها ومفهومها، وحق التصرف بها والقيود الواردة عليه، وفق مطلبين:

المطلب الأول: أصول الأراضي الأميرية ومفهومها

ونبحث في هذا المطلب في نشأة الأراضي الأميرية، ثم مفهومها وماهيتها وفق فرعين:

الفرع الأول: نشأة الأراضي الأميرية

تعود أصول الأراضي الأميرية إلى تلك الأراضي التي فُتحت في عهد سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتركها من بعده في أيدي أهلها وعليهم الخراج، وسميت بذلك أرض السواد، وبقيت ملكاً لأهلها دون أي منازع، يملكونها ويتصرفون بها حسب مصالحهم دون تدخل من الأفراد أو الدولة، وأيضاً اشتراها المسلمون وتوارثوها حسب نظام الإرث في الشريعة الإسلامية.⁽⁶⁹⁸⁾ وأثناء الحكم العثماني للبلاد العربية، حصل النزاع على تلك الأراضي واعتبرت وفقاً للمسلمين وهي بيد المتصرفين بها مقابل أجرة يدفعونها للدولة تتمثل بخراجها، واعتبرها بعض آخر ملكاً لأصحابها بتمليك سيدنا عمر، وتأخذ الدولة ضريبة الخراج ولأصحابها حق بيعها وتوارثها كباقي الأموال، ومنهم من قال: أنها ملك للدولة، ويملك أصحابها التصرف فيها على سبيل الأجرة التي هي خراجها.⁽⁶⁹⁹⁾

أما بالنسبة لمصطلح الأراضي الأميرية، فقد ظهر حينما أقرت الدولة العثمانية قانون الأراضي العثماني في العام 1858م الذي نص في مادته الأولى على أنواع الأراضي في الدولة بما فيها الأراضي الأميرية. ويعني مصطلح الأراضي الأميرية بموجب هذا القانون: أنها تلك الأراضي المربوطة بالولاة والأمراء العثمانيين، وأيضاً أصحاب الزعامة والثيما. ولا يجوز التصرف في هذه الأراضي إلا بأذن خاص من المذكورين الذين كان يُطلق عليهم تسمية الأمير، وبالتالي كافة الأراضي التي تحتاج لإذن خاص منهم بالتصرف بها بالزراعة سميت بالأراضي الأميرية. ولم يكن مصطلح الأراضي الأميرية معروفاً قبل صدور قانون الأراضي، بل كانت الأراضي الأميرية هي ذاتها الأراضي الخراجية التي ملكت لأصحابها أثناء الفتوحات الإسلامية في عهد الخليفة عمر بن الخطاب.⁽⁷⁰⁰⁾

وبقي الحال عما هو عليه بمنح حق التصرف في الأراضي الأميرية بإذن الأمير إلى نهاية حقبة الدولة العثمانية في العام 1917. أما في عهد الانتداب البريطاني لفلسطين، فقد أصبح التصرف في هذه الأراضي مرهوناً بأذن مأمور الدولة الذي يمثل المندوب السامي البريطاني، بمعنى أن الدولة أصبحت هي صاحبة الحق في إذن التصرف الذي تمنحه بموجب سند طابو.⁽⁷⁰¹⁾ وبعد نهاية الانتداب البريطاني على فلسطين في العام 1948 وتقسيم فلسطين إلى ثلاث مناطق، القسم الأكبر أُقيم عليه إسرائيل، والباقي المتمثل في الضفة الغربية وقطاع غزة، فقد اختلفت صاحب منح حق التصرف باختلاف حقبة الإدارة، فالأردن أصبحت صاحبة حق منح التصرف في الأراضي الأميرية في الضفة. وبعد الاحتلال الإسرائيلي لها، أصبح الحاكم العسكري هو المختص في منح إذن التصرف بواسطة مأمور تسجيل الأراضي الذي أَسْتَغْلَه لصالح منح أذن التصرف لليهود المستوطنين. وبعد مجيء السلطة الوطنية الفلسطينية، فقد أصبحت صاحبة الإذن

تكون أراضي الملك كل الأراضي الداخلة حدود البلديات إلا ما أَسْتَثْنِي منها بنص قانوني خاص. والنوع الثاني: الأراضي الأميرية. والثالث: الأراضي الموقوفة. والرابع الأراضي المتروكة: وهي حسب نص المادة 1271 من مجلة الأحكام العدلية والمواد 91 - 102 من قانون الأراضي القريبة من العمران تترك للأهالي على أن تتخذ بيدراً أو مربعاً أو محطاباً وتدعى هذه الأراضي بالأراضي المتروكة. والنوع الخامس: الأراضي الموات: وهي وفق المادة 103 من قانون الأراضي: المحلات الخالية التي لم تكن في تصرف أحد بالطابو ولم تتخصص من القديم لأهالي القرى والقصبات وتبعد عن القصبة أو القرية بدرجة لا تسمع بها صيحة الرجل الجهر من أقصى العمران كالجبال والقفار والبعول والبلدان والمراعي.⁽⁶⁹⁸⁾ - إبراهيم ناجي، شرح قانون الأراضي العراقي، ج1، مطبعة الفلاح، ط1، بغداد 1936، ص 66 - 67.

⁽⁶⁹⁹⁾ - أحمد اسماعيل علي، تاريخ بلاد الشام منذ ما قبل الميلاد حتى العصر الأموي، دار دمشق، ط 2، دمشق 1994، ص 116.

⁽⁷⁰⁰⁾ - Goadby, and Doukhan, The land law of Palestine, Tel-Aviv, Palestine 1935.p2.

⁽⁷⁰¹⁾ - Tute, the Othman land laws, Printed at Greek Convent Press, Jerusalem 1927,p20.

في مناطق (أ) ومعظم مناطق (ب)، أما منطقة (ج) التي تعتبر الأكبر مساحةً في الضفة الغربية، فبقيت بيد المأمور الإسرائيلي الذي مازال يمنح الإذن لليهود في مناطق عديدة من المستوطنات في الضفة الغربية.

الفرع الثاني: مفهوم الأراضي الأميرية وماهيتها

عرفت المادة الثالثة من قانون الأراضي العثماني الأراضي الأميرية على أنها (ما كان عائداً لبيت المال من المزارع، والمراعي والمساح والمشاتي والمحاطب وأمثال ذلك من الأراضي التي يحصل التصرف بها مقدماً عند وقوع الفراغ والحلولات بإذن وتفويض أصحاب الثيما والزاعمة الذين كانوا يعتبرون أصحاب الأراضي وبعض الأحيان بالإذن والتفويض من الملتزمين والمحصلين، وقد حصل إلغاء ذلك أخيراً، فأصبح يجري بها التصرف على هذا الحال بإذن وتفويض الذات المأمورة، بهذا الخصوص من طرف الدولة العلية، ويعطى ليد الذين يتصرفون بها سندات طابو متوجة بالطغراي، والطابو هو المعجلة التي تعطى في مقابلة حق التصرف فيأخذها المأمور ويستوفيهما إلى جانب الميري).

وفي المادة التاسعة من القانون ذاته (الأراضي الأميرية القابلة للزراعة والحراثة يزرع فيها كل شيء يعني حنطة وشعيراً و أرزاً ونيلة وغير ذلك من الحبوب وتزرع كذلك إجارة أو إعارة ولا تعطل ما لم يتحقق وجود أحد الأعذار الصحيحة). كما أن المادة 3 من قانون تحويل الأراضي الأميرية إلى ملك رقم 41 لسنة 1953 النافذ بالضفة الغربية،⁷⁰² اعتبرت الأراضي الأميرية، أنها الأراضي التي تكون خارج حدود البلديات في المدن والبلدات الفلسطينية في الضفة.

وبتحليل النصوص السابقة، يتضح أن الأراضي الأميرية هي الأراضي الواقعة خارج حدود البلديات، وتشمل الحقول الزراعية كحقول الزيتون والعنب.. الخ، المراعي الصيفية والشتوية، والأراضي التي تعتبر منابت للربيع وتزرع لعلف البهائم، الأحراج، الأراضي القابلة للزراعة التي يزرع فيها القمح والشعير وغير ذلك من الحبوب.

ويكون حق الملكية والتصرف في الأراضي الأميرية وفقاً لنص المادة الثالثة من قانون الأراضي العثماني منفصلين عن بعضهما، فرقبة الأرض الأميرية تعود لبيت المال الذي يتمثل بشخص السلطان. أما حق التصرف فيها فيكون للفرد تم منحه إياها من قبل الدولة. وإن منح حق التصرف للمزارع من قبل الدولة لا يعني ذلك أن الطبيعة القانونية للأراضي الأميرية قد تغيرت وأن المزارع أصبح المالك لها، فالعكس صحيح، لأن الدولة تبقى هي صاحبة حق الرقبة. كما أنها تستطيع نزع حق التصرف منه في أي وقت تشاء وفقاً لنص المادة 68 من قانون الأراضي حال ترك الأرض دون عذر لمدة ثلاث سنوات متتالية.

ونشير هنا، إلى أن الدولة العثمانية لم تستخدم حق سحب التصرف في الأرض الاميرية بموجب المادة 68 في فلسطين، بل بقي الكلام نظرياً، وما كانت الغاية من هذا النص سوى تشجيع من الدولة لكي يبقى المزارع فالحاً للأرض وأن لا يهملها. غير أن الأمر قد اختلف في عهد الانتداب البريطاني، وأيضاً في عهد الاحتلال الإسرائيلي الذي أستغل هذا النص الاستغلال الأمثل، فكان كل مزارع يهمل أرضه مدة ثلاث سنوات فأكثر تقوم الدولة ممثلة في المندوب السامي البريطاني، أو الحاكم العسكري الإسرائيلي بنزع حق التصرف من المزارع وذلك بغية السيطرة على أكبر مساحة ممكنة من الأراضي في المناطق الفلسطينية سيما الحيوية منها.⁽⁷⁰³⁾

المطلب الثاني: حق التصرف في الأراضي الأميرية والقيود الواردة عليه

ونقسم هذا المطلب لتوضيح الطبيعة القانونية لحق التصرف في الأراضي الأميرية في فرع أول، ثم بيان القيود الواردة عليه بموجب التشريعات النافذة في فرع ثان كما يلي:

⁷⁰² - قانون تحويل الأراضي من الميري للملك رقم 41 لسنة 1953، المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية العدد 1134، بتاريخ 1953/6/12، ص 559.

⁽⁷⁰³⁾ - هند أمين إبراهيم البربري - تطور حيازة الأراضي الزراعية في فلسطين 1939 - 1948، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الزراعة - جامعة عين شمس - مصر 1993، ص 20.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لحق التصرف

حق التصرف هو حق عيني عقاري يرد على الأراضي الأميرية يخول صاحبه سلطة استعمال واستغلال الأرض والتصرف بها ضمن الشروط المعينة في القانون.⁽⁷⁰⁴⁾ ويكون هذا الحق وفق المادة الثالثة من قانون الأراضي العثماني غير محدد بمدة محددة. كما يجوز وفق أحكام قانون الأراضي العثماني للأفراد الحصول على حق التصرف في الأراضي الأميرية لقاء دفع قيمته مقدماً للحصول على سند طابو من الدولة مع بقاء رقبته للدولة.⁽⁷⁰⁵⁾ ويتضح أن المتصرف في الأرض الأميرية يكون له نوعين من التصرفات: مادية وقانونية، كما يلي:

أولاً: التصرفات المادية: تتمثل بسلطة التصرف في الأرض الأميرية باستعمالها واستغلالها، وقد بين قانون الأراضي العثماني في المواد 9 - 15، وكذلك قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953، 706 النافذة بالصفة الغريبة التصرفات التي يجوز للمتصرف القيام بها في الأراضي الأميرية على النحو التالي:

- الزراعة للأرض والاستفادة من نتاج محاصيلها سواء كان ذلك بعمل منه أو دون عمل، كما لو نبتت ربانياً.
 - أن يحولها إلى بساتين وكروم وحدائق وحراج، وأن يفرز منها قسماً يتخذ منه بيدراً، وله أن ينشئ فيها دوراً أو دكاكين ومصانع أو أي بناء يحتاج إليه في زراعته، شريطة ألا يتوسع في ذلك إلى درجة إحداث محلة أو قرية.
 - له أن يقطع ويقلع الأشجار والدوالي المغروسة فيها، وله أن يهدم ما فيها من أبنية ويتخذها كحقل أو مزرعة وأن يغرس فيها الدوالي والأشجار المثمرة وغير المثمرة.
 - كما أن للمتصرف وفقاً لنص المادة الثامنة من قانون رقم 49 لسنة 1953 الحق فيما تنتجه الأرض من الثمار والغلال، وله أن يبيع ما فيها من رمال أو حجار. غير أنه كان أمر بيع رمالها وحجارتها أو أن يأخذ من طينها محظوراً بموجب المادة 12 من قانون الأراضي العثماني (لا يقدر أحد أن يستعمل تراب الأرض التي في تصرفه ليصنع منه أشياء كالقرميد واللبن ما لم يستأذن المأمور).
- ثانياً: التصرفات القانونية: وتتمثل في إجراء كافة التصرفات القانونية التي تصح في هذا النوع من الأراضي بموجب القانون، فيحق للمتصرف وفقاً للمادة السادسة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953، والمادة التاسعة من قانون الأراضي العثماني، أن يفرغها للغير بمقابل أو دون مقابل، وله يجري عليها حق عيني كالغارسة، أو شخصي كالإيجار والعارية، كما له أن يجري عليها الحقوق العينية التبعية كالرهن التأميني والحيازي.

الفرع الثاني: القيود الواردة على حق التصرف

بالرجوع إلى نصوص قانون الأراضي العثماني وقانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953، نجد أن على حق التصرف عدة قيود، تتمثل بما يلي:

أولاً: عدم جواز الوقف والإيضاء بالأراضي الأميرية: ويبرر هذا المنع على أساس أن رقبة الأراضي الأميرية لا تكون لصاحب حق التصرف بل تكون للدولة. كما يجب لصحة الوقف أن يكون الواقف مالك للأرض الموقوفة، أي من نوع الملك، لأن الوقف: هو حبس العين المملوكة عن التصرف وتخصيص منفعتها إلى جهة من جهات البر.⁽⁷⁰⁷⁾ وتنص المادة 121 من قانون الأراضي العثماني على أنه (لا

(704) - محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية- الجزء الثاني - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان 1999، ص 342.

(705) Sami - Hadawi, The Palestine Arab Refugee office, 801 2nd Avenue, Room 801 New York 17, N. Y. 1957, p18.

(706) - قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953، المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية عدد 1135، بتاريخ 1953/3/1، ص 1135.

(707) - رجاء فقها، التنظيم القانوني للأراضي الأميرية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، السنة الدراسية 2012، ص 52.

يمكن لأحد أن يوقف لجهة ما الأراضي المتصرف بها بالطابو ما لم تمتلك له تمليكا صحيحاً بملكنامه همايونية من طرف لسلطان)، وكذلك المادة 9 من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 (لا يحق لمن يتصرف في أرض أميرية أن يوقفها على جهة أو يوصي بها ما لم تكن الحكومة قد ملكته إياها تمليكاً صحيحاً).

غير أنه وفقاً للنصوص أعلاه، يُرفع هذا المنع عن المتصرف في الأرض الأميرية فيما إذا أصبح مالكاً لرقبة الأرض، فيجوز له أن يوقفها، وكذلك الإيضاء بها وفقاً لنص المادة 2 من قانون تحويل الأراضي الأميرية إلى ملك رقم 41 لسنة 1953 (يجوز لصاحب أية أرض أميرية يرغب في تحويلها من ميري إلى ملك بقصد وقفها على جهة خيرية، أن يطالب إلى مجلس الوزراء إصدار قرار بتخليكه هذه الأرض تمليكاً صحيحاً، فإذا توفرت لدى المجلس المشار إليه المسوغات الشرعية، يجوز له أن يقرر إجراء التحويل، ويأمر بنشر قراره هذا في الجريدة الرسمية). كما أن المتصرف في الأرض الأميرية يجوز له أن يوقف حقوقه فيها بإذن الدولة، وهو ما يُعرف بوقف التخصيصات الذي كان دارجاً في عهد الدولة العثمانية بصراحة نص المادة 4 من قانون الأراضي العثماني⁽⁷⁰⁸⁾.

وفيما يتعلق بتبرير حظر وقف الأراضي الأميرية من قبل المتصرف بها، أرى في هذا التبرير أنه مقبول بالنظر إلى طبيعة الأراضي الأميرية، لأن حق رقبتهما يكون للدولة والتصرف للمزارع. لكن فيما يتعلق بالوصية فحظرها غير مبرر بالوجه الصحيح، فالوصية: هي تصرف بالتركة مضاف إلى ما بعد الموت، فلا يوجد ما يمنع أن ترد الوصية على الحقوق العينية الأخرى كالانتفاع والاستعمال والسكنى والحكر وغير ذلك وهي حقوق تتشابه مع حق التصرف، باعتبار أن التصرف لدى كثير من التشريعات اعتبرته حق عيني عقاري تابع لحق الملكية، وللدلالة على منطقية وقانونية رأينا أن قانون الملكية العقارية اللبناني لسنة 1930 قد أجاز الوصية في الأراضي الأميرية ومنع الوقف بمفهوم نص المادة 17، 709.

ثانياً: عدم جواز تحويل الأرض الأميرية إلى قرية أو محلة: أشرت سابقاً، أن للمتصرف في الأرض الأميرية أن يحدث على الأرض ما يشاء من أبنية وأغراس، وكل شيء ما من شأنه أن ينتفع منه وبالوجه الذي يخدم زراعته وفلاحته للأرض، لكن شرط أن لا يتوسع في ذلك إلى درجة أن ينشئ قرية أو محلة سكنية، لأن هذا الأمر يُخرج الأرض الأميرية من طبيعتها الزراعية إلى السكنية. وهذا ما صرحت به المادة 108 من قانون الأراضي العثماني، وكذلك المادة السادسة من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 النافذ بالصفة (... شريطة أن لا يتوسع في ذلك إلى درجة إحداث قرية أو محلة...).

⁽⁷⁰⁸⁾ المادة الرابعة من قانون الأراضي العثماني (الأراضي الموقوفة قسمان القسم الأول الأراضي التي كانت من الأراضي المملوكة صحياً وأوقفت وفقاً للشرع الشريف ومثل هذه الأراضي الموقوفة تكون رقبتهما وجميع حقوق التصرف بها عائدة إلى جانب الوقف وحيث لا تجري عليها المعاملات القانونية بل يلزم أن تعامل بموجب شرط الواقف مهما كان فلا يتناول هذا القانون البحث عن هذا القسم من الأراضي الموقوفة. القسم الثاني هو الأراضي المفروزة من الأراضي الأميرية التي أوقفها حضرات السلاطين العظام بالذات أو أوقفها آخرون بالإذن السلطاني. وبما أن وقفه مثل هذه الأراضي عبارة عن تخصيص منافع قطعة مفروزة من الأراضي الأميرية مثل أعشارها ورسومها الأميرية لجهة ما من طرف السلطنة السنية فمثل هذه الأراضي الموقوفة ليست من الأوقاف الصحيحة. وأكثر الأراضي الموقوفة الكائنة في الممالك المحروسة هي من هذا القبيل. وبما أن الأراضي الموقوفة التي هي من قبيل تخصيصات كهذه تكون رقبتهما عائدة إلى بيت المال مثل الأراضي الأميرية الصرفة ولكن كما أن رسم فراغ وانتقال الأراضي الأميرية الصرفة وبدل محلولاتها عائد إلى جانب الميري يعود في مثل هذه الأراضي الموقوفة أيضاً إلى وقف. وبما أن أحكام الأراضي الأميرية التي تبسط وتبين في ما يأتي تجري أيضاً في مثل هذه الأراضي الموقوفة فمتى ذكر في هذا القانون تعبير الأراضي " الأراضي الموقوفة " يكون المراد الأراضي الموقوفة التي هي من قبيل هكذا تخصيصات. على أنه يوجد نوع آخر من هذه الأراضي الموقوفة وهو الذي تخصصت إلى جهة ما حقوق التصرف به من أعشاره ورسومه في الحالة التي تعود بها إعشاره ورسومه إلى جانب الميري مع كون رقبته عائدة إلى بيت المال أو تكون حقوق التصرف به أو رقبته فقط عائدة إلى بيت المال. ففي هذا النوع من الأراضي الموقوفة لا تجري الأحكام والمعاملات القانونية مثل الفراغ والانتقال وإنما يصير تزريعه والتصرف به من طرف الوقف بالذات أو بطريق الإيجار وتصرف منافعه الحاصلة على المشروط له الوقف).

⁷⁰⁹ - قانون الملكية العقارية اللبناني، المنشور بالجريدة الرسمية اللبنانية تحت رقم 3339 بتاريخ 1930/11/12.

ثالثاً: عدم جواز إقامة أبنية لا علاقة لها بالأغراض الزراعية في الأراضي الأميرية: كما ذكرنا سابقاً، أنه يجوز للمتصرف إقامة الحواضر والزرائب للمواشي ومخازن للغلة والحبوب وبيوت لسكن الفلاحين العاملين في فلاحة الأرض الأميرية، لكن ليس له إنشاء شقق سكنية لغرض بيعها أو تأجيرها.⁽⁷¹⁰⁾

رابعاً: عدم جواز استغلال ما تدره باطن الأرض الاميرية من معادن أو غيرها: فإذا وجد المتصرف في الأرض الأميرية أو الموقوفة وقف غير صحيح أي معادن قابلة للذوبان أو غير قابلة للذوبان، فتكون هذه المعادن من نصيب الدولة كون باطنها يعود لرقبتها، وهذا ما نصت عليه المادة 107 من قانون الأراضي العثماني (معادن الذهب والفضة والنحاس والحديد وأنواع الاحجار والجفصين والكبريت وملح البارود والسبماذج والفحم والملح وغير ذلك من المعادن التي تظهر في احدى المحلات من الاراضي الاميرية الكائنة بعهدة أي من كان هي عائدة لجانب بيت المال وليس لمتصرفيها صلاحية أن يضبطوا معدنا من المعادن أصلاً ولا أن يأخذوا حصة من المعدن الذي يظهر بها وكذلك جميع المعادن التي ظهرت في الاراضي الموقوفة التي هي من قبيل التخصيصات).

خامساً: عدم جواز ترك استعمال واستغلال الأراضي الأميرية لمدة تزيد على ثلاث سنوات متتالية: وهذا تطبيقاً لنص المادة 68 من قانون الأراضي العثماني (إذا كان أحد متصرفي المزارع لا يزرع حقله ولا يزرع من طرفه عارية أو إجارة وعطلة ثلاث سنوات متوالية بدون أن يتحقق له عذر من الأعذار الصحيحة مثل ترك الأراضي سنة أو سنتين بحسب درجة قابليتها أو أكثر بحالات استثنائية حسب الموقع لأجل مجرد استراحتها أو أن تكون فاضت عليها المياه مدة ثم بعد ذلك نصبت فتركها خالية لينما تكسب القوة، أو انه كان أسيراً حربياً فتكون تلك المزرعة مستحقة للطابو سواء كان المتصرف موجوداً في المحل الكائنة به الأراضي أو بعيداً مسافة السفر فإذا طلب متصرفها السابق أن يتفوض بها مجدداً، فتفوض له مجدداً ببدل المثل، وإن لم يطلبها تجري حينئذ عليها بالمزايدة وتحال لطالبيه). ويتضح أن إهمال الأرض من قبل المتصرف يبطل حقه في التصرف في حال لم يستخدمها أو لم يقيم بتسديد الضرائب والرسوم المستحقة عليها مدة ثلاث سنوات متتالية، فتصبح الأرض في هذه الحالة مستحقة للدولة، ولا يحق للمتصرف أن يستردها إلا بعد دفع بدل المثل فيها، وإلا فإن الدولة تطرحها بالمزاد لمن يدفع فيها أعلى ثمن.⁷¹¹

وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة 68 أعلاه، بقي نظرياً ولم تمارسه الدولة العثمانية، ولعل الحكمة من هذا النص، هو التهريب بالمتصرفين للاستمرار في فلاحة الأرض واستخدامها، كما أن فترة الثلاث سنوات في نص المادة كانت متغيرة حسب الولايات العثمانية، فمثلاً في العراق كانت المدة أربع سنوات، وفي سوريا خمسة سنوات، وليست ثلاث.⁽⁷¹²⁾

وتجب الإشارة هنا أيضاً، إلى أن الانتداب البريطاني أثناء انتدابه لفلسطين قد استغل نص المادة 68 الاستغلال الأمثل بالنسبة له، وأصدر بناءً عليها ما يسمى بقانون الأراضي المحلولة لسنة 1921، وبالطبع هو الأمر الذي استغله ومازال يستغله الاحتلال الإسرائيلي في أراضي الضفة الغربية، لاسيما المناطق المصنفة (ج). وفهماً من الاحتلال الإسرائيلي لنصوص القانون وتمنعه بها، وصل الأمر بالمستوطنين في الضفة الغربية وبمساعدة من قوات جيش الاحتلال إلى إجبار المواطنين المتصرفين في الأراضي الأميرية لترك أراضيهم باستخدام وسائل مختلفة كإطلاق النار عليهم، أو نشر الكلاب المسعورة والخنازير، والقيام بعمل مستنقعات مياه عادمة.⁷¹³ كل ذلك من

⁽⁷¹⁰⁾ - خليل أحمد قداد، نظرات في حق التصرف كحق عيني ومدى السلطات التي يخولها للمتصرف، مجلة جامعة الأقصى، غزة - فلسطين، المجلد السابع، العدد الأول، يناير 2003، ص 127.

⁷¹¹ - حسين عيسى، النظام القانوني للأراضي الأميرية في فلسطين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، المجلد الرابع/ السنة الرابعة/ عدد تسلسلي 16، ديسمبر 2016، ص 364.

⁽⁷¹²⁾ - إبراهيم ناجي، شرح قانون الأراضي العراقي، ص 211.

⁷¹³ - سائدة عجوة، آلية انتقال الملكية في الأراضي غير المسجلة - رسالة ماجستير - كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس - فلسطين، السنة الدراسية 2011، ص 43.

أجل خلق حالة من الخوف لدى المواطنين الفلسطينيين لترك أراضيهم المدة المنصوص عليها بموجب قانون الأراضي المحلولة، وبعد ذلك يصدر ضابط شؤون الأراضي أمراً عسكرياً باعتبار هذه الأرض أو الأراضي محلولة، وبالتالي يقوم بالاستيلاء عليها، ومن ثم تفويضها بالمزاد للشركات الاستيطانية. وكان آخر الأراضي التي تم الاستيلاء عليها بهذه الطريقة، هي الأراضي الواقعة جنوب قرية كف حارس بمحافظة سلفيت، وأراضي قريتي يتما وقرية في محافظة نابلس وفق تقرير منظمة بيت سليم الاسرائيلية لتوثيق انتهاكات جيش الاحتلال والمستوطنين في المناطق المحتلة عام 1967. 714

المبحث الثاني: القوة القانونية لعقد الفراغ العرفي لحق التصرف في الأراضي الأميرية غير المسجلة

الفراغ في الأراضي الأميرية يرادف في معناه البيع في أراضي الملك، وبالتالي يكون الفراغ عقداً كالبيع، 715 ويتطلب لصحته الأركان العامة للعقد من رضا ومحل وسبب، إضافة لركن الشكل المتمثل بتسجيل الفراغ في الدائرة الرسمية فيما يتعلق بالأراضي الأميرية الخاضعة للتسجيل، وتوثيق عقد الفراغ بين البائع والمشتري بموجب سند عادي في الأراضي الأميرية غير الخاضعة للتسجيل وهي موضوع بحثنا. ويقصد بالفراغ: ترك الشخص حق تصرفه في الأراضي الأميرية إلى الغير بمقابل أو دون مقابل. (716) والفراغ للتصرف في الأراضي الأميرية ينحصر فقط بحق الاستعمال دون أن يؤثر على رقبة الأرض التي هي مملوكة للدولة أصلاً، فالحق الذي يتم التصرف به هو الحق المحدود للتصرف بهذه الأرض. (717)

وتشكل الأراضي غير الخاضعة لنظام السجل العقاري النسبة الأكبر من أراضي الضفة الغربية، فبلغت نسبتها حوالي 65% من مساحة الضفة الغربية. (718) ويعود السبب في ذلك إلى عدم إجراء عمليات التسوية الشاملة في مناطق الضفة سوى ما تم تسويته في العهد البريطاني والأردني وحديثاً السلطة الوطنية الفلسطينية لبعض المناطق. وهذا النوع من الأراضي ليس له أي قيود في السجل العقاري، بل كل ماله سجل خاص في دوائر ضريبة الأملاك يسمى بشهادة قيد الأموال غير المنقولة التي تفيد فقط بالتزام المتصرف بالأرض بدفع الضريبة المستحقة عليها. 719 كما أن هذا النوع من الأراضي له مسميات عديدة، فيطلق عليها (الأراضي غير الخاضعة للتسجيل أو غير الخاضعة للتسوية، أو أراضي مالية، أو أراضي غير خاضعة للطابو).

ومهما اختلفت المسميات فإن المعنى واحد، وشهادة القيد الخاصة بها لا تعتبر شهادة خاصة بملكية الأرض أو التصرف بها، بل هي مجرد قرينة يستعان بها للدالة على وجود الملكية أو التصرف. وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفلسطيني في العديد من قراراته، منها قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 617 لسنة 2011 "أن إخراج قيد ضريبة المالية لا يعد سنداً للملكية والتصرف عليها على خلاف ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بل هو مجرد قرينة عليها يجوز إثبات عكسه وحيث أقر المدعى المطعون ضده بأن مورثه عاش ومات في مادبا بالأردن وأنه كان يقيم هناك إقامة دائمة فإن مقتضى ذلك أنه لم يكن حائزاً للأرض ومتصرف فيها قبل إقامة الدعوى بل ثبت من البينة أن المدعى عليهم الطاعنين هم الحائزون والمتصرفون". (720)

⁷¹⁴ - التقرير السنوي لمنظمة بيت سيلم - للعام 2016 - عدد 18 - صفحة 178.

⁷¹⁵ - أمين دواس، قانون الأراضي، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله 2013، ص 412.

⁷¹⁶ - شاكر ناصر حيدر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، مطبعة الاعتماد، بغداد 1947، ص 308.

⁽⁷¹⁷⁾ - Raja Shehadeh, the land law of Palestine, Journal of Palestine Studies, Vol. 11 No. 2, Winter, 1982, p23.

⁽⁷¹⁸⁾ - time 11:33 pm (9http://www.aliqtisadi.ps date 20- 12-201

⁷¹⁹ - سلمى سليمان، التنظيم القانوني لتسوية الأراضي في الضفة الغربية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة القدس فلسطين،

السنة الدراسية 2014/2015، ص 89.

⁷²⁰ - قرار محكمة النقض الفلسطينية بالدعوى الحقوقية رقم 617/2011، بتاريخ 2012/12/18، مجموعة أحكام النقض الفلسطينية في الدعاوى الحقوقية للعام 2013.

وأشير هنا إلى أن هذا النوع من الأراضي يخضع في إدارته إلى دوائر ضريبة الأملاك الفلسطينية التابعة لوزارة المالية الفلسطينية في مناطق (أ، ب) وأيضاً إلى دوائر ضريبة الأملاك التابعة لسلطة الاحتلال الإسرائيلي في المناطق المصنفة (ج).

وبالنسبة لفراغ حق التصرف في هذه الأراضي، فلا يتم أمام دوائر تسجيل الأراضي لعدم وجود قيد لها في السجل العقاري، بل يتم بطريقة مباشرة بين صاحب حق التصرف والمشتري بواسطة عقد عرفي يسمى بحجة البيع، ويمكن أن يتم بواسطة الوكالة الدورية. وعقد الفراغ المباشر الذي يتم بين صاحب حق التصرف بصفته كبائع وبين المشتري، يجب أن يتوافر فيه الأركان العامة للعقد (الرضا والمحل والسبب) وأيضاً الركن الرابع وهو الشكلية أي أن يتم توثيقه والإشهاد عليه، وإذا لم تتوافر إحدى الأركان يكون العقد باطلاً لا يرتب أي اثر.

وأرى، في العقد العرفي بالنسبة لهذا النوع من الأراضي أنه يعتبر الوسيلة الأمثل والأسهل للبيوع والفراغات رغم ما قد يكتنفه من غموض وأخطاء خاصة باسم المالك والمتصرف والمشتري والمساحة للأرض ... الخ. كما أنه قد يكون القرينة القاطعة على التصرف لحامله، سيما إذا استنفذ الزمن المطلوب للحيازة وهي 10 سنوات في الأراضي الأميرية وفق ما نصت عليه المادة 3 من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958، وسنبحث عقد الفراغ في الأراضي الأميرية غير الخاضعة لنظام التسجيل من حيث الشروط التي يجب توافرها لصحته ومن ثم الآثار المترتبة عليه كما يلي:

المطلب الأول: شروط نفاذ عقد الفراغ في الأراضي غير الخاضعة للتسجيل وقوته القانونية

تنص المادة 3 من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 النافذ بالصفة الغربية 721 (تعتبر البيوع العادية الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الأميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق لم تعلن فيها التسوية أو التي استثنيت منها نافذة إذا مر على تصرف المشتري تصرفاً فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمس عشرة سنة في العقارات المملوكة). بالتعمن بهذا النص، يمكننا تحليل شروط نفاذ عقد الفراغ كما يلي:

الشرط الأول: أن يجري عقد الفراغ بموجب سند عادي: يتم توثيقه بين البائع والمشتري وبالأشهاد عليه. وتوثيق العقد شرط لصحة عقد الفراغ في الأراضي غير المسجلة، ويعتبر باطل سواء، ولا يرتب أي اثر قانوني. فلا صحة للفراغات التي تتم شفاهة بين البائع والمشتري، ويجب أيضاً أن يوثق في السند كل ما يتعلق بالأرض من حدود ومساحة وأوصاف بشكل ينفي الجهالة، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفلسطيني، فقضت محكمة النقض الفلسطينية في قرارها رقم 239 لسنة 2005 أن "بيع الأراضي التي لم تعلن فيها التسوية لا بد أن يتم بموجب سند مكتوب لأنه شرط انعقاد وركن في العقد لا وسيلة إثبات وأن إقرار البائع أمام المحكمة المختصة ببيعه الأرض لا يغير من الأمر شيئاً لوجوب أن يكون البيع بسند مكتوب". (722)

ومع هذا الاشتراط الذي ورد في نص المادة 3 بضرورة الكتابة والتوثيق للبيع والفراغ، فأرى أنه لا يكفي للغاية التي قصدها المشرع، بل كان عليه أن يشترط أيضاً أن يتم التوثيق أمام جهة مختصة ككاتب العدل مثلاً، لأن إطلاق حرية البائع والمشتري بالتوثيق قد تؤدي إلى الكثير من الأخطاء في الوصف للعقار والمساحة وغير ذلك من الأمور، لأن هذا النوع من الأراضي ليس له سجل خاص يوضح كل ما يتعلق فيه، فهناك الكثير من العقود تنظم بطريقة خاطئة لا توصف العقار بالشكل السليم ومساحته وأوصافه، الأمر الذي يشكل جهالة فاحشة. كما أن الحجة وخصوصاً التي تكتب بخط اليد تكون عرض للقسط والتغير والتحشير، لهذا كان على المشرع أن يتوخى هذه

⁷²¹ - قانون معدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية عدد 1014، بتاريخ 1959/1/1، ص 50.

⁽⁷²²⁾ - قرار محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 239 لسنة 2005 - بتاريخ 2006/11/1 - مجموعة أحكام النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية لسنة 2006.

المسألة وأن يسرع بإيجاد حل مؤقت لها لحين تسوية كافة الأراضي وإخضاعها لنظام السجل العقاري، وحذا لو أن المشرع الفلسطيني ينص على ضرورة تحرير هذه العقود أمام كاتب العدل.

الشرط الثاني: أن يمضي على تصرف المشتري المدة المطلوبة لنفاذ عقد الفراغ: وهي 10 سنوات في الأراضي الأميرية. والتصرف المقصود من المادة 3 هو أن يقوم المشتري باستعمال واستغلال العقار سواء بإحداث أبنية أو منشآت أو إقامة أغراس وما شابه ذلك، بمعنى أن يظهر بمظهر المالك الذي يمارس سلطاته على ملكه، وبعد مضي المدة المطلوبة يصبح الفراغ نافذاً، ولا يجوز العدول عنه. كما لا يجوز للبائع أو لورثته من بعده أن يباشروا دعوى فسخ العقد على المشتري باعتبار أنه مازال مالكاً لها كون ذلك تعرضاً يجب الامتناع عنه.⁽⁷²³⁾

وفيما يتعلق بالقوة القانونية لعقد الفراغ العرفي، يعتبر عقد منعقد بين البائع والمشتري، لكنه غير نافذ قبل مضي المدة المطلوبة للتصرف، فيستطيع البائع أو ورثته من بعده قبل مضي المدة المطلوبة لتصرف المشتري بالأرض أن يعدل عن الفراغ بأي وقت شاء، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفلسطينية في قرارها رقم 15 لسنة 2009 أن "عقد البيع الخارجي الذي يتم بموجبه الاتفاق على بيع مال غير منقول خارج دائرة التسجيل، يحق للبائع بموجب ذلك العقد أو ورثته من بعده العدول عن البيع في أي وقت إلى أن يمر الزمن المطلوب على تصرف المشتري".⁽⁷²⁴⁾ وكذلك قضت في قرار آخر لها رقم 2010/578 "أن القول بأن دعوى منع المعارضة لا تكون إلا في حالة اليد الغاصبة التي لا تستند إلى عقد، إنما يقصد به العقد الذي أضحي نافذاً بحق عاقيه. أما قبل أن يصبح العقد بالأراضي التي لم تعلن بها التسوية نافذاً من خلال اقترائه بالتصرف، فإنه يغدو غير ذي أثر ولا يرتب حق المعارضة، وتكون يد المشتري بموجب هذا العقد يد ضامن، وإذا أقيمت الدعوى من البائع ضد المشتري لمنع معارضة هذا الأخير له في العقار المبيع، قبل أن يصبح العقد نافذاً تكون دعواه صحيحة واجبة القبول".⁽⁷²⁵⁾

غير أن محكمة النقض الفلسطينية عادت وناقضت نفسها تناقضاً واضحاً في هذا الشأن ومخالفاً للمادة 3 من قانون 51 لسنة 1958، حيث قضت في قرارها رقم 50 لسنة 2013 "أن الأراضي التي لم يسبق تسجيلها استثنيت من هذه الشكليات وتكون العقود والتصرفات الجارية عليها تخضع لإرادة المتعاقدين عليها ويخضع العقد الجاري عليها والتزامات كل فريق في مواجهة الفريق الآخر للشروط الواردة فيه ما دام أنه ليس ممنوعاً ولا مخالفاً للنظام العام، وفي هذه الحالة فإنه لا يجوز الرجوع عن العقد إلا بالإقالة أو الفسخ الناشئ عن عدم التزام طرف في مواجهة الطرف الآخر بشروط العقد، وهذا الأمر يقرر من قبل المحكمة المختصة، أما قانون انتقال الأراضي العثماني فإن نصوصه يعمل بها بما لا يتعارض مع نصوص القانون رقم 51 لسنة 1958 سنداً للمادة (51) من هذا الأخير حيث الغي بموجبه كل تشريع أردني أو فلسطيني صدر قبله وكانت أحكامه مغايرة له".⁽⁷²⁶⁾

وأرى في التناقض بين القرارات السابقة أنها دلالة واضحة على التخبط لدى القضاء الفلسطيني في مسألة غاية في الأهمية ومنتشرة بكثرة في المحافظات الفلسطينية كون الأراضي غير خاضعة للتسجيل بمعظمها، ورغم بساطة المبدأ القائل لا اجتهد في مورد النص. فالمشرع حينما استهل نص المادة 3 (تعتبر البيوع العادية الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الأميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق لم تعلن فيها التسوية أو التي استثنيت منها نافذة إذا مر على تصرف المشتري تصرفاً فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمس عشرة سنة في العقارات المملوكة) هو دلالة واضحة على قصده الذي لا يحتمل التأويل والتفسير أنه علق نفاذ العقد

(723) - أنور سلطان، العقود المسماة، عقد البيع والأيجار، مطبعة دار المعارف، مصر 1996، ص 265.

(724) - قرار محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 15 لسنة 2009 - بتاريخ 2009/12/22 - مجموعة أحكام النقض للعام 2010. وقد كان لمحكمة النقض الفلسطينية قرارات أخرى بنفس الشأن كالقرار 239 لسنة 2005، وكذلك قرار محكمة الاستئناف الفلسطينية - استئناف رام الله رقم 110 لسنة 1998، وقرار آخر لاستئناف رام الله رقم 250 لسنة 2000.

(725) - pm39, time 8:20/1/203 <http://muqtafi.birzeit.edu,date> 2-

(726) - قرار محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 50 لسنة 2013 - ب تاريخ 2017/2/6 مجموعة أحكام النقض للعام 2014.

بمرور الزمن، ومعنى النفاذ أن العقد أصبح ملزم لطرفيه، فلا يجوز النكول عنه إلا بالاتفاق. فكيف للسادة هيئة النقض الفلسطينية تقضي في قرارها رقم 50 لسنة 2013 بما يخالف نص المادة 3، وأيضاً بما يخالف ويناقض حكم سابق لها؟

ونشير هنا سؤال أيضاً غاية في الأهمية من الناحية العملية كون البيع معلق النفاذ على مضي المدة، وفقاً للمادة 3 المشار إليها أعلاه. هل يستطيع المشتري منع معارضة البائع له وورثته من بعده بموجب السند الذي يحمله؟

لقد أجب عن هذا السؤال المرحوم أنور سلطان في كتابه العقود المسماة، أن المشتري يحق له ذلك من باب إثبات صحة التعاقد الذي أبرمه مع البائع.⁽⁷²⁷⁾ وأرى في سلامة هذا الرأي كونه يعطي المشتري الحق في منع تعرض البائع وورثته من بعده ما دام العقد قائم بينهما ولم يفسخ، الأمر الذي يؤدي إلى استقرار المعاملات التي تجري بمثل هذا النوع من الأراضي ويشكل نوع من الحماية القانونية للمشتري.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على عقد الفراغ في الأراضي غير الخاضعة للتسجيل

في حال استوفى المشتري المدة المطلوبة المشار إليها، فإنه يصبح صاحب حق التصرف فيها، ولا يملك البائع أو ورثته من بعده أي حق للرجوع عن الفراغ أو معارضته في تصرفه بالأرض، ومع هذا الأثر الرئيسي فإن هناك عدة نتائج تترتب على هذا العقد تتمثل بما يلي:

- 1- لا يستطيع المشتري أن يجبر البائع أو ورثته من بعده القيام بإجراءات نقل الملكية أمام الدائرة المختصة أو توثيق وكالة دورية بهذا الشأن، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفلسطينية في قرارها رقم 15 لسنة 2009 "لا يملك المشتري الحق في إلزام البائع، أو ورثته تسجيل العقار باسمه لدى المرجع الرسمي"،⁽⁷²⁸⁾ لأن البيع أصلاً في هذه الأراضي لا يمكن تسجيله في الدائرة الرسمية، كونه لا يوجد لهذه الأراضي سجلات كما هو الحال في الأراضي المسجلة.
- 2- يستطيع المشتري أن يباشر سلطاته على الأرض سواء بالاستعمال أو الاستغلال، وله أن يقيم الأبنية والمنشآت والأغراس فيها، وإذا ما تم الرجوع والفسخ من قبل البائع، فإن المشتري يكون له الحق بالمطالبة بالتعويض عن ثمن هذه المنشآت التي أقامتها، وكذلك له أن يطلب التمسك بتملك الأرض بالزعم الشرعي إذا كانت قيمة المنشآت أعلى قيمة من الأرض وفقاً لنص المادة 906 من مجلة الأحكام العدلية (.....) وإذا كان قد أنشأ أو غرس بزعم سبب شرعي كان حينئذٍ لصاحب البناء أو الأشجار أن يعطي قيمة الأرض ويتملكها.....).
- 3- للمشتري أن يباشر إجراءات التسجيل الجديد للأرض أمام دوائر تسجيل الأراضي المختصة، ورغم أن المؤلف أمام دوائر التسجيل الفلسطينية تشترط أن يقدم المشتري طلب التسجيل الجديد بعد مضي المدة المطلوبة للتصرف، فأرى في ذلك أنه لا يستند إلى أي أساس قانوني طالما أن البائع لم يعترض على طلب التسجيل وفق الإجراءات المعمول بها للتسجيل الجديد. أما الدوائر التابعة لسلطة الاحتلال الإسرائيلي، فلا يمكن أن تقبل طلب التسجيل الجديد إلا بمضي المدة المطلوبة لنفاذ التصرف، الأمر الذي لا يستند إلى أي أساس قانوني ومن ثم أرى بهذا الحظر أنه في غير محله.⁽⁷²⁹⁾

⁽⁷²⁷⁾ - أنور سلطان، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 266.

⁽⁷²⁸⁾ - قرار محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 15 لسنة 2009 - بتاريخ 2009/12/22، مجموعة أحكام النقض للعام 2010.

⁽⁷²⁹⁾ - مقابلة مع محمد دويكات - من دائرة تسجيل أراضي بيت إيل - الأربعاء 2018/12/30 - الساعة 11:45 صباحاً.

4- يستطيع المشتري بموجب العقد أن يدفع التعرض على الأرض من قبل الغير سواء كان التعرض مادياً أم قانونياً، كأن يدعي شخص ما أنه مالك للأرض أو له حق تصرف فيها، فبموجب العقد يستطيع المشتري أن يدفع هذا التعرض من خلال دعوى منع المعارضة في حيازة العقار وليس منع معارضة في الملكية.

5- للمشتري أيضاً أن يستند إلى العقد الذي يحوزه في إثبات حقه بالأرض في عملية التسوية إذا ما تم إعلانها في المنطقة الكائن فيها الأرض.

6- المشتري لا يستطيع بموجب العقد أن يقوم ببيع الأرض أو إفراغها للغير ما دام أن المدة المطلوبة للنفاذ لم تمضي بعد وذلك كونه غير مالك لها، لكن إذا صدر منه البيع للغير بموافقة المالك، فأرى أنه لا مضار في ذلك.

7- وبناءً على نص المادة 3 من القانون المعدل المشار إليه، يكون المشتري الذي أمضى المدة المطلوبة مباشرة دعوى نفاذ عقد البيع الذي يعطيه في النهاية الحق بالتصرف أو الملكية في أراضي الملك، وقد كان على هذا النص قرارات من الاجتهاد القضائي الذي توصل في أن مرور الزمن يصلح أن يكون سبباً للدعاء وهي:

- قرار محكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوق رقم 184 لسنة 1974 "أن التصرف مدة مرور الزمن بالأرض يصلح سبباً لدفع الدعوى، ولا يصلح سبباً للدعاء إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 3 من قانون رقم 51 لسنة 1958". (730)
- قرار محكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوقية رقم 22 لسنة 1978 "أن البيوع خارج دائرة التسجيل لا تعتبر ناقلة للملكية ولا تصلح حجة ناقلة للملكية إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 3 من قانون رقم 51 لسنة 1958، وهي أن يكون البيع الخارجي بموجب سند وأن يمر على تصرف المشتري بموجبها خمسة عشر سنة". (731)
- قرار محكمة استئناف رام الله رقم 93 لسنة 1994 " أن التصرف المقترن بسند بيع عادي وفقاً لأحكام المادة 3 من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 أنها أجازت التمسك بمرور الزمن كسبب لكسب الملكية إذا كان هناك سند بيع خارجي مقترن بتصرف المشتري فعلياً مدة مرور الزمن القانونية". (732)
- وأرى أن تفسير المادة الثالثة، لاسيما في عبارتها (تعتبر البيوع العادية نافذة)، فإنه وفقاً لنص المادة 113 من مجلة الأحكام العدلية التي عرفت البيع النافذ: أنه بيع لا يتعلق به حق الغير ومتى حقق واضع اليد شرط المدة المطلوبة من المادة 3 للحيازة، فإن بيعه يعتبر نافذاً، ومن ثم يكون له حق الادعاء بدعوى إنفاذ البيع، وليس منع معارضة.

وبعد البحث في أثار عقد الفراغ العرفي وقوته القانونية وشروطه في الأراضي غير الخاضعة للتسجيل العقاري، وهو ما ينطبق أيضاً على البيع في أراضي الملك غير المسجلة، فقد تنور مسألة غاية في الأهمية حول توالي البيوع والفراغات التي تتم على هذا النوع من الأراضي، حيث يقوم البائع ببيع أو فراغ الأرض لأكثر من مشتري أو يقوم أحد الأشخاص بكتابة حجة مدعياً أنه اشتراها. هذه المسألة أجابت عليها مجلة الأحكام العدلية في موادها 1758 - 1761 تحت بند ترجيح البيّنات من حيث التاريخ، واستقرت هذه النصوص على أساسين: أولهما التاريخ الأسبق وثانيهما وضع اليد. فحائز الحجة السابقة يقدم على اللاحقة. وهذا ما استقر عليه القضاء الفلسطيني في قرارات محكمة النقض 2009/15 و قرار رقم 2011/585 المشار إليهما سابقاً في تعدد الوكالات الدورية على نفس الأرض.

(730) - قرار محكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوق رقم 184 لسنة 1974 - بتاريخ 1974/6/3 - مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد الرابع - 1975.

(731) - قرار محكمة التمييز الأردنية في الدعوى الحقوق رقم 225 لسنة 1978 - بتاريخ 1978/7/12 - مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد الثاني - 1979

(732) - قرار محكمة استئناف رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 93 لسنة 1994، بتاريخ 1994/3/18.

كما تثار مسألة لا تقل أهمية عن سابقتها أثناء الشروع في عملية التسوية في منطقة ما. ما النظام القانوني الذي ينظم عملية البيوع والفراغات أثناء التسوية؟

لقد أجاز نظام تسجيل الأراضي والمياه في مناطق التسوية رقم 1 لسنة 1952، 733 النافذ بالصفة على هذه المسألة، وحدد في المواد من 2 - 4 الجهة المسؤولة عن تنظيم عقد البيع والفراغ حسب المرحلة التي وصلت إليها التسوية كما يلي:

المرحلة الأولى: وتمتد وفق المادة 2 من تاريخ صدور إعلان التسوية إلى تاريخ تنظيم جدول الادعاءات وتسليمه إلى مدير دائرة تسجيل الأراضي، ويكون المختص بتوثيق البيوع والفراغات في هذه المرحلة هو مدير مكتب التسوية.

المرحلة الثانية: وتمتد حسب نص المادة 3 من التاريخ الذي يستلم فيه قاضي التسوية جدول الادعاءات إلى تاريخ أن يصبح جدول الحقوق نهائياً ونشرة حسب الأصول، حيث يختص قاضي التسوية بتسجيل كافة البيوع والفراغات التي تجرى على الأراضي، وفي حال غياب القاضي ينوب مكانه الموظف الذي ينتدبه رئيس هيئة تسوية الأراضي والمياه.

المرحلة الثالثة: وتمتد بين التاريخ الذي يصبح فيه جدول الحقوق نهائياً وحتى الفرز النهائي ويكون المختص هنا بتوثيق البيوع والفراغات هو مدير مكتب التسوية أو مدير تسجيل الأراضي في دائرة التسجيل وفقاً لنص المادة 4.

كما تثار هنا بعد بيان الجهة المسؤولة عن تنظيم البيوع والفراغات أثناء التسوية مسألة أخرى خاصة بالأراضي غير منتهية التسوية في الضفة الغربية والتي تم الشروع فيها أبان الحكم الأردني ولم تنته حتى الآن، كالمناطق الكائنة في محافظة نابلس وطوباس، فكيف كان يتم تنظيم البيوع والفراغات أثناء الاحتلال الإسرائيلي؟ وكذلك في الوقت الحالي؟ وما الأثر القانوني للبيوع والفراغات التي كانت أو مازالت تتم على هذه الأراضي بتنظيم عقد عرفي بين الأطراف؟

في إجابة هذا السؤال أرى في تلك البيوع التي كانت تتم بين المواطنين أنها منتجة لأثرها وفقاً للمادة 3 من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 وذلك بسبب أن الاحتلال الإسرائيلي حين احتلاله للضفة الغربية اصدر أمراً بشأن تسوية الأراضي وتنظيم المياه رقم 291 لسنة 1968 عطل بموجب المادة الثانية منه عملية التسوية التي كانت جارية في تلك الفترة، حيث جاء في النص (يعطل مفعول أي أمر تسوية وأي إجراء اتخذ بموجب أمر التسوية، ويلغى مفعول كل تعليمات في القانون تحظر عقد صفقة في الأراضي إثر صدور أمر التسوية، تنتقص من مدة صفقة كما ذكر، تمنع، تسترط أو تعلق أي إجراء كان في شؤون الأراضي أو المياه إثر صدور أمر التسوية سواء أكان إجراء اتخذ في محكمة أم رقم إجراء لم يتخذ في محكمة).

الخاتمة

بعد البحث في موضوع الفراغ لحق التصرف في الأراضي الأميرية غير الخاضعة للتسجيل، وجدنا أن الأراضي الأميرية تشكل مشكلة حقيقية لاسيما من الناحية السياسية، فرأينا كيف أستغل الاحتلال الإسرائيلي ومن قبله البريطاني النظام الذي تقوم عليه هذه الأراضي خصوصاً إنفصال رقبتها عن التصرف بها، لهذا نوصي المشرع الفلسطيني حين سن قانون الأراضي أن يلغي أسطورة الأراضي الأميرية ويعتبرها بمثابة الملك، إضافة لحشد الدعم السياسي لكف يد الاحتلال الإسرائيلي عن الأراضي الأميرية سيما غير المسجلة منها الكائنة في المناطق المصنفة (ج).

كما وصلنا أن البيع والفراغ في الأراضي غير الخاضعة للتسجيل في حقيقته يسبب إشكاليه كبيرة في القطاع الاقتصادي وأيضاً في القطاع السياسي، لأنه محال أن يتم ضبط هذه البيوع والتأكد من صحتها وسلامتها، فهي عرضة للتزوير والتحريف كونها لا تتم أمام أي

⁷³³ - نظام تسجيل الأراضي والمياه في مناطق التسوية رقم 1 لسنة 1952، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، عدد 1123، بتاريخ 1952/10/31، ص 371.

جهة رسمية، وكذلك أحقية البائع بالرجوع عن البيع متى شاء وفقاً لنص المادة 3 من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة تسبب حالة من الاستقرار في المعاملات العقارية. كما أنه من المحال أن ينطبق القانون الخاص بمنع تملك الأجانب وإتباع الإجراءات اللازمة للبيع والفرار في هذه الحالة، كون العقد لا يوثق أمام أي جهة رسمية، وهذا ما يسهل من مهمة البيع والتسريب للأراضي للجمعيات والشركات الاستيطانية في الضفة الغربية، وفعلاً هذا ما تم استغلاله في مدينة القدس، وما يتم استغلاله الآن في المناطق المحاذية للمستوطنات. وقد وصلنا في البحث الذي عمدنا إليه من خلال تحليل الوضع القانوني القائم في الضفة الغربية الى نتائج وتوصيات عدة نوجزها بما يلي:

أولاً: النتائج:

- 1- أن المشتري لحق التصرف في الأراضي الأميرية يبقى شراءه غير ملزم للبائع بموجب المادة 3 من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958، إذ يستطيع البائع أو ورثته من بعده التراجع عن البيع في أي وقت، طالما لم يمر الزمن المطلوب من المادة 3 وهو 10 سنوات.
- 2- أن الحماية القانونية للمشتري حتى بعد نفاذ بيعه بموجب المادة 3 تتمثل فقط بحيازة الأرض، وله أيضاً اللجوء الى عملية التسجيل الجديد لتسجيل أرضه أو تسجيلها بالتسوية حال تم الشروع فيها.
- 3- للمشتري أن يدفع التعرض عن حيازته وتصرفه بالأرض حتى لو لم ينفذ بيعه، وله الرجوع على البائع بالثمن حال قام هذا الأخير بإبرام بيع عليها سابق، وإذا كان لاحق يكون للمشتري الحق في الأرض.

ثانياً: التوصيات:

- 1- نتاجاً لما توصلنا اليه من خلاصات من هذا البحث التي تتمثل في الإشكاليات التي يثيرها نوع الأراضي الأميرية في الواقع القانوني، فلم يعد مقبولاً في هذا الوقت التسليم بمبدأ انفصال الرقبة عن حق التصرف في ملكية الأراضي، فعلى المشرع الفلسطيني الإسراع في إلغاء أسطورة الأراضي الأميرية واعتبارها كملك، أو على الأقل اقتفاء موقف المشرع السوري باعتبار حق التصرف كحق الملكية إذا لم يعد للدولة السورية أي حق في الأرض الأميرية.
- 2- إن عدم خضوع معظم الأراضي الأميرية في الضفة الغربية لنظام التسجيل العقاري يجعلها سبباً مركزياً لإثارة النزاعات بين الملاك والمتصرفين في التصرف بالأرض، نظراً لعدم وضوح معالم هذه الأرض من حيث المتصرف والمساحة والحدود، الأمر الذي يجب الوقوف عليه واتخاذ به محمل الجد والإسراع في إنجاز عملية التسوية في الضفة الغربية، التي ستقزم أسباب النزاع بين المواطنين وكذلك حمايتها من السيطرة من قبل قوات الاحتلال الإسرائيلي الذي يستغل هذا النوع من الأراضي في التوسع الاستيطاني.
- 3- نوصي المشرع الفلسطيني بحل مرحلي ومؤقت لحين إنجاز عملية التسوية للأراضي وتسجيلها بالسجل العقاري، أن يشترط لصحة عقود الفراغ في الأراضي الأميرية غير المسجلة أن يتم توثيقها أمام جهة مختصة ككاتب العدل مثلاً، لأن إطلاق حرية البائع والمشتري بالتوثيق قد تؤدي إلى الكثير من الأخطاء في الوصف للعقار والمساحة وغير ذلك من الأمور، لأن هذا النوع من الأراضي ليس له سجل خاص يوضح كل ما يتعلق فيه، فهناك الكثير من العقود تنظم بطريقة خاطئة لا توصف العقار بالشكل السليم ومساحته وأوصافه، الأمر الذي يشكل جهالة فاحشة. كما أن الحجة وخصوصاً التي تكتب بخط اليد تكون عرضاً للقشط والتغيير والتحشير.

المراجع والمصادر

أولاً: المصادر

- قانون الأراضي العثماني لسنة 1858، المنشور في العدد رقم (0) من مجموعة عارف رمضان، بتاريخ 1925/6/1.
- قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953، المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية عدد 1135، بتاريخ 1953/3/1، ص 1135.
- قانون الملكية العقارية اللبناني، المنشور بالجريدة الرسمية اللبنانية تحت رقم 3339 بتاريخ 1930/11/12.
- قانون تحويل الأراضي من الميري للملك رقم 41 لسنة 1953، المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية العدد 1134، بتاريخ 1953/6/12، ص 559.
- قانون معدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية عدد 1014، بتاريخ 1959/1/1، ص 50.
- نظام تسجيل الأراضي والمياه في مناطق التسوية رقم 1 لسنة 1952، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، عدد 1123، بتاريخ 1952/10/1،

ثانياً: المراجع

➤ الكتب

- ابراهيم ناجي، شرح قانون الأراضي العراقي، ج 1، مطبعة الفلاح، ط 1، بغداد 1936.
- أحمد اسماعيل علي، تاريخ بلاد الشام منذ ما قبل الميلاد حتى العصر الأموي، دار دمشق، ط 2، دمشق 1994.
- أمين دواس، قانون الأراضي، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله 2013.
- أنور سلطان، العقود المسماة، عقد البيع والأيجار، مطبعة دار المعارف، مصر 1996.
- شاكر ناصر حيدر، أحكام الأراضي و الأموال غير المنقولة، مطبعة الاعتماد، بغداد 1947.
- محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية- الجزء الثاني - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان 1999.

➤ الأطروحات والرسائل

✓ الأطروحات:

- هند أمين إبراهيم البربري - تطور حيازة الأراضي الزراعية في فلسطين 1939 - 1948، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الزراعة - جامعة عين شمس - مصر 1993.

✓ الرسائل:

- رجاء فقها، التنظيم القانوني للأراضي الأميرية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، السنة الدراسية 2012.
- سائدة عجوة، آلية انتقال الملكية في الأراضي غير المسجلة - رسالة ماجستير - كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس - فلسطين، السنة الدراسية 2011.
- سلمى سليمان، التنظيم القانونية لتسوية الأراضي في الضفة الغربية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة القدس فلسطين، السنة الدراسية 2015/2014.

➤ المجالات والدوريات

- جريدة (يديعوت أحرنوت العبرية) الصادرة عن دولة الاحتلال - صفحة 7 بتاريخ 2013/ 11/11.
- خليل أحمد قدامة، نظرات في حق التصرف كحق عيني ومدى السلطات التي يخولها للمتصرف، مجلة جامعة الأقصى، غزة - فلسطين، المجلد السابع، العدد الأول، يناير 2003.
- حسين عيسة، النظام القانوني للأراضي الأميرية في فلسطين، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، المجلد الرابع/ السنة الرابعة/ عدد تسلسلي 16، ديسمبر 2016.
- التقرير السنوي لمنظمة بيت سيلم، العدد الثامن عشر لسنة 2016.

➤ مقابلات

- مقابلة مع محمد دويكات - من دائرة تسجيل أراضي بيت إيل - الأربعاء 2018/12/30 - الساعة 11:45 صباحاً.

➤ أحكام قضائية

- قرار محكمة التمييز الاردنية في الدعوى الحقوق رقم 184 لسنة 1974- بتاريخ 1974/6/3 - مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد الرابع - 1975.
- قرار محكمة التمييز الاردنية في الدعوى الحقوق رقم 225 لسنة 1978- بتاريخ 1978/7/12 - مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد الثاني - 1979.
- قرار محكمة النقض الفلسطينية بالدعوى الحقوقية رقم 617/2011 ، بتاريخ 2012/12/18 ، مجموعة أحكام النقض الفلسطينية في الدعاوى الحقوقية للعام 2013.
- قرار محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 15 لسنة 2009 - بتاريخ 2009/12/22 - مجموعة أحكام النقض للعام 2010.
- قرار محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 15 لسنة 2009 - بتاريخ 2009/12/22 ، مجموعة أحكام النقض للعام 2010.
- قرار محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 239 لسنة 2005 - بتاريخ 2006/11/1 - مجموعة أحكام النقض الفلسطينية في الدعاوى الحقوقية لسنة 2006.
- قرار محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 50 لسنة 2013 - بتاريخ 2017/2/6 مجموعة أحكام النقض للعام 2014.

➤ المراجع الأجنبية

- Goadby, and Doukhan, The land law of Palestine, Tel-Aviv, Palestine 1935.
- Gvirtzma, "Maps of Israeli Interests in Judea and Samaria Determining the Extent of the Additional Withdrawals". (this study was funded by the Settlement Division of the Zionist Organization, west bank 2003)
- Kenneth ,The land question in Palestine 1917 -1939. Published by: Taylor & Francis, Ltd.1995.
- Raja Shehadeh, the land law of Palestine, Journal of Palestine Studies, Vol. 11 No. 2, Winter, 1982 .
- Sami -Hadawi, The Palestine Arab Refugee office, . 801 2nd Avenue, Room 801 New York 17, N. Y. 1957.
- Tute, the Othman land laws, Printed at Greek Convent Press, Jerusalem 1927.

➤ المواقع الإلكترونية

- <http://www.aliqtisadi.ps>.
- www.muqtafi.birzeit.edu.

تدبير صندوق المقاصة وانعكاساته على القدرة الشرائية للمواطنين المغاربة

يونس مليم

باحث بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس بالرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

ملخص:

كشف تقرير المجلس الأعلى للحسابات حول صندوق المقاصة لسنة 2014، أن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة خلال سنتي 2013 و2014 للتخفيف من تحملات الصندوق لم تسفر عن نتائج إيجابية، فمختلف الإجراءات الحكومية المتخذة بخصوص صندوق المقاصة والرامية إلى إعدامه تدريجيا لن تمنع من استمرار الأزميتين الاقتصادية والمالية وتعمقهما في بلادنا نظرا لعمق سيرورة التناقضات وحدتها بين قوى الإنتاج وعلاقات الإنتاج. فصندوق المقاصة هو مجرد آلية أو قناع كان يخفي لحد الآن هذه التناقضات وما أن انطلق مسلسل إعدام هذه الآلية وبدأ رفع القناع حتى ظهرت تلك التناقضات العميقة الكامنة بكل بشاعتها.

الكلمات المفتاحية: صندوق المقاصة؛ القدرة الشرائية، الإصلاح

Abstract:

The report of the Board of Auditors on the compensation fund in 2014 revealed that the measures taken by the government in 2013 and 2014 to reduce the Fund's liabilities had not yielded positive results. Because of the depth and unity of the contradictions between the forces of production and the relations of production. The Clearinghouse is so far only a mechanism or a mask that hides these contradictions: from the beginning of the execution of this mechanism, the mask began to appear, until the deep contradictions inherent in all his ugliness have appeared.

Key words: compensation fund, purchasing power, repair.

مقدمة

إن عدم واقعية هذا النموذج وتجريدته وقيامه على تجربة تاريخية لا يمكن محاكاتها لغياب شروطها أدى تطبيقه في المغرب الى نتائج معاكسة تماما. فاذا اقتصرنا فقط على تجربة المغرب الفلاحية كقاعدة لتطور صناعي محتمل نجد أن الساكنة الفلاحية التي كانت في بداية عقد الستينات تصل الى 8 مليون نسمة (حوالي 80,5 %) فانها تصل اليوم الى حوالي 15 مليون نسمة (حوالي 45%) بينما ظل الإنتاج الفلاحي الفردي يتراوح في مكانه حيث لم يتغير منذ بداية عقد الستينات الى اليوم. علما ان حصة الفلاحة في الناتج الداخلي الاجمالي تراجعت من أكثر من 30 في المائة الى حوالي 15 في المائة فقط. المقصود بهذا التوضيح هو ان تطور قوى الإنتاج لم تعكس تطور موازيا في مستوى الانتاجية الفردية الضروري حسب نموذج التنمية المشار اليه وبالتالي يؤكد على تعمق التناقض في الزمن بين قوى الإنتاج وعلاقات الإنتاج والاستمرار دون توقف في عملية التراكم البدائي المتوحش لرأس المال. فالعائدات الفلاحية منذ عقد الستينات لم تترجم في تطور ملموس على مستوى البنيات التحتية في البادية الاقتصادية والاجتماعية وبالتالي الثقافية ولم تنعكس بالتالي على مداخل الساكنة الفلاحية. لذلك فان دور صندوق المقاصة الذي انشأ لدعم الاسعار حتى تبقى في مستوى معين متناسب مع القدرة الشرائية الضعيفة جدا للفلاحين والطبقة العاملة سيتم التخلي عنه اليوم فجأة ودون تعويض.

إن التذكير بهذه الاشياء ليس من قبيل الترف الفكري، بل للتأكيد على عمق التناقضات القائمة في المجتمع الناجم عن اعتماد نمط الإنتاج الرأسمالي والذي يستهدف تعظيم ارباح البرجوازية الفلاحية والصناعية والتجارية المهيمنة على السلطة السياسية على حساب تجميد أجور الطبقة العاملة والفلاحين الفقراء مما يحدث تفاوتاً طبقياً غير قابل للحل والذي أوجب ضرورة تدخل الدولة بواسطة ميزانيتها المتأثية من الضرائب لدعم مستوى الاسعار حتى تضل في متناول العمال والفلاحين الذين يشكلون الاغلبية داخل المجتمع. وبالتالي فإن أي مساس بمستوى هذا الدعم إلا وسيعمق التناقضات ويجعلها قابلة للانفجار في أية لحظة. وهو الأمر الذي نطرح معه التساؤل الآتي: ما هي مكانن خلل صندوق المقاصة؟ وما الحلول المقترحة من أجل إصلاح هذا الصندوق بما يؤثر إيجابا على القدرة الشرائية للمواطنين؟

أولاً: صندوق المقاصة في تقرير المجلس الأعلى للحسابات

لقد بينت تطورات السوق العالمية خلال الخمسة عشر سنة الأخيرة، محدودية نظام المقاصة الذي صار مكلفا وخاضعا للتقلبات. للتذكير فإن نفقات المقاصة قد سجلت مبلغ 52 مليار درهم سنة 2011 و56,6 مليار درهما في سنة 2012. وقد بلغ مجموع نفقات المقاصة خلال الفترة 2011-2015 حوالي 200 مليار درهما، كان من الممكن توظيف هذه الأموال في الاستثمار العمومي، وتطوير البنيات التحتية أو تسديد جزء من الدين المالي لخزينة البلاد⁷³⁴.

فمسألة إصلاح صندوق المقاصة أصبح ضرورة ملحة، في ظل الدعوات المتصاعدة في السنوات الأخيرة إلى إعادة النظر في آلياته، التي أصبحت في نظر العديدين "منعاً للريح" وتكريساً للفوارق الاجتماعية المستفحلة، عوض أن يكون وسيلة لدعم الفئات المعوزة والفقيرة. غير أن هذا المطلب الملح وإن اتفق الجميع على ضرورته فإنه يطرح أكثر من إشكال على مستوى التطبيق، مما يجعل أي تحرك في هذا الاتجاه خارج حل شامل للمنظومة الاقتصادية والسياسية مجرد تضییع للجهود وكما يقول المثل الغربي "ماذا يجدي الجري نفعا إن كنا على الطريق الخطأ".

وبما أن صندوق المقاصة يعتمد بشكل كبير على ميزانية الدولة فقد عملت الحكومة بالمغرب على خلق ضرائب بديلة وتطبيق نظام المقايضة ما يعني أن الدعم الحكومي سيبقى محدد في قيمة معينة، وكذلك رفع الدعم نسبيا أو كليا عن قطاع المحروقات والتي كان يتكلف بدعمها صندوق المقاصة. ويرى تقرير المجلس الأعلى للحسابات حول: "منظومة المقاصة بالمغرب، التشخيص ومقترحات الإصلاح لسنة 2014"، أنه وعلى اثر ارتفاع المنتجات المعنية بالموازنة، واعتماد صندوق المقاصة على ميزانية الدولة فإنه لا يتوفر على موارد ذاتية وتتسم

⁷³⁴ - تقرير حول المقاصة، وزارة الاقتصاد والمالية، مشروع قانون المالية لسنة 2018، ص 1، يمكن تحميله من الرابط الإلكتروني الرسمي

للقانون التنظيمي لقانون المالية: lof.finances.gov.ma

وضعيته بالتبعية⁷³⁵. وقد أكد تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي لسنة 2014 على ضرورة إصلاح عديد المؤسسات ومنها صندوق المقاصة⁷³⁶، وفي تقريره لسنة 2015 أكد المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي على أن ارتفاع النفقات العادية مرتبط بمدى تطور نفقات المقاصة⁷³⁷، وأكد المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي في تقريره السنوي لسنة 2016 على أنه يوجد شبه استقرار في النفقات العادية، وأن النفقات المتعلقة بالمقاصة شهدت ارتفاعا طفيفا في سنة 2016 بقدر 0.9 في المائة⁷³⁸.

زيادة على ذلك، فقد أكد تقرير المجلس الأعلى للحسابات، أن مختلف فئات المواطنين لا يصلها إلا 15 بالمائة من أموال الدعم، في حين تستفيد الشركات والمؤسسات الإنتاجية والقطاعات الاستهلاكية الأخرى من أزيد من 85 بالمائة من دعم هذا الصندوق، وهذا يعني حسابيا أنه خلال عشر سنوات أنفقت الدولة 250 مليار درهم، واستفاد المواطنون منها بأقل من 40 مليار درهم، في حين استفادت الشركات والقطاعات الإنتاجية والاستهلاكية والضيعة الفلاحية الكبرى من 210 مليار درهم.

هذه المعطيات البسيطة تسمح لنا أن نقول بأن نظام المقاصة لم يتمكن بعد من الحفاظ على الاستقرار في أسعار الاستهلاك بصورة تتلاءم مع القدرة الشرائية للمواطن المغربي، وهو ما ينعكس بالسلب على السلم الاجتماعي ويهدد الاستقرار والتماسك المجتمعي.

لهذا، فإن إصلاح نظام المقاصة بالمغرب هو ضرورة وطنية واقتصادية واجتماعية، نظرا لارتباطه الوثيق بترشيد نفقات الدولة وتمكينها في الوقت ذاته من تحقيق الأهداف التنموية المنتظرة منها. فالملاحظ أن الاستفادة من الصندوق المذكور تزداد اختلالا واتساعا، ما بين الفقراء وغير الفقراء، إذ انتقلت من ضعفين (2,1) سنة 2007 إلى ضعفين ونصف (2,5) سنة 2011. بالإضافة إلى أن 83,6 بالمائة من الدعم العمومي المخصص للمواد الأساسية يذهب أساسا "لدعم المواد البترولية"، و95,1 بالمائة من حجم هذا الدعم تستفيد منه الفئات غير الفقيرة، بينما الفقراء يستفيدون فقط من 4,9 بالمائة من استهلاك السكر المدعم، ونفس الشيء بالنسبة للقمح اللين، حيث أن الدولة دعمت بمبلغ 3,4 مليار درهم برسم سنة 2011 القمح، لكن اتضح أن 96,1 بالمائة من حجم الدعم اتجه صوب جيوب الأغنياء، بالمقابل لم يستفيد الفقراء سوى من 1,9 بالمائة من حجم الدعم⁷³⁹. وهو ما يؤكد باللموس أن الصندوق لم يعد يؤدي الأدوار المنوطة به في الأصل، وعلى رأسها تدعيم القدرة الشرائية للطبقات المتوسطة والفقيرة. إن سؤال إصلاح صندوق المقاصة يستمد إلحاحيته من ضرورة ضمان استدامة المالية العمومية وتوازنها، مع تمكينها في الوقت ذاته من تحقيق أهداف السياسات العمومية الاجتماعية بشكل ناجع.

ثانيا: مكان خلل صندوق المقاصة

ترتبط أزمة نظام المقاصة بعدد من الاختلالات أهمها :

أ- على مستوى تطبيق الإجراءات المرتبطة بالإصلاحات المقترحة :

ويتعلق الأمر بالإجراءات المصاحبة لتنزيل هذا المشروع. وهنا يمكن طرح الأسئلة التالية:

⁷³⁵ - تقرير المجلس الأعلى للحسابات حول: منظومة المقاصة بالمغرب: التشخيص ومقترحات الإصلاح، يناير 2014. يمكن تحميله من الرابط الإلكتروني الرسمي للمجلس الأعلى للحسابات: <http://www.courdescomptes.ma>

⁷³⁶ - التقرير السنوي للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي لسنة 2014، يمكن تحميله من الموقع الرسمي للمجلس على الرابط الإلكتروني التالي: <http://www.ces.ma>

⁷³⁷ - التقرير السنوي للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي لسنة 2015، يمكن تحميله من الموقع الرسمي للمجلس على الرابط الإلكتروني التالي: <http://www.ces.ma>

⁷³⁸ - التقرير السنوي للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي لسنة 2016، يمكن تحميله من الموقع الرسمي للمجلس على الرابط الإلكتروني التالي: <http://www.ces.ma>

⁷³⁹ - دراسة قام بها مجلس المنافسة، وقام باستعراضها يوم الاثنين 4 يونيو 2012 بالرابط.

- 1- أي إصلاح للمنظومة التعليمية والخدمات الصحية في ظل الحديث عن اشتراط "تمدرس" أطفال العائلات المستفيدة والزامية المواظبة على تلقيحهم؟
- 2- أية آليات لمراقبة المضاربة في الأسعار؟
- 3- في ظل الحديث عن اشتراط الحساب البنكي من أجل الاستفادة، ما هو المقابل الذي ستؤديه المؤسسات المالية بعد الاستفادة الكبيرة التي ستجنيها جراء الزيادة في نسبة الاستبناك؟
- 4- إذا كانت الحكومة السابقة ومن خلالها الحالية، قد تحدثت غداة تعيينها عن القيمة الموهولة للأرباح التي يتوقع جنيها جراء محاربة الفساد وتبني الحكامة الجيدة، لماذا لا يتم طرق هذا الباب كأولوية من أجل الإصلاح بدل الالتجاء إلى الحلول السهلة المتمثلة في العكس المباشر للأزمة على المواطن البسيط؟

ب- من حيث أعباء ميزانية الدولة :

يتحمل الخاضعون للضرائب عبء المقاصة عوض المستهلكين الذاتيين أو المهنيين ، فبالرغم من خضوع هذا النظام لتعديلات ظرفية " إلا أنه لم يعرف إصلاحا عميقا وشاملا . لأن ثقل تكاليف المقاصة تترتب عنه مضاعفات تزيد من هشاشة الإطار الماكرو اقتصادي وتقلص هامش الميزانية خاصة في مجال الاستثمار ، كما أن هذه التكاليف تشكل مخاطر كبرى على النمو الاقتصادي والتشغيل ، وتؤدي إلى تفاقم عجز ميزانية الدولة والميزان التجاري والحسابات الخارجية .

فإذا كان من المفترض أن تستهدف منظومة المقاصة بشكل رئيسي الفئات المعوزة ، فإن تطورها عبر السنين أفضى إلى جعلها أداة لصرف الدعم من الميزانية لفائدة المنتجين المحليين ، خاصة العاملين في قطاع النقل وإنتاج الطاقة الكهربائية والنباتات السكرية ، بل حتى على مستوى بعض الصناعات .

وقد أظهر التقرير الذي أعده المجلس الأعلى للحسابات لسنة 2014 حول منظومة المقاصة بالمغرب " التشخيص ومقترحات الإصلاح "، أن حصة هامة من مبالغ الدعم ترجع بصفة غير مباشرة إلى الدولة والهيئات العمومية التي تستفيد من المواد المدعمة لفائدة حظيرة السيارات التي تمتلكها ، مع الإشارة أيضا إلى أن المنتجين المهنيين يستحوذون على ما يناهز ثلثي تكاليف المقاصة الاجمالية في حين لا تستفيد الأسر إلا من حوالي ثلث مبالغ هذا الدعم . وبهذا يكون نظام المقاصة قد انحرف عن وظيفته الأصلية المتعلقة باستقرار أسعار المواد الأساسية ليتحول إلى آلية للمساعدة لا تعكس واقع التكاليف وتحجب حقيقة الأسعار خاصة في قطاعات الطاقة الكهربائية والنقل .

ت- على مستوى حكمة منظومة المقاصة:

- تتسم حكمة منظومة المقاصة بـ "التجزئة والانغلاق" وذلك بسبب ضعف التنسيق بين مختلف القطاعات الوزارية والهيئات المعنية وذلك على مستوى المهام والمبادرات المتخذة، حيث يعمل كل طرف في حدود اختصاصاته، الأمر الذي لا يوفر الظروف الكفيلة بإحداث التكامل الذي يساعد على تقنين وتبدير هذه المنظومة؛
- عدم إشراك بعض القطاعات بشكل كاف، كوزارة الفلاحة والنقل في تحديث آليات تدبير أنظمة المقاصة على الرغم من كونها معنية بشكل كبير ومباشر بالموضوع؛
- اقتصار المعلومات والإحصائيات المرتبطة بالمواد البترولية على عمليات تحويل المنتجات دون تقديم تفاصيل أخرى؛
- خضوع المواد المدعمة لنظام حرية الاستيراد الذي يستفيد منه الفاعلين الاقتصاديين في عدد من الميادين دون تدخل الدولة على مستوى طرق وشروط التمويل؛
- صندوق المقاصة يقدم الدعم لشراء المواد البترولية لا على أساس الإستهلاكات الحقيقية، بالإضافة على عدم توفره على نظام المعلومات يُمكن من مقارنة الكميات المستوردة مع تلك التي تم نقلها وضبط التسديدات المرجعية على الفاتورات المتعلقة بحالات إرجاع المواد المقتناة سابقا؛

- عدم توفر الصندوق على سلطة النظر في اختيار الممولين وفي أثمان الشراء، كما لا يقوم بشكل كاف بعمليات المراقبة على الفاعلين المستفيدين من هذه الإعانات؛
- لا يتوفر الصندوق على قاعدة للمعطيات حول شركائه، حتى على مستوى المعلومات المالية الأساسية كالحسابات السنوية وتقارير مدققي الحسابات لهؤلاء المتعاملين رغم عددهم المحدود؛
- لا يتوفر الصندوق على إطار قانوني يتضمن مقتضيات واضحة تجيز له تحصيل ديونه في الحالات التي يصبح فيها الصندوق مدينا إزاء المتعاملين معه.

ث- على مستوى الجوانب الضريبية:

- تزايد الضرائب المفروضة على المواد المدعمة من ثقل أعباء المقاصة التي تتحملها الدولة؛
- تمويل المقاصة بشكل غير مباشر الجماعات الترابية بواسطة نسبة من الضريبة على القيمة المضافة التي تحول إلى ميزانياتها، وقد وصل هذا التمويل سنة 2012 حسب تقرير المجلس الأعلى للحسابات إلى مبلغ 1.9 مليار درهم؛

ج- على مستوى المواد البترولية:

- يواجه تطوير ظروف السوق الوطنية من المنتجات البترولية عدة إكراهات بسبب الإمكانيات المحدودة للإستقبال والتخزين؛
- إنعدام المنافسة بين المتعاملين على مستوى سوق أسعار المواد البترولية؛
- اتسام بنيات المواد البترولية بتعددتها وتعقيداتها، وهي العناصر التي تتضمن تكاليف غير مرتبطة بحقيقة التكلفة التي يفترض أن تتحملها، هذا بالإضافة إلى عدم خضوع هذه البنيات للمراجعة قصد مراعاة التصورات التقنية وظروف السوق.

ح- بخصوص غاز البوطان:

- يتوزع استهلاكه أساسا بين الأسر (59 في المائة) والفلاحة (39 في المائة) وتتم تغطيته بنسبة 92 بالمائة عن طريق الإستيراد، وهو المنتج الذي يعرف انحرافا كبيرا عن وظيفته الإجتماعية الأصلية لأن الحصة الأكبر منه موجهة لاستعمالات صناعية ومهنية.

خ- : بخصوص الدقيق:

- عدم القيام باقتناءات عندما تكون الأسعار منخفضة، بالإضافة إلى وعدم إنشاء مخزونات للإحتياط؛
- عدم تقوية نظام مراقبة الأسعار والهوامش مقارنة مع المعايير التنظيمية بهدف تمكين الساكنة المستهدفة من الإستفادة القصوى من الدعم الذي تتحمله الدولة والحيولة دون تحويل الجزء الأكبر من هذا الدعم لصالح باقي المتدخلين والوسطاء.

د- بخصوص مادة السكر:

- عدم مراجعة الثمن المستهدف الذي يحتسب على أساسه الدعم الجزافي، وعدم الأخذ بعين الاعتبار تحسن المردودية الفلاحية من جهة، وكذا أثار استعمال قدرات الإنتاج الصناعية من جهة أخرى؛
- عدم اللجوء إلى عملية الشراء قصد تأمين التموين في مادة السكر خلال فترات تراجع الأسعار العالمية.

ثالثا : وقع التوجه الحكومي فيما يخص المقاصة على الفئات المعنية وعلى المقاولات المغربية

توجهت الحكومة منذ سنة 2015 بشكل مباشر إلى الفئة المهمشة والضعيفة، عبر جملة برامج وسياسيات اجتماعية، مع توفير الإعتمادات المالية الكافية لها، وبالأخص عبر الميزانيات المتحصلة من إصلاح صندوق المقاصة، ومن أهم هذه البرامج، نجد "صندوق التماسك الاجتماعي"، الذي بلغت موارده خلال السنة الماضية حوالي 5.55 ملايين درهم، حيث نص قانون المالية على أنه سيتم تخصيص حوالي 4 ملايين درهم من أموال هذا الصندوق، لمواصلة جهود تعميم نظام المساعدة الطبية "راميد" لفائدة الفئات الفقيرة في أفق بلوغ 8,5 ملايين مستفيد، وزيادة عدد المستفيدين من برنامج "تيسير" للمساعدات المالية المشروطة بالتمدرس، ليصل إلى 812.000 تلميذ ينتمون إلى 494.000 أسرة، فضلا عن رفع عدد المستفيدين من برنامج "مليون محفظة" ليصل إلى 3.914.949 مستفيدا، ومواصلة دعم الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة، وتخصيص منحة للنساء الأرامل.

لكن مختلف هذه الإجراءات تبقى محدودة ولا تمس بالأساس المواطن المغربي، وقد أبانت عدة تجارب قامت بها الحكومة عن محدوديتها وعن ضعفها، لعل أبرزها نظام "RAMED". لذلك، فإن رفع الدعم المباشر عن بعض المواد الاستهلاكية الأساسية سيضع المواطن بشكل مباشر بين فكي الحيتان الكبرى للسوق المتوحشة، مما يجعل الصندوق يثير مسألة القيمة النقدية للدعم المتوقع، وهو الأمر الذي يدفع إلى طرح عدد من الأسئلة منها: هل سيتمكن من تعويض الخسارة الحتمية للقدرة الشرائية غداة ارتفاع الأسعار؟، بمعنى أدق هل سيتمكن لرب أسرة فقيرة 500 درهم شهريا ليجد نفسه أمام ازدياد للحاجيات في الغاز والدقيق والسكر وغيره بقيمة 600 درهم شهريا مثلاً؟ ثم ما هي الضمانات لحماية الطبقة المتوسطة الأكثر تضرراً من هذه العملية؟، كون الأخيرة توجد في منزلة بين المنزلتين فلا هي من المستفيدين من الدعم ولا من الأمنين من فئة الأغنياء.

لذلك، فإن إصلاح صندوق المقاصة يتطلب التحلي بإرادة سياسية وحكومية على وجه الخصوص قوية لمعالجة الملف، ووضع حد للوضعيات الربعية والشاذة الناتجة عن النظام الحالي لأسلوب الدعم والتصدي للوبيات المستفيدة منه، ومع توفر الشجاعة السياسية يمكن مباشرة الإصلاحات المأمولة وفق تصور شمولي ومقاربة تدريجية، بصيغة أخرى يجب رسم الأهداف والغايات المتوخاة، وتحديد الفئات المستهدفة والمجالات والجهات المعنية بالدعم ومن ثمة الشروع في تنزيل ذلك بصفة تدريجية، وبالإضافة إلى ذلك فإن نجاح الإصلاح يفرض إلحاح إلزامية التفكير في إقرار آليات لاسترجاع أموال الدعم الموجه مبدئياً لدعم القدرة الشرائية للفئات الأقل يسراً أي إقرار آليات قانونية وإجرائية تجبر الأغنياء على إرجاع أموال المقاصة التي يستفيدون منها إلى خزانة الدولة على غرار ما هو معمول به في القضايا المتعلقة بالتهرب الضريبي.

رابعاً: قصور صندوق المقاصة وتأثيره على القدرة الشرائية للمواطنين

من خلال دراسة وتشخيص منظومة المقاصة وتأثيرها على القدرة الشرائية للمواطنين، لاحظنا وجود عدة اختلالات يعرفها هذا النظام، مما يبرز لنا عدة استنتاجات أبانت قصور هذا الصندوق، وتأثيره على القدرة الشرائية للمواطنين، نجمها فيما يلي:

أ- إشكالية تحديد الفئة المستهدفة من الدعم الأساس المرجعي:

يبرز على سطح هذه الإكراهات إشكالية تحديد الفئة المستهدفة والأساس المرجعي الذي سيتم بناء عليه تمييز المستحقين للدعم من غيرهم، في غياب قاعدة بيانات واضحة وفي ظل العقلية النفعية السائدة، إضافة إلى غياب المصداقية والسمعة السيئة لبعض وسطاء السلطة في مثل هذه العمليات حيث استشرى الفساد والرشوة والابتزاز مما يضعنا أمام خيارين اثنين، إما أن نحذو حذو النموذج الإيراني الذي تميز بالتحويلات المباشرة دون استهداف كما هو الشأن في البرازيل والمكسيك، حيث أن كل من أبدى الرغبة في ذلك يستطيع أن يستفيد من دعم شهري مباشر بمجرد تسجيل اسمه في اللائحة المخصصة، دون أي شرط بخصوص الدخل المادي، وهذا ما يستدعي تخصيص ميزانية قد تفوق بكثير ما تم رصده سابقاً⁷⁴⁰.

وإما أن يتم العمل على تغيير الوسطاء في اتجاه توظيف الجمعيات المستقلة كي تقوم بعمل تطوعي لانتقاء الفئات المستهدفة، وفق معايير محددة سلفاً ومساطر مدروسة بخبرة ودقة متناهية، الشيء الذي يستلزم القيام بمجهودات استثنائية، لكون أن الأغنياء يستفيدون أيضاً من خدمات الصندوق وبنفس الكيفية الذي يخدم بها الفقراء، حيث أنه من الناحية العملية هذا الصندوق يظل عاجزاً عن تقديم خدماته للفقراء، فحسب ذلك أن الأسواق مفتوحة في وجه الجميع دون استثناء وتوفر للجميع فرص البيع والشراء بنفس الأثمان، والأسعار المعمول بها مما ينقل كاهل الفقراء.

⁷⁴⁰ - لابد في هذا الإطار من الإشارة إلى بعض إيجابيات النموذج البرازيلي، الذي يركز أساساً على ما يسمى "الدعم المشروط"، وليس "الدعم المطلق"، أي أن الحكومة تقدم دعماً للأسر الفقيرة، شريطة تعليم أبنائها مثلاً. وهذا يخالف نظام الدعم المعمول به في إيران على سبيل المثال، الذي يعتبر دعماً غير مشروط.

فرغم أن مسألة إصلاح الصندوق طرحت منذ 2007، لتمكين المواطنين من مواد استهلاكية بأسعار مناسبة تتناسب وقدرتهم الشرائية، لكن الممارسة الواقعية أثبتت أن المقاولات والمصانع وفئات غنية هي من تستفيد من حصة الأسد من ميزانية الدولة، ولا يستفيد منه المواطن البسيط إلا بشكل جزئي ومحدود، نسبة إلى استفادة الفئات الأخرى، حيث تستفيد الشركات والمؤسسات الإنتاجية والقطاعات الاستهلاكية من أزيد من 88 بالمائة من دعم هذا الصندوق، حيث أكد تقرير للمجلس الأعلى للحسابات سنة 2014 أن مختلف فئات المواطنين لا يصلها إلا 15 بالمائة من الدعم 741.

ب- اختلالات بنوية وقانونية:

1- تتجلى الاختلالات القانونية فيما يلي:

- تشتت النصوص القانونية المنظمة لصندوق المقاصة من 4 ظهائر و6 مراسيم و12 قرار و14 دورية ما ينجم عنه كثرة التأويلات المتباينة التي تصل إلى حد التنازع فيما بينها؛
- غياب مدونة خاصة ما يؤدي إلى اختلال وعدم انسجام ووضوح النصوص القانونية، ثم إضعاف عمليات المقاصة وعمليات المراقبة المرتبطة بها مما يفسح المجال للتلاعب والمضاربة؛
- تقادم النصوص وعدم مسايرة الحركة الاقتصادية.

2- أما الاختلالات البنوية فتتمثل في:

- استفادة عدة متدخلين بتعدد العمليات من إنتاج وتوزيع وتسويق وغيره عوض دعم المستهلك مباشرة؛
- صعوبة المراقبة بالنظر إلى تعدد هيئات الرقابة وغياب التنسيق فيما بينها؛
- استفادة البترول المكرر والغير المكرر على حد سواء بنفس النسبة دون تمييز؛
- فشل اقتراحات وتوصيات البنك الدولي لإصلاح الصندوق مما دفع لجنة من صندوق النقد الدولي بقيام بزيارتين للمغرب خلال شهري يناير ويونيو 2013 لضغط على الحكومة للقيام بإصلاحات هيكلية من بينها ما يهم المقاصة؛
- صندوق المقاصة في الوقت الراهن يشكل عبئا كبيرا على ميزانية الدولة، ويهدد التوازنات المالية، بالنظر إلى الجزء الهام من الأموال المرصودة التي تتزايد سنة بعد سنة بسبب ضغط الدعم الموجه إليه، مما يؤدي إلى استمرار عجز الميزانية بسبب ضغط نفقات المقاصة حيث يساوي الدعم الموجه لصندوق المقاصة ب 13.019 مليار درهم سنة 7422018، في حين كان في سنة 2016 يساوي 15,5 مليار درهم 743؛ وسنة 2017 خصص لهذا الصندوق مبلغ 14,65 مليار درهم 744؛
- لا يقوم الصندوق بشكل كافي بعمليات المراقبة على الفاعلين المستفيدين من هذه الإعانات، مما يؤدي إلى عدم وصول حجم أموال الدعم التي يتم إنفاقها من صندوق المقاصة لمستحقيها خاصة في ظل ضعف المراقبة؛
- ضعف المنافسة الحقيقية في أسعار المحروقات التي تم تحريرها؛
- استفادة الشريحة الغنية من المواطنين والمتوسطة أكثر من دعم صندوق المقاصة أكثر من الشريحة الفقيرة؛

⁷⁴¹- تقرير المجلس الأعلى للحسابات حول: منظومة المقاصة بالمغرب: التشخيص ومقترحات الإصلاح، مرجع سابق.

⁷⁴²- ظهير شريف رقم 1.17.110 صادر في 6 ربيع الآخر 1439 (25 ديسمبر 2017)، بتنفيذ قانون المالية رقم 17.68 للسنة المالية 2018، منشور في الجريدة الرسمية عدد 6633.

⁷⁴³- ظهير شريف رقم 1.15.150 صادر في 7 ربيع الأول 1437 (19 ديسمبر 2015)، بتنفيذ قانون المالية رقم 70.15 للسنة المالية 2018، منشور في الجريدة الرسمية عدد 6423.

⁷⁴⁴- ظهير شريف رقم 1.17.13 صادر في 14 رمضان 1438 (9 يونيو 2017)، بتنفيذ قانون المالية رقم 73.16 للسنة المالية 2017، منشور في الجريدة الرسمية عدد 6577.

- صندوق المقاصة وضع أساسا لدعم الطبقة الفقيرة، ولكن توسع ليشمل فئات أخرى؛
 - رفع الدعم تدريجيا على المواد المتبقية يهدف الزيادة في الاعتمادات الموجهة إلى تمويل السياسات وبرامج التنمية الاجتماعية ودعم الفئات الهشة والمحتاجة، لكن في هذه الحالة يجب الأخذ بعين الاعتبار الشريحة الفقيرة بتعويضها بقيمة هذا الدعم.
- مما تقدم سابقا، نستنتج انه بالرغم من كل ما رصدته الدولة لمواصلة إصلاح ودعم صندوق المقاصة وكل الجزاءات والمقومات الكفيلة بالحفاظ على أسعار المنتجات، يظل صندوق المقاصة يواجه عدة إرهابات تعوق أداء مهمته بالشكل المنوط به، مما يدعو إلى ضرورة إصلاح الصندوق بشكل دقيق من خلال إعادة هيكليته.

خامسا: اقتراحات من أجل إصلاح صندوق المقاصة

من اللازم أن تتيح الرؤية الجديدة لإصلاح صندوق المقاصة، إمكانية إعادة تحديد مهمة الصندوق كي لا يظل آلية عمياء للدعم (أسر، مقاولات، إدارات)، وإنما ليصير آلية لدعم الفقراء حصريا في إطار نموذج أعم للحماية الاجتماعية، ويجب أن تتوقف المقاصة من دعم المنتج وتقتصر على دعم المستهلك المحتاج فقط. كما ينبغي التفكير في المحافظة على القدرة الشرائية للأسر والمقاولات، في إطار آليات أخرى تبقي على المحفز على ترشيد استهلاكهم وإنتاجهم.

فمن المفروض، مع وجود صندوق موجه فقط إلى صون القدرة الشرائية للفقراء، أن نهدف إلى اعتدال الأسعار من جهة، وتحسين الدخل من جهة أخرى. كما ينبغي تنفيذ الإصلاح على مرحلتين: أولا، الخروج من إعادة التوزيع العمياء إلى إعادة التوزيع الاستهدافي؛ ثانيا، الخروج من منطق الإعانة إلى منطق التمكين والانعقاد الاجتماعي من أجل تجنب خلق مصيدة الفقر. لهذا، فإنه ليس هناك توقيت أكثر ملائمة لتنفيذ الإصلاح من سياق تتسم فيه أسعار المحروقات بالاعتدال، فالفرصة تاريخية وكل تأخر لن يؤدي إلا إلى جعل الإصلاح أكثر كلفة وإيلاما في المستقبل. ومن ناحية ثانية، فإن عملية الإصلاح يجب أن تحترم مبدأ التدرج بغية التخفيف من أثر الصدمات التي سيتلقاها المغاربة.

لذلك، وإيمانا منا بأن الإصلاح، ليس موضوعة على الأمة اعتناقها أو مجرد لعبة تقليب الأمور بهدف إعطاء الانطباع أن هناك تغيير فقط، بل الإصلاح إرادة شاملة لكل المكونات، تفتح أورشاه في وجه كل القوى المجتمعية لتبذل فيه وتعطي، منطلقا في هذا البذل والعطاء من الاحتياجات والخصائص والمشاكل التي يتخبط فيها المجتمع. من هذا المنطلق ندعو الحكومة وبالحاح إلى ضرورة وضع وتفعيل البدائل التالية بأسرع وقت، من أجل تجاوز الإكراهات التي يعرفها صندوق المقاصة، والتي نجملها فيما يلي:

أ- حكمة صندوق المقاصة⁷⁴⁵

- تطوير التفاعل الإيجابي بين مختلف الأجهزة المتدخلة في نظام المقاصة. في هذا الإطار، يوصى بإحداث لجنة لليقظة تتعلق بالمقاصة. ويتعين أن تتألف هذه اللجنة، بالإضافة إلى صندوق المقاصة، من المكتب الوطني للحبوب والقطاني، وممثلين عن الوزارات المكلفة بالطاقة والشؤون العامة والمالية والصناعة والفلاحة والنقل، وكذا ممثلي الهيئات المهنية المعنية. وتتجلى المهمة الأساسية لهذه اللجنة في تقديم الاستشارة للحكومة حول الاستراتيجيات والآليات الواجب وضعها من أجل عقلنة نظام المقاصة. كما يتعين عليها ضمان يقظة فاعلة ودائمة على مستوى الأسواق العالمية للمواد المعنية والإخبار عن المخاطر المهمة المتعلقة بملاءمة وتأمين التمويل برسم المواد المدعمة، واقتراح الإجراءات الكفيلة بتجاوز هذه المخاطر؛
- كما يتعين على الدولة القيام بمراقبة قلبية للواردات من المواد المدعمة بشكل يمكن من تحفيز الفاعلين المعنيين للقيام بالاعتناءات خلال فترات انخفاض الأسعار الدولية، الأمر الذي سيمكن من وضع مخطط لتحملات المقاصة في أفق متعدد السنوات؛

⁷⁴⁵ - تقرير المجلس الأعلى للحسابات حول: منظومة المقاصة بالمغرب: التشخيص ومقترحات الإصلاح، مرجع سابق.

- كما يتعين توسيع اختصاصات صندوق المقاصة حتى لا يقتصر دوره على مجرد جهاز لصرف الدعم بل يمتد إلى جعل الصندوق ملاحظا فعليا بشأن المواد المدعمة والإسهام في اليقظة الدائمة تجاه المخاطر المالية التي يواجهها المغرب. وبالتالي، يتعين أن يتوفر الصندوق على بنك للمعلومات متطور حول الأسواق العالمية.

ب- حماية الطبقة الوسطى وتحسين دخل الفقراء

- منح الإمكانية للأفراد المحسوبين على الطبقة الوسطى والذين يدفعون أموالا للمدارس الخصوصية والمصحات الخاصة بخصم هذه النفقات من قاعدة احتساب ضرائبهم على الدخل، أو على الأقل منحهم تخفيضات على الضرائب المستحقة عليهم؛
- استثمار الأموال التي توفرها الحكومة من جراء المقاصة في تمويل مشاريع للبنية التحتية وفي الصحة والتعليم؛
- توظيف مشاريع المبادرة الوطنية للتنمية البشرية من أجل توفير الخدمات الأساسية مثل الماء والكهرباء والتطهير والطرق لفائدة الفقراء؛
- تشجيع الأنشطة المدرة للدخل، من خلال تطوير إمكانيات العمال الفقراء وقابليتهم للتوظيف، ودعم المشاريع الصغرى.

ت- حسن تدبير الغلاف المالي

- تتعلق بإعادة النظر في تركيبة الأسعار المدعمة، من خلال خلق منظومة جديدة لتسعيرة المواد النفطية والغذائية في أفق تبسيط التركيبة والتحكم في مكونات التكلفة، وتقليص الدعم الموجه إلى هذه المواد وتثبيت السعر النهائي لضمان احترام الأسعار المحدد وتفادي التلاعبات والمضاربات؛
- إسناد مراقبة ملفات الدعم لجهاز متخصص لتحسين أداء النظام الحالي للمقاصة؛
- وضع نظام معلوماتي متطور، لمعالجة الملفات والتصريحات في إطار تحسين صندوق المقاصة.

ث- تحقيق النجاعة الاقتصادية

- تقليص تبعية الاقتصاد الوطني للسوق الدولية للنهوض بالقطاعات الحيوية لضمان الاكتفاء الذاتي بنسب كبيرة، وبهم الأمر بالأساس:
- ✓ سياسة الحبوب ومخطط المغرب الأخضر؛
- ✓ قطاع السكر: الاتفاق بين الحكومة ومهنيي القطاع؛
- ✓ قطاع الطاقة: وميثاق الطاقة كمخطط استعجالي.

ج- تحقيق الإنصاف وتقوية الحماية الاجتماعية

- الحفاظ على الغلاف المالي المخصص لصندوق المقاصة وحسن تدبيره في سبيل إيجاد موازنة لدعم المواد الأساسية؛
- تقوية وتأهيل القدرات التديرية للإدارات والمؤسسات المعنية بإصلاح نظام المقاصة؛
- خلق نظام تتبعي للفئات المعوزة وحسن توزيع المواد المدعمة؛
- لتفعيل كل هذا وذلك، يجب وضع مقاربة منهجية تضم أوراها عمل وزارية تعمل على دراسة تجارب دولية في مجال المقاصة، وكذا زيارات ميدانية والخروج بتقييم القدرات الوطنية للإدارة وتسيير هذا النظام؛
- إقرار نظام صارم لمراقبة وتتبع أوجه صرف الميزانية المخصصة للدعم ومدى توجيهها في الاتجاه الصحيح لان مراقبة هذا المجال تتميز بطابع معقد بسبب تعدد القطاعات التي تدخل فيهما المواد المدعمة في عمليات ووسائل الإنتاج أو في عملية التصنيع.

- إقرار آليات واضحة لاسترجاع الدعم من الفئات غير المستحقة وخاصة بعض الشركات الكبرى والتي رغم أن القانون يلزمها بإرجاع أموال الدعم التي استفادت منها إلى خزينة الدولة فإن هذه القاعدة القانونية لا تسري على جميع الشركات بسبب رغبة الدولة في دعم وتقوية تنافسية بعض المقاولات المحلية وهذا الوضع يزداد تعقيدا في ظل غياب آليات لتحديد المقاولات التي تستحق فعلا الاستفادة من الدعم؛

وفي هذا الإطار طالبت فيدرالية جمعيات حماية المستهلك بالمغرب بوضع حد لاستفادة الشركات من الفيول الصناعي وحرمان شركات المشروبات الغازية وشركات إنتاج المربي من الاستفادة من السكر المدعم. كما أن إقرار آليات لاسترجاع الدعم من الفئات الأكثر يسرا سيتيح فرصا إضافية لإنتاج برامج لمحاربة الهشاشة والفقر وإقرار المساواة الاجتماعية.

- إن أي تغيير يمس نظام دعم المواد الاستهلاكية الأساسية يجب أن يندرج في إطار مقاربة إصلاح شمولي وجذري للسياسة الاقتصادية المنتهجة في المغرب بهدف تأهيل الموارد البشرية وضبط شروط اندماجها في مسارات الإنتاج الاقتصادي من خلال ربط تقليص حصص الدعم بإحداث مناصب شغل جديدة لأن توفير الشغل سيعني رفع قدرات المواطنين في الولوج للخدمات العمومية وبالتالي تقليص هوامش الفقر.

إن المدخل الاجتماعي يشكل جزء أساسي من معادلة إنجاح إصلاح نظام الدعم وبالتالي ضرورة إقرار إستراتيجية تدمج ما بين تشجيع مشاريع اقتصادية مرتبطة بتحقيق الاكتفاء الذاتي من المواد الأساسية المدعمة من جهة وتوفير فرص شغل كافية من جهة ثانية وتساهم في خفض الأسعار وضمان حد أدنى من الرفاه الاجتماعي للمواطن المغربي.

ولا يمكن تجاوز إكراهات الدعم في صيغته الحالية، إلا عبر تأهيل حقيقي للاقتصاد المغربي، عبر دعم السوق الداخلية والاهتمام بتحسين القدرة الشرائية للمواطن، والقيام بإصلاح ضريبي يقطع مع الامتيازات والإعفاءات، وخاصة في قطاعي الفلاحة والعقار، وتجاوز الارتهاق الكلي للاقتصاد الوطني بالسوق الدولية والاستثمارات الأجنبية، واندماجه في العولمة النيوليبرالية.

إن نجاح إصلاح نظام المقاصة، هو في نهاية المطاف رهين بحجم الإرادة الحكومية لتحسين القدرة الشرائية للمواطنين، على اعتبار أن دعم الأسعار يؤدي وظيفة اقتصادية واجتماعية، ما يعني أن كل الخطابات المتداولة الآن حول الموضوع تعتبر كما لو أن الصندوق أصبح عبئا على البلاد وأن إلغائه هو الحل لكل مشاكلنا المالية، والحقيقة أن عجز المالية العمومية يكتسي طبيعة هيكلية، يمكن تخفيف عبئه بشكل طفيف من خلال إصلاح صندوق المقاصة، لكن مدخله الرئيسي والأساسي يبقى لا محالة الإصلاح الضريبي العميق، بما يضمن إعادة توزيع مساهمات الفئات الاجتماعية والاقتصادية في تمويل السياسات العمومية، بشكل يضمن العدالة الاجتماعية والإنصاف بين الجميع.

الحماية المدنية لأحرف عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا 1980⁷⁴⁶

عبدالله احمد السليبي

باحث في القانون - جامعة قطر

مقدمة

مع تطور العلاقات الاقتصادية بن دول العالم ونمو وازدهار التجارة الدولية، ظهر الى الوجود نوع جديد من عقود البيع، وهو عقد البيع الدولي الذي يتخطى ف تكوينه وعناصره واثاره حدود دولة واحدة ونظاما قانونيا واحدا، ويثير بالتالي نزاعا بين القوانين الوطنية ذات العلاقة لتحديد القانون الذي يخضع له هذا العقد، وفيما إذا كان يمكن أساسا إخضاعه كلية بقانون داخل واحد ام بالإمكان تجزئته وإخضاعه لأكثر من نظام قانوني، أو إبعاده نهائيا عن سلطان القوانين الوطنية لتحكمه قواعد ومبادئ ذات طبيعة دولية.

ونظرا لتطور وسائل المواصلات التي قربت بين سائر اقطار المعمورة، أصبحت علاقة البيع والشرء تتجاوز في العصر الحديث مجرد العلاقات الداخلية البحتة، ففرض عقد البيع نفسه وبالأخص في العلاقات التجارية، في عالم يسعى نحو إقامة نظام اقتصادي دولي جديد ويؤمن بان تنمية التجارة الدولية على أساس المساواة والمنفعة المتبادلة، عنصر هام في تعزيز العلاقات الودية بين الدول.

وازدادت أهمية عقد البيع الدولي للبضائع مع تزايد ونمو التجارة الدولية واصبح من اهم الوسائل الأساسية في تلبية حاجات ومتطلبات التجارة الدولية، وتؤكد أهمية ذلك العقد من حيث ان حجم التبادل التجاري الدولي تجاوز المليارات من الدولارات سنويا وان النصيب الأكبر منها يكون لهذا النوع من العقود، ولذلك اتجهت الجهود التي تبذل على المستوى الدولي منذ زمن بعيد الى العمل على توحيد القواعد التي تحكم المعاملات التجارية الدولية بهدف تنمية التعامل التجاري بين الدول وحماية اطراف المعاملات من المخاطر التي تنجم عن تطبيق القوانين الوطنية المختلفة التي يجهلون احكامها، ولقد كان من الطبيعي ان تتجه الجهود منذ بداية ظهور حركة توحيد القانون الخاص، نحو توحيد احكام البيع الدولي للبضائع، لما لعقد البيع من أهمية خاصة في مجال التجارة الدولية تفوق أهمية أي عقد اخر. وفي عام 1980 اقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة مشروع اتفاقية جديدة وتم احالته الى مؤتمر دبلوماسي انعقد في فيينا في ربيع عام 1980، وناقش المؤتمر المشروع وادخل عليه التعديلات ثم اقره في تاريخ 1980/4/11 متوجا بذلك جهودا بذلت خلال خمسين عاما بلوغ التوحيد العالمي في البيع التجاري الدولي وتحمل الاتفاقية اسما رسميا هو اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع وتعرف باسم اتفاقية فيينا لعام 1980

منهجية البحث

نستع في هذا البحث المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل نصوص اتفاقية فيينا 1980 المتعلقة بموضوع البحث، وسوف نستعين أيضا بالمنهج المقارن وذلك من خلال مقارنة القواعد والاحكام التي تتعلق باتفاقية فيينا بقواعد ونصوص القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004 وقانون التجارة القطري رقم (27) لسنة 2006، وذلك لما للدراسة المقارنة من فائدة في هذا المجال وبيان أوجه الاختلاف والاتفاق بين احكام اتفاقية فيينا والأنظمة القانونية الأخرى.

إشكالية البحث

⁷⁴⁶ تم انجاز هذا البحث ضمن متطلبات مقرر (عقود التأمين) تحت اشراف أستاذ المقرر (الأستاذ الدكتور عبد الله عبد الكريم عبد الله أستاذ القانون المدني و القانون الدولي الخاص بكلية القانون - جامعة قطر) في الفصل الاكاديمي (الخريف) لسنة 2019-2020 ضمن اطار برنامج الماجستير في القانون الخاص - كلية القانون - جامعة قطر . ولا يعبر هذا البحث بالضرورة عن وجهة نظر جامعة قطر او كلية القانون بجامعة قطر او الأستاذ المشرف

ان إشكالية البحث تتبين لنا من خلال دراسة احكام اتفاقية فيينا 1980 باعتبارها الاتفاقية الدولية الخاصة بالبيع الدولي والتي يتم تطبيقها على نطاق واسع من الدول، والذي سنتعرض من خلال احكامها على مدى الحماية التي توفرها الاتفاقية لأطراف عقد البيع الدولي للبضائع، ومعرفة اهم الضمانات التي توفرها الاتفاقية للعنصر الأجنبي وما إذا كانت هذه الضمانات تدعم الاستثمار القطري من عدمه؟

وهذه الإشكاليات سيتم معالجتها من خلال استعراض نقاط البحث للوصول الى الكيفية التي يمكن من خلالها حماية أطراف العقد من الناحية المدنية والصعوبات التي توجه التزامات كلا من البائع والمشتري وكيفية تنفيذ العقد مع توفير الضمانات اللازمة من خلال احكام الاتفاقية ومدى توافقها مع احكام التشريع القطري

أهمية البحث

تتلور أهمية هذا البحث في عقود تنامي وتزداد يوما بعد يوم في حياة الدول جميعا النامية والمتقدمة، فازدياد اعداد هذه العقود أصبح واقعاً ملموساً في حياة الدول خاصة مع تطور الحاجات والمجتمعات بصفة عامة، فتطوير مجتمعا ما يحتاج الى المزيد من التقدم والتقنية التي لا سبيل للحصول عليها الا من خلال المجتمعات الأكثر تقدماً.

ومن هنا تعتبر عقود البيع الدولية للبضائع من اهم وسائل الحصول على هذه التقنية، فالأمر يتعلق بعقود تتميز بقيمتها المالية الضخمة والتي يؤثر تنفيذها او عدم تنفيذها في الحياة الاقتصادية للدول وخاصة الدول النامية، بالإضافة الى ان عقد البيع الدولي للبضائع يدور حوله عدد كبير من العقود الأخرى كتأمين والنقل والوكالة، وقد انتشرت هذه البيوع بشكل مكثف في العصر الحديث، وذلك لأهميتها من الناحية الاقتصادية والسياسية، وذلك في استثمار رؤوس الأموال الوطنية منها والأجنبية.

ونظرا لأهمية هذه البيوع فقد تكاثف مجموعة من الدول الى انشاء قواعد موضوعية دولية يتم تطبيقها على تلك البيوع الدولية للبضائع تكون ملائمة أكثر من القواعد القانونية الوطنية وقد قامت مجموعة تلك الدول بإنشاء اتفاقية سميت باتفاقية الأمم المتحدة للبيوع الدولية للبضائع (اتفاقية فيينا 1980) وقد لاقت هذه الاتفاقية قبولا واسعا على المستوى الدولي، اذ انه حتى عام 2017 قد تم التصديق عليها من قبل 89 دولة.

ويهتم البائع في البيوع الدولية بتوفير ضمان له للحصول على ثمن البضاعة المباعة وفي المقابل المشتري لا يدفع ثمن هذه البضاعة الا بعد التحقق من ارسالها.

وقد شدد واضعي الاتفاقية على إنزال جزء الفسخ على عقد البيع الدولي للبضائع وتمسكوا بمبدأ الاقتصاد في الفسخ ولا يلجأ اليه الا في الحدود الضيقة ويكون الملاذ الأخير للجوء اليه، فهل من الممكن لدولة قطر تنفيذ احكام اتفاقية فيينا على الرغم من عدم انضمامها الى الاتفاقية؟ وهل يجوز في حالة تنازع القوانين وإشارة قاعدة الاسناد الى تطبيق القانون الوطني على الرغم من عدم عضوية دولة قطر والتصديق على اتفاقية فيينا؟

وهل عدم انضمام دولة قطر لاتفاقية فيينا هو مخالفة احكام الاتفاقية لقواعد امرة في التشريع القطري او هناك من الاحكام ما يخالف قواعد تتعلق بالنظام العام في التشريع القطري؟

وهل تتوافق احكام اتفاقية فيينا مع الاحكام والقواعد القانونية التي تتعلق بالعقود المدنية والتجارية في القانون القطري؟

ولكل ما تقدم فسوف تكون دراستنا، بحث ما اشتملت عليه الاتفاقية من احكام بشأن الحماية المدنية لعقد البيع الدولي للبضائع، حيث نتناول فيه الالتزامات التي تقع على عاتق طرفي العقد والجزاءات المترتبة على الاخلال بالتنفيذ من جانب اطرافه (البائع والمشتري)

وما اشتملت عليه نصوص الاتفاقية في هذا الشأن، ونسلط الضوء أيضاً على موقف المشرع القطري في هذا الشأن ومدى موافقة القانون القطري مع احكام الاتفاقية، وذلك من خلال خطة البحث التالية:

خطة بحث

الحماية المدنية لأطراف عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980

المبحث الأول: محل الحماية المدنية لأطراف عقد البيع الدولي للبضائع وفق اتفاقية فيينا 1980 والتشريع القطري

المطلب الأول: التزامات البائع التعاقدية في عقد البيع الدولي للبضائع

المطلب الثاني: التزامات المشتري في عقد البيع الدولي للبضائع الواردة باتفاقية فيينا والقانون القطري

المبحث الثاني: وسائل الحماية المدنية لأطراف عقد البيع الدولي للبضائع في اتفاقية فيينا 1980 والقانون المدني القطري

المطلب الأول: الوسائل التي تضمنتها اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن حماية أطراف عقد البيع الدولي للبضائع

المطلب الثاني: مدى موافقة التشريع القطري بشأن الحماية المدنية لأطراف العقد مع اتفاقية فيينا

المبحث الأول: محل الحماية المدنية لأطراف عقد البيع الدولي للبضائع وفق اتفاقية فيينا والتشريع القطري

مع وجود علاقة تعاقدية يقتضي ان هذه العلاقة تفرض التزامات على طرفي العلاقة، ويجب عليهما ان ينفذا الالتزامات التي تضمن العقد، ولا يجوز لأي من طرفيه التعديل في العقد بزيادة الالتزامات او انقاصها ولا يجوز لأي منهما التبديل في الالتزامات التعاقدية، كما لا يجوز لأطراف العلاقة العقدية فسخ هذه العلاقة بالإرادة المنفردة ويجب كل طرف من اطراف العقد ان ينفذه بالشكل المتفق عليه، هذه هي القواعد العامة، وبطبيعة الحال يسري على هذا العقد ما يسري على باقي العقود، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، حيث قضت بانه " العقد لا ينشئ حقاً ولا يولد التزاماً لم يرد بشأنه نص فيه والملتزم يقوم بتنفيذ التزامه كما ورد في العقد دون نقص او زيادة الا كان ذلك من مستلزمات التنفيذ " (747).

وقد تضمن الفصل الثاني والثالث من اتفاقية عقد البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980) النص على التزامات كل من البائع والمشتري المتضمنة للعلاقة العقدية بينهما، وسوف نستعرض ذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التزامات البائع التعاقدية في عقد البيع الدولي للبضائع

تضمن الفصل الثاني من الجزء الثالث من اتفاقية فيينا التزامات البائع في عقد البيع الدولي للبضائع وذلك في المواد (31 - 52). وقد تضمنت الاتفاقية على مادة موضحه لالتزامات البائع، وتتضمن هذه المادة عرضاً كافياً للالتزامات، وهي المادة (30) والتي نصت على انه " يجب على البائع ان يسلم البضائع ويسلم المستندات المتعلقة بها وان ينقل ملكية البضاعة وفقاً لما يتطلبه عقد البيع وهذه الاتفاقية".

ويتضح من هذا النص ان هناك التزامات تقع على عاتق البائع وهي ثلاث، كما ورد في النص هم تسليم البضاعة، وتسليم المستندات ونقل الملكية، وقد فصلت نصوص الاتفاقية في الالتزامات المتعلقة بتسليم البضاعة والمستندات والالتزام بالمطابقة واكتفت بالإشارة بصفة اجمالية لالتزام البائع بنقل الملكية، كما ورد في نص المادة السابق ذكره ودون ان تنظم احكام هذا الالتزام تفصيلاً (748).

⁷⁴⁷ - مجموعة احكام محكمة النقض، المكتب الفني، الطعن رقم (811) لسنة 43 ق، جلسة 1977/5/16 س 28، ق 209، ص 1214

⁷⁴⁸ - د/ محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 125

وفيما يلي سوف نلقي الضوء على هذه الالتزامات، وذلك من خلال العناصر التالية:

- 1- الالتزام بتسليم البضاعة
- 2- الالتزام بتسليم المستندات
- 3- الالتزام بالمطابقة وضمن ادعاء الغير

أولاً: الالتزام بتسليم البضاعة

ان الالتزام بتسليم المبيع يعد جوهر عقد البيع ومحور احكامه اذ يعتبر الوسيلة التي تسمح بانتفاع المشتري بالمبيع، فبدون التسليم يظل عقد البيع عديم الأثر بالنسبة للمشتري، وبعد التسليم الخطوة الأولى التي يدخل بها العقد حيز التنفيذ من قبل البائع فهو اهم التزام يقوم به، فبدونه لا يوجد ثمة عقد، ولم تتضمن اتفاقية فيينا 1980 نصا يعرف التسليم وذلك على عكس اتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، كما ورد في نص المادة (19) منها والنص ورد باللغة الإنجليزية وقد ترجمه احد الفقهاء بانه " التسليم هو إعطاء شيء مطابق للعقد" (749)، وإزاء عدم وضع تعريف للتسليم وارد بالاتفاقية، الامر الذي يجعلنا اللجوء الى القواعد العامة في الأنظمة المدنية في التشريعات الوطنية، حيث عرف المشرع القطري التسليم في صريح نص المادة (438) من القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004، بانه " يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يقبضه بالفعل ما دام البائع قد اعلمه بذلك ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع "

والتسليم يكون فعلي، وقد يكون حكماً، والتسليم الفعلي هو عمل مادي يتمثل في مناوله البضاعة من البائع الى المشتري، وقد يكون تصرف قانوني بين طرفي العقد، وليس عملاً مادياً وهو ما يسمى بالتسليم الحكمي. ولم تتضمن اتفاقية فيينا لعام 1980، التسليم الحكمي، غير انها تناولت ضمن احكامها التسليم الفعلي، حيث ذكرت في نص المادة (31) من الاتفاقية ما يتضمن ذلك (750).

وقد تناولت المواد (31، 32، 33) من الاتفاقية مكان وموعد تسليم البضاعة، حيث تناولت المادة (31) من الاتفاقية تحديد مكان التسليم وذلك في حالة خلو عقد البيع الدولي للبضائع من تحديد مكان التسليم، كما تناولت المادة (32) أيضاً من الاتفاقية احكاماً تتعلق بتسليم البضاعة من مكان البيع يقتضي تصديرها من مكان الى اخر، كما تناولت المادة (33) من الاتفاقية ميعاد التسليم، حيث نصت على انه " يجب على البائع ان يسلم البضاعة في التاريخ المحدد أو القابل للتحديد طبقاً للعقد ويكون خلال مدة معقولة من تاريخ ابرام العقد (751).

ثانياً: الالتزام بتسليم المستندات

تناولت المادة (34) من اتفاقية فيينا لعام 1980 هذا الالتزام، حيث نصت على انه " إذا كان البائع ملزماً بتسليم المستندات المتعلقة بالبضائع، فان عليه ان يوفي بهذا الالتزام في الزمان والمكان المعينين في العقد وعلى النحو المحدد وإذا كان البائع قد سلم هذه المستندات

⁷⁴⁹ - د/ رضا عبيد، دراسة في القواعد الموحدة في البيوع الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، 1996، بند 119، ص 139

⁷⁵⁰ - نصت المادة رقم (31) من اتفاقية الأمم المتحدة لعقد البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980) على انه " اذا كان البائع غير ملزم بتسليم البضائع في أي مكان معين اخر، فان التزامه بالتسليم يكون على النحو التالي: (أ) تسليم البضائع الى اول ناقل لإيصالها الى المشتري، اذا تضمن عقد البيع نقل البضائع، (ب) وفي الحالات التي لا تندرج تحت الفقرة الفرعية السابقة، اذا كان العقد يتعلق ببضائع محددة او بضائع معينة بالجنس تسحب من مجزون محدد او تصنع او تنتج، وعرف الطرفان وقت ابرام العقد ان البضائع موجودة في مكان معين او انها ستصنع او ستنتج في مكان معين يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في ذلك المكان، (ج) وفي الحالات الأخرى يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البضائع وقت ابرام العقد "

⁷⁵¹ - د/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدونم سنة نشر، ص 138 وما

قبل الميعاد المتفق عليه، فله حتى ذلك الميعاد ان يصلح اي نقص في مطابقة المستندات، بشرط الا يترتب على استعمال هذا الحق مضايقة للمشتري، او تحميله نفقات غير معقولة، ومع ذلك، يحتفظ المشتري بالحق في طلب تعويضات وفقا لأحكام هذه الاتفاقية"

وبموجب النص السابق يتضح ان هذا الالتزام يقع على عاتق البائع في حالة نقل البضاعة من دولة الى أخرى، فيكون على البائع ان ينقل حيازة المستندات التي تمثل البضاعة المباعة الى المشتري حتى يتمكن من تسليمها في ميناء الوصول ومطالبة الغير بما تحتويه المستندات من حقوق للمشتري مثل التعويض التأميني طبقا لوثيقة التأمين او التعويض عن الأضرار التي لحقت نتيجة فقد البضاعة او تلفها، والسند في ذلك يتمثل في سند (بوليصة) شحن البضاعة، كما يلتزم البائع بتسليم المستندات في الميعاد والمكان المتفق عليه وفقا للشكل المحدد لها (752)

ثالثا: الالتزام بالمطابقة وضمن ادعاء الغير

تضمنت احكام الاتفاقية التزام البائع بتسليم المشتري البضاعة مطابقة للشروط الواردة في عقد البيع وأيضا ضمان البائع ادعاء الغير أي ضمان عدم التعرض القانوني من قبل الغير للمشتري في شأن البضاعة المبيعة وذلك في المواد (35 - 44) من الاتفاقية، وفيما يلي سوف نتناول بشيء من التفصيل هذه الالتزامات.

1- الالتزام بالمطابقة

عرف بعض الفقه المطابقة بانها "تعهد محله عمل يلتزم به البائع بتقديم البضاعة والمستندات الخاصة بها وفقا لما يفرضه العقد والقانون" (753). كما عرفها البعض الاخر بأنه "مطابقة الشيء المبيع لما تم الاتفاق عليه في العقد" (754).

ويتضح من هذه التعريفات ان المطابقة هي التزام بتحقيق نتيجة مفادها تقديم البضائع والمستندات الخاصة بها وفقا لما يستلزمه العقد ويفرضه القانون الواجب التطبيق سواء كان قانونا وطنيا او اتفاقية دولية. وقد نصت المادة (1/35) من اتفاقية فيينا على تأكيد هذا الالتزام اذ تقرر انه "على البائع ان يسلم بضاعة تكون كميتها ونوعها وأوصافها وفقا لما يتطلبه العقد وان يكون تعبئتها او تغليفها بالطريقة التي اشترطها العقد"

وباستقراء النص أعلاه يتضح ان العقد هو ضابط ومعياري المطابقة فيما يتعلق بالبضاعة محل البيع، فكل ما يشترطه العقد في البضاعة من صفات يكون عنصرا في ذاتيتها ويجب ان تتضمنه عند تسليمها الى المشتري والا فان البائع يكون قد اخلا بتنفيذ التزامه بضمان المطابقة (755)، ويتضح من خلال نص الاتفاقية ان للمطابقة شروط أساسية في حالة اذ لم يحدد العقد شروطا لهذه المطابقة، بحيث تعد احكام الاتفاقية والشروط الواردة فيها بمثابة قواعد مكملية لإرادة الطرفين، ومن ضمن هذه الشروط ان تكون البضاعة صالحة للأغراض التي تستعمل فيها، وتشتمل على الصفات التي عرضها البائع على المشتري وفقا للنموذج والعينة المعروضة عليه وان تكون معبأة ومغلقة، وللبيع ان يسأل عن أي عيب في المطابقة وفقا لأحكام العقد ووفقا لنصوص الاتفاقية، وذلك وقت انتقال تبعة الهلاك الى المشتري ولو لم يظهر هذا العيب الا في وقت لاحق، وذلك وفقا للمادة (1/36) من الاتفاقية (756).

2- الالتزام بضمان ادعاء الغير

⁷⁵² - د/ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 125

⁷⁵³ - د/ جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة فيينا 1980، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996، ص 2 وما بعدها

⁷⁵⁴ - د/ ايمان طارق الشكري، د/ حيدر عبد الهادي، جزء الاخلال لضمان المطابقة في عقد البيع، بحث منشور في مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السادسة، ص 183

⁷⁵⁵ - د/ محسن شفيق، المرجع السابق، بند 203، ص 144

⁷⁵⁶ - راجع في ذلك نص المادة (1/36) من اتفاقية الأمم المتحدة لعقد البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980)

نصت المادة (41) من اتفاقية فيينا على هذا الالتزام وهو التزام البائع بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير بالنص على انه "على البائع أن يسلم بضائع خالصة من أي حق أو ادعاء للغير، الا اذا وافق المشتري على اخذ البضائع مع وجود مثل هذا الحق أو الادعاء، ومع ذلك اذا كان الحق أو الادعاء مبنيا على الملكية الصناعية أو أي ملكية فكرية أخرى فان التزامات البائع تخضع لأحكام المادة (42)" فيجب على البائع ان يسلم البضاعة خالصة من أي حق أو ادعاء للغير ما لم يقبل المشتري ان يتسلم البضاعة محملة بهذا الحق أو الادعاء، وعليه فان التزام البائع بضمان التعرض يقتصر في هذه المادة على التعرض القانوني دون التعرض المادي، فلا يضمن البائع الا الحق أو الادعاء الذي يتمسك الغير بوجود حق عيني له على البضاعة محل البيع، ويعفى البائع من هذا الضمان متى قبل المشتري استلام البضاعة مع علمه بوجود حق للغير عليها (757).

المطلب الثاني: التزامات المشتري في عقد البيع الدولي للبضائع الواردة باتفاقية فيينا والقانون القطري

تضمن الفصل الثالث من اتفاقية فيينا لعقد البيع الدولي للبضائع التزامات المشتري والتي تعد قبيل الالتزامات التعاقدية حيث أوضحت المادة (53) من الاتفاقية الالتزام الذي يقع على عاتق المشتري ويعد الالتزام الأساسي وفق القواعد العامة للعقود ويتمثل في دفع ثمن المبيع، حيث نصت على انه " يجب على المشتري بموجب شروط العقد وهذه الاتفاقية ان يدفع ثمن البضائع وان يستلمها"، ويتبين من هذا النص ان الاتفاقية وضعت التزامين رئيسيين على عاتق المشتري، وهما الالتزام بدفع الثمن والالتزام باستلام البضاعة.

أولاً: الالتزام بدفع الثمن

تضمنت اتفاقية فيينا نصوصاً تحكم طريقة تحديد الثمن عندما لا ينص عقد البيع على تحديده او على طريقة تحديده، وبالرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004 بشأن عقد البيع، فقد نصت المادة (419) منه على انه " البيع عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء او حقاً مالياً اخر في مقابل ثمن نقدي" أي ان القانون المدني القطري اعتبر البيع والثمن محلين رئيسيين في عقد البيع لذلك يتوجب تحديد الثمن في العقد (758).

ويكفي ان يقتصر تحديد الثمن في العقد بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد، وإذا لم يحدد المتعاقدان في عقد البيع ثمناً للمبيع وفقاً لأحكام القانون المدني القطري، فان ذلك لا يؤدي الى بطلان البيع متى تبين من الظروف او اتفاق الطرفين ان المتعاقدين قد نوايا اعتماد السعر المتداول في التجارة او السعر المتداول في السوق (759).

وقد نصت المادة (54) من اتفاقية فيينا على انه " يتضمن التزام المشتري بدفع الثمن اتخاذ ما يلزم واستيفاء الإجراءات المطلوبة بموجب العقد او بموجب القوانين والأنظمة الواجبة التطبيق من اجل تسديد الثمن"، فوفقاً لهذا النص الوارد بالاتفاقية فان الالتزام بدفع الثمن يشمل الأساليب التي تمكن المشتري من السداد لمصلحة البائع وعلى سبيل المثال، التزام المشتري بدفع الثمن عن طريق فتح

⁷⁵⁷ - د/ محود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 143

⁷⁵⁸ - د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 19 وما بعدها

⁷⁵⁹ - نصت المادة (425) من القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004 على انه " جوز ان يقتصر في تحديد الثمن على بيان الأسس التي تصلح لتقديره" كما نصت المادة (426) من ذات القانون على انه "1- لا يترتب على عدم ذكر الثمن بطلان البيع، إذا تبين من الاتفاق او الظروف ان المتعاقدين قصد التعامل في السعر المتداول بينهما او بسعر السوق. 2- فاذا اتفق الطرفان على ان الثمن هو سعر السوق، كان الثمن هو سعر السوق في المكان والزمان الذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فاذا لم يكن مكان التسليم سوق، وجب الرجوع الى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بان تكون أسعاره هي السائدة، وذلك كله ما لم يتفق على غيره."

اعتماد مستندي لصالح البائع، ومتى أبرم العقد صحيحاً ولكن لم يحدد صراحة أو ضمناً الثمن فيعتبر أن الطرفين قد أحالا ضمناً إلى الثمن المعتاد وقت إبرام العقد لمثل هذه البضاعة المباعة في ظروف مماثلة في هذا النوع من التجارة ما لم يتبين ما يخالف ذلك (760).

وهذا النص الوارد بالاتفاقية يتفق مع نص المادة (426) من القانون المدني القطري فيعتمد الثمن المتداول في التجارة لبضاعة نفس النوع عند عدم الاتفاق على الثمن أو على وسيلة تحديده، كما تضمنت الاتفاقية نصوص ضمن أحكامها تتناول تحديد مكان وزمان الوفاء بالثمن.

1- مكان الوفاء بالثمن

حددت الاتفاقية مكان الوفاء بالثمن في صريح نص المادة (1/57)، فيتم سداد الثمن عند عدم الاتفاق على تحديد مكان الوفاء إما في مقر عمل البائع أو في مكان نقل حيازة البضاعة أو المستندات الممثلة لها إلى المشتري وعلى سبيل المثال إذا كان سداد الثمن عن طريق فتح اعتماد مستند لصالح البائع فيكون تسليم المستندات في هذه الحالة واجباً للبنك ففتح الاعتماد المستندي ويقوم البنك بدوره في سداد الثمن إلى البائع نيابة عن المشتري في مقر البنك ففتح الاعتماد أو تحويله إلى البنك المراسل في بلد البائع (761)، هذا إذا كان الوفاء في مقر عمل البائع، أما إذا كان السداد في مقر البائع نفسه فإنه يتحمل زيادة نفقات الوفاء بالثمن التي تنشأ عن تغيير البائع لمركز أعماله بعد إبرام عقد البيع (762).

2- زمان الوفاء بالثمن

أعطت الاتفاقية للبائع الحق في أن يربط بين ميعاد سداد الثمن وميعاد نقل حيازة البضاعة إلى المشتري ويجوز للبائع أيضاً أن يشترط عدم تسليم البضاعة المبيعة أو المستندات التي تمثلها إلى المشتري متى كانت البضاعة خاضعة لعقد نقل ما لم يقيم المشتري بدفع الثمن (763).

كما تضمنت الاتفاقية نص بعدم جواز إلزام المشتري بدفع ثمن البضاعة إلا بعد منحه فرصة لفحص البضاعة ما لم يكن إجراء تسليم البضاعة أو دفع ثمنها المتفق عليها بين طرفي العقد يتعارض مع منح هذه الفرصة، وإذا تم تحديد ميعاد لدفع الثمن من خلال عقد البيع أو أحكام الاتفاقية فيلتزم الطرفان بهذا الموعد ولا يلزم البائع بأن يرسل مطالبه إلى المشتري أو يذكره بتوجيه إنذار له بالسداد أو اتخاذ أي إجراء آخر.

ثانياً: الالتزام باستلام البضاعة

نصت المادة (60) من اتفاقية فيينا 1980 على أنه " يتضمن التزام المشتري بالاستلام ما يلي: (أ) القيام بجميع الأعمال التي يمكن توقعها منه بصورة معقولة لتمكين البائع من القيام بالتسليم. (ب) استلام البضائع.

وبموجب هذا النص تكون الاتفاقية قد تناولت ضمن أحكامها التزام المشتري باستلام البضاعة المباعة من البائع ويعد هذا الالتزام هو الالتزام المقابل لالتزام البائع بالتسليم إذ أنه متى كان البائع ملتزماً بوضع البضاعة محل البيع تحت تصرف المشتري فإنه يقوم بما

⁷⁶⁰ - نصت المادة (55) من اتفاقية الأمم المتحدة لعقد البيع الدولي للبضائع فيينا 1980 على أنه " إذا انعقد العقد على نحو صحيح دون أن يتضمن صراحة أو ضمناً تحديداً لثمن البضائع أو بيانات يمكن بموجبها تحديده يعتبر أن الطرفين قد أحالا ضمناً في حالة عدم وجود ما يخالف ذلك إلى السعر الاعتيادي الموجود وقت انعقاد العقد بالنسبة لنفس البضاعة المبيعة في ظروف مماثلة في نفس النوع من التجارة "

⁷⁶¹ - د/ محسن شفيق، المرجع السابق، بند 273، ص 198

⁷⁶² - نصت المادة (2/57) من اتفاقية فيينا 1980 على أنه " ... يتحمل البائع أي زيادة في مصاريف الدفع والناتجة عن تغيير مكان علمه بعد انعقاد العقد "

⁷⁶³ - نصت المادة (2/58) من اتفاقية فيينا 1980 على أنه " إذا تضمن العقد نقل البضائع جاز للبائع إرسالها بشرط أن لا تسلم البضائع أو المستندات التي تمثلها إلى المشتري إلا مقابل دفع الثمن "

يجعل البضاعة متاحة للمشتري ليتسلمها ويتنفع بها في الفرض الذي تعاقد عليها من أجله، فالتزام المشتري باستلام البضاعة لا ينشأ إلا بتنفيذ البائع لالتزامه بجعل البضاعة متاحة للمشتري وهذا ما يذهب إليه جانب من الفقه اذ يرى ان الالتزام بدفع الثمن يقابل التزام البائع بالتسليم (764).

وباستقراء نص المادة (60) سالفه الذكر يتضح انه يجب ان يتوافر عنصرين في الالتزام باستلام المشتري للبضاعة وهما:

العنصر الأول: يتمثل في قيام المشتري بكل ما يلزم من اعمال او تصرفات تمكن البائع من تسليم البضاعة من ذلك مثلا الحصول على المستندات اللازمة لاستيراد البضاعة او اعداد وسائل نقلها من مخازن البائع في حالة البيع او الى السفينة الناقلة في حالة البيع فوب وهو البيع الذي يتم فيه تسليم المبيع في ميناء الشحن على ظهر السفينة التي يعينها المشتري لنقل المبيع وهذا البيع من البيوع البحرية ويرمز لها بالرمز فوب او (fob) (765).

العنصر الثاني: هو اخذ المشتري للبضاعة فعلا وبشكل مادي تحت سيطرته وفي حيازته، وفي هذا العنصر تحديداً يختلف التزام البائع بالتسليم عن التزام المشتري باستلام البضاعة حيث ان التزام البائع بالتسليم قد يكون فعليا او حكما ازو رمزيا بينما الالتزام باستلام البضاعة من جانب المشتري لا بد ان يكون فعليا ولا يمكن ان يكون رمزيا او حكما، فالمشتري لا يتحقق معه تنفيذ هذا الالتزام الا إذا استحوذ على البضاعة ماديا وفعليا (766).

المبحث الثاني: وسائل الحماية المدنية لأطراف عقد البيع الدولي للبضائع في اتفاقية فيينا 1980 والقانون المدني القطري
نظمت اتفاقية فيينا عقد بيع البضائع ضمن احكامها، فنصت المادة (1/1) منها على انه " تطبيق احكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف تواجد اماكن عملهم في دولة مختلفة... " فهذا العقد يكون بمقتضاه ينقل البائع ملكية أو يتعهد بنقل ملكية بضائع إلى المشتري مقابل مبلغ من النقود يسمى الثمن، فهذا العقد له أطراف هما البائع من جانب والمشتري من جانب آخر.

ولقد وضعت اتفاقية فيينا لعام 1980 قانونا دوليا موحد ساهم في إقامة النظام القانوني والعلاقات الاقتصادية الدولية وحمت اتفاقية فيينا أطراف هذا العقد بان وفرت لطرفي العقد الحماية المدنية في التزامات كلا منهما قبل الآخر، وعليه سوف نتطرق الى دراسة الحماية المدنية لأطراف هذا العقد وفقا لما قرره احكام اتفاقية فيينا 1980 ومدى مواءمة التشريع القطري لأحكام هذا الاتفاقية، وذلك من خلال الطلبين التاليين:

المطلب الأول: الوسائل التي تضمنتها اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن حماية أطراف عقد البيع الدولي للبضائع

تضمنت الاتفاقية حماية لطرفي عقد البيع الدولي للبضائع (البائع والمشتري)، وتفاادت النص الذي يورد في العقد اذ لم يرد اتفاق بين المتعاقدين عليه، وذلك فيما يتعلق بمكان تسليم البضاعة او شروط المطابقة او شحن المبيع إذا لم يرد في العقد المبرم بين طرفي العقد نص محدد على ذلك، فتضمنت الاتفاقية ضمن احكامها النص على مكان التسليم وكذا شروط المطابقة وثمن المبيع، وأيضا النصوص التي تحكم طريقة تحديد الثمن.

وسوف نستعرض هذه الحماية لكل من البائع والمشتري من خلال ما أورده الاتفاقية من احكام.

أولا: بالنسبة للبائع

⁷⁶⁴ - د/ أشرف رمضان عبد العال سلطان، انتقال تبعة الهلاك في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا 1980، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 343

⁷⁶⁵ - د/ محسن شفيق، المرجع السابق، بند 278، ص 204

⁷⁶⁶ - د/ حسام الدين كامل الاهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 830

1- فيما يتعلق بمكان التسليم: إذا خلا عقد البيع الدولي من تحديد مكان التسليم فيلتزم البائع بالتسليم وفقا لاتفاقية فيينا الى اول ناقل لتوصيلها الى المشتري إذا كان عقد البيع متضمنا نقل البضائع، او يلتزم البائع بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري في مكان التصنيع او الإنتاج، او في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت إبرام العقد (767).

2- الالتزام الخاص بمطابقة المبيع الذي يقع على عاتق البائع: يعتبر عقد البيع هو الضابط أو المعيار للمطابقة فيما يتعلق بالبضاعة محل البيع، فكل ما يشترطه العقد في البضاعة من صفات كون عنصر في ذاتية البضاعة، ويجب ان يتضمنها عند تسليمها للمشتري، والا اعتبر البائع قد تخلف عن تنفيذ التزامه بضمان المطابقة وعليه إذا تخلف العقد عن تحديد شروط مطابقة للبضاعة فقد حددت اتفاقية فيينا ضمن احكامها شروط تحقق المطابقة، بحيث تعد هذه الشروط المنصوص عليها في الاتفاقية بمثابة قواعد مكملة لإرادة طرفي العقد (768)، كما قررت الاتفاقية الحماية المدنية لعقد البيع بالنسبة للبائع، فيما يتعلق بالتزام بالمطابقة، حيث قررت عدم مسؤولية البائع عن عيب المطابقة اذا ثبت ان المشتري كان يعلم به او لم يكن من الممكن ان يجهل هذا العيب (769)، وحماية لحق البائع في شروط المطابقة، فان للبائع الحق في معالجة أي عيب في البضاعة مثل تسليم الأجزاء الناقصة من البضاعة او تكملة ما قد يكون بها من نقص في الكمية او تسليمه بضاعة بديلة غير المطابقة التي سبق تسليمها الى المشتري او معالجة أي عيب في مطابقة البضاعة التي تم تسليمها بشرط الا يؤدي ذلك الى اضرار بالمشتري او الى تحمله بنفقات غير معقولة (770).

والمشتري يفقد حقه بالتمسك بعدم المطابقة إذا فحص البضاعة ولم يخطر البائع بعد المطابقة خلال مدة أقصاها سنتان من تاريخ تسليم المشتري للبضاعة وهو التسليم الفعلي لها الا إذا كانت هذه المدة لا تتفق مع مدة الضمان التي نص عليها العقد (771). كما يحق للمشتري ان يطلب انقاص الثمن او يطلب التعويض عدا ما يتعلق بالكسب الفائت متى كان لديه عذر معقول يبرر تخلفه عن ارسال

⁷⁶⁷ نصت المادة (31) من اتفاقية فيينا 1980 على انه " إذا كان البائع غير ملزم بتسليم البضائع في أي مكان اخر، فان التزامه بالتسليم يكون على النحو الاتي:

(أ) تسليم البضائع الى اول ناقل لإيصالها الى المشتري، إذا تضمن عقد البيع نقل البضائع.
(ب) في الحالات التي لا تندرج تحت الفقرة الفرعية السابقة إذا كان العقد يتعلق ببضائع معينة بالجنس ستسحب من مخزن محدد او تصنع أو تنتج وعرف الطرفان وقت إبرام العقد ان البضائع موجودة في مكان معين او انها ستصنع او ستننتج في مكان معين يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في ذلك المكان

(ج) وفي الحالات الأخرى يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت إبرام العقد"
⁷⁶⁸ نصت المادة (3/2/35) من اتفاقية فيينا لعام 1980 على انه " 2.... -و2- لما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، لا تكون البضائع مطابقة لشروط العقد الا إذا كانت: (أ) صالحة للاستعمال ف الأغراض التي تستعمل من اجلها عادتاً بضائع من نفس النوع

(ب) صالحة للاستعمال ف الأغراض الخاصة التي احيط بها البائع علماً، صراحة او ضمناً، وقت انعقاد العقد، الا إذا تبين من الظروف ان المشتري لم يعتمد على خبرة البائع او تقديره، او كان من غير المعقول للمشتري ان يعتمد على ذلك.
(ج) متضمنه صفات البضائع التي سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة او نموذج.
(د) معبأة او مغلفة بالطريقة التي تستعمل عادة في تعبئة او تغليف البضائع من نوعها، وفي حالة عدم وجود الطريقة المعتادة، تكون التعبئة والتغليف بالكيفية المناسبة لحفظها وحمايتها.

3- لا يسأل البائع بموجب احكام الفقرات الفرعية (أ) الى (د) من الفقرة السابقة عن أي عيب في المطابقة كان يعلم به المشتري او كان لا يمكن ان يجهله وقت انعقاد العقد"

⁷⁶⁹ د/ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 138

⁷⁷⁰ د/ محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم 212، ص 151

⁷⁷¹ نصت المادة (2/39) من اتفاقية عقد النقل الدولي للبضائع فيينا 1980 على انه " 2.... -و2- وفي جميع الأحوال يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في المطابقة إذا لم يخطر البائع خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ تسلم المشتري للبضائع فعلا الا إذا كانت هذه المدة لا تتفق مع مدة الضمان التي نص عليها العقد"

الاحطار، فقيام عذر معقول لدى المشتري حال دون ارساله الاخطار للبائع سواء حالة اخلال البائع بالتزامه بالمطابقة او في حالة اخلال البائع بالتزامه بضمان التعرض ففي الحالتين لا يسقط حق المشتري في التمسك بإخلال البائع بالتزامه وانما يجوز له طلب انقاص الثمن ويحق للمشتري علاوة على انقاص الثمن ان يطلب الزام البائع بأداء تعويض له عما لحقه من ضرر وليس من حق المشتري طلب التعويض عما فاتته من كسب وانما يقتصر التعويض على ما لحق المشتري من خسارة فقط (772).

وقررت اتفاقية فيينا وسيلة لحماية البائع من اخلال المشتري بالالتزامات التي تقع على عاتقه وفقا لأحكام الاتفاقية فأجازت للبائع ان يتمسك قبل المشتري بالتنفيذ العيني والفسخ إذا اقتضى الامر ذلك وأيضا طلب التعويض عن الاضرار التي لحقت من جراء اخلال المشتري، فأجازت الاتفاقية للبائع متى تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بأداء الثمن او باستلام البضاعة اوو باي التزام اخر ان يتمسك بإلزام المشتري بالتنفيذ العيني لالتزامه (773).

ومن الوسائل التي قررتا لحماية البائع ما نصت عليه المادة (64) من الاتفاقية على انه " 1-يجوز للبائع فسخ العقد: (أ) إذا كان عدم تنفيذ المشتري لأي من الالتزامات التي يرتبها عليه العقد او هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد أو: (ب) إذا لم ينفذ المشتري التزامه بدفع الثمن او لم يستلم البضائع في الفترة الإضافية التي حددها البائع وفقا للفقرة 1 من المادة 63 او إذا أعلن انه لن يفعل ذلك حتى خلال تلك الفترة. 2-اما في الحالات التي يكون المشتري فيها قد دفع الثمن فلا يجوز للبائع فسخ العقد الا إذا وقع الفسخ: (أ) في حالة التنفيذ المتأخر من قبل المشتري قبل ان يكون البائع قد علم بان التنفيذ قد تم. (ب) وفي حالات المخالفات الأخرى غير التنفيذ المتأخر إذا وقع الفسخ في ميعاد معقول وذلك: 1-بعد ان يكون البائع قد علم بالمخالفة او كان من واجبه ان يعلم بها أو 2-بعد انقضاء فترة إضافية يحددها البائع وفقا للفقرة 1 من المادة 63 او بعد ان يعلن المشتري انه لن ينفذ التزاماته خلال تلك الفترة الإضافية"

نظمت المادة (64) سالفه الذكر حق البائع في طلب الفسخ بشكل تفصيلي، حيث يستند حق الفسخ المقرر للبائع في الاتفاقية على ذات الأساس الذي قرره لحق المشتري في الفسخ عند اخلال البائع بأحد التزاماته التعاقدية وهو ان يشكل الاخلال مخالفة جوهرية، وإذا لم يقوم المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن او باستلام البضاعة خلال المهلة الإضافية التي منحها البائع له او اذا أعلن المشتري انه لن يقوم بالتنفيذ جاز للبائع ان يتمسك بفسخ عقد البيع، ويجوز للبائع أيضا ان يتمسك بفسخ العقد اذا اخل المشتري بتنفيذ بدفع الثمن او باستلام البضاعة متى شكل هذا الاخلال مخالفة جوهرية وفقا للأسس التي وضعتها اتفاقية فيينا لحق الفسخ (774).

ثانياً: بالنسبة للمشتري

تضمنت اتفاقية فيينا لعام 1980 احكام تتعلق بحماية المشتري من جراء اخلال البائع بالتزاماته وتمنح المشتري الحق في التمسك بتطبيق الجزاءات التي وضعتها الاتفاقية بموجب احكامها (775). ويكون من حق المشتري عند اخلال البائع باي من التزاماته التعاقدية

772 - د/ محمد صلاح عبد الله محمد، النظام القانوني لتنفيذ عقد البيع التجاري الدولي والحيولة دون فسخه، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2018، ص 120 وما بعدها

773 - نصت المادة (62) من اتفاقية فيينا 1980 على انه " يجوز للبائع ان يطلب من المشتري دفع الثمن او استلام البضائع او تنفيذ التزاماته الأخرى، الا إذا كان البائع قد استعمل حقا يتعارض مع هذا الطلب"

774 - د/ محود سمير الشرقاوي، المبرج السابق، ص 176 وما بعدها

775 - نصت المادة (45) من اتفاقية فيينا لعام 1980 على انه " 1-إذا لم ينفذ البائع التزاما مما يرتبه عليه العقد او هذه الاتفاقية جاز للمشتري: (أ) ان يستعمل الحقوق المقررة في المواد 46 الى 52 (ب) ان يطلب التعويضات المنصوص عليها في المواد 74 الى 77.

2-لا يفقد المشتري حق في طلب التعويضات إذا استعمل حقا من حقوقه الأخرى في الرجوع على البائع. 3-لا يجوز للقاضي او المحكم ان يمنح البائع أي مهلة لتنفيذ التزاماته عندما يتمسك المشتري بأحد الجزاءات المقررة في حالة مخالفة البائع للعقد

ان يتمسك بالجزاءات التي قررتها الاتفاقية والتي تتمثل في التنفيذ العيني والفسخ وإنقاص الثمن، غير ان هذه الجزاءات لا تمنع المشتري من طلب التعويض أيضا حينما تتوافر شروط استحقاقه

والتنفيذ العيني يعد وسيلة من وسائل الحماية المدنية التي كفلتها الاتفاقية للمشتري في حالة ما أخل البائع في تنفيذ العقد كما يجوز للمشتري ان يكتفي بطلب التنفيذ العيني كجزاء أصلي مع المطالبة بالتعويض عما لحقه من اضرار جراء اخلال البائع وذلك جزاء تكميلي (776).

كما نصت المادة (47) من اتفاقية فيينا لعام 1980 على انه " 1-يجوز للمشتري ان يحدد للبائع فترة إضافية تكون مدتها معقولة لتنفيذ التزاماته. 2-فيما عدا الحالات التي يتلقى فيها المشتري اخطارا من البائع بانه لن ينفذ التزاماته في الفترة الإضافية المحددة لا يجوز للمشتري قبل انقضاء هذه الفترة ان يستعمل أي حق من الحقوق المقررة له في حالة مخالفة العقد، غير ان المشتري لا يفقد بسبب ذلك حقه في طلب تعويضات عن التأخير في التنفيذ". وبموجب هذا النص من الاتفاقية يترتب على قيام المشتري بمنح البائع مهلة إضافية لتنفيذ التزاماته انه لا يجوز للمشتري قبل انقضاء المهلة ان يلجأ الى التمسك بأي من الجزاءات في حالة اخلال البائع بالالتزامات، وإذا تلقى المشتري اخطار من البائع يفيد امتناعه عن تنفيذ التزاماته فمن حق المشتري ان يتمسك بتطبيق الجزاءات التي اقرتها الاتفاقية دون ان ينتظر انتهاء المهلة الإضافية، علما بان الاتفاقية لم تحدد حد أقصى للمهلة الإضافية واكتفت بعبارة مدة معقولة يقدرها المشتري (777)، ولم تحدد احكام الاتفاقية وسائل التنفيذ العيني للمشتري وتركها لقانون المحكمة التي يطلب منها التنفيذ العيني، اما اجبار المدين على التنفيذ او فرض غرامة تهديدية ضده، وهناك وسيلة أخرى في مجال عقد بيع البضائع تتمثل في شراء بضاعة مماثلة من السوق على حساب البائع بأذن من المحكمة وبدون اذن في حالة الاستعجال ويلتزم البائع بتحمل الفرق في ثمن البضاعة بين ما هو مدون بالعقد وثمان البداعة التي تم استبدالها (778).

وأخيرا نصت المادة (49) من اتفاقية فيينا لعام 1980، على انه " 1-يجوز للمشتري فسخ العقد: (أ) إذا كان عدم تنفيذ البائع لالتزام من الالتزامات التي يربتها عليه العقد أو هذه الاتفاقية يشكل مخالفة جوهرية للعقد؛ أو (ب) في حالة عدم التسليم إذا لم يقع البائع بتسليم البضائع في الفترة الإضافية التي حددها المشتري وفقا للفقرة 1 من المادة 47 او إذا أعلن أنه لن يسلمها خلال تلك الفترة. 2-أما في الحالات التي يكون البائع فيها قد سلم البضائع فإن المشتري يفقد حقه في فسخ العقد إلا إذا وقع الفسخ: (أ) في حالة التسليم المتأخر في ميعاد معقول بعد أن يكون قد علم بأن التسليم قد تم. (ب) وفي حالات المخالفات الأخرى غير التسليم المتأخر إذا وقع الفسخ في ميعاد معقول: 1-بعد أن يكون المشتري قد علم أو كان من واجبه أن يعلم بالمخالفة او 2-بعد انقضاء أي فترة إضافية يحددها المشتري وفقا للفقرة 1 من المادة 47 او بعد ان يعلن البائع أنه سوف لا ينفذ التزاماته خلال تلك الفترة الإضافية. او 3-بعد انقضاء أي فترة إضافية يعينها البائع وفقا للفقرة 2 من المادة 48 او بع ان يعلن المشتري انه لن يقبل التنفيذ"

وبعد ما أوضح النص أعلاه حالات الفسخ وعلى الرغم من ان الاتفاقية إجازة للمشتري الحق في فسخ العقد الا انها وضعت قيود لاستعمال هذا الحق بهدف المحافظة على بقاء عقد البيع تفاديا للأثار الاقتصادية السيئة التي تترتب على فسخ العقد تلحق بطرفي العقد، اما اذا قام المشتري باستعمال هذا الحق فعليه ان يخطر البائع بذلك دون حاجة الى رفع دعوى قضائية واذا اعترض البائع على الفسخ فيحق للمشتري في هذه الحالة اللجوء الى القضاء للحصول على حكم قضائي من المحكمة بالفسخ (779).

المطلب الثاني: مدى مواءمة التشريع القطري بشأن الحماية المدنية لأطراف العقد مع اتفاقية فيينا

⁷⁷⁶ - د/ محسن شفيق، المرجع السابق، ص 170

⁷⁷⁷ - د/ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 150 وما بعدها

⁷⁷⁸ - د/ خالد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000، ص 35 وما بعدها

⁷⁷⁹ - د/ خالد احمد محمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000، ص 141

تناولنا في المبحث الأول من هذا البحث محل الحماية لعقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980 والتشريع القطري، واستعرضنا كل من /التزامات البائع والمشتري في الاتفاقية وما يقابلها في القانون المدني القطري وتبين لنا مدى الاتفاق بين نصوص القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004 والأحكام الواردة باتفاقية فيينا لعام 1980، وذلك على الرغم من أن دولة قطر ليست عضو في الاتفاقية ولا تنضم إليها حتى الآن.

باستطلاع النصوص الواردة باتفاقية فيينا ومطابقتها بأحكام التشريع القطري، نجد أنها تتوافق بدءاً من تكوين العقد مروراً بمرحلة إبرام العقد وصولاً إلى الأحكام العامة للمسؤولية المدنية، ونظراً إلى أن موضوع بحثنا يقتصر على المسؤولية المدنية لأطراف العقد من حيث التزامات طرفي عقد البيع (البائع والمشتري) ووسائل الحماية المدنية في اتفاقية فيينا والقانون القطري، وعليه لضيق مساحة بحثنا ولعدم الأسهاب والاطالة، سوف نكتفي بعرض مدى التوافق فيما يتعلق بالأحكام العامة للمسؤولية العقدية، وذلك على النحو التالي:

المسؤولية العقدية

الأصل أنه متى كان العقد مستوفياً أركانه ترتب عليه أثره، والمتمثل في ارتباط أطراف العقد بمضمونه وتقييدهم بما تم الاتفاق عليه كما لو كان ذلك قد تم بموجب نصوص القانون أي أنه الشريعة الخاصة التي وضعها أطرافه والتي تعني أن العقد شريعة المتعاقدين، ويترتب على ذلك أن كلا من المتعاقدين يصبح ملزماً بتنفيذ ما تعهد به، والطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو يخالفها يسأل عن ذلك مسؤولية عقدية، كما أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بتعديل شروطه أو الرجوع فيه، كما لا يجوز للقاضي أن يعدل مضمون العقد بل يتعين عليه أن ينفذه كما هو ما لم يكن قد طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ العقد صار مرهقاً للطرف الآخر بحيث يهدده بخسارة فادحة، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي وفقاً للظروف الاستثنائية وبعد الموازنة بين التزامات الطرفين أن يعدل الالتزامات المرهقة إلى الحد المعقول (780).

وهذا ما أكدته المشرع القطري في صريح نص المادة (171) من القانون المدني القطري (22) لسنة 2004، حيث نصت على أنه "1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، 2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

وبتطبيق تلك القواعد على أحكام اتفاقية فيينا لقياس مدى التوافق، نجد أن المادة (25) من اتفاقية فيينا لعام 1980 توضح أن المشرع الدولي يستلزم لتطبيقها وجود عقد من العقود التي تخضع لأحكامها من ناحية وأن تقع مخالفة جوهرية من أحد الطرفين ترتب عليها الإضرار بالطرف الآخر (المضرور) وحرمانه بشكل أساسي من الحصول على المنفعة التي من أجلها إبرم العقد أي أنه الحق به خسارة أو فوت عليه ربحاً أو فرصة للربح من ناحية أخرى، وأن يكون الضرر متوقعاً من الطرف المخالف، أي أنه يكون ضرراً مما يمكن توقعه عادة وقت العقد استناداً إلى الأصل في المسؤولية العقدية قصر التعويض على الضرر المتوقع من ناحية ثالثة.

ووفقاً لنص المادة (25) من الاتفاقية فإنه لا يشترط أن يكون الطرف الذي قام بالفعل المخالف قد توقع الضرر وقت إبرام العقد، بل يكفي أن يكون الضرر في مقدور الشخص المعتاد توقعه لو كان هذا الشخص وقت إبرام العقد في مثل ظروف الشخص الذي ارتكب الخطأ الناتج عنه الضرر، وقد نصت المادة (263) من القانون المدني القطري في فقرتها الثالثة على أنه " ... ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"

780 - د/ على حسين نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، 2005، ص 232 وما بعدها

كما نصت المادة (74) من اتفاقية فيينا لعام 1980، على انه " يتكون التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الاخر والكسب الذي فاتته نتيجة للمخالفة ولا يجوز ان يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الفائت التي يوقعها الطرف المخالف او التي كان ينبغي عليه ان يتوقعها وقت انعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها او التي كان من واجبه ان يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد"، وباستقراء النص السابق نجد ان المادة (74) لم تخرج عن المبادئ السابق تناولها خاصة التعويض الذي يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخير في الوفاء به، حيث جاء نصها بان التعويض عن مخالفة أحد الطرفين للعقد يتألف من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الاخر والكسب الذي فاتته نتيجة للمخالفة (781)، وبذلك تكون المادة (74) من الاتفاقية تكون قد سايرت القواعد العامة الأصولية في القانون المدني القطري بشأن المسؤولية العقدية التي تقصر التعويض على الضرر المتوقع حدوثه وقت ابرام العقد ما لم يكن راجعا الى غش او خطأ جسيم من الطرف الذي خالف القاعدة الأصولية والذي يتم مسألته عن كل ضرر مباشر سواء كان متوقعا او غير متوقع وقت ابرام العقد وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، وانه وإن كان يشترط في الضرر ان يكون محققا، أي انه وقع فعلا او مما يمكن توقعه عادة.

وفيما يتعلق بالفسخ

لم تتضمن الاتفاقية ضمن احكامها فسخ العقد التلقائي أي من تلقاء نفسه دون حاجة الى قضاء القاضي بالفسخ ويكون ذلك اما بناء على اتفاق خاص بين العاقدین او بناء على نص قانوني، حيث جاءت المادة (26) من اتفاقية فيينا لعام 1980، صريحة ونصت على انه " لا يحدث اعلان فسخ العقد أثره الا إذا تم بواسطة اخطار موجه الى الطرف الاخر".

وفي مقابل ذلك نصت المادة (1/183) من القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004 على انه " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتض...."، كما نصت المادة (1/184) من ذات القانون على انه " يجوز الاتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه"

كما تناولت المادة (81) في فقرتها الأولى اثر فسخ العقد والمتمثل في زوال العقد وبراء الطرفين مما يرتبه عليهما من التزامات مع عدم الاخلال باي تعويض مستحق، ولا يؤثر ذلك على أي من شروط العقد المتعلقة بتسوية المنازعات كالاتفاق على إحالة النزاع الى التحكيم او الاتفاق على الاختصاص القضائي لمحكمة دولة معينة او الاتفاق على تطبيق قانون معين على تتم تسوية المنازعات بذات الوسيلة المقررة بالعقد الذي تم فسخه، كما لا يؤثر الفسخ على الشروط التي تضمنها العقد والتي من خلالها يتم تنظيم حقوق والتزامات الأطراف المترتبة على فسخ العقد كشرط الاعفاء من المسؤولية والشرط الجزائي وغيره من الشروط الأخرى الذي يتضمنها العقد (782).

في مقابل ذلك نصت المادة (158) من القانون المدني القطري على انه " إذا فسخ العقد اعيد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض"، هذا فيما يتعلق بمدى التوافق بين ما ورد من احكام باتفاقية البيع الدولي للبضائع فيينا لعام 1980 واحكام المسؤولية العقدية الواردة بالقانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004م.

الخاتمة

من الملاحظ ان اختلاف الأنظمة القانونية الوطنية المتعددة من اهم العوامل التي تسهم في عرقلة تطوير العلاقات الاقتصادية الدولية لما يترتب عليها من مشاكل ضخمة ناشئة عن تنازع القوانين. وفي عام 1980 تم ميلاد اتفاقية البيع الدولي للبضائع والتي لاقت نجاحا كبيرا في توحيد قوانين التجارة الدولية، والغرض من الاتفاقية هو توفير نظام حديث وموحد ومنصف بشأن ابرام عقود البيع الدولي

⁷⁸¹ - د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 98

⁷⁸² - د/ على حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 293 وما بعدها

للبيضاء، وهكذا أسهمت الاتفاقية اسهاما كبيرا في إضفاء طابع اليقين على عمليات التبادل التجاري وخفض تكاليف المعاملات، ومنذ ذلك الحين اعتبر عقد البيع الدولي للبيضاء الأداة القانونية لنمو التجارة الدولية ووسيلة فعالة لإتمام المبادلات التجارية الدولية.

واتفاقية فيينا لعام 1980 لها الأسبقية على القوانين الوطنية الداخلية ما عدا الحالات الاستثنائية التي يسمح فيها للدول المتعاقدة بالتحفظ على بعض موادها وقد عالج الجزء الثاني من الاتفاقية الأحكام العامة لتكوين العقد وما يتضمنه من أهمية بالغة في إبرام العقد الدولي وما يترتب عليه من توازن في حقوق والتزامات الطرفين والذي يؤثر مباشرة على حركة التجارة الدولية، ومن خلال عرضنا لنقاط هذا البحث المتواضع

فقد توصلنا الى النتائج التالية:

- 1- ان اهتمام الهيئات الدولية بتوحيد القواعد الموضوعية المتعلقة بعقد البيع الدولي خاصة اتفاقية فيينا لعام 1980 هو استجابة حقيقية لاحتياجات التجارة الدولية وخلق قواعد موضوعية دولية مبنية على احترام على احترام حرية الأطراف في التعاقد.
- 2- عقد البيع الدولي للبيضاء يمثل الرابطة العقدية التي يكون أحد عناصرها عنصر أجنبي او اتصال العقد بأكثر من نظام قانوني او وجود تخطى عبر الحدود الوطنية للبيضاء او الارتباط بمصالح التجارة الدولية.
- 3- يرتب عقد البيع الدولي للبيضاء التزامات على عاتق البائع والمشتري ويرتّب جزاءات نتيجة الاخلال بها.
- 4- ان العناية التشريعية التي يتمتع بها عقد البيع الدولي للبيضاء على الصعيد الدولي يعد تجسيدا فعالا لمبدأ حرية التعاقد.
- 5- عدم انضمام المشرع القطري لاتفاقية البيع الدولي للبيضاء فيينا لعام 1980 يجعله مازال يطبق احكام القواعد العامة الموجودة بالقانون المدني على عقد البيع الدولي للبيضاء وهذا يؤدي الى زعزعة استقرار المعاملات المتعلقة بالتجارة الخارجية باعتبار انها لا تتلاءم مع طبيعة تلك العقود.
- 6- تتفق الاحكام الواردة باتفاقية فيينا فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية مع ما ورد من احكام في القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004، منها التزامات أطراف عقد البيع (البائع والمشتري وأجزاء الاخلال بتلك الالتزامات والاحكام المتعلقة بفسخ العقد والاثار المترتبة عليه.

التوصيات

- 1- نوصي المشرع القطري للانضمام والمصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبيضاء فيينا لعام 1980 لتصبح جزء من التشريع القطري مما يسمح بتوسيع المنظومة القانونية الوطنية بقواعد موضوعية دولية تساهم في التطور الحاصل في عقود البيع الدولي للبيضاء خاصة وان الاتفاقية لا تتعارض مع القواعد القانونية الامرة في التشريع القطري كما انها لا تحتوي على احكام تتعارض النظام العام القطري.
- 2- نوصي المشرع القطري في حالة عدم الانضمام الى اتفاقية فيينا لعام 1980 ضرورة ادخال تعديلات تشريعية على احكام القانون المدني القطر او قانون المرافعات المدنية والتجارية تتلاءم مع طبيعة قواعد المعاملات الدولية لا سيما المتعلقة بالبيع الدولي للبيضاء
- 3- وفيما يتعلق بأحكام الاتفاقية نوصي بإضافة التعويض عن الضرر النفسي والجهد البدني كجزء من الضرر الذي يلحق بالمدين لأحكام الاتفاقية لان هذه الخسائر ناجمة عن العلاقات العقدية ابتداء وان وقوعها يرتب المسؤولية عنها فليس من مقتضيات العدالة والانصاف عدم الاعتراف بها كجزء من الاضرار التي لحقت بالطرف الاخر الذي أصابه الضرر.

المراجع والمصادر

- القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004
- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد النقل الدولي للبضائع فيينا لعام 1980م
- مجموعة احكام محكمة النقض المصرية
- الدكتور/ محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001
- الدكتور/ رضا عبيد، دراسة في القواعد الموحدة في البيوع الدولية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، 1996
- الدكتور/ محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر
- الدكتور/ جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة فيينا 1980، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996
- الدكتور/ عبد الرازق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000
- الدكتور/ أشرف رمضان عبد العال سلطان، انتقال تبعة الهلاك في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا 1980، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010
- الدكتور/ حسام الدين كامل الاهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979
- الدكتور/ محمد صلاح عبد الله محمد، النظام القانوني لتنفيذ عقد البيع التجاري الدولي والحيولة دون فسخه، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2018
- الدكتور/ خالد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000
- الدكتور/ على حسين نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، 2005

خصائص المناهج القانونية الكبرى المعاصرة: دراسة مقارنة بين العائلات القانونية الكبرى

✍ عبد الله عفاص المري

باحث في مرحلة الماجستير - القانون الخاص

كلية القانون - جامعة قطر

باحث قانوني في كلية الشرطة - دولة قطر

الملخص

إن المقارنة بين الأنظمة الكبرى التي اقتضت الدراسة عليها تبين أن علم القانون المقارن ذو أهمية كبيرة، وخاصة أننا نستطيع من خلاله تقريب الشعوب في زمن توافرت فيه كل الوسائل المساعدة من حيث التنقل والسرعة في الاتصالات والمواصلات والتطور التقني الهائل، حتى أصبحت المسافات والحدود الجغرافية لا تمثل عائقاً يذكر، ولذلك فإن من أهم التحديات اليوم أن يتم توحيد القانون بتوحيد المصطلحات والمفاهيم قدر الإمكان للتقليل من المشكلات الواقعة بسبب الاختلاف، وذلك مع ضرورة الحفاظ على المكتسبات المعرفية في مجال القانون في جميع المناهج المقارنة وعلى مر تاريخها ومراحل تطورها، ومن أهم منطلقات هذا الهدف أن تتم دراسة خصائص القانون في العائلات القانونية الكبرى، وقد تبين لنا أن كل من المناهج الثلاثة الكبرى (الفقه الإسلامي والعائلة الرومانية الجرمانية وعائلة الكومون لو) يشترك في بعض الخصائص، ويتميز بخصائص أخرى. ومن خلال المقارنة بين العائلات القانونية يمكن تحقيق فوائد عملية تتعلق بصياغة القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية باختلاف أنواعها، ومن شأن ذلك أن يحقق التوازن في الصياغة بمراعاة الاختلافات الموجودة في العائلات القانونية الكبرى، كما يحقق ذلك توحيد بعض القوانين على مستوى العالم من خلال صياغة القوانين الاسترشادية والاتفاقيات الدولية على نحو يراعي جميع المناهج القانونية المؤثرة على أكبر عدد من دول العالم، والتي لا تكاد تخلو دولة من الدول من التأثير بأحدها.

الكلمات المفتاحية: القانون المقارن - الفقه الإسلامي - الكومون لو - القاعدة القانونية - العائلة الرومانية الجرمانية.

Abstract

The comparison between the major law systems discussed in this study shows that the comparative law science is of great importance, especially that we can use it to bring people together in an era where all necessary aids are available, such as transportation, fast telecommunication and tremendous technological development, which made distance and geographical boundaries of no more significance. Hence, the major challenge today is to unify the law through the standardization of its terminology and concepts as much as possible in order to minimize the existing problems arising from divergence, while maintaining the cognitive gains in the field of law in all compared doctrines in terms of their history and development phases. Among the major fundamentals of this objective, is the study of the characteristics of the law following the major law families. We came to a conclusion that all three major doctrines (i.e. Islamic fiqh, the Germanic Roman family and the common law family) share some characteristics and differentiate in some others. Through the comparison between the law families, we can achieve practical benefits relating to the drafting of national laws and international agreements of all kinds. This would balance the drafting process taking into account the existing differences between the major law families and lead to the standardization of some laws worldwide through drafting guiding laws and international agreements in a way that respects all law schools affecting the majority of countries and almost no country is exempt from being affected by it.

Keywords: comparative law, Islamic fiqh, common law, legal rule, Germanic-Roman family

مقدمة

مر الانسان بمراحل تطور متباعدة نتيجة للظروف المختلفة التي أثرت فيه، وكان أول تجمع هو تجمع الاسرة، ثم تطور الامر فصار إلى تجمع القبيلة ثم إلى الشعوب ثم إلى الدول، وكان القانون السائد هو قانون القوة دون نظام يحكم هذه المجتمعات، ولكن بدأ الانسان يدرك منذ وقت بعيد بأن لا سبيل إلى الحياة الهادئة والتطور إلا بالتعاون مع بني جنسه ليعمروا أوطانهم، فنشأت عن ذلك الأعراف التي استقرت مع طول الزمن وأصبح عندهم شعور بالالتزام بها، وتطور الامر إلى أن تم وضع القوانين المكتوبة كمدونة جستنيان 783، وقوانين حمورابي 784، والشرائع القديمة، وقد كان للأخلاق والدين والأعراف دور كبير في مضمون هذه المدونات. وظهرت بوادر القانون المقارن *Droit comparé* والاهتمام به في وقت متأخر في مؤتمر باريس عام 1900م، وقد سبقته في الظهور الدراسات المقارنة 785، فقد عرفها فلاسفة اليونان مثل أفلاطون وأرسطو، وقد ظهرت الدراسة المقارنة عند تدوين قوانين الألواح الإثني عشر 786، وأما في العصور الوسطى فقد نشطت الدراسة المقارنة بإحياء دراسة القانون الروماني 787، وكانت مدرسة الحقوق التي تم انشاؤها في القرن الحادي عشر بمدينة بولوني *Bologne* الإيطالية الميدان الأول لهذه الدراسة 788. ثم كانت من أهم محطات الدراسة المقارنة ما مرت به أثناء حركة إحياء القانون الروماني والمقارنة بالقانون الكنسي 789، وما لبثت أن انتقلت إلى فرنسا في القرن الثالث عشر، حيث كان يُدرس في جامعات المدن

⁷⁸³ مدونة جستنيان ويطلق عليها باللاتينية: Codex Justinianus، وتسمى أيضا دستور جستنيان، هو أحد أجزاء قانون جستنيان، حيث أمر الإمبراطور الروماني البيزنطي في القسطنطينية جستنيان الأول بتدوين القانون الروماني في بداية القرن السادس الميلادي، حيث تمكن من تشكيل عدة لجان بدأت عملها عام 528 وانتهت منه عام 534. وتتمثل هذه الأعمال في أربعة أجزاء أو مجموعات:

- 1 - مجموعة القوانين Code وهي تحوي القوانين أو الدساتير الإمبراطورية.
- 2 - الموسوعة Digest التي تحوي الفقه وتعد تجميعاً للقانون الروماني.
- 3 - النظم Les institutes التي تستهدف التسهيل على طلبة القانون والدارسين.
- 4 - الدساتير الجديدة Novellae Constitutiones التي أصدرها جستنيان بعد نشر مجموعة القوانين. انظر، منذر الفضل، تأريخ القانون، أبريل، كردستان العراق، دار ثاراس للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 2005م، ص 112-113. وانظر، عكاشه محمد عبدالعال، القانون الروماني، الدار الجامعية، 1988م، ص 102 وما بعدها. وجستنيان هو الإمبراطور جستنيان الأول (فلافوبس بتروس ساباتيوس يوستيانوس) (482، 483 - 14 نوفمبر 565) كان إمبراطوراً رومانياً شرقياً (بيزنطياً) حكم منذ أغسطس عام 527 حتى وفاته في نوفمبر 565.
- ⁷⁸⁴ شريعة حمورابي أو قوانين حمورابي هي مجموعة قوانين بابلية يبلغ عددها 282 مادة قانونية سجلها الملك حمورابي سادس ملوك بابل (حكم من سنة 1792 قبل الميلاد إلى سنة 1750 قبل الميلاد) على مسلة كبيرة أسطوانية الشكل. انظر تفصيل ذلك، عبدالمجيد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص 80 وما بعدها.
- ⁷⁸⁵ عبدالسلام الترماني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، جامعة الكويت، الطبعة الثانية، 1982م، ص 27 وما بعدها. وانظر كذلك، حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات القيت على طلبة السنة الثالثة - قانون عام، جامعة 08 ماي 1945 - قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/2018م، ص 4 وما بعدها.

⁷⁸⁶ وهذه الألواح يطلق عليها باللاتينية: Leges Duodecim Tabularum (بالفرنسية: Lio des douze tables) كانت تشريعاً قديماً سُنَّ في أعقاب تأسيس القانون الروماني. ويرجع تدوين هذه القواعد العرفية إلى الفترة (451 - 449 ق.م) تم تعيين أول لجنة مكونة من عشرة رجال *Decemvirs* للتدوين اللوائح العشرة الأولى من القانون. أنظر في تفصيل ذلك، صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الجزء الأول (تكوين الشرائع)، الطبعة الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص 142 وما بعدها. وانظر، منذر الفضل، مرجع سابق، ص 110 - 111.

⁷⁸⁷ Safia Hamitovna Muhametgalieva, Iskandar Gabdulvalievich Muhametgaliev & Valentina Igorevna Kuzmenko, Influence of the Roman Law on Formation of the Romano-Germanic Legal Family, Review of European Studies, Published by Canadian Center of Science and Education, Vol. 7, No. 6; 2015, (pp. 188-189).

⁷⁸⁸ انظر، احمد غسان سبانو، الأثر العربي الشرقي في القانون الروماني - اللاتيني -، الجيزة - مصر، دار المحرر الادبي للنشر والتوزيع والترجمة، بدون تاريخ نشر، ص 13 وما بعدها.

⁷⁸⁹ Walther Hug, THE HISTORY OF COMPARATIVE LAW, Harvard Law School, Harvard Law Review, April, 1932, pp. 1036 - 1037.

الكبرى. وأدى ذلك إلى تفسير العادات المحلية السائدة في ظل النظام الإقطاعي واستهدى رجال القانون بأحكام القانون الروماني وأراء الفقهاء الرومان وتعاليم الدين المسيحي، مما ساهم في تمهيد الطريق نحو تدوين الحلول العلمية التي تم التوصل إليها، وأخذت الدراسة المقارنة مراحل طويلة وتم وضع مجموعات موحدة بناءً عليها صدرت بأوامر ملكية 790. وفي القرن التاسع عشر ظهرت الدعوة إلى قانون الطبيعة أو القانون الطبيعي ليكون أساساً لقانون عالمي. وأما في إنجلترا فقد اقتصرَت الدراسات المقارنة على مقارنة القانون الإنكليزي بالقوانين الأخرى كالقانون الروماني والقانون العبري 791. وأما الفقه الإسلامي فقد عرف المقارنة من خلال تعدد المذاهب الفقهية 792، وخاصة فيما يتعلق بالمسائل المتعلقة بالعبادات والمعاملات بعيداً عن العقائد، وخاصة المذاهب الأربعة التي ظهرت في القرنين الهجريين الأول والثاني، ولذلك ظهر علم جديد في الفقه الإسلامي اسمه الفقه المقارن أو (الخلافيات) 793.

ومع مرور الوقت أخذت تبرز العائلات القانونية أو الأنظمة القانونية وتستقل، ومما ساهم في ذلك حركة التدوين ودراسات المقارنة. وهذه العائلات القانونية الكبرى تشمل العائلة الرومانية الجرمانية، وعائلة الكومن لو، والفقه الإسلامي، وعائلة القوانين الاشتراكية 794. ولكن هناك تصنيفات أخرى لتصنيف العائلات القانونية في العالم 795، فمن هذه التصنيفات ما يعتمد على معيار تأثير القانون الروماني أو القانون الجرمني في النظام القانوني للدولة، وهذا التصنيف يقتصر على القوانين الغربية، ومن التصنيفات أيضاً ما يعتمد على أساس الجنس بحيث يقسم القوانين على مجموعات من الشعوب، ومن التصنيفات ما يعتمد التقسيم على أساس الحضارات المختلفة 796.

ويعد التصنيف الأبرز بين هذه التصنيفات، التصنيف الذي يعتمد على الصياغة القانونية، وهذه الصياغة تكون متأثرة بمصادر القانون في المجموعات القانونية، وهذا التصنيف هو التصنيف الذي يقسم العائلات القانونية الكبرى إلى تصنيف ثلاثي، أولاً القوانين الرومانية

⁷⁹⁰ عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها.

⁷⁹¹ عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 30 وما بعدها.

وانظر كذلك:

Walther Hug, the History of Comparative Law, Harvard Law School, Harvard Law Review, April, 1932, p. 1043.

⁷⁹² وإذا فرقنا بين تاريخ الفقه الإسلامي وتاريخ التشريع الإسلامي فإن نشأة التشريع الإسلامي أسبق من الفقه الإسلامي لأنها تبدأ منذ نزول الوحي وبعثة المصطفى ﷺ، وهو يمثل تمهيداً لظهور الفقه فيما بعد، والذي مر بمراحل متعددة منها بداية التكوين أو التأسيس ثم النضج والكمال ثم المراحل المتأخرة والتي اتسمت بالجمود عموماً، وأخيراً ظهور الفقه المعاصر وهو لا ينفصل عن الفقه الكلاسيكي وإنما يبنى عليه.

⁷⁹³ انظر رأي ابن خلدون فيه، مقدمة ابن خلدون، المكتبة العصرية، بيروت، شركة أبناء شريف الانصاري، 2017م، ص 424. ويُذكر أن ممن ألف فيه ابن جرير الطبري حتى كان سبب محنته مع الحنابلة وغيره، راجع ترجمته. محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي (المتوفى: 1376هـ)، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي المؤلف، الناشر، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان الطبعة: الأولى - 1416هـ - 1995م، ص 180 - كتاب الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي - علم الخلافات - المكتبة الشاملة الحديثة. منشور على الرابط التالي: <https://al-maktaba.org/book/10013/793#p2> تاريخ الزيارة: 02/05/2020. ويشير المؤلف إلى أن هذا التطور كان في طور الكهولة في الفقه الإسلامي وهو التطور الثالث لتطور الفقه، ويشير إلى أن الامام الغزالي بين آفات الاشتغال بعلم الخلاف وما يدخل به من الرزايا كالحسد والحقد والكبر والغيبة والتجسس بتتبع العورات والفرح لمساءة الناس والنفاق والرياء والاستنكاف عن الحق، لكونه ظهر على لسان الخصم والمخالطة فيه مع تيقنه به إلى غير ذلك، ومع ذلك وضع للاشتغال بهذا العلم شروط. ومن هذه الشروط أن المشتغل بهذا العلم يناظر في مسألة واقعة أو قريبة الوقوع لا نادرة، ولا يشتغل بما لا يقع ويترك ما يقع، وشروط أخرى منها ما يتعلق بالمشتغل بهذا العلم، ولهذا العلم مفهوم مختلف عن القانون المقارن إلى حد كبير، فالتشبيه لا يصح بشكل مطلق وإنما بشكل نسبي. كما ألف فيه البيهقي كتاب الخلافات بين الامامين الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه.

⁷⁹⁴ عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 122 وما بعدها.

⁷⁹⁵ محمد نصر محمد، علم القانون و القضاء المقارن، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، 1434هـ/2013م، ص 20 - 21.

⁷⁹⁶ شفيق شحاتة، في القانون المقارن وفي طريقة دراسته، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس - كلية الحقوق، 1961م، المجلد 3، العدد 1، ص 5 وما بعدها. وانظر كذلك في هذا المعنى، راجي عبدالعزيز، القانون المقارن، محاضرات لطلبة السنة الرابعة ليسانس، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، المركز الجامعي خنشلة، 2004/2005، ص 4 وما بعدها.

الجرمانية وهي التي تأثرت بكل من القانون الروماني والأعراف الجرمانية، وثانياً عائلة الكومن لو التي تشمل النظم غير المكتوبة السائدة في البلاد الانجلوسكسونية من بلاد الانجليز إلى الولايات المتحدة الأمريكية⁷⁹⁷، وثالثاً الشريعة الإسلامية، حيث استحققت أن تحظى بمكانة مستقلة في هذا التقسيم لأنها تتميز بصياغة قانونية خاصة ومصادر تشريع مميزة لا تمت بصلة لا إلى الصياغة الرومانية ولا إلى الصياغة الانجلوسكسونية⁷⁹⁸.

أهمية البحث:

ولما كان هذا التقسيم الثلاثي هو التقسيم الأبرز، فإن اتباعه مفيد إلى درجة كبيرة، خاصة أننا في وطننا العربي معنيون بهذا التقسيم لتأثيره الواضح على تشريعاتنا ومراحل تطورها التاريخية، كما أن هذا التقسيم الثلاثي يغطي أكبر مساحة من النظم القانونية في العالم بحيث يكون من النادر أن تخرج دولة من الدول على هذا التقسيم في الوقت المعاصر، وإن خرجت دولة ما عن هذا التقسيم فإنها لا بد وأن تكون متأثرة بشكل من الاشكال بهذا التقسيم، كما أن هذا التقسيم مهم من ناحية أن المقارنة بين قوانينه يمكن أن توصلنا إلى توحيد القوانين ووضع الاتفاقيات على نحو يراعي المفاهيم المشتركة بين هذه العائلات القانونية، كما تفيد المقارنة بينها في فهم القوانين الوطنية وصياغتها وتفسيرها. ولذلك سنتبع هذا التقسيم، الذي يعد الأكثر حضوراً - في العالم المعاصر - ونسلط الضوء عليها في المقارنة بينها بالتركيز على خصائصها المختلفة.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في وجود الأنظمة القانونية الكبرى المختلفة، وهذه الأنظمة أثرت في اختلاف القوانين الوطنية في البلدان المختلفة في دول العالم، ويقف هذا الاختلاف عائقاً أمام توحيد القوانين المقارنة بحيث تتحد المصطلحات وأساليب الصياغة القانونية للقاعدة القانونية، ولذلك توجد أهمية كبرى في المقارنة بين العائلات القانونية الكبرى بحسب التقسيم الثلاثي الذي يشمل العائلة الرومانية الجرمانية وعائلة الكومن لو وعائلة الفقه الإسلامي، وذلك من خلال التركيز على خصائص القاعدة القانونية في هذه العائلات القانونية.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحديد الخصائص التي تميز كل عائلة من العائلات القانونية الكبرى وتبين نقاط التشابه فيها ونقاط الاختلاف فيما بينها، كما يهدف هذا البحث إلى التقريب بين الخصائص القانونية المشتركة بين العائلات القانونية الكبرى حتى تتم مراعاة هذا التقارب في المستقبل خاصة عند صياغة الاتفاقيات الدولية، وذلك بهدف توحيد القوانين على مستوى دول العالم، أو على الأقل على المستوى الإقليمي.

خطة البحث:

سنقدم في هذا البحث خصائص مصادر القانون على خصائص القاعدة القانونية بحيث نتقل لهذه الأخيرة بشكل سلس ومنسجم بعد تبين الصورة العامة التي تتضح في الحديث عن المصادر، ولذلك سنتبع تقسيم المقارنة بين خصائص العائلات القانونية الكبرى بحسب التقسيم الثلاثي الذي يبينه أنفاً إلى خصائص متعلقة بمصادر القانون (المبحث الأول)، وخصائص متعلقة بالقاعدة القانونية ذاتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الخصائص المتعلقة بمصادر القانون

المبحث الثاني: الخصائص المتعلقة بالقاعدة القانونية

⁷⁹⁷ . Vincenzo Zeno-Zencovich, Comparative Legal Systems, the University of Roma Tre and Chairman of the Italian Association of Comparative Law (AIDC), Roma TrE-Press, (2017). p. 5.

⁷⁹⁸ . شفيق شحاتة، مرجع سابق، ص 7 - 8.

المبحث الأول: الخصائص المتعلقة بمصادر القانون

تفاوتت مصادر القانون في كل من المناهج القانونية الكبرى، حيث تختلف هذه المصادر بسبب الأصل التاريخي لكل منها، ومرورها عبر التاريخ بمراحل تطورها، وكان لكل منها خصوصيته، إلا أن بعض هذه المصادر كما سنرى لاحقاً، تتفق فيها الأنظمة القانونية كالعرف مثلاً (مع وجود تفاوت في الاعتماد عليه)، ومصادر أخرى تستقل بها بعض الأنظمة القانونية، ولكن يمكن تقسيم المصادر عموماً إلى مصادر مكتوبة (المطلب الأول)، ومصادر أخرى غير مكتوبة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المصادر المكتوبة

المطلب الثاني: المصادر غير المكتوبة

المطلب الأول: المصادر المكتوبة

تختلف المصادر المكتوبة في المناهج القانونية الكبرى، إلا أن التشريع يأتي على رأس هذه المصادر، وفي الشريعة الإسلامية فإن الفقه الإسلامي يوازي التشريع الإسلامي مع وجود فوارق مهمة تتمثل في طريقة وضع التشريع ودرجاته وتفسيره. وهناك أيضاً السوابق القضائية في عائلة الكومون لو (*common law*)، وهي تحتل مكانة متقدمة بحيث تكون قبل التشريع.

أولاً: - التشريع *La Loi*

يقصد بالتشريع القانون المكتوب أو القاعدة القانونية المكتوبة، وتفاوتت الدول في درجته كمصدر وترتيبه من حيث الأهمية، حيث يحتل مكانة مميزة في كل من العائلة الرومانية الجرمانية والفقه الإسلامي (الشريعة)، فأما في العائلة الرومانية الجرمانية فيتم الرجوع للتشريع في المقام الأول بحسبانه الطريقة الفضلى لتحقيق العدالة⁷⁹⁹، حيث لاقت فكرة التشريع المكتوب نجاحاً كبيراً في القرن التاسع عشر، ومما يؤكد على ذلك أن جميع الدول المنتمية إلى العائلة الرومانية الجرمانية وضعت الدساتير والقوانين المكتوبة، وزادت أهمية هذه الفكرة منذ أن سادت فكرة وجوب تدخل الدولة في التوجيه⁸⁰⁰.

وتنقسم هذه العائلة إلى مجموعتين⁸⁰¹: المجموعة الأولى هي المجموعة اللاتينية *Le groupe latin* وتتمثل في التقنين المدني الفرنسي المعروف بتقنين نابليون الصادر عام 1804م⁸⁰²، والمجموعة الثانية هي المجموعة الجرمانية *Le groupe germanique* متمثلة في القانون المدني الألماني الصادر عام 1896م، والنافذ أول عام 1900م⁸⁰³.

⁷⁹⁹ . Safia Hamitovna Muhametgalieva, Iskandar Gabdulvalievich Muhametgaliev & Valentina Igorevna Kuzmenko, Review of European Studies, Published by Canadian Center of Science and Education, Vol. 7, No. 6; 2015, (pp. 188-189).

⁸⁰⁰ . عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 148.

⁸⁰¹ . محمد نصر، مرجع سابق، ص 22.

⁸⁰² . وتشتمل هذه المجموعة على قوانين البلاد اللاتينية المستمدة من التقنين المدني الفرنسي (تقنين نابليون)، والقانون المدني الفرنسي هو مزيج من الأحكام، وتجد مصدرها الذي تأثرت به في الأعراف الجرمانية، والقانون الروماني، فأما تأثيرها بالأعراف الجرمانية فكان بسبب انتشارها في شمال فرنسا، وأما القانون الروماني فكان الذي يغلب في جنوبها. عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 129 وما بعدها.

⁸⁰³ . كان القانون المدني الألماني الأكثر تأثراً بالقانون الروماني وذلك يعود إلى أن ألمانيا تبنت القانون الروماني منذ أن أنشأ الملك شارلمان Charlemagne (هو شارل الأول الملقب بشارل العظيم [742 - 814] وهو حفيد شارل مارتل الذي قاتل العرب في معركة بواتيه Poitier عام 732) الإمبراطورية الرومانية الجرمانية المقدسة في القرن التاسع للميلاد، والذي كان يحلم بإحياء مجد الإمبراطورية الرومانية الغربية. ولما تقسمت الإمبراطورية بين أولاده بعد موته، ظل القانون الروماني مطبقاً في الجزء الألماني. عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 130.

وأما بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية فإن القرآن الكريم والسنة النبوية باعتبارهما مصدرين مكتوبين فإن ذلك يجعل التشريع في مقدمة مصادر القانون 804، فالقرآن كتاب أنزله الله على نبيه بالوحي، ويعرفه عبد الوهاب خلاف بأنه: "كلام الله الذي نزل به الروح الأمين على قلب رسول الله محمد بن عبد الله - صلى الله عليه وسلم - بألفاظه العربية ومعانيه الحقة (ليكون حجة للرسول على أنه رسول الله ودستورا يهتدى بهداه، وقربة يتعبدون بتلاوته)، وهو المدون بين دفتي المصحف، المبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس، المنقول إلينا بالتواتر مشافهة وكتابة جيلا عن جيل، محفوظاً من أي تغيير أو تبديل" 805. وتمت كتابة القرآن الكريم منذ البداية 806، وتمت العناية به وتفسيره على مر القرون المتلاحقة، واتسمت جل أحكامه بالعمومية والتجريد 807، وهنا يقترب إلى حد كبير من العائلة الرومانية الجرمانية. وتضمن القرآن آيات بينت فيه أسس الشريعة ووضحت فيه معالمها، وفي الغالب يكون التفصيل في العقائد، وأما في العبادات والحقوق فتكون الأحكام مجملة. ويأتي دور السنة الشريفة بعد ذلك مؤكدة ما جاء فيه وتفصل ما هو مجمل وتوضح ما هو مبهم ومقيدة لمطلقه، ومخصصة لعمومه. وقد ساهم العلماء في تدوين السنة ونشأ عن ذلك علم الاسانيد 808، ورواية الحديث والجرح والتعديل، كل هذه العلوم وجدت لخدمة السنة النبوية الشريفة والأدلة كثيرة على مكانة القرآن والسنة كمصادر للتشريع الاسلامي.

804. عند القول بأن القرآن والسنة مصدرين مكتوبين فإننا نقصد ذلك في زماننا هذا في حقيقة الامر لا في وقت نزول الوحي أو في عهد المصطفى صلى الله عليه وسلم. وذلك لأن العناية بالسنة ظهرت بعد ذلك وتم تدوينها واستقلت علوم خاصة بالحديث كعلم الحديث والاسانيد والجرح والتعديل.

805. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، القاهرة، دار الحديث، 2003م/1423هـ، ص 26.

806. ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان إذا نزل جبريل عليه السلام بآية أو آيات أو سورة يحفظها ثم يبلغها لأصحابه فيحفظونها، كما يأمر كتاب الوحي بكتابة ما نزل عليه من آيات وسور، وكان جبريل عليه السلام يبين ترتيب الآيات والسور للرسول صلى الله عليه وسلم، وكان النبي يبلغ أصحابه بذلك ثم تحفظ في بيت النبوة. وكان جبريل عليه السلام يعرض ما نزل من القرآن على النبي في كل عام مرتباً، وفي رواية أن ذلك يكون في رمضان، ففي الصحيحين عن فاطمة رضي الله عنها وصلى الله وسلم على أبيها قالت: أسرّ إلي -تعني أن أبأها حديثاً سرّاً فقال لها- إن جبريل كان يعارضني القرآن كل سنة مرة، وإنه عارضني العام مرتين، ولا أرى الأجل إلا قد اقترب. ففي هذا الحديث أن المعارضة كانت تتم مرة واحدة في السنة وفي آخر حياته عارضه به مرتين، وفي حديث آخر أن ذلك كان في رمضان وفي كل ليلة منه، ففي مسند أحمد عن ابن عباس: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من أجود الناس، وأجود ما يكون في رمضان حين يلقاه جبريل، يلقاه كل ليلة يدارسه القرآن، فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين يلقاه جبريل أجود من الريح المرسلة. وكان للنبي من أصحابه كتبة الوحي الذين كلفهم بكتابة ما نزل من الوحي ومنهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ومعاوية، وأما جمع ما تم تدوينه من الوحي فكان في عهد الخلفاء الراشدين بحيث جمع في مصحف واحد مرتباً في السور والآيات كما نزل وكما هو بين أيدينا الآن. أنظر، أحمد فراج حسين، تاريخ الفقه الإسلامي، بيروت، الدار الجامعية، 1988م، ص 71 - 73.

807. عندما نقول إن جل أحكامه اتسمت بالعمومية والتجريد فإننا نلفت الانتباه إلى وجود أحكام خاصة بالرسول صلى الله عليه وسلم كتحريم الزواج من زوجات النبي من بعده على وجه التأبيد، حيث قال تعالى: (وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تُنكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا إِنَّ ذَلِكَ كَانَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمًا). [الأحزاب: 53]، ومن ثم تكون القاعدة خاصة بالرسول صلى الله عليه وسلم، وكذلك الأمر في كل الأحكام الخاصة بالنبي. ولا يصح القول بأنها خاصة بصفته لا بشخصه لأنها متلازمة تماماً فهو خاتم الأنبياء والمرسلين صلى الله عليه وسلم. وفي تفصيل حول الأحكام الخاصة بالنبي صلى الله عليه وسلم أنظر، أحمد سمران الحربي، الأحكام الخاصة بالنبي صلى الله عليه وسلم في القرآن والسنة، رسالة ماجستير في الدراسات الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، عام 1408هـ.

808. وذلك لأن السنة لم تدون في حياة النبي صلى الله عليه وسلم، كما لم تدون في عهد الخلفاء الراشدين، وبقيت محفوظة في صدور الرجال، ولكن تجدر الإشارة إلى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد هم بذلك، حيث روي أنه أراد أن يجمع السنة واستشار في ذلك أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأشار عليه عامتهم بذلك، ولبث ما يقرب من الشهر يستخير في ذلك، ثم انتهت إلى العدول عن ذلك. وذلك خشية أن يلتبس على الناس بين السنة والقرآن، وكان أصحاب الرسول يشيرون إلى قلة الرواية حتى لا يقع الخطأ والكذب لكثرة الرواية. وفي تفصيل ذلك أنظر، أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 101 وما بعدها. وأنظر ذات المرجع، حيث يشير المؤلف في الصفحة 134 إلى أن التدوين بدأ في عصر الخليفة العادل عمر بن عبدالعزيز الذي أمر عامله على المدينة أبي بكر محمد بن عمر بن حزم بذلك، وكتب كتباً في جمع السنة ولكن

وتتميز الشريعة الإسلامية بمصادرها، فالقرآن يتضمن آيات تتعلق بالعبادات والأخلاق والعقيدة والمعاملات، وهو منهج متكامل للدين والدنيا، والعلاقات بين الخالق والخلق والعلاقات بين الخلق وخاصة الإنسان⁸⁰⁹. والمشرع هو الله فالقرآن كلام الله لفظاً وحكماً، والسنة وحي من الله وبلغظ الرسول صلى الله عليه وسلم. ويقسم الفقه عادة إلى فقه العبادات وفقه المعاملات، والذي يهمننا في القانون المقارن هو فقه المعاملات، وقد تضمن القرآن الكريم عدد من آيات الاحكام تم تقديرها مع وجود خلاف في عددها بين 200 إلى 600 آية، وتضمن الاحكام إجمالاً دون تفصيل إلا في بعض الاحكام المتعلقة بالمواريث والاحوال الشخصية. ويأتي دور السنة في تفصيل ذلك في بعض الأحوال، إلا أن التفريع والاستنباط مهمة الفقه.

ويتسم الفقه الإسلامي بكثرة التفريع ولا يتبع التأليف وأسلوب النظريات بخلاف القانون في العائلة الرومانية الجرمانية التي تأثرت بالقانون الروماني الذي نشأ فقهياً فكان فقهاؤه يتبعون أسلوب التأليف والنظريات. وبالإضافة إلى الكتاب والسنة كمصدرين للتشريع في الشريعة فإن هناك مصادر أخرى تتميز بها الشريعة وهي الاجماع والاجتهاد والقياس والاستحسان والاستصلاح والاستصحاب والعرف وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي⁸¹⁰. ويقابل الفقه الإسلامي القانون في العائلات القانونية الأخرى، ويقترب الفقه الإسلامي من عائلة الكومون لو من ناحية أن الفقه الإسلامي والكومون لو يعتمدان على التفريع فتوجد الكثير من الفروع، وذلك بخلاف العائلة الرومانية الجرمانية التي تعتمد على القواعد القانونية والنظريات والتأليف⁸¹¹. ويختلف الفقه الإسلامي مع عائلة الكومون لو من ناحية أن التفريع فيه يكون معتمداً على مسائل لا على وقائع قائمة وذلك بسبب اعتماد عائلة الكومون لو على السوابق القضائية، وأما الفقه الإسلامي فيعتمد على الفقه بأدلتها، وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي يتميز بالقواعد الكلية التي يتفرع عنها الكثير من القواعد والتطبيقات⁸¹²، ويتميز كذلك بمقاصد الشريعة، ومن مميزات الفقه الإسلامي أنه تراكمي، بمعنى أن الفقه الإسلامي يشمل ما توصل إليه الفقه الكلاسيكي أو القديم الذي كان في القرنين الأول والثاني ونصف الثالث، بالإضافة إلى ما توصل إليه الفقه على مر العصور إلى الفقه المعاصر.

ومكانة التشريع متدرجة في كل العائلات القانونية، وذلك مع وجود بعض الفوارق البسيطة، وهذا التدرج يأتي من تدرج المصادر المكتوبة، حيث تأتي الدساتير في أعلى هرم التشريع، ويسمو الدستور على التشريعات الأخرى. وربما يمكن أن نقارن وثيقة الدستور بالقرآن، مع حفظ الفوارق، لأنه يسمو على غيره من المصادر الأخرى للتشريع ويتسم بشدة العمومية والتجريد وخاصة في الاحكام إلا في حالات خاصة. وفي بلاد العائلة الرومانية الجرمانية يكون سمو الدستور ذا صفة سياسية فلا يعدل الدستور إلا بإجراءات خاصة ومعقدة، وفي بلاد أخرى يعد الدستور شيئاً مختلف عن القانون، لأن القوانين تخضع لرقابة دستورية، وبحيث يوصم القانون بعدم دستوريته إذا

عمر توفي قبل أن يبعثها إليه، وكان ذلك في أوائل المائة الثانية من الهجرة، وبعد ذلك انتشر التدوين ومر بمراحل عديدة. في تفصيل ذلك، انظر، أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 134 - 135.

⁸⁰⁹. ومن كمال وشمولية الشريعة الإسلامية أنها اهتمت بعلاقة الانسان حتى مع البيئة المحيطة به من البشر والدواب والزروع وغير ذلك، كما اهتمت بالأخلاق والمكارم، وتضمنت التوجيه الرباني بالترغيب والترهيب.

⁸¹⁰. وتوجد في الفقه الإسلامي عشر مصادر يتم للاخذ بها للتوصل إلى الاحكام، ومنها أربعة مصادر متفق عليها هي القرآن والسنة والجماع والقياس، وأما المصادر الست الأخرى فمختلف في الاعتماد عليها.

⁸¹¹. في بيان الفرق بين القواعد والنظريات والقاعدة والضابط والقواعد الأصولية والقواعد الفقهية، انظر، محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دمشق، دار الفكر، ج 1، الطبعة الخامسة، 2015م، ص 22 وما بعدها. وتوجد تفرقة بين الفقه وأصول الفقه في الشريعة الإسلامية، فأما علم أصول الفقه فيهتم بأدلة الفقه ومصادر التشريع، وأما علم الفقه فيهتم بجميع المسائل الفقهية وفروعها وإشكالاتها العملية. وينقسم الفقه إلى فقه عبادات وفقه معاملات، وأشهر المدارس الفقهية هي المذاهب الأربعة المعروفة، وهي المذهب الحنفي والمذهب المالكي والمذهب الشافعي والمذهب الحنبلي.

⁸¹². وقد صنف علماء المسلمين التصنيفات الكثيرة في القواعد الفقهية وعلم الخلافات (الفقه المقارن) والفروق والاشباه والنظائر، انظر، محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 12 وما بعدها.

كان مخالفاً للدستور، وفي بعض الدول يتولى القاضي مراقبة دستورية القوانين كما في أمريكا اللاتينية واليابان، وفي بلدان أخرى تنشأ محكمة خاصة تسمى المحكمة الدستورية، وأما في فرنسا فهناك مجلس دستوري هو الجهة المختصة بمراقبة دستورية القوانين، وضيق فرنسا في الطعن بالدستورية لكونه عملاً ذا صبغة سياسية وتتم ممارستها بشروط محددة واستثنائية⁸¹³.

كما عرفت المدونات في العائلة الرومانية الجرمانية، وهي تعني مجموعة تضم نصوصاً تنظم موضوعاً معيناً كالقانون المدني والقانون التجاري وقانون الأحوال الشخصية وقانون العقوبات وغيرها من القوانين التي تنظم علاقات أو معاملات معينة⁸¹⁴. وقد كانت لها مكانة خاصة في أوروبا لكونها تشتمل على القواعد العامة التي تصلح لأن تكون قانوناً مشتركاً لأوروبا⁸¹⁵. وإذا نظرنا إلى عائلة الكومن لو والفقه الإسلامي فلا وجود للمدونات بشكل مماثل. كما توجد في بلاد العائلة الرومانية الجرمانية ما يعرف بالمراسيم والأنظمة وهي تصدر عن سلطات أخرى غير السلطة المختصة بسن القوانين، فالسلطة التي تصدر المراسيم والأنظمة هي الإدارة أو الدولة بتفويض من السلطة التشريعية. وتخضع هذه المراسيم للرقابة حتى لا تخالف القانون، وتختلف هذه الرقابة من دولة إلى أخرى. كما تصدر الإدارة في العائلة الرومانية الجرمانية ما يعرف بالبلاغات أو المنشائر *Les Circulaires* وهي تتميز عن الأنظمة والمراسيم في أنها لا تتضمن قواعد قانونية وإنما توضح لبيان طريقة الإدارة في فهم أحكام القانون وكيفية تطبيقه⁸¹⁶. وهذه الأدوات التشريعية أو التنظيمية لا توجد في الأنظمة المقابلة على نحو مماثل⁸¹⁷. وأما من ناحية الصياغة والتفسير فإنها موجودة في كل العائلات القانونية الكبرى، إلا أن هناك فوارق فيما بينها على النحو التالي:

1 - الصياغة القانونية: *La technique juridique*

يوجد في العائلة الرومانية الجرمانية اتجاهان مختلفان فيما يتعلق بصياغة التشريع، فأما الاتجاه الأول فيميل إلى الأسلوب السهل الذي يفهمه الشخص العادي، وهذا اتجاه التشريع الفرنسي والسويسري، وفي المقابل يميل الاتجاه الثاني إلى التعقيد والدقة في صياغة التشريع، بحيث يتبع هذا الاتجاه الصياغة الفنية والدقيقة قدر الإمكان، ويتزعم هذا الاتجاه التشريع الألماني. وقد انقسم الفقه في تأييد أي من هذين الاتجاهين، مع ملاحظة أن الأمر معكوس بالنسبة إلى الأحكام القضائية، ففي فرنسا تصاغ الأحكام بكثير من الدقة والابحاز، وأما الأحكام القضائية الألمانية فتصاغ بوضوح وإسهاب أكبر⁸¹⁸. وأما الفقه الإسلامي فقد بينا أنفاً أن القرآن الكريم وهو كلام الله معصوم من الخطأ اللغوي⁸¹⁹، وترد آياته إجمالية ولا يتصدى للجزئيات وتفصيل الكيفيات إلا قليلاً⁸²⁰، والسنة الشريفة وهي وحي من الله واللفظ للرسول صلى الله عليه وسلم، وقد أوتي عليه السلام جوامع الكلم⁸²¹. وأما صياغة التشريع في عائلة الكومون لو فلا تختلف عن صياغته في العائلة الرومانية الجرمانية، وإنما الاختلاف يكمن في مرتبته كمصدر ثانوي من مصادر القانون، فالقاعدة القانونية لا تقبل بشكل نهائي ولا تدخل في صلب القانون الإنكليزي إلا إذا طبقتها المحاكم وتولت تفسيرها⁸²².

⁸¹³ . عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 148 وما بعدها.

⁸¹⁴ . محمد نصر، مرجع سابق، ص 26.

⁸¹⁵ . المرجع السابق، ص 150 - 151.

⁸¹⁶ . المرجع السابق، ص 151 - 152.

⁸¹⁷ . انظر أنواع التشريع الإنجليزي، محمد نصر، مرجع سابق، ص 73 وما بعدها.

⁸¹⁸ . راجع، عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 152-153.

⁸¹⁹ . تمت العناية بالقرآن الكريم وبألفاظه ومعانيه وبتفسيره وبما يحتويه من إعجاز علمي يدل على أن مصدره إلهي.

⁸²⁰ . علي منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، مقارنات بين الشريعة والقانون، بيروت، دار الفتح للطباعة والنشر، ط 2- 1971م، ص 141.

⁸²¹ . عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: (فُضِّلْتُ عَلَى الْأَنْبِيَاءِ بِسِتٍّ: أُعْطِيَ جَوَامِعُ الْكَلِمِ، وَنُصِرْتُ بِالرَّعْبِ، وَأُحِلَّتْ لِي الْغَنَائِمُ، وَجُعِلَتْ لِي الْأَرْضُ طَهْوراً وَمَسْجِداً، وَأُرْسِلَتْ إِلَى الْخَلْقِ كَافَّةً، وَخْتَمَ بِي النَّبِيُّونَ)، صحيح الإمام مسلم - رقم الحديث: 523، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، دار المنهاج ودار طوق النجاة، 1433هـ/2013م، الجزء 2، المجلد الأول، ص 64.

⁸²² . عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 224.

2 - تفسير القوانين: *Interpretation des lois*

قد يشوب التشريع شيء من الغموض، كما قد يمر وقت طويل على صدور التشريع فيظهر ما يستجد من مسائل ووقائع لم تكن ظاهرة وقت سن التشريع، ولذلك يجب تفسير القانون للتمكن من فهمه وتطبيقه، فالقاضي عندما تعرض عليه مسائل لم تنظم في التشريع فإنه أمام أمرين، إما أن يتوقف عن تطبيق القانون النافذ حتى يتم تعديله من قبل المشرع، وإما أن يضع الحل المناسب بحسب ماله من صلاحيات في تفسير القانون أو انشاء قاعدة جديدة. وفي الحقيقة يختلف الامر فيما بين العائلات الكبرى من هذه الزاوية، فللقاضي حرية كبيرة في عائلة الكومن لو كما هو معلوم، حيث يصح حكمه سابقة قضائية ملزمة للقضاء الذي يأتي بعده في مسائل مطابقة. وأما في العائلة الرومانية الجرمانية فلا بد من أن يتقيد القاضي بالنص، إلا أن ذلك يختلف باختلاف مدارس التفسير وبلدان العائلة الرومانية الجرمانية. وقد تقيد القضاة الفرنسيون بالتفسير الضيق للنص، إلا أنه في حال غم عليهم النص أو استبهموا عباراته أو إرادة المشرع، فإنهم يلجؤون إلى التفسير اللفظي لعبارة النص، أو يلجؤون إلى الاستدلال بالقياس أو بمفهوم المخالفة، أو يستعينون بالمصادر المادية للقانون أو المصادر التاريخية له، كالأصول التاريخية القريبة للنص مثل الاعمال التحضيرية، أو الأصول البعيدة للنص كالقانون الروماني، وهناك طرائق للتفسير سلكها الفقهاء ومنها طريقة التقيد بالتزام النص، وطريقة التفسير الواسع أو التقدمي للنص، وطريقة التفسير الاجتماعي وطريقة التفسير الحر. ومع هذا التفاوت إلا أن هناك اتفاقاً على وجوب تطبيق النص إذا كان واضحاً طالما لم تختلف ظروف الواقعة الخاضعة له.

ولكن في حال كان النص مبهماً، لا يجب على القاضي أن يتحرى إرادة المشرع ويتبع طرائق التفسير الضيق للكشف عن الإرادة، وإنما عليه أن يتحرى إرادة التشريع فيضع نصب عينيه الغاية العملية التي يراد من التشريع تحقيقها⁸²³. ومن هذه الزاوية يوجد تشابه بين الشريعة الإسلامية والعائلة الرومانية الجرمانية، حيث يهتم المجتهد في الفقه الإسلامي بمقاصد الشريعة الإسلامية ويفسر بناءً على ذلك، وكما هو معلوم أن الفقه الإسلامي يستجيب للتطورات فهناك ما يعرف بفقه الواقع، فالشريعة الإسلامية بمقاصدها وقواعدها الكلية صالحة لكل زمان ومكان، ولذلك نزل القرآن الكريم بأحكام المعاملات دون التفصيل فيها ووضع القواعد الأساسية، فمثلاً حض على الوفاء بالعقود وحرم الربا دون الدخول في التفاصيل⁸²⁴.

ثانياً: - الاحكام القضائية (السوابق) (Les précédents)

إن المقصود بالقضاء كمصدر للتشريع هو مجموع الاحكام القضائية الصادرة عن المحاكم، لا القضاء كسلطة معينة للفصل في النزاعات القانونية، ويطلق على هذه الاحكام فقه القضاء⁸²⁵، وتختلف العائلات القانونية في القضاء كمصدر للقانون، ففي عائلة الكومن لو يستحوذ القضاء على مرتبة متقدمة كمصدر للقانون⁸²⁶، حيث تكون السوابق القضائية مصدراً ملزماً⁸²⁷. وأما العائلة الرومانية الجرمانية فتحد من دور القضاء، وذلك لأنها تعتمد في الأساس على التشريع المكتوب، وتنص على مجموعة من القواعد العامة والمجردة، وتترك للقاضي القدرة على التطبيق والتفسير في حدود القواعد القانونية، أي أنها تترك له إطاراً عاماً يتقيد به في تطبيق النصوص⁸²⁸.

⁸²³ عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 153 وما بعدها.

⁸²⁴ محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 29 - 30.

⁸²⁵ فقه القضاء يشير إلى توجه القضاء من خلال تواتر الاحكام في اتجاه معين بشأن مسألة معينة، كتبني مذهب معين في مسألة قانونية فيها خلاف، أو في تفسير معين لحكم أو مصطلح إذا لم يحدد المشرع مفهومة على نحو قاطع. وأما السوابق القضائية فلها مدلول مختلف لكون المقصود بها تلك الاحكام الصادرة في وقائع معينة لم يسبق أن صدر فيها حكم، فيكون الحكم سابقة للوقائع المماثلة في المستقبل، وتكون ملزمة للقضاء فيما بعد، وهذا المعمول به في نظام الكومن لو.

⁸²⁶ Sangeeta, Analysis of law and sources of law, International Journal of Law, Volume 3; Issue 6; November 2017, p. 141.

⁸²⁷ محمد نصر، مرجع سابق، ص 64.

⁸²⁸ وربما يستدل على ذلك بالحديث المتعلق بإرسال معاذ بن جبل إلى اليمن ونصه "عن العارث بن عمرو ابن أخي المغيرة بن شعبة عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ بن جبل: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال: كيف تقضي إذا عرض لك

وأما القضاء في الفقه الإسلامي فإن له دوراً يقترب إلى حد ما من نظام الكومن لو من حيث الحرية في الاجتهاد، إلا أنه يختلف من حيث أن السوابق القضائية غير ملزمة⁸²⁹. ولكن يجب أن يكون القاضي مجتهداً حتى يتصدى لما يجد من مسائل لا يوجد لها أحكام معروفة من قبل، وفي جميع الأحوال فإن القاضي لا بد له من الرجوع إلى الأدلة الفقهية، فإن لم يجد في الكتاب والسنة⁸³⁰، ولم يجد إجماع على الحكم فليجأ إلى القياس، ويعد القياس من أكبر المصادر التي يجد المجتهد الحل فيها، وهناك مصادر أو طرق أخرى يمكن اللجوء إليها ولكن يختلف الفقهاء في مدى الاعتماد عليها كالاستحسان والمصالح المرسلة وعمل الصحابي والعرف والاستصحاب وغيرها كما ذكرنا آنفاً. وفي الواقع نجد كثيراً من القوانين العربية تنص في تشريعاتها على الفقه الإسلامي كمصدر يرجع إليه القاضي، وذلك عندما لا يجد نص في القانون⁸³¹. ولكن تجدر الإشارة إلى أن السوابق القضائية في عائلة القانون الانجلو ساكسوني تختلف في المملكة المتحدة وهي المصدر الأول لهذا المنهج عن السوابق القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية⁸³²، والتي تستقل بالقانون الانجلوأمريكي وهذا القانون استقل عن عائلة القانون الانجلوساكسوني، وقد اختلف نظام القضاء فيهما بسبب اختلاف النظام السياسي ووجود ولايات متعددة ونظام فدرالي مما أدى إلى وجود أسلوب مختلف⁸³³. ومن الاختلافات بين النظام القضائي في كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية أن القضاء الأمريكي يعرف نظام المحلفين حتى في القضايا المدنية، كما أن النظام السياسي في الولايات المتحدة الأمريكية فرض مسألة تنازع القوانين بشكل واضح، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالنزاعات المتعلقة بالتبادل التجاري فيما بين الولايات، ذلك أن لكل ولاية قواعدها الخاصة في تنازع القوانين، وبالرغم من وجود تشابه في هذه القواعد والحلول بين الولايات، إلا أنه قد يختلف أحياناً مفهوم النظام العام من ولاية إلى أخرى، ومن ذلك مثلاً أن قانوناً صدر في ولاية (ماساتشوستس) يقضي بتحديد التعويض في الحوادث المميتة في النقل الجوي، واعتبرته ولاية نيويورك قانوناً مخالفاً لنظامها العام لأن التعويض عندها يجب ألا يخضع لتحديد.

قضاء؟ قال: أقضى بكتاب الله، قال فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كتاب الله؟ قال أجتهد رأيي ولا آلو؟ فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله. ويجدر التنبيه إلى أن هذا الحديث قال عنه الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل. وقال البخاري: لا يعرف الحارث إلا بهذا ولا يصح. وقال عنه الشيخ شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف لإبهام أصحاب معاذ، وجهالة الحارث بن عمرو. وقال الشيخ حسين أسد: إسناده ضعيف لانقطاعه. وقال الشيخ الألباني: ضعيف. وصححه بعضهم كابن عبد البر وابن القيم. انظر الرابط التالي:

تاريخ الزيارة: <https://www.islamweb.net>.03/05/2020

⁸²⁹ ومما يدل على ذلك ما ورد في رسالة الفاروق عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إلى أبي موسى الأشعري، وخاصة عندما قال: "...ولا يمنعك قضاء قضيت أمس فراجعت اليوم فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق؛ فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل..." . أنظر، خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري: ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، قضاء الإلغاء - قضاء التعويض، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الثانية، 2014م/1435هـ، ص 114.

⁸³⁰ وهذا الأمر واضح من كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري حيث تقرر أن المرجع في الأحكام في القضاء الإسلامي إلى الكتاب والسنة والاجتهاد في أدلتهم، والاستعانة بآراء العلماء واجتهاداتهم ومشورتهم. وقال عنه الإمام ابن القيم - رحمه الله تعالى -: "وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة والحاكم، والمفتي أحوج شيء إليه وإلى تأمله والتفقه فيه". انظر رابط الموضوع: <https://www.alukah.net/sharia/0/50389/#ixzz6LLorNITv> تاريخ الزيارة: 03/05/2020.

⁸³¹ حيث قرر المشرع القطري في المادة الأولى من القانون رقم (22) لسنة 2004 بإصدار القانون المدني بأن: "1- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. 2 - إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، وإلا فيمقتضى قواعد العدالة."

⁸³² حيث أنها في الولايات المتحدة الأمريكية أقل صرامة وأكثر مرونة وتدعى Stare decicis وعلامة على ذلك إمكانية الرجوع عن السابقة القضائية. لأن القاضي الإنجليزي ملزم بالأخذ بالسوابق القضائية وفقاً للشروط المحددة في التنظيم القضائي لعامي 1873 و1875م. أما القاضي الأمريكي فغير ملزم بالأخذ بالسابقة القضائية إذا راوده الشعور بعدم تحقيقها للعدالة في حال تطبيقها. عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 266 وما بعدها.

⁸³³ عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 266 وما بعدها.

وبالإضافة إلى ذلك يعد تطبيق مبدأ العدالة في الولايات المتحدة أكثر اتساعاً لأن القضاء يأخذ به في كل ما لا ينص عليه القانون، ويتوسع به في قضايا الطلاق والوصية⁸³⁴.

المطلب الثاني: المصادر غير المكتوبة

يأتي العرف *La Coutume* في مقدمة المصادر غير المكتوبة، ومن الجدير بالذكر أن العرف يعد مصدراً مهماً للقانون لسببين، أما السبب الأول يعود إلى ما يفرضه المنطق، وهو أن العرف عندما تكتمل أركانه وعناصره فإن من الحكمة إقراره، وأما السبب الثاني فيعود إلى وجود العرف في جميع العائلات القانونية الكبرى، إلا أن هناك تفاوتاً في الاعتماد عليه من عائلة لأخرى، بل إن تفاوت الاختلاف به موجود داخل كل عائلة في التقسيمات القانونية الخاصة بها، فمثلاً نجد الأخذ بالعرف في مسائل التجارة كمصدر معتمد للتشريع أمر واضح، بينما الفروع الأخرى قد لا تعتمد على العرف بنفس الدرجة.

وهناك مصادر أخرى كالعادات، وأما في الفقه الإسلامي فإن المصادر غير المكتوبة تظهر بشكل أكبر، ففي الفقه الإسلامي عشرة مصادر منها أربعة متفق عليها وستة مختلف في الاعتماد عليها، فإذا قلنا إن القرآن والسنة هما المصدران المكتوبان فإن خلافهما لا يكون مكتوباً. والحقيقة أن القياس *analogie* موجود حتى في العائلات القانونية الأخرى ولكن كوسيلة أو طريقة للوصول إلى حل أو لتفسير نص⁸³⁵، وهذا الأمر يتوقف على سلطة القاضي بشأن اللجوء إلى هذه الطريقة.

وفيما يتعلق بالعرف فقد ظهر خلاف في دوره ومدى أهميته كمصدر للقانون بحيث يلتزم بتطبيقه القاضي في قوانين بلاد العائلة الرومانية الجرمانية، وهذا الخلاف يردده الفقه إلى مدرستين⁸³⁶، المدرسة الاجتماعية والمدرسة الوضعية، فأما المدرسة الاجتماعية فتعطي للفقه أهمية ودوراً أساسياً لأن كلاً من المشرع والقاضي يتأثر بالعرف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة علم ذلك أو لم يعلم. وذلك لأن القاضي والهيئة التشريعية جزء من المجتمع يتأثر بأعرافه ويقوم بتقرير هذه الأعراف أو تطبيقها. وأما المدرسة الوضعية فعلى العكس تماماً، حيث عملت على هدر دور العرف لوجود التشريع المكتوب، حيث يرون أن دور العرف اضمحل ولم يعد له دور بارز في ظل حركة تدوين القوانين.

وينتقد الفقه ما ذهب إليه المدرسة الوضعية من إهدار لدور العرف، وأن رأيها بشأن العرف كان مبالغاً فيه، كما أن رأي المدرسة الاجتماعية غير واقعي إلى حد كبير، وذلك لأن العرف لم يعد له دور أساسي كما تريد المدرسة الاجتماعية ولكن لا يزال له دور لا يستهان به. ولذلك يرى الفقه أن العرف له دور مساعد للحصول على حل عادل، ولذلك يتقدم التشريع عليه في المرتبة.

ويميل رجال القانون الفرنسيون إلى المدرسة الوضعية ويرون أن دور العرف ضعيف في ظل حركة تدوين القوانين، وأما رجال القانون الألماني فيميلون إلى المدرسة الاجتماعية، وهم يعلنون شأن العرف ويضعونه مع القانون في مرتبة واحدة، وهم متأثرين في رأيهم هذا بأثار المدرسة التاريخية التي كانت ترى في القانون تعبيراً عن ضمير الشعوب المتمثل في أعرافهم. ويرى الفقه أن هذا الخلاف نظري لأن جميع بلاد العائلة الرومانية الجرمانية لا زالت تعطي للعرف أهمية كبيرة في التطبيق، وهم يفرقون بين العرف المساعد للتشريع والعرف المكمل للتشريع والعرف المخالف للتشريع. وأما العرف المساعد فيقوم بدور مهم في معاونة التشريع عندما تكون القاعدة مصاغة بشكل مرن وتترك مجالاً كبيراً للرأي عند إعمالها، وهنا يمكن الاستعانة بالعرف لبيان كيفية تطبيق القاعدة في الظروف المختلفة، والامثلة على

⁸³⁴ عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 255.

⁸³⁵ انظر، عامر عاشور عبدالله، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي، جامعة الموصل - كلية الحقوق، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد

15، العدد 52، السنة 17، 2012م، ص 67. وانظر، عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 155.

⁸³⁶ عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 160.

هذه الحالة كثيرة، كتحديد الخطأ في سلوك الشخص بمعنى أن العرف يحدد فيما إذا كان سلوك معين يعد خطأ موجباً للمسؤولية أم لا، وتحديد المدة المعقولة⁸³⁷، وتحديد مضار الجوار المألوفة⁸³⁸.

وفي بعض الحالات يحيل التشريع صراحة إلى العرف المساعد كما هو الحال عند تفسير إرادة المتعاقدين إذا تم ارجاء الاتفاق على المسائل التفصيلية، ويبرز دور العرف المساعد في المسائل التجارية. وأما العرف المكمل للتشريع فهو الذي يسد الفراغ التشريعي ويضع الحل والتنظيم لمسألة سكت عنها التشريع⁸³⁹، ونصت القوانين العربية صراحة على هذه الوظيفة للعرف، كالقانون القطري والقانون المصري والقانون السوري والعراقي وكذا القانون الأردني وغيرها من القوانين العربية، ويقدم بعض التشريعات العرف على الشريعة الإسلامية وقوانين أخرى تقدم الشريعة الإسلامية على العرف⁸⁴⁰.

وأما العرف المخالف للتشريع فهو الذي ينظم حالة معينة على نحو يخالف التنظيم التشريعي لها⁸⁴¹، وكانت المسألة بقاعدة قانونية مكتملة، فكما للمتعاقدین استبعاد القواعد المكتملة بقواعد أخرى لتنظيم علاقتهم فإن العرف يمكن أن ينظم حالة معينة على خلاف التنظيم التشريعي لها، بل إن المشرع قد يعطي الأولوية لتطبيق هذا العرف على هذه القاعدة التشريعية المكتملة⁸⁴²، وأما القواعد الآمرة فلا يجوز مخالفتها بقاعدة عرفية. وأما موقف الفقه الإسلامي من العرف فكان الفقه يقسمها على نوعين، صحيح وفاسد، فأما الصحيح ما تعارف الناس عليه من قول وعمل ولا يخالف دليلاً شرعياً ولا يحل محرماً ولا يبطل واجباً، وأما العرف الفاسد فهو عكس ذلك، أي أنه يخالف دليلاً شرعياً أو يحل محرماً أو يبطل واجباً. وتجب مراعاة العرف الصحيح في التشريع والقضاء، ومن أمثلته في التشريع دية العاقلة والكفاءة في الزواج، واستنبط الفقه قواعد لتطبيق العرف، كقاعدة العادة محكمة⁸⁴³، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً⁸⁴⁴، ومن المذاهب التي تستعين بالعرف كثيراً في أحكامها المذهب المالكي والحنفي⁸⁴⁵. وأما العرف في عائلة الكومون لو يأخذ دوراً مشابهاً لدور العرف في العائلة الرومانية الجرمانية إلى حد كبير، وذلك بخلاف الشائع عنه، ذلك أن الاعتقاد الشائع هو أن القانون الشامل (الكومون لو) يقوم

⁸³⁷ نصت الفقرة الأولى من المادة 688 من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 على أن: "إذا تبين أثناء سير العمل أن المفاوض يقوم بتنفيذه على وجه معيب أو مخالف للعقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يحدده له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المفاوض إلى الطريقة الصحيحة أو المتفق عليها، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد أو الحصول على ترخيص من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المفاوض إذا كانت طبيعة العمل تسمح بذلك." كما نصت الفقرة الأولى من المادة 458 من ذات القانون على المدة المعقولة بقولها: "إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك، وفقاً للمألوف في التعامل. فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل سقط حقه في الضمان."

⁸³⁸ تنص الفقرة الثانية من المادة 841 من القانون المدني القطري على أنه: "وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة للآخر، والغرض الذي خصصت له. ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق." وانظر، عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 161.

⁸³⁹ المرجع السابق، ص 162.

⁸⁴⁰ ويقدم المشرع القطري في القانون المدني الشريعة الإسلامية على العرف حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 على أن: "إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة."

⁸⁴¹ عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 162.

⁸⁴² ومثال على ذلك القواعد المكتملة في دفع العربون، حيث تنص المادة (100) من القانون المدني القطري على أن: "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من طرفيه خيار العدول عنه، ما لم يظهر أنهما قصدا غير ذلك، أو كان العرف يقضي بخلافه."

⁸⁴³ محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 656.

⁸⁴⁴ المرجع السابق، ص 351.

⁸⁴⁵ ومن المشهور عن الامام الشافعي أن له قولين في بيئتين مختلفتين هما مصر والعراق.

على الأعراف، بمعنى أنه قانون عرفي، وسبب هذا الاعتقاد هو الحيلة التي أشيعت لإبعاد الشك عن عمل القضاء وأن القضاة يحكمون بصورة تحكيمية. كما أن السبب الآخر هو أن رجال القانون في أوروبا يصفون قانون الكومون لو بأنه عرفي لأنه غير مكتوب، فالقانون عندهم قسمان: قانون مكتوب ويتمثل في مجموعات المدونات، وقانون غير مكتوب، فيكون قانوناً عرفياً بوصفهم. والحقيقة أن هذا القانون ليس عرفياً كما وصفوه وإنما هو مكتوب، ولكن الاختلاف هو بطريقة كتابته، حيث تتمثل في قانون الكومون لو في مجموع السوابق القضائية⁸⁴⁶، وإن كان في العهد الانجلوساكسوني قد أخذ ببعض الاعراف المحلية، إلا أنها تكون على المدى الطويل من الاحكام القضائية القائمة على أساس العقل والمنطق⁸⁴⁷.

وخلاصة القول فإن العائلات القانونية الكبرى تشترك في بعض المصادر كالتشريع والعرف، ولكنها تختلف في بعض المصادر الأخرى بحيث تختص عائلة الكومون لو بالسوابق القضائية، وتختص الشريعة الإسلامية بمجموعة من المصادر ومن أهمها القرآن الكريم والسنة الشريفة، كما يتميز الفقه الإسلامي بمصادر أخرى فتحت باب الاجتهاد وأفرزت لنا فقهاً عريقاً متميزاً يقوم على طرق علمية متميزة، وخاصة في القياس كمصدر للتشريع، وقد ذكرنا أن الاجماع من مصادر التشريع، وهذه المصادر الأربعة متفق عليها، وتبقى المصادر الستة المختلف في درجة الاعتماد عليها بين المذاهب الفقهية، وهي الاستحسان والاستصلاح أو المصالح المرسله، والاستصحاب والعرف وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي، وقد أبدع العلماء في علمي الفقه وأصول الفقه⁸⁴⁸.

المبحث الثاني: الخصائص المتعلقة بالقاعدة القانونية

إن من أهم التحديات الماثلة أمام مقصد التوحيد بين القوانين هو وجود خصائص لكل عائلة من العائلات القانونية، فهناك خصائص تميز الفقه الإسلامي عن المنهج الروماني الجرمانى وكذلك الامر بالنسبة إلى القانون الانجلو ساكسوني (الكومون لو). وقد تتعلق الخصائص بالتقسيمات الخاصة في كل عائلة قانونية، وقد تتعلق الخصائص بطبيعة القاعدة القانونية ذاتها.

المطلب الأول: خصائص التقسيمات القانونية

المطلب الثاني: خصائص طبيعة القاعدة القانونية

المطلب الأول: خصائص التقسيمات القانونية

إن من أهم ما يميز العائلة الرومانية الجرمانية تلك التقسيمات التي تتخذها للقانون، حيث تتفق هذه العائلة على تقسيم القانون إلى قسمين كبيرين، هما قسم القانون العام وقسم القانون الخاص⁸⁴⁹. ويترتب على هذا التقسيم آثار مهمة، حيث أصبح كل قسم من هذين القسمين مجالاً للتخصص، بحيث يكرس رجل القانون جهده في القانون الخاص، أو في القانون العام. وكان هذا التقسيم في

⁸⁴⁶ . PHIL HARRIS, An Introduction to Law, Published in the United States of America by Cambridge University Press, New York, Seventh Edition, 2007, p. 199.

⁸⁴⁷ . ونتيجة لذلك فإن الاصح أن يقال بأن القانون الإنكليزي قانون قضائي وليس قانوناً عرفياً، فهذا الأخير وهو المتمثل في الأعراف المحلية قد تلاشى بفعل السوابق القضائية التي تميز بها القانون الشامل (الكومون لو). ولكن لا ينبغي أن يفهم من ذلك عدم وجود العرف إطلاقاً، وإنما المسألة متعلقة بدوره لا بوجوده، فدوره ضعيف في مقابل دور القضاء والتشريع، ولكنه موجود. ويشير الفقه إلى أن هناك شواهد كثيرة على وجود العرف وقوته في بعض المجالات كالنظام السياسي للدولة والأعراف المتعلقة بالملكية وسلطات الملكة، وكذلك الامر في القضايا الجنائية. انظر في تفصيل ذلك لدى، عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 226 – 227.

⁸⁴⁸ . كما أنهم أبدعوا في الاجتهاد في ضوء مقاصد الشريعة والقواعد الكلية كما فعل الشاطبي في كتاب الموافقات والسيوطي في كتابه الاشباه والنظائر. كما ألف في مقاصد الشريعة العلامة محمد الطاهر بن عاشور كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 2011م. انظر كذلك، نور الدين بن مختار الخادمي، الاجتهاد المقاصدي (حقيقته – ضوابطه - مجالاته)، الجزء الأول، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – قطر، السنة الثامنة عشر، دد 65، 1998م/ 1419م.

⁸⁴⁹ . في تفصيل ذلك انظر، عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 139.

البداية غير موجود إلا أن التطبيق العملي ومع مرور الزمن أنشأه، فقد بقيت القارة الأوروبية عدة قرون لا تعرف سوى القانون الخاص وحده. وكان القاضي يحسم في المنازعات بين الخصوم، غير أنه كان يتهم في حياده حين تكون الإدارة طرفاً في الخصومة، إذ يجد نفسه أمام مصلحة الدولة وهي مصلحة عامة، ومصلحة الأفراد وهي مصلحة خاصة، وهنا يكون القاضي أمام مصليحتين متعارضتين، ونشأ عن ذلك القضاء الإداري لتوفير ضمانات للأفراد⁸⁵⁰. وقد أصبح القانون العام ندا للخاص وأخذ ينمو خلال القرن التاسع عشر والعشرين مع نمو الأفكار الديمقراطية⁸⁵¹.

ولكن يثور التساؤل عن وجود هذا التقسيم في العائلات القانونية الكبرى، والجواب أن هذا التقسيم غير موجود في عائلة الكومون لو⁸⁵²، ولا في الفقه الإسلامي. فأما عائلة الكومون لو فقد عرفت تقسيماً مختلفاً، فهو يقوم على تقسيم القانون إلى قسمين هما، القانون المشترك وقواعد العدالة⁸⁵³. وكان لظهور هذا التقسيم خلفية تاريخية تتمثل في عدم رضا الأفراد في بادئ الأمر بأحكام محاكم الكومون لو، فلجأوا إلى الملك لتطبيق العدالة⁸⁵⁴، ونتج عن ذلك ظهور محاكم المستشار⁸⁵⁵، وكان اختصاص المحاكم التي تطبق أحكام العدالة (*equity*) أوسع نطاقاً⁸⁵⁶. وهذا التقسيم كان له أثر من ناحية ظهور مصطلحات خاصة به، وهذه المصطلحات لا توجد في المناهج المقارنة. وأما الفقه الإسلامي فيقسم الفقه إلى فقه العبادات وفقه المعاملات⁸⁵⁷، فأما العبادات فليست مجال المقارنة مع القانون في العائلات القانونية الأخرى، وأما فقه المعاملات فيشمل الأسرة والأموال والحقوق والالتزامات والنزاعات فيها (المعاملات بالمعنى الضيق)، كما يشمل الحدود والقصاص والتعازير (العقوبات) والقضاء وأحكام المرافعات، وبالإضافة إلى ذلك يشمل فقه المعاملات ما يعرف بالسياسة الشرعية،

⁸⁵⁰ يقول عبدالسلام الترماني: "ليس بسهل أن يقضي بحياد تام بين الإدارة وهو موظف لديها وبين الأفراد، وكان لا بد لتوفير ضمانات للأفراد من عمل مستمر في مجال التطبيق زمنياً طويلاً، وعنه نشأ القضاء الإداري. وقد اثبت هذا القضاء من فكرة القانون الطبيعي التي تفترض وجود قانون عقلي أسبق من الدولة ويعلو عليها وإليه يخضع الحاكمون والمحكومون، كذلك يفترض في قضاة هذا القضاء ألا يعتبروا أنفسهم موظفين لدى الدولة. لكن كيف لقضاء تنشئه الدولة أن يكون مستقلاً؟ إن الأمر يتطلب استعداداً نفسياً من الرأي العام والدولة يقوم على مفهوم ملزم لكليهما وهو أن مصلحة الدولة تقضي بتنفيذ الأحكام الصادرة عن هذا القضاء مهما لاقته الدولة في تنفيذها من صعوبات أو خسارة. وهي حين تخضع للقانون الذي وضعته بنفسها تقر الطمأنينة القانونية في نفوس الأفراد وأن العلاقة بينهم لا تقوم على القوة بل القانون."

⁸⁵¹ وأصبح ظاهرة ضرورية بعد اتساع مرافق الدولة وتكاثر أعبائها، غير أنه لم يبلغ في نموه ما بلغه القانون الخاص. وكانت فرنسا الأكثر حظاً في نموه وإتقانه، خاصة بعد إنشاء مجلس الدولة.

⁸⁵² محمد نصر، مرجع سابق، ص 55 وما بعدها.

⁸⁵³ حميد شاوش، مرجع سابق، ص 21. وانظر كذلك، محمد نصر، مرجع سابق، ص 57 وما بعدها.

⁸⁵⁴ المرجع السابق، ص 21 وما بعدها.

⁸⁵⁵ . . Sangeeta, Analysis of law and sources of law, International Journal of Law, Volume 3; Issue 6; November 2017, p. 139.

⁸⁵⁶ . PHIL HARRIS, An Introduction to Law, Published in the United States of America by Cambridge University Press, New York, Seventh Edition, 2007, pp. 209 - 210.

⁸⁵⁷ نصت المادة الأولى - في مقدمتها - من مجلة الأحكام العدلية على أن: "الْفَقْهُ: عِلْمٌ بِالْمَسَائِلِ الشَّرْعِيَّةِ الْعَمَلِيَّةِ الْمُتَخَسِّصَةِ مِنْ أَدِلَّتِهَا التَّفْصِيلِيَّةِ. وَالْمَسَائِلُ الْفَقْهِيَّةُ إِمَّا أَنْ تَتَعَلَّقَ بِأَمْرِ الْآخِرَةِ وَهِيَ الْعِبَادَاتُ، وَإِمَّا أَنْ تَتَعَلَّقَ بِأَمْرِ الدُّنْيَا، وَهِيَ تَنْقِيسُ إِلَى: مُنَاكَحَاتٍ. وَمُعَامَلَاتٍ. وَعُقُوبَاتٍ....". ومجلة الأحكام العدلية وضعتها لجنة من العلماء في الدولة العثمانية. وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي، وتشتمل على مجموعة من أحكام المعاملات والدعاوى والبيانات، وضعتها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالأستانة برئاسة ناظر الديوان سنة 1286هـ، وصاغت الأحكام التي اشتملت عليها في مواد ذات أرقام متسلسلة على نمط القوانين الحديثة، ليسهل الرجوع إليها، والإحالة عليها، وجاء مجموعها في 1851 مادة، وترتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعروفة. وهي مكونة من ستة عشر كتاباً، أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء 'كل كتاب يتناول موضوع ومكون من أبواب وكل باب مكون من فصول. انظر الرابط التالي:

تاريخ الزيارة: <https://ar.wikipedia.org>.03/05/2020

وجدير بالذكر أنها لا تزال سارية النفاذ في الضفة الغربية وغزة. انظر مواد المجلة على الرابط التالي:

/ تاريخ الزيارة: <https://maqam.najah.edu/legislation/158>.03/05/2020

وهي الفقه المتعلق بالأحكام الدستورية والإدارية، كما يشمل السير، ويقصد بها العلاقات الدولية وأحكام السلم والحرب⁸⁵⁸. ويتم تقسيم فقه المعاملات في كتب الفقه عادة إلى أبواب، فمثلاً نجد باب النكاح وما يتعلق به كالطلاق والحضانة والخلع والظهار وغيرها من مسائل داخلية ضمن باب النكاح، وباب الموارث وما يتعلق به، وباب البيوع وباب الاجارة وهكذا⁸⁵⁹.

وقد ذكرنا آنفاً، أن القانون في بلاد العائلة الرومانية الجرمانية ينقسم إلى قسمين قانون عام وقانون خاص، وهذا التقسيم ينقسم بدوره إلى فروع منها: القانون الدستوري والقانون المدني والقانون الإداري والقانون الدولي العام وقانون العقوبات وقانون القضاء المدني والجزائي والقانون التجاري وغير ذلك من الفروع⁸⁶⁰. وهذا التقسيم غير موجود في الفقه الإسلامي لأن التقسيم في الفقه الإسلامي بين المسائل الفقهية كما ذكرنا يرد في أبواب مختلفة من حيث التقسيم والمصطلحات عن هذا التقسيم الموجود في العائلة الرومانية الجرمانية. وأما عائلة القانون الانجلوساكسوني فلا تعرف هذا التقسيم، حيث لا يوجد فيها تقسيم القانون إلى جنائي وإداري ومدني وغير ذلك من الفروع المعروفة في العائلة الرومانية الجرمانية.

المطلب الثاني: خصائص طبيعة القاعدة القانونية

تشابه قوانين العائلة الرومانية الجرمانية في خواص القاعدة القانونية، فهي تتميز بخاصتي التجريد والتعميم، وتهدف إلى تحديد الآثار المترتبة على مسلك معين بوصفه لا بذاته، بحيث يكون في وسع كل شخص معرفة نتائج أعماله مسبقاً. واكتسبت القاعدة القانونية خاصتي التعميم والتجريد نتيجة لاجتهادات الفقهاء والجامعات الذين ساهموا في تكوين المنهج الروماني الجرمني. ذلك أنهم كانوا يضعون القواعد أو الاحكام بصياغة تنطبق على جميع الوقائع الملموسة أو المفترضة، بحيث تكون ذات طابع موحد⁸⁶¹. وقد كان الفقهاء الرومان ينتهجون هذا النهج، فكانوا يضعون آراءهم بمنهج تأتلف فيه مجموعة من المسائل ذات الحكم الواحد، أو ذات الطبيعة الواحدة، وتأسى بهم فقهاء القانون الفرنسي القديم في تصنيف مؤلفاتهم ونظرياتهم⁸⁶².

وكان لخاصتي العمومية والتجريد الدور الكبير في ظل مرحلة التقنين، حيث ساهمت في تأسيس قوانين العائلة الرومانية الجرمانية، وتميزت العائلة الرومانية عن عائلة الكومون لو بهاتين الخاصيتين، ففي عائلة الكومون لو يلتزم القاضي الحل في السوابق القضائية، فإذا وجد حكم صادر في قضية مماثلة، فإنه يطبقها، وإن لم يجد قضية مماثلة قضى في القضية المعروضة عليه وكان حكمه سابقة قضائية تطبق على ما يعرض في المستقبل من قضايا مماثلة⁸⁶³، فلا تنصف نتيجة لذلك بالعمومية والتجريد⁸⁶⁴. وهنا نجد الاختلاف الجوهرى بين المنهجين⁸⁶⁵، حيث أن القاضي في بلاد العائلة الرومانية الجرمانية يطبق القاعدة القانونية والتي ليست من صنعه وإنما من صنع المشرع، أو من العرف السائد أو من صنع المصدر الذي عينه القانون، لأن وظيفة القاضي في هذه البلاد تتمثل في تطبيق القانون

⁸⁵⁸ . وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر العربي، الجزء الأول، الطبعة الخامسة والثلاثون، 2017م، ص 33.

⁸⁵⁹ . وهذا التقسيم له أثر مهم من حيث أنه يفرز المسائل المتشابهة في أبواب، ويتضمن مصطلحات خاصة لا توجد في المناهج المقارنة.

⁸⁶⁰ . عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 140 وما بعدها.

⁸⁶¹ . Mary Garvey Algero, The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation, Louisiana Law Review, 65 La. L. Rev. (2005), p. 779.

⁸⁶² . المرجع السابق، ص 144 – 145.

⁸⁶³ . خالد بن خليل الظاهر، السوابق القضائية وضمانات تحقيقها للعدالة وحجيتها: دراسة مقارنة، جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، 2011م، العدد 2، ص 232 وما بعدها.

⁸⁶⁴ . Mary Garvey Algero, The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation, Louisiana Law Review, 65 La. L. Rev. (2005), p. 779.

⁸⁶⁵ . محمد نصر، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

لا في صناعته، فالقاعدة القانونية توضع بعيداً عن زحمة التطبيق وعجلته⁸⁶⁶، بحيث يكون الحكم صالحاً لمسائل مشتركة، ويصاغ بدقة وأناة ليحقق هذه الغاية⁸⁶⁷. ولذلك يترتب على خاصيتي العمومية والتجريد في بلاد العائلة الرومانية الجرمانية أن القواعد القانونية أقل من تلك التي في عائلة الكومون⁸⁶⁸، ففي هذه الأخيرة توجد لكل واقعة قاعدة مستقلة بها، بينما في عائلة القانون الروماني الجرمانى تصاغ القاعدة القانونية لتتسع لعدد الكبير من الوقائع بفضل ما تتمتع به من التعميم والتجريد⁸⁶⁹. ونجد أن الفقه الاسلامي يعرف خاصيتي العمومية والتجريد⁸⁷⁰، ففي كثير من آيات الاحكام تخاطب الأشخاص بصفاتهم ومراكزهم القانونية، كمخاطبة الزوج بوصفه زوجاً وترتيب الاحكام على هذا الوصف، ومخاطبة المتعاقدين بوصفهم كذلك، ومخاطبة ولي الامر بوصفه كذلك، فنجد الاحكام مقررّة لا لأشخاص معينين بذواتهم ولا بواقعة معينة بذاتها، وإنما تحدد الأشخاص المخاطبين بها والوقائع التي تنطبق عليها بالأوصاف والشروط الواجب توافرها فيها. ومثال على ذلك قوله تعالى: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ" وقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"⁸⁷¹. ولذلك تصلح الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، وهذا ما تدل عليه القاعدة التي تقضي بأنه: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"⁸⁷². وهناك قواعد أخرى تدل على العمومية والتجريد وهي تأتي في سياق تأكيد أن الاحكام تبنى على الاصل الشائع العام وخاصة في القرآن والسنة دون الدخول في التفاصيل مع بعض الاستثناءات كما في المواريث⁸⁷³، ومن الأمثلة التي تدل على وجود العمومية والتجريد الحكم بأن مطل الغني ظلم⁸⁷⁴، والحكم بأن جرح العجماء جبار⁸⁷⁵، وغيرها من الاحكام⁸⁷⁶.

⁸⁶⁶ يرى البعض أن منهج العائلة الرومانية الجرمانية تقترب من الشريعة الإسلامية من ناحية عدم الالتزام بالأخذ بالسوابق القضائية. أنظر هذا الرأي، خالد بن خليل الظاهر، مرجع سابق، ص 235.

⁸⁶⁷ خالد بن خليل الظاهر، مرجع سابق، ص 230 وما بعدها.

⁸⁶⁸ محمد نصر، مرجع سابق، ص 28.

⁸⁶⁹ المرجع السابق، ص 145.

⁸⁷⁰ ولكن يجدر التنبيه إلى أنه توجد أحكام خاصة بالنبي صلى الله عليه وسلم، كتحريم الزواج بزوات النبي من بعده. حيث قال تعالى: وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تُنكِحُوا أَرْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا إِنَّ ذَلِكُمْ كَانَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمًا (آية 53) (سورة الاحزاب). العلامة صفى الرحمن المباركفوري وجماعة من العلماء، المصباح المنير في تهذيب تفسير ابن كثير للإمام إسماعيل بن عمر بن كثير رحمه الله، الرياض، دار السلام للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 1433هـ/2012م، ص 1140. وللمزيد حول موضوع الاحكام الخاصة بالنبي أنظر، أحمد سمران الحربي، الاحكام الخاصة بالنبي صلى الله عليه وسلم في القرآن والسنة، جامعة أم القرى، رسالة ماجستير في الدراسات الإسلامية، عام 1408هـ.

⁸⁷¹ ومن متطلبات خاصيتي العمومية والتجريد أن المشرع في القانون الوضعي وكذلك الشارع في الشريعة الإسلامية يعتد بالوضع الغالب الذي يشترك فيه معظم الناس وأما ما يعد استثناء أو ظرفاً خاصاً فلا يلتفت إليه، أو يتم وضع حلول استثنائية تكون استثناءً على القواعد العامة. ويؤكد على ذلك ما ذهب إليه الامام الشاطبي عند حديثه عن القواعد الكلية الخاصة بالضروريات والحاجيات والتحسينيات. مشار إليه لدى محمود عبدالرحمن محمد، أصول القانون، دراسة مقارنة في القانون القطري والشريعة الإسلامية، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص 34.

⁸⁷² محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 353.

⁸⁷³ ولا ينبغي أن يفهم من وجود التفصيل في الاحكام أن خاصيتي العمومية والتجريد تتأثر بذلك. فهي وإن اتسمت بالدقة والتفصيل إلا أنها تكون عامة ومجردة تنطبق على كل حالة تعرض مستوفية للوصف والشروط لتطبيق الاحكام عليها. انظر، مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، بدون تاريخ، ص 69.

⁸⁷⁴ هذا الحديث رواه البخاري، ومسلم، وغيرهما عن أبي هريرة، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا اتَّبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ. انظر هذا الحديث، الامام النووي، رياض الصالحين، تحقيق جماعة من العلماء، تخريج محمد ناصر الدين الابلاني، إشراف زهير الشاويش، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، المكتب الاسلامي، 1992م/1412هـ، ص 557.

⁸⁷⁵ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: العجماء جبار، واليثر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس. والحديث رواه مالك وأصحاب الكتب الستة وأحمد وغيرهم. انظر، الامام ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عليه أبو أوس يوسف بن أحمد البكري، عمان، بيت الأفكار الدولية، 2007م، ص 948. صحيح مسلم، الحديث رقم 1710، مرجع سابق، ص 128.

⁸⁷⁶ وقد أشار إلى هذه الطبيعة العلامة وهبة الزحيلي وذكر بأن الفقه المبني على مبادئ خالدة لا يتغير كما هو الامر بشأن التراضي في العقود وضمن الضرر والمسؤولية الشخصية، وفي المقابل هناك الفقه المبني على القياس والذي تتم فيه مراعاة المصالح والأعراف وهذا

ومن زاوية أخرى يتميز الفقه الإسلامي كعائلة قانونية من ناحية خصوصية طبيعة القاعدة القانونية فيه، فكما هو معلوم أن القاعدة القانونية تنظم السلوك الخارجي للأفراد، كما أنها تقتزن جزاء دنيوي مدني أو إداري أو جنائي. إلا أن الفقه الإسلامي يزيد على ما سبق بأنه يتناول القاعدة القانونية كقاعدة تهتم بالظاهر والباطن 877، أي أنها تهتم حتى بالنية، فهي لا تقف عند الحد الظاهر فقط وإنما تسمو بسلوك الانسان إلى المثالية وإلى الحث على عدم الظلم حتى ولو لم يوجد دليل على الحق، وذلك لأن القاعدة القانونية في الفقه الإسلامي هي في ذات الوقت قاعدة شرعية، ولذلك تقتزن الأفعال بفكرة الثواب والعقاب المتمثل في الجزاء الدنيوي والجزاء في الآخرة، وقد قررت ذلك الآيات الكثيرة في القرآن الكريم والسنة الشريفة، ومن ذلك قوله تعالى: "فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْلَ حَبِّ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ (٧) وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْلَ حَبِّ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ (٨)" 878. ولذلك تتميز القاعدة الشرعية بجزاء مزدوج في الدنيا والآخرة على خلاف القواعد القانونية في العائلات القانونية الأخرى 879، فهذه الأخيرة تقتصر على الجزاء الدنيوي المتمثل في الجزاء الجنائي كالغرامة والحبس، أو الجزاء الإداري كالفصل التأديبي، أو الجزاء المدني كفسخ العقد أو بطلانه أو التقادم 880. والحقيقة أن القاعدة الشرعية تتضمن صياغات مختلفة بحسب مصادرها، وبحسب مدى وضوحها في مصدر واحد، كما أن الأدلة تختلف من حيث كونها قطعية الدلالة وقطعية الثبوت، وذلك يختلف بحسب مراتب الأدلة. فمن الأدلة الشرعية ما هو قطعي الثبوت، وهو ما يقطع بنسبته إلى الشارع كالقرآن والسنة المتواترة 881، ومنها ما هو ظني الثبوت كأحاديث الأحاد التي لم تجمع الأمة على تلقيها بالقبول، وقطعي الدلالة هو ما كان نصا في المراد منه لا يحتمل غير معناه، وظني الدلالة ما كان محتملا لأكثر من وجه فحمله على المعنى المعين مظنون، فأعلى النصوص رتبة ما كان قطعي الثبوت والدلالة.

وعلى كل حال فإن الشريعة الإسلامية تتميز بخصائص مختلفة عن العائلات القانونية الأخرى بسبب تميز مصادرها وتميز طريقة صناعة القاعدة القانونية التي تعتمد في منشأها على أدلة (مصادر) مختلفة عن تلك الموجودة في العائلات القانونية الأخرى. وقد لاحظنا أثر المصادر المختلفة على تكوين القاعدة القانونية من حيث صياغتها وطبيعتها، فدرجة العمومية والتجريد في عائلة الكومون لو أقل ما تكون بسبب أن صناعة القاعدة القانونية من عمل القضاء، وذلك بخلاف العائلة الرومانية الجرمانية والفقه الإسلامي.

الخاتمة

النتائج:

يتبين لنا من خلال المقارنة بين الأنظمة الكبرى التي اقتصرت الدراسة عليها أن علم القانون المقارن ذو أهمية كبيرة، وخاصة أننا نستطيع من خلاله تقريب الشعوب في زمن توافرت فيه كل الوسائل المساعدة من حيث التنقل والسرعة في الاتصالات والمواصلات والتطور التقني الهائل حتى أصبحت المسافات والحدود الجغرافية لا تمثل عائقاً يذكر، ولذلك فإن من أهم التحديات اليوم أن يتم توحيد

يتغير ويتطور بحسب الحاجات الزمنية. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، دمشق، دار الفكر العربي، الجزء الأول، الطبعة الخامسة والثلاثون، 2017م، ص 38 - 39.

⁸⁷⁷ علي علي منصور، مرجع سابق، ص 32 - 33.

⁸⁷⁸ سورة الزلزلة

⁸⁷⁹ خالد بن خليل الظاهر، مرجع سابق، ص 230.

⁸⁸⁰ وهذا بخلاف ما يقرره فقهاء القانون ويلقنونه طلبتهم عند الحديث عن الفرق بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية، لأن ذلك وإن صدق بشأن الأديان الأخرى إلا أنه غير صحيح في شأن الشريعة الإسلامية التي هي منهج دين ودنيا، وتهتم بجميع أنواع العلاقات الإنسانية وليست مقتصرة على علاقة الفرد بربه فقط، كما أنها ليست مقتصرة على الآخرة فقط. لمزيد من التفصيل أنظر، علي علي منصور، مرجع سابق، ص 37 وما بعدها. وانظر، محمود عبدالرحمن محمد، مرجع سابق، ص 31.

⁸⁸¹ وهنا يجب التنبيه إلى أن مصطلح "السنة" يختلف بين علم أصول الفقه وعلم الفقه، ففي علم أصول الفقه يقصد بالسنة السنة كمصدر للأحكام الشرعية على اختلاف أنواعها، أما في علم الفقه فيقصد بها الأفعال التي لا تنزل منزلة الفرض، كما أن السنة منها ما يصدر عن النبي بوصفه مبلغاً لحكم الشرع ومنها ما يصدر بوصفه إنساناً أو بوصفه رئيس دولة، وفي هذه التفرقة تفصيل لا يتسع المقام لإيراده. أنظر، عبدالوهاب خلاف، مرجع سابق، ص 47.

القانون والمصطلحات والمفاهيم قدر الإمكان للتقليل من المشكلات الواقعة بسبب الاختلاف، وذلك بالتأكيد مع ضرورة الحفاظ على المكتسبات المعرفية في مجال القانون في جميع المناهج المقارنة وعلى مر تاريخها ومراحل تطورها، وقد تبين لنا أن كل من المناهج الثلاثة الكبرى (الفقه الإسلامي والعائلة الرومانية الجرمانية وعائلة الكومون لو) يشترك في بعض الخصائص، ويتميز أو ينفرد بخصائص أخرى. فمثلاً نجد عائلة الكومون لو (*common law*) تتميز بالسوابق القضائية حيث يعد قانوناً قضائياً وتبين أن دور العرف ضعيف فيه بخلاف ما يظن البعض، كما تتميز بتقسيمها القانوني إلى القانون المشترك (*common law*) وقواعد العدالة *Equity Law* بالإضافة إلى ما تتميز به من مؤسسات كالتروست *trust*. كما تبين أن الولايات المتحدة رغم أنها محسوبة على عائلة الكومون لو إلا أنها تميزت ببعض الخصائص لوجود نظامها الفيدرالي وعدم وجود مركزية سياسية مما أدى إلى وجود قوانين اتحادية وقوانين خاصة بكل ولاية، وقضاء مختلف إلى حد ما، ومع ذلك لا يزال من عائلة الكومون لو. كما تميزت العائلة الرومانية الجرمانية بصياغتها وتقنينها للأحكام والنظريات وما تميزت به من تاريخ عريق وعناية علمية بالقوانين، مما زودها بتقسيمات قانونية من حيث تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، وكذا التقسيمات الفرعية كالقانون الدستوري والقانون المدني والقانون الإداري... إلخ. كما تميزت الشريعة الإسلامية بمصادرها المميزة والمتنوعة والغزيرة بالمذاهب الفقهية والاجتهادات والعلوم المتنوعة التي خدمت مصادر التشريع فيها، وأهم هذه المصادر القرآن الكريم والسنة الشريفة، والفقه الإسلامي المتميز بتنوع مصادره والمذاهب المتنوعة. وتبين ضعف العناية به وتطويرة وتوجيه الدراسة نحوه بشكل كافي، وذلك في ظل وصوله إلى حالة ركود في العصور المتأخرة بالمقارنة مع العصور الأولى.

التوصيات:

1 - نهيب بالباحثين العناية بعلم القانون المقارن، وذلك لأنه يفيد الباحث في التعرف على الأنظمة المقارنة والقوانين الأجنبية والتعرف على الحلول القانونية التي توصلت إليها القوانين المقارنة، مما يعود بالنفع والفائدة على الباحث وذلك من عدة نواحي، فهو يتعرف على القوانين المقارنة وعلى مصطلحاتها وطريقتها لمعالجة المشكلات القانونية، ويتعرف على مصادر القانون لدى مقارنته مع القوانين الأجنبية ودرجات هذه المصادر والخصائص التي تتمتع بها القاعدة القانونية، ويتعرف على المؤسسات القانونية الأخرى، ويتعرف على تاريخ تطور القوانين المقارنة وآخر ما توصلت إليه، وهو بناء على ما تقدم يكتسب ملكات قانونية ومعرفة شاملة بالقوانين المقارنة، ومن ثم يساهم في اقتراح الحلول المناسبة للقانون الوطني من خلال اقتباس التجارب الناجحة لحل المشكلات القانونية الوطنية أو تحديثها. ولا شك أن هذا الامر من أهم أهداف علم القانون المقارن، وذلك إلى جانب الأهداف الأخرى التي تعود على العالم بالنفع، كتوحيد القوانين ومصطلحاتها، أو على الأقل على مستوى إقليمي بين الدول التي تشترك في إقليم واحد أو قومية واحدة أو دين واحد.

2 - نوصي الباحثين في القانون بأن يعتنوا بالفقه الإسلامي، وذلك لأنه غني بالأفكار والحلول المبتكرة التي تزودنا بالحلول العملية والعلمية على نحو يغنيها عما سواها، ولما كان الفقه الإسلامي قائماً على مصادر مميزة وأولها وأسمها القرآن الكريم، فإننا كمسلمين أولاً وعرب ثانياً أحق بأن نقوم بها ونرعاها ونجتهد في تحقيق ما تضمنته قدر الإمكان، ووضع الحلول القانونية المناسبة لعصرنا وتحديثها من حيث الصياغة والمصطلحات، دون الانحراف عن مقاصد الشريعة وأصولها.

3 - نوصي العلماء المتخصصين في علوم الفقه والشريعة وعلماء القانون أن يتعاونوا في سبيل وضع الحلول المناسبة لعصرنا والمستقاة من ديننا، والاعتماد على قرارها والاعتماد عليها والاستفادة من التجارب السابقة كمجلة الأحكام العدلية والتجارب الموجودة في العائلات القانونية الكبرى. ولعل نجاحنا في ذلك يعيدنا في مقدمة الأمم بالفكر والتطور والتجديد بما يلائم العصر ويحافظ على الإرث الحضاري، ولعل الاهتمام بشريعتنا وفقهنا يجمعنا كأمة واحدة متحدة في الدين واللسان.

المراجع والمصادر

1 - الكتب:

- أحمد سمران الحربي، الاحكام الخاصة بالنبي صلى الله عليه وسلم في القرآن والسنة، جامعة أم القرى، رسالة ماجستير في الدراسات الإسلامية، عام 1408هـ.
- احمد غسان سبانو، الأثر العربي الشرقي في القانون الروماني - اللاتيني -، الجيزة - مصر، دار المحرر الادبي للنشر والتوزيع والترجمة، بدون تاريخ نشر.
- أحمد فراج حسين، تاريخ الفقه الإسلامي، بيروت، الدار الجامعية، 1988م.
- حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة، محاضرات القيت على طلبة السنة الثالثة - قانون عام، جامعة 08 ماي 1945 - قلمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017/2018م.
- خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري: ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، قضاء الإلغاء - قضاء التعويض، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الثانية، 2014م/1435هـ.
- راجي عبدالعزيز، القانون المقارن، محاضرات لطلبة السنة الرابعة ليسانس، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، المركز الجامعي خنشلة، 2004/2005.
- صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الجزء الأول (تكوين الشرائع)، ط الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.
- عبدالسلام الترماني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، جامعة الكويت، الطبعة الثانية، 1982م.
- عبدالمجيد الحفناوي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر.
- عبدالوهاب خلاف، علم أصول الفقه، القاهرة، دار الحديث، 2003م/1423هـ.
- عكاشه محمد عبدالعال، القانون الروماني، الدار الجامعية، 1988م.
- العلامة صفى الرحمن المباركفوري وجماعة من العلماء، المصباح المنير في تهذيب تفسير ابن كثير للإمام إسماعيل بن عمر بن كثير رحمه الله، الرياض، دار السلام للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 1433هـ/2012م.
- علي علي منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، مقارنات بين الشريعة والقانون، بيروت، دار الفتح للطباعة والنشر، ط الثانية، 1971م.
- محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دمشق، دار الفكر، ج 1، الطبعة الخامسة، 2015م.
- محمد نصر محمد، علم القانون والقضاء المقارن، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، 1434هـ/2013م.
- محمود عبدالرحمن محمد، أصول القانون، دراسة مقارنة في القانون القطري والشريعة الإسلامية، القاهرة، دار النهضة العربية، مقدمة ابن خلدون، المكتبة العصرية، بيروت، شركة أبناء شريف الانصاري، 2017م.
- مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، بدون تاريخ نشر.
- منذر الفضل، تأريخ القانون، أربيل، كردستان العراق، دار ثاراس للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 2005م.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر العربي، الجزء الأول، الطبعة الخامسة والثلاثون، 2017م.

2 - المجلات والدوريات:

- خالد بن خليل الظاهر، السوابق القضائية وضمانات تحقيقها للعدالة وحجيتها: دراسة مقارنة، جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 2، 2011م.
- شفيق شحاتة، في القانون المقارن وفي طريقة دراسته، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس كلية الحقوق، المجلد 3، العدد 1، 1961م.
- عامر عاشور عبدالله، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي، جامعة الموصل - كلية الحقوق، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 15، العدد 52، السنة 17، 2012م.

3 - المراجع الأجنبية:

- Walther Hug, the History of Comparative Law, Harvard Law School, Harvard Law Review, April, 1932.
- Safia Hamitovna Muhametgalieva, Iskandar Gabdulvalievich Muhametgaliev & Valentina Igorevna Kuzmenko, Influence of the Roman Law on Formation of the Romano-Germanic Legal Family, Review of European Studies, Published by Canadian Center of Science and Education, Vol. 7, No. 6; 2015.
- Vincenzo Zeno-Zencovich, Comparative Legal Systems, the University of Roma Tre and Chairman of the Italian Association of Comparative Law (AIDC), Roma TrE-Press, (2017).
- PHIL HARRIS, An Introduction to Law, Published in the United States of America by Cambridge University Press, New York, Seventh Edition, 2007.
- Mary Garvey Algero, The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation, Louisiana Law Review, 65 La. L. Rev. (2005).
- Sangeeta, Analysis of law and sources of law, International Journal of Law, Volume 3; Issue 6; November 2017.

اختصاص المحاكم الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي

منى سالم الوسمي

دكتورة في الحقوق - أستاذ القانون المساعد-

جامعة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة

ملخص الدراسة

حاولنا توضيح اختصاص المحاكم الجزائية وصلاحياتها في تنظيم الإجراءات التي تتخذها السلطات المختصة على أثر ارتكاب الجرائم، وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية الذي حدد سلطة الاستدلال والإجراءات المنوطة بهم، وصلاحيات سلطات التحقيق الابتدائي، وضمانات المتهم، وقواعد اختصاص المحاكم، كما نظم نظرية الإثبات الجنائي، وصلاحيات الدليل، ونظم قواعد البطلان المتعلقة بالإجراءات الجزائية، ونظم مرحلة المحاكمة وكيفية صدور الأحكام، وحدد طرق الطعن في الأحكام الجزائية، وضمانات وحقوق المتهم.

فقد ركز القضاء الاتحادي وفقاً لنصوص الدستور على دعامتين تتمثل الأولى في المحكمة الاتحادية العليا والتي تختص بالفصل في المنازعات المختلفة التي تثور بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد وبين أية إمارة أو أكثر وبين حكومة الاتحاد وبحث دستورية القوانين وتفسير أحكام الدستور وتنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية المحلية وفقاً للمادة (99) من الدستور، وأن الدعامة الثانية في المحاكم الاتحادية الابتدائية التي تتعقد في عاصمة الاتحاد أو عواصم الإمارات لممارسة الولاية القضائية في دوائر اختصاصها في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تثور بين الاتحاد والأفراد، والجرائم التي ترتكب ضمن حدود العاصمة الاتحادية وقضايا الأحوال الشخصية والقضايا المدنية والتجارية وغيرها وفقاً للمادة (102) من الدستور.

الكلمات المفتاحية: القضاء الاتحادي، الدستور، قانون الإجراءات الجزائية، قواعد اختصاص المحاكم، الأحكام، طرق

الطعن

Abstract

We tried to clarify the jurisdiction of the criminal courts and their authority to regulate the actions taken by the competent authorities in the wake of the commission of crimes, according to the Law of Criminal Procedure that specified the authority of reasoning and the procedures assigned to them, the powers of the primary investigation authorities, the guarantees of the accused, the rules of jurisdiction of the courts, as well as the systems of criminal evidence theory, and the validity of evidence And regulate the rules of nullity related to criminal procedures, the systems of the trial stage and how judgments are issued, and specify the methods for challenging criminal rulings, guarantees and rights of the accused.

In accordance with the provisions of the constitution, the federal judiciary focused on two pillars, the first of which is the Supreme Federal Court, which is concerned with adjudicating the various disputes that arise between the member Emirates of the Federation and between any or more emirates and between the Union government and researching the constitutionality of laws and interpretation of the provisions of the constitution and conflicts of jurisdiction between the federal judiciary and local judicial bodies According to Article (99) of the Constitution, and that the second pillar of the federal courts of first instance that are held in the capital of the Federation or the capitals of the Emirates to exercise jurisdiction in its jurisdiction in civil, commercial and administrative disputes that arise between the Union and individuals, crimes committed within the limits of the federal capital and personal status issues And civil, commercial and other cases in accordance with Article (102) of the Constitution.

Key words: federal judiciary, constitution, criminal procedure law, rules of jurisdiction of courts, rulings, appeals

مقدمة

كان من الطبيعي في ظل نظم قضائية متعددة، وهيئات قضائية متناثرة أن تعدد وحدة الاتجاهات ووحدة التطبيق، الأمر الذي أدى إلى الاختلاف في الاتجاهات القضائية والتضارب في التطبيق للمسألة الواحدة، وكان التحول الكبير بانتقال الهيئات القضائية من التعدد إلى الوحدة، وتباين نظم وإجراءات التقاضي وأصبح لكل إمارة نظمها وإجراءاتها في التقاضي، وتأتي القوانين الاتحادية، كأساس تشريعي لمبدأ استقلال القضاء، ويقف على رأس هذه القوانين، قانون المحكمة الاتحادية العليا وقانون السلطة القضائية الاتحادية (882)، وطبقاً للمادة (103) من الدستور ينظم القانون كل ما يتعلق بالمحاكم الاتحادية الابتدائية من حيث ترتيبها وتشكيلها ودوائر اختصاصها المكاني والإجراءات التي تتبع أمامها، وقد جعل المشرع الدستوري للهيئات القضائية المحلية في كل إمارة اختصاصاً عاماً في جميع المسائل القضائية التي يعهد بها للقضاء الاتحادي وفقاً للمادة (104) من الدستور، وقد نظم قانون الإجراءات الجزائية مجموعة القواعد القانونية التي تتخذها السلطات المختصة، على أثر ارتكاب جريمة، لكشف الجريمة وتجميع الأدلة عنها، ومعرفة الفاعلين لها وتقديمهم للمحاكمة، وإصدار الأحكام عليهم وتنفيذها (883)، ولتوضيح ذلك قسمت الدراسة إلى مبحثين في المبحث الأول: الوصف الدستوري للمحاكم الجزائية وأهميتها في التشريعات الاتحادية وفي المبحث الثاني: القواعد العامة في اختصاص المحاكم الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية

سبب اختياري لموضوع الدراسة

1. لا يتصور الجزاء الجنائي أن يوقع وينفذ دون أن تكون له آثار غير مباشرة تصيب الغير، وهذه الآثار غير المباشرة تختلف عن الآثار المباشرة للجزاء الجنائي في النوع والدرجة والنطاق، فإن الآثار المباشرة للجزاء الجنائي من حيث النوع مثلاً تتجسد في سلب الحرية للمحكوم عليه بالحبس أو سلب الحياة للمحكوم عليه بالإعدام، ومن حيث الدرجة فهي توجه مباشرة إلى المحكوم عليه وحده الذي يعاني حرمانه الحرية أو حرمانه الحياة، ومن حيث النطاق فإنها تنحصر في جزاء المحكوم عليه بينما الآثار غير المباشرة لا تخرج عن مجرد المعاناة المادية والمعنوية لأسرة المحكوم عليه أو المتعاملين معه وفي كلتا الحالتين يلحق الضرر المادي بالمجتمع، وإنه لا مجال لتفادي تلك الآثار

2. أن محكمة الجنايات لا يمكن ان تتصدى لأي اتهام آخر، وبهذا فان لمحكمة الجنايات أن تتقيد بالاتهام المحال به الدعوى إليها دون ان يحق لها نظر أي اتهام آخر لم يرد في قرار الاحالة او طلب التكليف بالحضور، أن بعض قوانين القضاء المحلية، تحيل إلى قانون القضاء الاتحادي فيما لم يرد فيه نص خاص

أهمية الدراسة

تأتي أهمية الدراسة في تحديد أحكام الاختصاص بالمحاكم الجزائية بنظر الجريمة سلفاً، وقبل وقوع الجريمة، حيث تخضع الدعوى الجزائية لأحكام الاختصاص المقررة في القانون الساري وقت وقوعها، وتقام امام المحكمة المختصة بنظرها، بالإضافة لما يلي:

1. أهمية سلطة المحكمة الجزائية في التكليف القانوني للدعوى وما يترتب من أثر بحق المتهم لأن على ضوء هذا التكليف يتحدد مصير المتهم بالإدانة من عدمه وقد تحدد المحكمة الوصف القانوني للجريمة على ضوء ما يترأى لها من خلال التحقيق القضائي الذي تقوم به
2. إن المحكمة يجب أن تتقيد بالوقائع التي تقدم إليها عن طريق قرار الإحالة لكن هذا لا يعني أن قرار الإحالة يقيد المحكمة بالوصف القانوني الذي ورد فيه وإنما هي ملزمة بتكليف الفعل التكليف الصحيح فهي لا تتقيد بالوصف القانوني للجريمة الوارد في قرار الإحالة أو ورقة التكليف بالحضور أو أمر القبض

(882) المادة (1) من القانون الاتحادي رقم (3) لسنة 1983 في شأن السلطة القضائية الاتحادية

(883) محمد كامل عبيد : نظم الحكم ودستور الإمارات، دبي، أكاديمية شرطة دبي، مطبعة الفجيرة الوطنية، ط1، 2003، ص 492

3. الشرعية الإجرائية في احترام حرية الإنسان وحقوقه في مواجهة الأعمال التي تقوم بها السلطة، فالأصل في المتهم البراءة لتحقيق التوازن بين المتهم الضعيف وسلطة الاتهام، المتهم بريء حتى تتم إدانته بحكم جزائي بات، وإن القانون مصدر جميع الإجراءات الجزائية
4. اتفاق جميع الإجراءات مع القواعد والنصوص القانونية في جميع مراحل الدعوى الجزائية بحيث لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص إلا بعد ثبوت إدانته وفقاً للقانون لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حجزه أو حبسه إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون
5. مدى التزام المحكمة الجزائية بوقف الدعوى في حالة عدم وجود دعوى مطروحة على القضاء بشأن المسألة الأولية حيث لا تلتزم المحكمة الجزائية بوقف الدعوى وتختص هي بالفصل فيها
6. قد يحصل تناقض في الأحكام في وجود دعوى مرفوعة موضوعها المسألة الأولية

أهداف الدراسة

- يكن الهدف الرئيسي للدراسة في توضيح اختصاصات المحاكم الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية، وسلطة المحكمة الجزائية في التكييف القانوني بالدعوى الجزائية بالإضافة إلى الأهداف الفرعية الآتية:
1. تطبيق قواعد الاختصاص في المواد الجزائية بنظر القضايا بمحكمة الجنايات ومحكمة الجناح المحكمة الجزائية إذا تبين للمحكمة أن الوقائع المعروضة عليها في غير الاختصاص القضائي
 2. التعرف على معايير اختصاص النوعي والمكاني والشخصي للمحاكم الجزائية وفقاً لأنواع الجريمة ومكان ارتكابها، وامتداد الاختصاص خروجاً على القواعد المقررة في الاختصاص بامتداد اختصاص المحاكم الجزائية إلى الفصل في بعض الوقائع التي لا تدخل في اختصاصها النوعي أو الشخصي في حالات الجرائم المرتبطة وجرائم الجلسات والمسائل الأولية
 3. بيان أساس حق المحاكم في تحريك الدعوى الجزائية في جرائم الجلسات والحكم فيها وعلة تخويل القضاء هذه السلطة في الجمع بين صفتي الخصم والحكم وتحديد نطاق تطبيق سلطة المحكمة عليها
 4. توضيح سلطة المحكمة الجزائية في التكييف القانوني بالدعوى الجزائية إذا كان الحكم في الدعوى الجزائية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى جزائية أخرى في وجوب وقف الأولى حتى يتم الفصل في الثانية
 5. توضيح سلطة المحكمة الجزائية في التكييف القانوني بالدعوى الجزائية في جواز وقف الدعوى الجزائية، إذا كان الحكم في الدعوى الجزائية يتوقف على الفصل في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية؛ ولا يمنع وقف الدعوى من اتخاذ الإجراءات أو التحقيقات الضرورية أو المستعجلة وفقاً للمواد (م 149-150)
 6. بيان اختصاص المحكمة الجزائية بنظر الدعوى المدنية والفصل في الدعويين الجزائية والمدنية، وتوضيح حالة الاستثناء لاختصاص القضاء الجزائي في دعوى التعويض المرفوعة بالتبعية الجزائية التي تختص أصلاً بنظرها وفقاً للقاعدة والاستثناء بالمادة 26/أ إجراءات جزائية، وحرص المشرع على أن يحقق القضاء الجنائي الغرض منه بسرعة الفصل في القضايا المعروضة عليه

مشكلة الدراسة

إن قانون الإجراءات الجزائية ينظم القواعد الإجرائية المتعلقة بالدعوى الجزائية أمام المحاكم الجزائية، وفقاً لقواعد الاختصاص إلا أنه يستثنى نظر المحاكم الجزائية للدعوى المدنية استثناء من قواعد الاختصاص، وقد يحصل تناقض في الأحكام في وجود دعوى مرفوعة موضوعها المسألة الأولية، وهنا تتضح إشكالية الدراسة في طرح السؤال الرئيسي التالي: ما هي القواعد العامة في اختصاص المحاكم الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية؟ وما هي سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية؟

بالإضافة إلى التساؤلات الفرعية التالية:

1. ما مدى نطاق تطبيق قانون الإجراءات الجزائية في المحاكم الجزائية؟
2. ما هي معايير اختصاص المحاكم الجزائية وفقاً للتشريعات الاتحادية؟
3. مدى التزام المحكمة الجزائية بوقف الدعوى في حالة عدم وجود دعوى مطروحة على القضاء بشأن المسألة الأولية
4. كيف تتم إجراءات المحاكمة في المحاكم الجزائية وماهي أنواع الأحكام الجزائية وإجراءات إصدارها؟
5. ما مدى العلاقة بين الاختصاص بالدعوى المدنية وبالمسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائية؟

الدراسات السابقة

من خلال البحث والدراسة تعذرت الباحثة في وجود الدراسات السابقة التي بحثت في اختصاصات المحاكم الجزائية إلا القليل منها ونذكر منها:

(1) **دراسة بعنوان: سلطة المحكمة الجزائية في التكييف القانوني، العراق، 2012**، أوضحت الدراسة سلطة المحكمة الجزائية العراقية في التكييف القانوني، في ظل في قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم (23) لسنة 1971، وكشفت الدراسة عن الترابط بين القوانين الجزائية الماضية والحديثة بالعراق وعن مدى أهمية سلطة المحكمة الجزائية في التكييف القانوني للدعوى وما يترتب من أثر بحق المتهم لان على ضوء هذا التكييف يتحدد مصير المتهم بالإدانة من عدمه، وخاصة في مرحلة المجتمعات البدائية والتشريعات السامية وفي مرحلة الشرائع السماوية والقوانين الاجنبية القديمة وفي مرحلة اعلانات الحقوق والاتفاقيات الدولية والتشريعات العراقية الجزائية الملغية، وتوصلت الدراسة أن مراحل التطور العديدة التي مرت بها القوانين العراقية أدت إلى أن سلطة المحكمة الجزائية في التكييف القانوني للدعوى تطبق صريح في قانون اصول المحاكمات الجزائية في المادة (187/ب) عندما خولت المحكمة المختصة سلطة واسعة بإعطاء التكييف القانوني للدعوى الجزائية وعدم التقييد بالوصف الوارد في ورقة التكييف بالحضور أو قرار الاحالة أو أمر القبض أنما يتحدد الوصف بالأدلة المتوافرة في الدعوى الجزائية (884)

(2) **دراسة بعنوان: مبدأ عينية الدعوى الجزائية، العراق، 2007**، أوضحت الدراسة المبادئ الاساسية التي تحكم نظر الدعوى الجزائية أمام محكمة الموضوع مما يوجب عليها التقيد بالوقائع المرفوعة عنها الدعوى الجزائية، والتقيد بالوقائع التي تضمنها قرار الإحالة ولها أن تعدل في عناصر الواقعة بما يجعلها متفقة مع الواقع على أن لا يؤدي هذا التعديل لإحلال واقعة محل الواقعة التي رفعت بها الدعوى الجزائية، واقترحت الدراسة على المشرع العراقي للأخذ بمبدأ عينية الدعوى الجزائية وإضافة فقرة جديدة الى المادة (187) من قانون اصول المحاكمات الجزائية لأن المحكمة هي التي تكون صاحبة الشأن في إصدار القرار المناسب الذي تستخلصه من خلال التحقيق القضائي والوقائع الجديدة التي لم تكن قد ظهرت اثناء مرحلة التحقيق الابتدائي (885)

(3) **دراسة بعنوان: إجراءات سير الدعوى أمام محكمة الجنائيات، الجزائر، 2013**، أوضحت الدراسة ظاهرة الجريمة كأهم الموضوعات التي تناولها القانون الجنائي، على أنها نشاط غير مشروع سواء بعمل أو امتناع عن عمل يقرر له القانون عقوبة أو تدبير أمن وقائي واحترازي، واعتبرت المحاكم الجزائية تفصل فيها حسب الوصف القانوني للجريمة من خلال الإجراءات المتعلقة بمحكمة الجنائيات، حيث أنها لم تكن نابعة من عقول جزائية بل هي امتداد لأفكار غربية، إلا أن الجزائريين أضافوا شيئاً إيجابياً وهو ما يعرف بالاجتهاد القضائي الجزائري، فإن الإجراءات الجنائية تهدف إلى تحقيق التوازن بين مصلحة المتهم في ضمان حريته وحق المجتمع في الدفاع

(884) حسون عبيد هيج : سلطة المحكمة الجزائية في التكييف القانوني، دراسة تأصيلية تاريخية، كلية القانون، جامعة بابل، مجلة المحقق الحلبي

للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة، لعام 2012

(885) حسون عبيد : مبدأ عينية الدعوى الجزائية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2007

عن نفسه، ولتحقق هذا الهدف فقد أتاح المشرع الجزائري أبواباً عدة، بداية من مرحلة جمع الأدلة لتأتي بعدها مرحلة الاتهام ثم التحقيق وأخيراً مرحلة المحاكمة، والتي تعد أهم مراحل الدعوى العمومية إذ من خلالها يتم النطق بالحكم سواء بالإدانة أو البراءة⁽⁸⁸⁶⁾

منهجية الدراسة

استخدمت الباحثة المنهج الوصفي لوصف القواعد القانونية التي تتخذها السلطات المختصة، على أثر ارتكاب جريمة، لكشف الجريمة وتجميع الأدلة عنها، ومعرفة الفاعلين لها وتقديمهم للمحاكمة، وإصدار الأحكام عليهم وتنفيذها، والمنهج التحليلي لتحليل نصوص المواد القانونية في قانون الإجراءات الجزائية رقم (35) لسنة 1992 وتعديلاته، ومواد الدستور التي تنظم القانون كل ما يتعلق بالمحاكم الاتحادية الابتدائية من حيث ترتيبها وتشكيلها ودوائر اختصاصها المكاني والإجراءات التي تتبع أمامها، بالإضافة إلى المنهج التاريخي في جعل المشرع الدستوري للهيئات القضائية المحلية في كل إمارة اختصاصاً عاماً في جميع المسائل القضائية التي يعهد بها للقضاء الاتحادي

خطة الدراسة

المبحث الأول: الوصف الدستوري للمحاكم الجزائية المبحث الثاني: القواعد العامة في اختصاص المحاكم الجزائية وأهميتها في التشريعات الاتحادية في قانون الإجراءات الجزائية

المطلب الأول: إنشاء المحاكم وتشكيلها	المطلب الأول: معايير اختصاص المحاكم الجزائية
المطلب الثاني: نطاق تطبيق قانون الإجراءات الجزائية في المحاكم الجزائية	المطلب الثاني: إجراءات المحاكمة في المحاكم الجزائية
المطلب الثالث: سلطة المحكمة في التكيف القانوني للدعوى الجزائية	المطلب الثالث: الاختصاص بالدعوى المدنية وبالمسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائية

المبحث الأول: الوصف الدستوري للمحاكم الجزائية وأهميتها في التشريعات الاتحادية

حفظ الدستور الاتحادي للقضاء استقلاله في المادة (94) بقوله العدل أساس الملك والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في أداء واجبهم لغير القانون وضمايرهم وأحاط هذا المبدأ بضمانة دستورية وفقاً لنص المادة (97) من دستور الدولة) وحدد الدستور الاتحادي مجالات التشريع والتنفيذ التي يختص بها التشريعات الاتحادية والتشريعات المحلية، ويقوم القضاء في دولة الامارات العربية المتحدة، على أساس نظامان قضائيان أحدهما اتحادي والآخر محلي، ويتحدد ولاية القضاء في كل من النظاميين على أسس وأصول دستورية فالعلاقة الوظيفية بين القضائيين، هي علاقة تكامل في إطار الاستقلال بين الجهتين، فإن للقضاء الاتحادي مجال ولايته الذي لا يجوز له أن يتجاوزه أو أن يتنازل عنه، وكذلك للقضاء المحلي مجال ولايته الذي لا يمكنه أن يتخلى عنه وعند الخلاف يعرض الأمر على المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه، ويتم توزيع الاختصاص بنظر الدعاوى القضائية بين المحاكم الاتحادية ويوجب على كل محكمة سواء كانت تابعة للاتحاد أو لإحدى الهيئات القضائية المحلية أن تلتزم حدود ولايتها ولا تخالفها سلباً أو إيجاباً، فلا تتنازل عن اختصاصها ولا تنتزع اختصاص محكمة أخرى، التزاماً بأحكام الدستور والقوانين الصادرة وفقاً له فإن القضاء المحلي يأخذ بمبدأ استقلال القضاء مستنداً في ذلك على الأساس النظري لهذا المبدأ⁽⁸⁸⁷⁾. ولتوضيح ذلك قسمنا المبحث إلى ثلاثة مطالب في المطلب الأول: إنشاء المحاكم

⁽⁸⁸⁶⁾ حواسين كهيئة: إجراءات سير الدعوى أمام محكمة الجنايات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص والعلوم

الجنائية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، الجزائر، 2013

⁽⁸⁸⁷⁾ الطعن رقم 192، نقض مدني، جلسة 1992/2/4، مجموعة الأحكام القضائية عن الدائرة المدنية، لسنة 12 قضائية اتحادية عليا، أبوظبي

لعام 1992

وتشكيلها، وفي المطلب الثاني: نطاق تطبيق قانون الإجراءات الجزائية في المحاكم الجزائية وفي المطلب الثالث: سلطة المحكمة في التكيف القانوني للدعوى الجزائية كما يلي:

المطلب الأول: إنشاء المحاكم وتشكيلها

تعد المحكمة الجزائية بما تتمتع به من ضمانات جهة التحقيق النهائي في الوقائع التي تعرض عليها ولذلك يكون طبيعياً أن يكون الوصف القانوني لهذه الوقائع الذي تحال به من سلطة التحقيق غير مقيد لها لأنه بحكم وظيفتها التي تنحصر في التطبيق السليم للقانون حيث أنها لا بد أن تبحث عن الوصف القانوني الصحيح الذي تخضع له الوقائع التي تطرح أمامها للفصل فيها (888). ولتوضيح ذلك قسمنا المطلب إلى ثلاثة فروع ففي الفرع الأول نوضح تعريف المحاكم الجزائية، أما الفرع الثاني نبين كيفية تشكيل واختصاصات المحاكم الجزائية محكمة الجنايات، والجنح من حيث قضاة الحكم، وحضور النيابة العامة، أما في الفرع الثالث نوضح خصائص المحاكم الجزائية محكمة الجنايات، والجنح، من حيث الخصائص الشكلية، والموضوعية

الفرع الأول: تعريف المحاكم الجزائية

المحكمة في اللغة، هو المكان الذي يتحاكم فيه الناس، للفصل في منازعاتهم وخصوماتهم، وقد ورد الفعل حَكَمَ واشتقاقته، فقد في أكثر من مائتين وثلاثة وعشرين موضعاً في القرآن الكريم مثل حكم، يحكم، يحكمون، يتحاكمون، يحكمونك، إلا أن كلمة محكمة كان يعبر عنها، بمصطلحات أخرى مثل القاضي، القضاء، مجلس القضاء، دار القضاء، دار العدل، مجلس الحكم (889) وكلمة محكمة في الاصطلاح القانوني تعني الجهة أو الهيئة المنشأة بموجب القانون والتي تملك الصلاحية القانونية لأن تفصل في المنازعات والخصومات التي تعرض عليها وفق الطريق الذي رسمه القانون، بحكم أو قرار يقطع النزاع ويرفع الخلاف (890).

تعريف المحكمة العامة: وهي المحكمة التي تمتلك ولاية النظر والفصل في جميع القضايا والمنازعات، أيًا كان نوعها أو قيمتها أو محل إقامة أطرافها، أو مكان وقوع الضرر أو مكان ارتكاب الجريمة وبالإجماع فإن المحكمة العامة هي صاحبة الولاية حيثما لا تنعقد ولاية أية محكمة للنظر في النزاع والمحكمة العامة، هي محكمة ابتدائية يكون مقرها في العاصمة أو في المدن الكبرى أو في عواصم الولايات والمحافظات حسب التنظيم الإداري والسياسي لكل دولة. وتستأنف أحكامها أمام محاكم الاستئناف التي تقع المحكمة العامة في دائرتها، أو في نطاقها القضائي وحسب دستور الاتحاد وقانون السلطة القضائية الاتحادية، فإن المحكمة الابتدائية الاتحادية في عاصمة الاتحاد وتلك التي في عواصم الإمارات الداخلة في القضاء الاتحادي، هي المحكمة العامة (891).

تعريف المحكمة العادية وهي المحكمة التي تنظر وتفصل في المنازعات والخصومات المعروضة عليها في إطار اختصاصها القيمي والنوعي والمحلي والوطني، وفق القواعد والإجراءات العادية، مثل قانون الإجراءات المدنية، وقانون الإجراءات الجزائية، وقوانين الإثبات، وكذلك القوانين الموضوعية مثل قانون المعاملات المدنية، وقانون المعاملات التجارية وقانون الشركات التجارية، وقانون تنظيم علاقات العمل، وقانون العقوبات، وغيرها، وهي من أوسع أنواع المحاكم انتشاراً، وأكثرها استقراراً، وأحسنها أمانةً واطمئناناً (892) وهي المحكمة

(888) أشرف توفيق شمس الدين: شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرحلة ما قبل المحاكمة، القاهرة، كلية الحقوق، جامعة بنها، ط1، 2012، ص 65

(889) تعريف ومعنى محكمة في معجم المعاني الجامع - معجم عربي عربي، تاريخ زيارة الموقع في 2020/3/10

الموقع الإلكتروني:

(https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar//)

(890) عبد الوهاب عبدول: المحاكم المتخصصة كوسيلة للارتقاء والعدالة نموذج المحاكم الاتحادية المتخصصة في الامارات العربية المتحدة، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا والتميز والنقض والتعقيب في الدول العربية، المنعقد في الفترة من 24-26 سبتمبر 2013، الدوحة- دولة قطر

(891) حسون عبيد هيج: مبدأ عينية الدعوى الجزائية، دراسة مقارنة، بيروت، مكتبة السنهوري، ط1، 2010، ص 7

(892) عبد الوهاب عبدول: المحاكم المتخصصة كوسيلة للارتقاء والعدالة نموذج المحاكم الاتحادية المتخصصة، مرجع سابق، ص 14

الابتدائية الجزئية (محكمة الجench) وتتكون من قاضي فرد واحد مواد المخالفات والجench، تختص هذه المحكمة في نظر جميع قضايا الجench والمخالفات، والفصل في الدعوى المدنية (التعويض) مهما بلغت قيمة هذا التعويض، وتشكل المحكمة الابتدائية الجزئية (محكمة الجench) من قاضي فرد (للحكم)، أحد أعضاء النيابة (للاتهام)، وكاتب الجلسة الذي يدون الإجراءات ويثبت الطلبات والدفع في محضر يوقع على كل ورقة منه رئيس المحكمة والكاتب⁽⁸⁹³⁾.

تعريف المحكمة الخاصة: وهي نوع من أنواع المحاكم، تنشأ للنظر والفصل في قضايا أو جرائم معينة، أو لفئات محددة من الأشخاص، أو لفترة زمنية معلومة، تنتهي ولايتها بانتهائها، وتطبق هذه المحاكم القوانين والإجراءات المتبعة والمعمول بها أمام المحاكم العادية، ما لم ينص القانون خلاف ذلك ومن أبرز الأمثلة على هذا النوع من المحاكم في القضاء الاتحادي، مجلس تأديب رجال القضاء بالمحكمة الاتحادية العليا، ومجلس تأديب المحامين. وكذلك المحاكم العسكرية بجميع درجاتها⁽⁸⁹⁴⁾.

تعريف المحكمة الاستثنائية: وهي نوع من المحاكم تنشأ خارج تشكيلات المحاكم العادية. وغالباً ما تحمي هذه المحكمة مصالح خاصة ذات وصف محدد، وتظهر في أوقات الأزمات التي تمر بها الدولة، إذ عندئذ تلجأ إلى إنشاء محاكم استثنائية هرباً من القضاء العادي. وقد تطبق هذه المحكمة قوانين إجرائية أو موضوعية خاصة تخالف أو تفتقر عن القوانين العادية. سواء من حيث تشكيل المحكمة أو من حيث الإجراءات أمامها، أو حتى من حيث شكل وطريقة تسبيب أحكامها أو عدم قابليتها للطعن عليها ومن أمثلة هذا النوع من المحاكم، المحاكم العرفية التي تنشأ عملاً بأحكام القانون الاتحادي رقم (11) لسنة 2009 بشأن الأحكام العرفية⁽⁸⁹⁵⁾.

تعريف المحكمة المتخصصة: وهي هيئة قضائية تنشأ بقانون أو بناء على قانون، بدرجة محكمة ابتدائية. وهي تدخل في إطار تشكيلات المحاكم العادية، ويقتصر نطاق ولايتها القضائية على نوع أو أنواع معينة ومحددة من القضايا والمنازعات، والتي غالباً ما تكون ذات طبيعة فنية تقنية وقد يتسع نطاق ولايتها المكانية لتشمل مساحة أوسع من دائرة اختصاص المحكمة الابتدائية العادية، ويقوم على المحكمة المتخصصة قضاة متخصصون تخصصاً عالياً في المسائل التي تختص المحكمة بنظرها، وقد تطبق المحكمة قواعد إجرائية خاصة تتوافق مع طبيعتها التخصصية ولا يوجد حتى الآن محاكمة متخصصة في القضاء الاتحادي، بالمفهوم السالف بيانه⁽⁸⁹⁶⁾.

الدائرة المتخصصة: فالدائرة القضائية المتخصصة، هيئة قضائية مؤلفة من قاض أو أكثر، تتبع المحكمة الابتدائية، ويتحدد اختصاصها المكاني، بالاختصاص المكاني المحدد للمحكمة الابتدائية التابعة لها، ومن الممكن إنشاء أكثر من دائرة متخصصة في مقر المحكمة الابتدائية الواحدة وتستمد الدائرة المتخصصة شرعيتها وسندها القانوني من قانون إنشاء المحكمة الابتدائية التي تتبعها ويعرف النظام القضائي الاتحادي في الإمارات الدوائر المتخصصة منذ ثمانينيات القرن الماضي لكنها برزت بتشكيل أوسع منذ عام 2009 فأن النظام القضائي الإماراتي الاتحادي، لم ينشئ محاكم متخصصة لكنه أنشأ دوائر متخصصة كوسيلة للارتقاء والعدالة⁽⁸⁹⁷⁾ وفي علم القانون والقضاء، فإن إنشاء محكمة، لا بد وأن يستند إلى قانون أو تفويض قانوني وينظم القانون كل ما يتعلق بالمحاكم من حيث بيان ولايتها ودرجاتها ودوائرها واختصاصها المكاني، والإجراءات التي تتبع أمامها، وشروط تعيين قضاتها وبيان حقوقهم وواجباتهم وطرق حالات مساءلتهم وتأديبهم، وكذلك تنظيم شؤون أعوان القضاء وموظفي المحكمة، ويعرف هذا القانون بأسماء مختلفة مثل قانون القضاء، القانون الأساسي للقضاء، قانون تنظيم القضاء، قانون السلطة القضائية⁽⁸⁹⁸⁾.

(893) قانون الإجراءات الجزائية رقم (35) لسنة 1992 وفقاً لأحدث تعديلاته، الباب الثالث في المواد 139، 140، 141، سلسلة التشريعات والقوانين

الاتحادية لدولة الإمارات

(894) دار القضاء، الموقع الإلكتروني (<https://www.adjd.gov.ae/AR/Pages/Courts.aspx>) تاريخ زيارة الموقع في 2020/4/10

(895) دار القضاء، الموقع الإلكتروني (<https://www.adjd.gov.ae/AR/Pages/Courts.aspx>) تاريخ زيارة الموقع في 2020/4/10

(896) دار القضاء، الموقع الإلكتروني (<https://www.adjd.gov.ae/AR/Pages/Courts.aspx>) تاريخ زيارة الموقع في 2020/4/10

(897) دار القضاء، الموقع الإلكتروني (<https://www.adjd.gov.ae/AR/Pages/Courts.aspx>) تاريخ زيارة الموقع في 2020/4/10

(898) عبد الوهاب عبدول: المحاكم المتخصصة كوسيلة للارتقاء والعدالة نموذج المحاكم الاتحادية المتخصصة، مرجع سابق، ص 16

الفرع الثاني: تشكيل واختصاصات المحاكم الجزائية محكمة الجنايات، والجنح

تتكون المحاكم في دولة الإمارات العربية من المحكمة الاتحادية العليا ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية، وتختص كلها منها بنظر المسائل التي ترفع إليها طبقاً للقانون، أنشأ المشرع الإماراتي دوائر ابتدائية جزئية خصها بنظر نوع معين من الدعاوى مثل القاضي المستعجل الذي يندب في مقر المحكمة الابتدائية من أحد قضايتها ليحكم وبصفة مؤقتة في المسائل المستعجلة، كذلك أنشأ المشرع ما يسمى قاضي التنفيذ في مقر كل محكمة ابتدائية، ويختص دون غيره بالإشراف على تنفيذ السند التنفيذي وبالفصل في جميع منازعات التنفيذ الوقتية بصفة مستعجلة، كما يختص بإصدار الأحكام والقرارات والأوامر المتعلقة بذلك، حيث تنشأ بدائرة اختصاص المحكمة الاتحادية الابتدائية دوائر ابتدائية جزئية، وتشكل من قاض فرد، وتختص بالحكم النهائي في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمتها مبلغ معين.

اختصاص المحاكم الجزائية

الاختصاص هو مباشرة ولاية القضاء في نظر الدعوى في الحدود التي يقرها القانون، أي الحدود التي رسمها المشرع ليباشر فيها القاضي ولاية الحكم في الدعوى، حيث تنظر المحاكم الجزائية وتدير ولائياً جميع ما يحال إليها من قبل النيابة العامة من مخالفات وجنح وجنايات، وتختص بها دوائر تتألف من قاضي منفرد بينما الجنايات تختص بها دوائر تتألف من ثلاثة قضاة يرأسهم أحدهم، ويتم تنفيذ قرارات وأوامر وأحكام هذه المحكمة لدى النيابة العامة، وتتفرع المحكمة الجزائية إلى محكمة الجنسية والإقامة، ومحكمة الجنايات والجنح، ومحكمة السير والمرور، ومحكمة الأحداث وتشمل القواعد العامة في الاختصاص، حالات تنازع الاختصاص، وامتداده، أما القواعد العامة في الاختصاص فتكون حسب نوع الجريمة من جنايات، جنح، مخالفات، أو حسب درجة التقاضي⁽⁸⁹⁹⁾، وتأخذ معايير الاختصاص الشخصي والنوعي والمكاني كما يلي:

(1) الاختصاص الشخصي: يكون اختصاص المحكمة بالنسبة لفئة معينة من المتهمين مثل صفة المتهم العسكريين، أو الاختصاص

حسب سن المتهم، الأحداث، ويختلف عن الاختصاص الشخصي في قانون العقوبات العام ويعد خروجاً على الأصل العام المتمثل في عدم الاعتداد بشخص المتهم أو صفته أو سنه أو حالته ملاحظة

(2) الاختصاص النوعي: وهو نوع من الاختصاص حسب نوع الجريمة المرتكبة وتختص بها محاكم الجنايات ومحكمة الجنح

والمخالفات وذلك وفقاً لنص المادة (139 / إجراءات جزائية) فيما عدا ما تختص به المحكمة الاتحادية العليا من الجرائم تختص المحكمة الابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة بنظر الجنايات التي تحيلها إليها النيابة العامة ويشار إليها في هذا القانون بمحكمة الجنايات، أما المحكمة الابتدائية فتختص بنظر الجنايات التي تحيلها إليها النيابة العامة ويشار إليها في هذا القانون بمحكمة الجنايات وهي مشكلة من قاضي فرد بنظر جميع قضايا الجنح والمخالفات ويشار إليها في هذا القانون بمحكمة الجنح⁽⁹⁰⁰⁾. أما المحكمة الاستئنافية تختص بنظر جميع الأحكام المستأنفة في الأحكام الجزائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية بنوعيتها الفاصلة في الموضوع، وتختص المحكمة الاتحادية العليا بالجرائم الجسيمة الماسة بمصالح الاتحاد الأمن الداخلي والخارجي، تزوير المحررات والأختام الرسمية، تزيف العملة، مساءلة الوزراء وكبار موظفي الاتحاد المعينين بمرسوم عما يقع منهم من أفعال أثناء أداء مسؤولياتهم الرسمية، وتختص المحاكم الشرعية بتختص بنظر جرائم الحدود والقصاص والدية والمخدرات وما في حكمها وكذا التي يرتكبها الأحداث.

(899) الموقع الإلكتروني محاكم دبي: تاريخ زيارة الموقع في 2020/4/18

() <https://www.dc.gov.ae/PublicServices/CMSPage.aspx?PageName=CriminalCourt>

(900) قانون الإجراءات الجزائية رقم (35) لسنة 1992 وفقاً لأحدث تعديلاته، الباب الثالث في المواد 139، 140، 141، سلسلة التشريعات والقوانين الاتحادية لدولة الإمارات

(2) الاختصاص المكاني: حيث يتعين الاختصاص المكاني بمكان وقوع الجريمة في دائرة المحكمة المكانية (المادة 142 / إجراءات جزائية)، ويتعين الاختصاص المكاني في حالة الشروع في الجريمة التي وقعت في كل مكان وقع فيه عمل من أعمال البدء في التنفيذ (المادة 143 / إجراءات جزائية)، كما يعتبر مكانا للجريمة كل محل تقوم فيه حالة الاستمرار ويمثل جرائم مستمرة، كما يتعين الاختصاص المكاني في جرائم الاعتياذ والجرائم المتتابعة حيث يعتبر مكانا للجريمة كل محل يقع فيه أحد الأفعال الداخلة فيها، وكذلك يتعين الاختصاص المكاني في الجرائم الواقعة خارج الدولة وتختص بها المحاكم الجزائية في العاصمة (المادة 144 / إجراءات جزائية)، وفي حال اختصاص أكثر من جهة تختص المحكمة التي قدمت إليها أولاً وفقاً (المادة 145 / إجراءات جزائية)، فالعلة من الاختصاص المكاني المكان الذي حدث به الاعتداء وشهد الجريمة وشعر به المواطنون، وسهولة جمع الأدلة، وتحقيق أغراض العقوبة في الردع العام والردع الخاص كالحكم وفي حالة اجتماع معايير الاختصاص يجب لاعتقاد اختصاص المحكمة الجزائية أن تكون مختصة مكانياً ونوعياً وشخصياً (901).

الفرع الثالث: خصائص المحاكم الجزائية محكمة الجنائيات، والجنح

تحقيقاً للعدالة، تبنت دولة الإمارات ثلاثة مستويات، درجات من المحاكم لأغراض التقاضي وهي المحكمة الابتدائية (الاتحادية والمحلية)، ومحكمة الاستئناف (الاتحادية والمحلية)، والمحكمة الاتحادية العليا (على المستوى الاتحادي) ومحكمة النقض على المستوى المحلي لدولة الإمارات والتي لديها إدارات قضائية مستقلة، ويتيح نظام درجات المحاكم للطرف المتأثر في القضية فرصة للطعن في الحكم، وإبراز مزيد من الأدلة بما يتفق مع أحكام القانون، وتحكم المحكمة الجزائية في كل فعل يعد بمقتضى القانون مخالفة أو جنحة، عدا الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر على غير الأفراد، وتحكم محكمة الجنائيات في كل فعل يعد بمقتضى القانون جنائية (902) وتأخذ درجات المحاكم في دولة الإمارات على حسب مستوياتها الخصائص الشكلية والموضوعية التالية:

أولاً: الخصائص الشكلية

(1) المحكمة الاتحادية العليا: وهي محكمة واحدة مقرها مدينة أبو ظبي، وتمارس المحكمة العليا وظيفتها من خلال دوائر، حيث يوجد بها دائرة لنظر المواد الدستورية، ودائرة لنظر المواد الجزائية، ودائرة أو أكثر لنظر المواد المدنية والتجارية والمواد الأخرى، ويجوز أن تتعدد الدوائر بقدر الحاجة إلى ذلك. هي أعلى سلطة قضائية اتحادية ومقرها العاصمة، تتشكل من رئيس وعدد من القضاة لا يزيدون عن خمسة، يعين أعضاؤها بمرسوم صادر عن رئيس الدولة بعد مصادقة المجلس الأعلى عليه، أحكامها نهائية وملزمة للجميع (903)، تختص في نظر:

1. نظر المنازعات المختلفة بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد، أو بين أية إمارة أو أكثر وبين حكومة الاتحاد، متى أحييت المنازعة بناء على طلب أي من الأطراف المعنية.
2. بحث دستورية القوانين الاتحادية: إذا ما طعن فيها من قبل إمارة أو أكثر لمخالفتها دستور الاتحاد، وكذلك بحث دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات إذا ما طعن فيها من قبل إحدى السلطات الاتحادية لمخالفتها دستور الاتحاد أو القوانين الاتحادية، وذلك بأحد طريقتين: إما الدعوى، أو الدفع بعدم الدستورية أثناء قيام أي دعوى أمام أية محكمة، وبحث دستورية القوانين والتشريعات واللوائح عموماً، إذا ما أحيل إليها هذا الطلب من أية محكمة أثناء نظر دعوى أمامها.
3. تفسير أحكام الدستور والمعاهدات والاتفاقيات الدولية: إذا ما طلبت ذلك منها إحدى سلطات الاتحاد أو حكومة إحدى الإمارات. ويعد هذا التفسير مكملاً للدستور، ويأخذ حكمه، فيعد ملزماً للكافة من أفراد وسلطات، ومساءلة الوزراء، وكبار موظفي الاتحاد

(901) المادة (142، 143، 144، 145) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (35) لسنة 1992 وفقاً لأحدث تعديلاته، سلسلة التشريعات والقوانين

الاتحادية لدولة الإمارات

(902) عبد الفتاح مراد : شرح قانون الإجراءات الجزائية المعدل، الإسكندرية، حقوق النشر والتوزيع للمؤلف، ط1، 2012، ص 73

(903) دستور دولة الإمارات العربية المتحدة

المعينين بمرسوم، عما يقع منهم من أفعال في أداء وظائفهم الرسمية (الاخلال بواجبات وظائفهم، والجرائم المتصلة بأداء الوظيفة) بناء على طلب المجلس الأعلى للاتحاد ووفقاً للقانون الخاص بذلك.

4. نظر الجرائم التي لها مساس مباشر بمصالح الاتحاد، كالجرائم المتعلقة بأمنه في الداخل أو الخارج، وجرائم تزوير المحررات والأختام الرسمية للسلطات الاتحادية وجرائم تزيف العملة، وتنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية المحلية، أو بين هيئتين قضائيتين محليتين في إمارتين مختلفتين، والإشراف على صحة تطبيق القانون وتفسيره أمام جميع المحاكم الاتحادية، حيث تختص أساساً بالفصل فيما يرفع إليها من الطعون في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف بسبب مخالفتها للقانون، أو خطئها في تطبيقه أو تأويله (تفسيره)، أو بسبب بطلان الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم (904).

(2) **محاكم الاستئناف (الدرجة الثانية):** تضم محاكم الاستئناف الاتحادية في دولة الامارات محاكم الاستئناف القائمة في عواصم إمارات أبو ظبي والشارقة وعجمان والفجيرة، وتشكل هذه المحاكم من ثلاثة قضاة، ممثل للنيابة العامة، كاتب الجلسة للفصل في الطعون باستئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية في جميع أنواع المنازعات الجزائية، وتختص بنظر قضايا الجنايات والفصل فيها نظر دعاوى الحق المدني التي ترفع تبعا للدعوى الجزائية وتختص محاكم الاستئناف بالفصل فيما يستأنف إليها من الأحكام الصادرة ابتدائياً من المحاكم الابتدائية أو محاكم أول درجة التي تقع في دائرتها، وهو ما يعني انه ليس لمحاكم الاستئناف أن تنظر النزاع لأول مرة (905).

(3) **المحاكم الابتدائية (محاكم الدرجة الأولى):** تنشأ بدائرة اختصاص المحكمة الاتحادية الابتدائية دوائر ابتدائية جزئية، وتشكل من قاض فرد، وتختص بالحكم النهائي في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمتها مبلغ معين، تختص هذه المحكمة في نظر جميع قضايا الجرح والمخالفات، والفصل في الدعوى المدنية (التعويض) مهما بلغت قيمة هذا التعويض، وتشكل المحكمة الابتدائية الجزئية (محكمة الجرح) من قاضي فرد (للحكم)، وأحد أعضاء النيابة (للاتهام)، كاتب الجلسة يدون الإجراءات ويثبت الطلبات والدفع في محضر يوقع على كل ورقة منه رئيس المحكمة والكاتب، وتختص المحاكم الاتحادية الابتدائية بالحكم ابتدائياً في جميع الدعاوى الجزائية والمدنية والتجارية فهي ذات اختصاص عام شامل لجميع الدعاوى إلا ما استثني بنص خاص (906).

(4) **محكمة النقض:** (أبو ظبي) تنظر في الطعون في الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف، وتنازع الاختصاص بين المحاكم في الإمارة، تختص بمساءلة أعضاء المجلس التنفيذي وغيرهم من كبار موظفي الإمارة المعينين بمراسيم، وتكون أحكامها نهائية وملزمة للجميع (907).

ثانياً: الخصائص الموضوعية: تعد الدوائر القضائية فروعاً للمحكمة، وفقاً للتخصص والاختصاص، لكل درجة من المحكمة دائرة للنظر في أنواع مختلفة من القضايا مثل قضايا الأحوال الشخصية، والقضايا الجنائية، والقضايا المدنية ويستند هذا التقسيم إلى نطاق القضية والخبرة التي يتمتع بها القضاة، ويرأس كل محكمة رئيس، ويعاونه قاض أو عدد من القضاة، بالإضافة إلى موظفين إداريين، ويكون لكل محكمة دوائر قضائية تشمل قضايا الأحوال الشخصية، والمدنية، والجنائية، والتجارية، والعمالية، والعقارات وتتألف دوائر

(904) دار القضاء، الموقع الإلكتروني (<https://www.adjd.gov.ae/AR/Pages/Courts.aspx>) تاريخ زيارة الموقع في 2020/4/10

(905) المادة (39) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (35) لسنة 1992 وفقاً لأحدث تعديلاته، والتي تنص على: فيما عدا ما تختص به المحكمة الاتحادية العليا من الجرائم تختص المحكمة الابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة بنظر الجنايات التي تحيلها إليها النيابة العامة ويشار إليها في هذا القانون بمحكمة الجنايات.....)

(906) قانون الإجراءات الجزائية رقم (35) لسنة 1992 وفقاً لأحدث تعديلاته، الباب الثالث في المواد 139، 140، 141، سلسلة التشريعات والقوانين الاتحادية لدولة الإمارات

(907) دار القضاء، الموقع الإلكتروني (<https://www.adjd.gov.ae/AR/Pages/Courts.aspx>) تاريخ زيارة الموقع في 2020/3/10

المحكمة من دوائر كلية، ودوائر جزئية تبعاً لقيمة القضية، ونوعها، وكذلك عدد القضاة⁽⁹⁰⁸⁾. وتشكل الدوائر الجزئية من قاض واحد، وتصدر الأحكام الابتدائية فيها في الدعاوى المدنية، والتجارية والعمالية التي لا تتجاوز قيمتها 500,000 درهم، والدعاوى المتقابلة أي كانت قيمتها، ودعاوى الأحوال الشخصية، دعاوى قسمة المال الشائع، والدعاوى المتعلقة بالمطالبة بالأجور والمرتبات، وتحديد أياً كانت قيمتها، وفي جميع الأحوال، يكون حكم الدوائر الجزئية نهائياً، إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز عشرين ألف درهم⁽⁹⁰⁹⁾ وتتعامل المحاكم الجنائية مع القضايا الجنائية التي ترفعها النيابة العامة الاتحادية، أو المحلية في كل إمارة، فإذا تبين لمحكمة الجناح أن الواقعة جناية يتم:

1-الإحالة إلى محكمة الجنايات: فالإحالة في الجنايات لا تكون إلا من رئيس النيابة أو من يقوم مقامه، والإحالة في الجنايات لا تكون إلا بعد إجراء تحقيق، وفقاً لحالة الجريمة جناية أو جنحة، تحال بالوصف الأشد استناداً إلى أن من يملك الأكثر يملك الأقل وفقاً للمادة (129/ إجراءات جزائية)⁽⁹¹⁰⁾

2-بيانات أمر الإحالة: تشمل اسم المتهم ولقبه وسنة ومحل ميلاده ومحل إقامته ومهنته وجنسيته والجريمة المسندة إليه بجميع أركانها والأعذار والظروف المخففة أو المشددة للعقوبة ومواد القانون المراد تطبيقها، وتعلن النيابة العامة الخصوم بهذا الأمر خلال الأيام الثلاثة التالية لصدوره وفقاً للمادة (123/ إجراءات مدنية)⁽⁹¹¹⁾

المطلب الثاني: نطاق تطبيق قانون الإجراءات الجزائية في المحاكم الجزائية

هدفت الشرعية الإجرائية احترام حرية الإنسان وحقوقه في مواجهة الأعمال التي تقوم بها السلطة، فالأصل في المتهم البراءة لتحقيق التوازن بين المتهم الضعيف وسلطة الاتهام، المتهم بريء حتى تتم إدانته بحكم جزائي بات، فالقانون مصدر جميع الإجراءات الجزائية (المادة 2/ إجراءات جزائية)⁽⁹¹²⁾ وتطبيقاً للقول إن قاضي الأصل هو قاضي الفرع فإن المحكمة الجزائية لا تلتزم بوقف الدعوى في حالة عدم وجود دعوى مطروحة على القضاء بشأن المسألة الأولية حيث لا تلتزم المحكمة الجزائية بوقف الدعوى وتختص هي بالفصل فيها وفقاً للمادة (148/ إجراءات جزائية) كما تلتزم المحكمة الجزائية بوقف دعوى مرفوعة موضوعها كمسألة أولية وفقاً للمادة (149/ إجراءات جزائية) وفي حالة الدعوى كمسألة أولية جزائية يجب على المحكمة أن توقف نظر الدعوى، وفي حالة الدعوى كمسألة أولية مدنية يجوز لها أن توقف الدعوى الجزائية ولها أن تفصل في المسألة غير الجزائية وقد يحصل تناقض في الأحكام ولتحديد نطاق تطبيق قانون الإجراءات الجزائية في المحاكم الجزائية من حيث نوع الجريمة، الزمان، والمكان كما يلي:

أولاً: من حيث نوع الجريمة: فالمحاكم الجزائية تختص بالجرائم التعزيرية، المنصوص عليها في قانون العقوبات وسائر القوانين العقابية الأخرى المعاقب عليها بالعقوبات التعزيرية التي حددت بمقتضى هذه القوانين من حيث إجراءاتها وإثباتها والظعن فيها، ولهذا

⁽⁹⁰⁸⁾ حكومة الإمارات، الموقع الإلكتروني (https://www.government.ae/about-the-uae/the-uae-government/the-federal-)

judiciary/the-system-of-courts تاريخ زيارة الموقع في 2020/3/10

⁽⁹⁰⁹⁾ المادة 30 من قانون الإجراءات المدنية، القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 1992، والمعدل بالقانون رقم 10 لسنة 2014 بشأن قانون الإجراءات المدنية أمام المحاكم

⁽⁹¹⁰⁾ نص المادة (129) من قانون الإجراءات الجزائية على إنه: إذا صدر أمر بإحالة متهم بجناية إلى محكمة الجنايات في غيبته ثم حضر أو قبض عليه تنظر الدعوى من جديد بحضوره أمام المحكمة.

⁽⁹¹¹⁾ نص المادة 123 من قانون الإجراءات المدنية القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 1992، والمعدل بالقانون رقم 10 لسنة 2014 بشأن قانون الإجراءات المدنية أمام المحاكم

⁽⁹¹²⁾ نص المادة (2) من قانون الإجراءات الجزائية: لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص إلا بعد ثبوت إدانته وفقاً للقانون لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حجزه أو حبسه إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، الإشراف القضائي على جميع الإجراءات الجزائية، إشراف السلطة القضائية على تطبيق المبدأين السابقين

أسند المشرع الاتحادي للمحاكم الجزائية اختصاصها النوعي في هذه الجرائم وجعل الإثبات والطعن في هذه الأحكام وفق أحكام قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي وحدة (913).

ثانياً: من حيث الزمان: أكد المشرع الدستوري على مبدأ الأثر الفوري في نص المادة (112/ دستور اتحادي) فالقاعدة تطبق الإجراءات الجزائية بأثر فوري وليس بأثر رجعي ويستثنى من ذلك عدم تطبيق قواعد الاختصاص الجديدة بعد قفل باب المرافعة، وعدم تطبيق قواعد المواعيد على ما بدأ من مواعيد، واستمرار العمل بطرق الطعن القديمة بالنسبة لما صدر من أحكام، فإن قانون الإجراءات الجزائية يطبق على الدعاوي الجزائية التي لم يفصل فيها، فإذا ارتكب جريمة في ظل قانون ينظم الإجراءات على نحو معين، ثم صدر قانون جديد ينظم الإجراءات على نحو مغاير ومختلف عن القانون السابق فتسري أحكام قانون الإجراءات الجديد بشرط ألا يكون قد تم الفصل في الدعوى الجزائية (914). وتسرى قاعدة الأثر الفوري على إجراءات المحاكمة فقاعدة إجماع الآراء عند الحكم بالإعدام تطبق على القضايا التي يصدر فيها حكم بالإعدام، أما إذا صدر حكم بالإعدام في ظل قانون يتطلب أغلبية الآراء ثم صدر قانون جديد يتطلب إجماع الآراء فلا يطبق على الوقائع السابقة إلا إذا طعن بالحكم، ونقضت المحكمة الطعن وأعادته إلى محكمة الموضوع لنظره مرة أخرى، ففي هذه الحالة يطبق القانون الجديد لأن نقض الحكم وإعادة النظر تنظر فيه المحكمة كدعوى من جديد ومن ثم يطبق القانون الجديد لأن المشرع عندما نص سريان أحكام القانون الجديد رهناً بآلا يكون قد فصل في هذه الدعوى (915).

ثالثاً: من حيث المكان: فالقاعدة الإقليمية هي تطبيق القانون الوطني على الجرائم التي تقع بداخل إقليم الدولة، وذلك تأكيداً لسيادة الدولة على إقليمها، وقد نص على ذلك المشرع الاتحادي في المادة (16/ من قانون العقوبات) على أن تسري أحكام تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان على قانون الإجراءات الجزائية، فتسري أحكامه على الجرائم التي تقع ضمن الحدود الإقليمية للدولة كقاعدة عامة، ويمتد نطاق تطبيقه استثناءً على بعض الجرائم التي تقع في الخارج، فالعبرة من تحديد المكان هو بتحقيق وقوع الركن المادي في إقليم الدولة (916).

وتأسيساً على ذلك إذا ارتكبت جريمة في إقليم دولة الإمارات العربية المتحدة فسوف تسري على الإجراءات المتعلقة بهذه الجريمة أحكام قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، ولا تطبق أحكامه خارج الدولة إلا في حالة كل من ارتكب فعلاً خارج الدولة يجعله فاعلاً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها داخل الدولة (المادة 19/ عقوبات اتحادي) أو في حالة كل من ارتكب فعلاً خارج الدولة يجعله شريكاً في جريمة ماسة بأمن الدولة الخارجي، أو الداخلي أو ضد نظامها الدستوري أو سندات المالية المأذون بإصدارها قانوناً أو طواعياً أو جرائم التزوير والتزييف وتقليد العملات وفقاً للمادة (20/ عقوبات اتحادي) (917). وكل من وجد في الدولة بعد أن ارتكب في الخارج بوصفه فاعلاً أو شريكاً، جريمة تخريب أو تعطيل وسائل الاتصال الدولية أو جرائم الاتجار في المخدرات أو في البشر أو جرائم غسل

(913) خالد حامد مصطفى: شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، في ضوء أحكام الاتحادية العليا وقضاء تمييز دبي، القاهرة، دار الفكر والقانون بالمنصورة، ط1، 2017، ص 10

(914) خالد حامد مصطفى: شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق ص 13.

(915) محكمة تمييز دبي الطعن رقم 108 لسنة 1996 جلسة 1996/12/15، مجلة القضاء والتشريع العدد السابع يوليو 1998 ص 1323.

(916) خالد حامد مصطفى: شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 11.

(917) نص المادة (20) من قانون العقوبات الاتحادي: يسري هذا القانون على كل من ارتكب فعلاً خارج الدولة يجعله فاعلاً أو شريكاً في جريمة من الجرائم الآتية:

1. جريمة ماسة بأمن الدولة الخارجي أو الداخلي أو ضد نظامها الدستوري أو سندات المالية المأذون بإصدارها قانوناً أو طواعياً أو جريمة تزوير أو تقليد محرراتها أو أختامها الرسمية.
2. جريمة تزوير أو تقليد أو تزيف عملة الدولة أو تزويجها أو حيازتها بقصد تزويجها سواء تمت تلك الأفعال داخل الدولة أو خارجها.
3. جريمة تزوير أو تقليد أو تزيف عملة ورقية أو مسكوكات معدنية متداولة قانوناً في الدولة أو تزويج تلك العملات والمسكوكات فيها أو حيازتها بقصد تزويجها.

الأموال أو الإرهاب الدولي والقرصنة وفقاً للمادة (21/ عقوبات اتحادي) وكل مواطن ارتكب وهو خارج الدولة فعلاً يعد جريمة يعاقب طبقاً لأحكامه إذا عاد إلى البلاد وكان ذلك الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي وقع فيه وفقاً للمادة (22/ عقوبات اتحادي)

المطلب الثالث: سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية

سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية في تحليلها للوقائع والتصرفات القانونية تمهيداً لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات في فرع معين من فروع القانون، لأن المشرع لم يجر في وضع الالفاظ القانونية على وتيرة واحدة فهو يصفها بما ترسمه عند السامع والقارئ من صور المعاني لسوقه جريمة القتل أو الاحتيال أو خيانة الأمانة ونحو ذلك⁽⁹¹⁸⁾. فالوقائع أمام المحكمة تعد خليطاً من الواقع والقانون، وعند تطبيقها أمام المحكمة تصادف مجموعة من الوقائع التي يتوقف على تحديدها اختيار القاعدة القانونية، والفصل في الدعوى ووقائعها وذاتيتها وقانونيتها من خلال ممارسة النشاط الفكري المنطقي، فالمحكمة تبحث عما يجب تطبيقه من أحكام القانون على هذا الواقع من مطلقات وعموميات تتناول أنواع من الحوادث التي لا تنحصر، وهذه الحوادث لا تقوم إلا معينة لكل معنى منها خصوصية ليست في غيرها، وقد يكون سهل تطبيقها أو يكون صعباً وكل حالة فيها نظر أو اجتهاد سمي قانوناً بالتكييف⁽⁹¹⁹⁾. فما تمثله ظروف الجريمة سواء كانت مشددة أو مخففة من عناصر مهمة في الاتهام مردها الأساسي عقيدة المحكمة الجزائية في إقرار وجودها من عدمه وهذا مما لا شك يؤثر على طبيعة الاتهام وصولاً إلى التأثير على العقوبة، لأن تقدير هذه الظروف من اختصاص المحكمة ويلعب القضاء دوراً مهماً بشأنها حيث أنه يتمتع بسلطة تقديرية في إقرارها من عدمه، بالإضافة إلى أن الجرائم المستقلة كظروف مشددة تدخل في اختصاص المحكمة ويترتب عليها تعديل التهمة المنسوبة إلى المتهم مما يؤدي إلى تشديد العقاب، وتنازع فقهاء القانون الجنائي⁽⁹²⁰⁾.

فالتنظيم الخاص بالمحاكم جعله المشرع الاتحادي في وجود محاكم عادية وهي محاكم الدرجة الأولى ومحاكم استئنافية كدرجة ثانية بالإضافة إلى المحاكم العليا كالاتحادية العليا ومحكمة النقض في أبو ظبي ومحاكم التمييز في دبي ورأس الخيمة وتختلف الإجراءات تبعاً لاختلاف سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية، وتعد سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية عملاً قضائياً يستند إلى تكييف تشريعي، كما أن القضاء نفسه يعد مسألة التكييف القانوني من المسائل النظرية مهما كانت قيمته العملية، وبالتالي يدخل التكييف القانوني في صلب عمل القضاء والتشريع⁽⁹²¹⁾. ولتوضيح ذلك قسمنا المطلب إلى الفروع التالية في الفرع الأول نوضح شروط سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية، وفي الفرع الثاني نبين سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى، وفي الفرع الثالث نبين قيود تحريك الدعوى العامة كما يلي:

الفرع الأول: شروط سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية

لوقوف على توضيح شروط سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية لابد أن نوضح المعنى اللغوي والقانوني لها كما يلي:

معنى السلطة كلفة هو مصطلح مأخوذ من فعل سلط أو قهر، ومعنى المحكمة كلفة مصطلح مأخوذ من فعل حكم، أما التكييف فهو مصطلح مأخوذ من فعل تكييف، أي جعل له كيفية معلومة في حاله ووضع⁽⁹²²⁾ وقد ورد لفظ التكييف القانوني في العديد من التشريعات

⁽⁹¹⁸⁾ حسون عبيد هيج، منتصر فيصل كاظم : سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية، دراسة مقارنة، بيروت، مكتبة السنهوري، ط1، 2016، ص 14.

⁽⁹¹⁹⁾ حسون عبيد هيج، وآخر : سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص 14.

⁽⁹²⁰⁾ خالد حامد مصطفى : شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 12.

⁽⁹²¹⁾ حسون عبيد هيج، وآخر : سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية، مرجع سابق، ص 17.

⁽⁹²²⁾ جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم أبين منظور : لسان العرب، الجزء 1، بيروت، دار الكتب العلمية، ص 178، 177، 361.

(923)، واستخدمه قانون العقوبات الاتحادي وقانون الإجراءات الجزائية بلفظ الوصف القانوني بدلاً من التكيف القانوني (المادة 214/ إجراءات جزائية) فالوصف القانوني هو النتيجة النهائية لعمل التكيف، فقد يكون هناك تكيفاً إلا إن الوصف القانوني غير موجود لعدم وجود نص مادة قانونية تخضع لها الواقعة، فليس على المحكمة عندئذ إلا أن تقضي بالبراءة وإخلاء سبيل المتهم (924) فسلطة المحكمة في التكيف القانوني للدعوى الجزائية تعد قيد على تطبيق النص العقابي إذ بدون تحقق شروط صحة سلطة المحكمة في التكيف القانوني بالمطابقة ما بين الواقعة المرتكبة وبين النموذج القانوني للجريمة لا يمكن تطبيق النص العقابي، لأن من وظائف المحكمة الجزائية التحقق من المطابقة بين النموذج الواقعي والنموذج المجرد للواقعة كما يلي:

الشرط الأول: فحص الواقعة المرتكبة: فالجريمة واقعة إنسانية ترجع إلى سلوك الفرد الذي يتنافى مع القيم الاجتماعية السائدة في المجتمع، لأن الجريمة تتمثل في كل فعل يتعارض مع ما هو نافع للجماعة وهي انتهاك لقاعدة من قواعد السلوك (925)، فلا بد أن تفحص المحكمة عناصر الواقعة المتمثلة في الفعل الذي قام به الجاني والنتيجة المترتبة عليها والقصد الجنائي الذي دفعه إلى ارتكاب هذا الفعل، وإظهار العناصر القانونية للجريمة المستخلصة من وقائع الدعوى، والظروف التي يأخذها المشرع بنظر الاعتبار في النموذج التشريعي للجريمة سواء كانت ظروف مشددة أو مخففة وبيان الأفعال التي حددت من المتهم وظروفها التي تكون في مجموعها أركان الجريمة من فعل مادي وقصد جنائي ونتيجة جرمية (926). وبذلك فإن من شروط سلطة المحكمة في التكيف القانوني للدعوى الجزائية يتعلق بصحة وقوع الجريمة من عدمها سواء كان من الناحية المادية أو القانونية كون أن المحكمة الجزائية هي التي تستخلص من الوقائع التي استعرضتها بالبحث في وقوع الجريمة على النحو الذي انتهت إليه أو عدم وقوعها، والإحاطة الواعية لكافة جوانب الواقعة هي السبيل لحسن وصفها بالوصف الصحيح لها لتحديد النص القانوني المطبق عليها، وتلتزم المحكمة الجزائية عند رفع الدعوى إليها بالقيام بأول عملية تقدير أولى للتحقق من الوضع المبدئي للوقائع فيثبت من صحة الواقعة مسألة الاختصاص الشخصي أو النوعي أو المكاني (927).

الشرط الثاني: تحديد النموذج القانوني للجريمة: لكي يكون النص العقابي على وصف دقيق لكل جريمة ويضم مختلف العناصر التكوينية للجريمة لتأخذ الشكل أو التنظيم أو الأخبار القانوني الذي حدده المشرع للجريمة، فالشكل القانوني للجريمة يضم كل العناصر اللازمة لقيام الجريمة التي لو تخلف أحدها لأمتنع قيامها أو أنها سوف يطبق عليها نص آخر (928). فلا بد للمحكمة من دراسة الجريمة وتجزئتها إلى عناصر مختلفة حتى يمكن فهم الجريمة كواقعة قانونية مع الأخذ بنظر الاعتبار أن العناصر مرتبطة تماماً وأنها تستمد قوتها وفعاليتها من هذا الارتباط إلا أن تقسيم الجريمة إلى عناصر لغرض فهمها، فالنموذج القانوني للجريمة يتحقق متى كان الفعل الذي أتاه الجاني مطابقاً للفعل المجرد الذي وضعه النص العقابي، لكون الركن المادي في الجريمة لا يخلو من القصد الجنائي، وأن اختلاف الركن المادي من جريمة إلى أخرى هو الذي يدفع المشرع بالدرجة الأولى إلى العناية بوصف وتحديد مقومات الفعل النموذجي أو نموذج الفعل حتى يستطيع الفصل بين كل جريمة عن الأخرى (929).

(923) ورد في المادة (10) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والمادة (11) من القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949، والمادة (11) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، والمادة (10) من القانون المدني الليبي لسنة 1953، والمادة (17) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

(924) نص المادة (214) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي : للمحكمة أن تغير في حكمها الوصف القانوني للواقعة المسندة للمتهم. ولها تعديل التهمة حسبما تراه وفقاً لما يثبت لها من التحقيق أو من المرافعة في الجلسة. وعلى المحكمة أن تنبه المتهم إلى هذا التغيير. وأن تمنحه أجلاً لتحضير دفاعه بناء على الوصف أو التعديل الجديد إذا طلب ذلك، وللمحكمة أيضاً تصحيح كل خطأ مادي وتدارك كل سهو في عبارة الاتهام مما يكون في أمرا الإحالة أو في ورقة التكليف بالحضور.

(925) عوض محمد ، محمد زكي أبو عامر : مبادئ علم الإجرام والعقاب، الإسكندرية، الدار الجامعية للطباعة، ط1، 1989، ص 41

(926) عبد الرؤوف عبيد : ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، القاهرة، دار الجيل الجديد، ط3، 2001، ص 33.

(927) عبد الرؤوف عبيد : ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، مرجع سابق ص 205.

(928) عبد العظيم مرسى: الشروط المفترضة في الجريمة، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2009، ص 47.

(929) أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ط8، 2017، ص 258-259.

الشرط الثالث: التماثل بين مكونات النموذج القانوني للجريمة مع العناصر المكونة للواقعة: ويتحقق حدوث التماثل بالنظر إلى

الواقعة والعناصر المكونة لها ثم النظر إلى القانون وملاحظة العناصر المكونة له ثم تطبيق الواقعة على القانون، فإذا حدث التطابق جاز للمحكمة تحقق شرط من شروط ممارسة المحكمة سلطتها في التكييف القانوني للدعوى الجزائية⁽⁹³⁰⁾ وفي سلطة المحكمة في تقدير الاعتراف تأخذ بالاعتراف كله ولها أن تجزئه، أن تعول على اعتراف لم يصدر أمامها من خلال محضر الاستدلال ومحضر النيابة العامة، أن تقيم العدول عن الاعتراف كما تقيم الاعتراف ذاته، أن تلتفت عن الاعتراف ولا تأخذ به كدليل أو شرط ذكر الأسباب، وتتمثل أعمال الخبرة في إبداء رأي علمي من شخص مؤهل فنيا لتأكيد أو نفي واقعة ذات أهمية في الدعوى واستخلاص نتائج موضوعية منها، مثل الطب الشرعي، أو البصمات، وتعد الخبرة من أقوى الأدلة التي تعتمدها المحكمة كدليل قوي لا يكذب، وللمحكمة أن تطلب إجراء الخبرة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم، ويجب أن يكون عدد لجنة الخبراء وتراً، ويندب الخبير بحكم تمهيدي أو تحضيري تحدد فيه مهمة الخبير، ويجب أن يحلف الخبير اليمين عن أداء مهمته، والمحكمة لا تحل محل الخبير في الرأي الفني ويمكن للمحكمة أن تستنتج دليل عن واقعة مجهولة من واقعة معلومة، ودليل غير مباشر⁽⁹³¹⁾.

ضوابط ممارسة القاضي لحريته في الاقتناع:

1. أن يستمد القاضي الجنائي اقتناعه من الأدلة التي طرحت أمامه في الجلسة ولها أصل ثابت في الأوراق: حيث يحظر على القاضي أن يبنّي حكمه على دليل لم يطرح في الجلسة وفقاً لمبدأ شفوية الإجراءات والمواجهة في التحقيق النهائي.
 2. أن يستمد القاضي اقتناعه من أدلة صحيحة قانوناً: فلا يجوز الاستناد إلى دليل تم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة (ما بني على الباطل فهو باطل). فالقاعدة إهدار الدليل أياً كانت قيمته في الإثبات إذا كان مستمداً من إجراء غير مشروع أو باطل.
 3. أن يبنّي القاضي قناعته على أدلة مستساغة عقلاً: يجب أن يكون الاستنتاج سليماً ويتفق مع المنطق العقلي وسلامة التقدير، ويجب أن تكون الأدلة متساندة وغير متناقضة.
 4. أن يبنّي القاضي قناعته على يقين: اليقين المطلوب ليس اليقين الشخصي وإنما هو اليقين القضائي، مجرد الشك يكفي للقضاء ببراءة المتهم، عندما تشكك المحكمة في صحة إسناد التهمة إلى المتهم أو عدم كفاية الأدلة فعلياً أن تقضي بالبراءة.
- فالقاضي الجنائي مقيد بطرق الإثبات الخاصة بالمواد غير الجنائية وفقاً للمادة (152 إجراءات جزائية) تتبع المحاكم الجزائية في المسائل غير الجزائية التي تفصل فيها تبعاً للدعوى الجزائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل وعدم جواز الإثبات بالشهادة، كما لا يجوز إثبات عكس ما تضمنه محضر الجلسة من وقائع إلا بطريق الطعن بالتزوير، والقرائن القانونية القاطعة قرينة عدم المسؤولية الجنائية للجنون أو عدم التمييز، قرينة العلم المفترض بالقانون⁽⁹³²⁾.

الفرع الثاني: سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى

حدد المشرع الاتحادي تشكيل النيابة العامة في المادة 56 من قانون السلطة القضائية الاتحادي رقم 3 لسنة 1983م النائب العام، المحامي العام الأول، المحامون العامون، رؤساء النيابة ويختصون في: تمثيل الادعاء أمام المحكمة الاتحادية العليا، التوقيع على أسباب الطعن بالنقض، رفع الدعوى الجزائية في الجنايات، إصدار الأمر بالأمر بوجه لإقامة الدعوى الجزائية، وكلاء النيابة العامة، وحدد الوظائف

(930) عبد الرؤوف عبيد: ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، مرجع سابق ص 60.

(931) نص المادة 257 من قانون العقوبات الاتحادي: على يعاقب الخبير أو المترجم (بالحبس مدة لا تقل عن سنة ويمنع أن يكون خبيراً، ويحكم

عليه بالسجن المؤقت إذا كانت مهمته تتعلق بجناية)

(932) نص المادة (152) من قانون الإجراءات الجزائية على إنه: تتبع المحاكم الجزائية في المسائل غير الجزائية التي تفصل فيها تبعاً للدعوى الجزائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل.

الت تختص بها النيابة العامة في المادة (5 إجراءات جزائية) بوظيفة التحقيق والادعاء، وفي المادة (6 إجراءات جزائية) تشرف على المنشآت العقابية وأماكن الحبس والحجز وحبس المدينين، رفع الدعوى الجزائية ومباشرتها أمام المحاكم والمادة (7 إجراءات جزائية) (933). ويتمتع أعضاء النيابة العامة بالحصانة القضائية وفقاً للمادة 55 وما يليها، ومن ثم فإن قرارات النيابة في التحقيق والتصرف فيه هي قرارات قضائية، يترتب على ذلك عدم مسؤولية الدولة عن أعمال النيابة العامة، وتنص المادة (57 من قانون السلطة القضائية) على أن يتبع أعضاء النيابة العامة رؤساءهم بترتيب درجاتهم، وينوبون عن النائب العام في ممارسة وظائفهم، ويتبعون جميعاً وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، تبعية رئاسية داخل جهاز النيابة العامة تدرج رئاسي هرمي، أي أن النائب العام يملك حق الرقابة والإشراف القضائي والإداري، وتبعية إدارية لوزير العدل أي ليست تبعية قضائية فنية، فالنيابة العامة لا تتجزأ بصفقتها سلطة اتهام ويحل كل عضو محل الآخر، فهي وحدة لا تتجزأ لأنهم يمثلون النائب العام، بشرط مراعاة قواعد الاختصاص المقررة، وفقاً لنص المادة 57/3 من قانون السلطة القضائية وكذلك عدم جواز رد أعضاء النيابة العامة لأن النيابة العامة خصم أصلي في الدعوى. والقاعدة أنه لا يجوز للخصم رد خصمه وفقاً للمادة 207 إجراءات جزائية (934).

الفرع الثالث: قيود تحريك الدعوى العامة

تتمثل قيود تحريك الدعوى العامة: في الشكوى، الإذن، الطلب ونعرضها كما يلي:

أولاً: الشكوى: هي إفصاح المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً عن رغبته في تحريك الدعوى الجزائية ضد مرتكب الجريمة في جرائم محددة، الأساس القانوني للشكوى وعلتها وقد حددت ذلك (المادة 10 إجراءات جزائية) بأن لا يجوز أن ترفع الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى خطية أو شفهية من المجني عليه أو ممن يقوم مقامه، ومفادها تقديم المصلحة الخاصة للمجني عليه على حق الدولة في العقاب، الطبيعة القانونية للشكوى بالقيود على رفع الدعوى الجزائية من النظام العام (935).

نطاق تعليق الدعوى الجزائية على الشكوى: حددت المادة (10/1 من قانون إجراءات جزائية) الجرائم التي يتطلب فيها شكوى المجني عليه لتحريك الدعوى العامة، وهي جرائم السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المتحصلة عنها، وجريمة عدم تسليم الصغير، وجريمة الامتناع عن أداء النفقة أو أجره الحضانة أو الرضاعة أو المسكن، وجريمة سب الأشخاص وقذفهم، وجريمة الجرائم

(933) نص المادة (5) من قانون الإجراءات الجزائية: النيابة العامة جزء من السلطة القضائية وتباشر التحقيق والادعاء في الجرائم وفقاً لأحكام هذا القانون. نص المادة (6) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: تشرف النيابة العامة على المنشآت العقابية وأماكن الحبس الاحتياطي والحجز وحبس المدينين. نص المادة (7) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجزائية ومباشرتها ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون. نص المادة (9) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: يقوم النائب العام بنفسه أو بواسطة أحد أعضاء النيابة العامة برفع الدعوى الجزائية ومباشرتها على الوجه المبين في القانون.

(934) نص المادة (207) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: للخصوم رد القضاة عن الحكم في الحالات الواردة في المادة السابقة، وفي سائر حالات الرد المبينة في قانون الإجراءات أمام المحاكم المدنية ولا يجوز رد أعضاء النيابة العامة ولا مأموري الضبط القضائي. نص المادة (206) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: مع مراعاة حكم المادة (163) يمتنع على القاضي أن يشترك في نظر الدعوى إذا كانت الجريمة قد وقعت عليه شخصياً أو إذا كان قد قام في الدعوى بعمل مأمور الضبط القضائي أو بوظيفة النيابة العامة أو المدافع عن أحد الخصوم أو أدى فيها شهادة، أو باشر فيها عملاً من أعمال أهل الخبرة. ويمتنع عليه كذلك أن يشترك في الحكم في الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً منه.

(935) نص المادة (10) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: لا يجوز أن ترفع الدعوى الجزائية في الجرائم التالية إلا بناء على شكوى خطية أو شفهية من المجني عليه أو ممن يقوم مقامه قانوناً. 1- السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المتحصلة منها. إذا كان المجني عليه زوجاً للجانبي، أو كان أحد أصوله أو فروعه ولم تكن هذه الأشياء محجوزاً عليها قضائياً أو إدارياً أو مثقلة بحق لشخص آخر. 2- عدم تسليم الصغير إلى من له الحق في طلبه ونزعه من سلطة من يتولاه أو يكفله. 3- الامتناع عن أداء النفقة أو أجره الحضانة أو الرضاعة أو المسكن المحكوم بها. 4- سب الأشخاص وقذفهم. 5- الجرائم الأخرى التي ينص عليها القانون. ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة ومرتكبها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

الأخرى التي ينص عليها القانون. فالمدة التي يجب تقديم الشكوى خلالها وفقاً للمادة (2/10 من قانون إجراءات جزائية) لا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة ومتركبها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وعلة ذلك حتى لا يتخذ المجني عليه من الشكوى سلاحاً للتهديد والابتزاز والناكبة، قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، وينقضي الحق في تقديم الشكوى بموت المجني عليه ولا ينتقل هذا الحق للورثة وفقاً للمادة (10/ إجراءات جزائية)، وأن المجني عليه أصالة أو وكالة صاحب الحق في تقديم الشكوى، أن يكون مجنيا عليه فلا تقبل الشكوى إلا من المجني عليه أو من نائبه القانوني، وفي حالة تعدد المجني عليهم إذا لم يتم المجني عليه 15 سنة أو كان مصاباً في علة عقلية، أن تتوافر لديه إرادة تحريك الدعوى يجب أن تكون هذه الإرادة غير معلقة على شرط، وتقدم الشكوى ضد مرتكب الجريمة⁽⁹³⁶⁾. وتكون الجهة التي تقدم لها الشكوى هي النيابة العامة، أحد مأموري الضبط القضائي، إلى من يكون حاضراً من رجال السلطة العامة في حالة التلبس بالجريمة وفقاً (للمادة 11 إجراءات جزائية)، وتقدم الشكوى من المجني عليه خطياً أو شفويًا ما دامت معبرة عن إرادة المجني عليه في مباشرة الإجراءات وفقاً (للمادة 10 إجراءات جزائية) وتتقيد سلطة النيابة العامة بشأنها ولا تتحرك عنها الدعوى إلا بشكوى، وأساس ذلك أن التفسير الضيق للنصوص يكون في مجال التجريم وليس في مجال الإباحة⁽⁹³⁷⁾.

ثانياً: الإذن: يقصد به قيام جهة أو هيئة ذات صفة عامة يحددها القانون ويشترط موافقتها على تحريك الدعوى موافقة جهة معينة يتبعها المتهم على تحريك الدعوى الجزائية ضده عن جريمة معينة ارتكبها، العلة من الإذن هناك بعض الهيئات العامة لها استقلالها وهيبتها وكرامتها بالحصانة البرلمانية وهي لأعضاء المجالس النيابية، والحصانة القضائية والتي تتمثل في القضاة ويتبع ذلك أعضاء النيابة العامة وقد راع المشرع الاتحادي ضرورة الحصول على الإذن بشأن الجرائم المرتكبة باعتبار أن الجهة التي ينتمون إليها هي الأكثر ملاءمة بشأن تحريك الدعوى الجزائية، لذلك أوجب المشرع على النيابة العامة السلطة صاحبة الاختصاص الأصيل في تحريك ورفع الدعوى الجزائية الرجوع إلى تلك الجهة قبل اتخاذ أي إجراء من إجراءات بشأن الدعوى الجزائية⁽⁹³⁸⁾.

ثالثاً: الطلب: إفصاح هيئة عامة عن رغبتها في تحريك الدعوى الجزائية ضد أحد الأشخاص لارتكابه جريمة تدخل في اختصاص هذه الهيئة، وقد حصر المشرع حالات تعليق الدعوى على طلب في حالتين جريمة العيب في حق رئيس دولة عربية أو إسلامية أو أخرى أو في حق ممثل لإحدى هذه الدول معتمدة في البلاد، جرائم إهانة أو سب المجلس الوطني الاتحادي أو الجيش أو المحاكم أو غيرها من الهيئات النظامية في الدولة والتي تقع بواسطة الصحف كما اشترط المشرع في بعض الجرائم تقديم طلب لتحريك الدعوى الجزائية منها جرائم النشر وفقاً للمادة (101) من قانون المطبوعات والنشر الاتحادي، رقم 15 لسنة 1980 بأن لا تتحرك الدعوى عنها إلا بطلب يقدم من قبل وزير الإعلام⁽⁹³⁹⁾.

المبحث الثاني: القواعد العامة في اختصاص المحاكم الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية

إن قانون الإجراءات الجزائية يمثل مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الإجراءات التي تتخذها السلطات المختصة، على أثر ارتكاب جريمة، لكشف الجريمة وتجميع الأدلة عنها، ومعرفة الفاعلين لها وتقديمهم للمحاكمة، وإصدار الأحكام عليهم وتنفيذها، وتتحدد القواعد العامة في الاختصاص حسب نوع الجريمة من جنایات، أو جنح، أو مخالفات أو حسب درجة التقاضي، فالاختصاص هو مباشرة ولاية القضاء في نظر الدعوى في الحدود التي يقرها القانون، أي الحدود التي رسمها المشرع ليباشر فيها القاضي ولاية الحكم في الدعوى⁽⁹⁴⁰⁾. وللمحكمة الجزائية سلطة في إحالة الدعوى الجزائية إلى النيابة العامة، إذا توافرت الشروط القانونية لذلك، ويستوي ذلك في محكمة الجنایات والاستئناف أو النقض أو التمييز عند الطعن للمرة الثانية، ولتوضيح ذلك قسمنا المبحث إلى المطالب التالية:

(936) خالد حامد مصطفى: شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 50.

(937) المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 54 لسنة 23 ق عام 2010، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة عام 2002، ص 736 رقم 121.

(938) خالد حامد مصطفى: شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 71.

(939) القاعدة رقم 111 الصادرة في العدد 15 سنة 2004 جزء ص 487، محكمة تمييز دبي بتاريخ 2004/12/25.

(940) خالد حامد مصطفى: شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 90-91.

في المطلب الأول: معايير اختصاص المحاكم الجزائية، وفي المطلب الثاني: إجراءات المحاكمة في المحاكم الجزائية، وفي المطلب الثالث: الاختصاص بالدعوى المدنية وبالمسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائية كما يلي:

المطلب الأول: معايير اختصاص المحاكم الجزائية

قد راعى المشرع إمكانية قبول الدول الأخرى لاختصاص المحاكم الإماراتية في المسألة، وذلك بهدف تأمين قبول المحاكم في الدول الأخرى تنفيذ الأحكام الصادرة في الإمارات. الاختصاص القضائي الدولي إذا كان المدعى عليه أجنبي ليس له موطن أو مكان إقامة، لذلك معظم حالات الاختصاص مرتبطة بمبدأ اتصال النزاع بالإقليم الإماراتي كأصل عام، فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار في الخارج تختص المحاكم بنظر الدعاوى التي ترفع على المواطن والدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الدولة، وتم تقسيم المطلب إلى الفروع التالية ففي الفرع الأول: الاختصاص القيمي، وفي الفرع الثاني: الاختصاص النوعي، وفي الفرع الثالث: الاختصاص المكاني

الفرع الأول: الاختصاص القيمي

ويقصد بالاختصاص النوعي مجموعة القواعد التي تستهدف تحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى على أساس قيمتها، ومعياري الاختصاص القيمي هو المعيار المعتمد من المشرع لتوزيع الاختصاص بين الدوائر الابتدائية الجزئية المشكلة من قاض فرد والدوائر الكلية المشكلة من ثلاثة قضاة، وفي الدوائر الجزئية المشكلة من قاض فرد تختص بالحكم ابتدائياً في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تزيد قيمتها عن 500 ألف درهم، والدعاوى المقابلة أياً كانت قيمتها (941). أما الدوائر الكلية المشكلة من ثلاثة قضاة فتختص بالحكم ابتدائياً في جميع الدعاوى المدنية والتجارية التي ليست من اختصاص دوائر المواد الجزئية وهو ما يعني بالنسبة للاختصاص القيمي اختصاصها بالدعاوى التي تتجاوز قيمتها 500 ألف درهم، وليس هناك حد أقصى للاختصاص القيمي للمحكمة الابتدائية، فإذا كان الحكم الصادر من الدوائر الجزئية لا تتجاوز قيمته 20 ألف درهم فإنه يكون انتهائياً غير قابل للطعن فيه بالاستئناف. ويسمى هذا بالنصاب الانتهائي للدوائر الجزئية (942).

وإذا كان الحكم الصادر من محاكم الاستئناف لا تتجاوز قيمته 200 ألف درهم فإنه يكون نهائياً غير قابل للطعن فيه بالنقض، ويسمى هذا بالنصاب النهائي لمحكمة الاستئناف، وقد خرج المشرع على قواعد الاختصاص القيمي، حيث جعل لكل من المحكمة الجزئية والمحكمة الابتدائية اختصاصاً نوعياً يرجع إلى أهمية موضوع الدعوى بغض النظر عن قيمتها. (943).

الفرع الثاني: الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي اختصاص المحكمة بحسب نوع الجريمة المنصوص عليها في قانون العقوبات، أو في القوانين العقابية الخاصة ويتحدد هذا الاختصاص طبقاً للتقسيم الثلاثي جنايات وجنح ومخالفات أي وفقاً لجسامة الجريمة، ونعرضهم كما يلي: أولاً: الاختصاص النوعي للمحكمة الكلية ثانياً: الاختصاص النوعي للمحكمة الجزئية

أولاً: الاختصاص النوعي للمحكمة الكلية الاتحادية محكمة الجنايات والجنح والمخالفات: يحكم قواعد الاختصاص النوعي

قاعدة ثنائية حيث تختص محكمة الجنايات المشكلة من ثلاثة قضاة بنظر جرائم الجنايات والتي يشار إليها بالمحكمة الكلية، بينما تختص محكمة الجنح والمخالفات المشكلة من قاضي فرد بنظر قضايا الجنح والمخالفات ويشار إليها بالمحكمة الجزئية، وقد وضح ذلك في

(941) خالد حامد مصطفى : شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 50.

(942) حسن الجندي : شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، معلقاً عليه بالفقه وأحكام القضاء، الجزء الأول ، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2009، ص 35.

(943) خالد حامد مصطفى : شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 69.

المادة (139) إجراءات جزائية⁽⁹⁴⁴⁾. وبذلك فإن محكمة الجنايات تختص بنظر الجنايات كجرائم القتل العمد والاعتصاب والسرقة بالإكراه والحريق العمد والشروع والاشتراك فيها وغيرها، كما يشمل الاختصاص النوعي لقضايا الجرح والمخالفات المرتبطة بهذه الجنايات، فإذا تبين لها وجود جنحة أو مخالفة مرتبطة بجناية منظورة أمامها فلها الحق في نظرها، ولا يجوز النعي على حكمها بالخروج على قواعد الاختصاص النوعي، بينما تختص محكمة الجرح نوعياً بنظر جرائم الجرح، والمخالفات، ومن ذلك جرائم الإيذاء البسيط، السرقة، الاختيال، ولا يجوز لها أن تنظر جريمة بحسب وصفها القانوني جناية، والمعمول عليه في تحديد ما إذا كانت الواقعة جناية أو جنحة ومن ثم تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم الجزائية ليس بالعقوبة المقضي بها ولكن بنوع الجريمة⁽⁹⁴⁵⁾. فلا يشترط أن تنقيد المحكمة بالوصف أو القيد الواردين بأمر الإحالة من النيابة العامة، فإذا قدمت جريمة إلى المحكمة الجزئية بوصفها جنحة ثم أسبغت عليها المحكمة الجزائية وصف الجناية، وقضت بعدم الاختصاص النوعي وطعنت النيابة العامة على الحكم، فلا تنقيد المحكمة الاستئنافية بالوصف الذي أنزلت المحكمة الجزئية على الواقعة، وإنما يكون واجباً عليها إعطاء الواقعة المطروحة عليها التكييف الصحيح، وإلا شاب الحكم الخطأ في تطبيق القانون فالمحكمة غير مقيدة بالوصف الوارد في قرار الإحالة⁽⁹⁴⁶⁾.

ثانياً: الاختصاص النوعي للمحكمة الابتدائية الاتحادية: تختص المحكمة الابتدائية الاتحادية بالنظر في الجرائم التي ترتكب ضمن الحدود الجغرافية للإمارات الاتحادية، بينما تختص الإمارات الاتحادية بنظر الجرائم التي ترتكب ضمن حدودها الجغرافية وذلك وفقاً للمادة 104 من الدستور الاتحادي، حيث تتولى الهيئات القضائية المحلية في كل إمارة جميع المسائل القضائية التي لم يعهد بها للقضاء الاتحادي بمقتضى أحكام الدستور، مما يعني أنه لا يجوز لمحكمة اتحادية ابتدائية أن تقضي في موضوع خارج عن حدود اختصاصها النوعي، وإلا تكون قد خالفت قواعد الاختصاص وأثر ذلك بطلاناً من النظام العام يجوز إثارته في أي درجة من درجات القضاء ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز أو النقض⁽⁹⁴⁷⁾.

ثالثاً: الاختصاص النوعي للمحكمة الاتحادية العليا: وفقاً لنص المادة (99) من الدستور الخاص بولاية المحكمة العليا في فقتها السادسة على إنه (تختص المحكمة الاتحادية العليا دون غيرها بالفصل في الجرائم التي لها مساس مباشر بمصالح الاتحاد كالجرائم المتعلقة بأمن الدولة، في الداخل أو الخارج، وجرائم تزوير المحررات أو الاختتام الرسمية لإحدى سلطات الاتحاد وجرائم تزيف العملة، وعلى ذلك تضحي المحكمة الاتحادية العليا صاحبة اختصاص نوعي يناط بها الفصل في جرائم معينة فإذا ارتكبت واقعة تزوير اختتام اتحادية أو جريمة من جرائم الإرهاب في إمارة دبي فتختص بها المحكمة الاتحادية العليا الكائن مقرها في أبوظبي، ويلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا عندما تفصل في القضايا طبقاً للاختصاص النوعي تنظرها كمحكمة ابتدائية بمعنى حكمها الصادر في هذه الحالة يقبل الطعن بالاستئناف والنقض⁽⁹⁴⁸⁾.

الفرع الثالث: الاختصاص المكاني

يقصد بالاختصاص المكاني أن يتحدد اختصاص المحكمة بحسب مكان ارتكاب الجريمة وقد حدد المشرع الاتحادي الاختصاص المكاني للمحاكم الجزائية وفقاً لمعيار مكان وقوع الجريمة فقط، وفقاً للمادة (124/ إجراءات جزائية)⁽⁹⁴⁹⁾. وتعد الجريمة مرتكبة في إقليم

⁽⁹⁴⁴⁾ نص المادة (139) من قانون الإجراءات الجزائية: فيما عدا ما تختص به المحكمة الاتحادية العليا من الجرائم، تختص المحكمة الابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة بنظر الجنايات التي تليها النيابة العامة ويشار إليها في هذا القانون بمحكمة الجنايات، كما تختص مشكلة من قاض فرد بنظر جميع قضايا الجرح والمخالفات ويشار إليها في هذا القانون بحكمة الجرح.

⁽⁹⁴⁵⁾ محكمة تمييز دبي: الطعن رقم 156 لسنة 2007، جزء، المكتب الفني، الجزء الثاني، من 1/1-2007/12/30-2007/1/1، العدد الثامن، جزء، جلسة 2007/5/21

⁽⁹⁴⁶⁾ خالد حامد مصطفى: شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 356.

⁽⁹⁴⁷⁾ المحكمة الاتحادية العليا: في الطعن رقم 54 لسنة 11، جلسة الأربعاء 1990/5/9، مجموعة الأحكام القضائية لسنة 1990، السنة الثانية عشر، ص 72

⁽⁹⁴⁸⁾ خالد حامد مصطفى: شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 364.

⁽⁹⁴⁹⁾ المادة (142) من قانون الإجراءات الجزائية: على إنه يتعين الاختصاص بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة.

الدولة إذا وقع فيها فعل من الأفعال المكونة لها أو إذا تحققت فيها نتيجهتها أو كان يراد أن تحقق فيها وفقاً للمادة (2/16) عقوبات اتحادي)، ويقصد بمكان ارتكاب الجريمة المكان الذي وقع فيه الركن المادي لها ويستوي في ذلك مكان النشاط، أو مكان النتيجة، أو مكان علاقة السببية ومثالاً لذلك إذا أعطى شخص مادة سامة لشخص آخر في دبي، وسافر المجني عليه إلى أبو ظبي ومات هناك فإن الاختصاص المكاني ينعقد لمحكمة جنايات دبي بوصفها مكان ارتكاب السلوك، ومحكمة جنايات أبو ظبي بوصفها مكان تحقيق النتيجة، فالاختصاص المكاني يتحدد بمكان وقوع الفعل أو تحقق النتيجة (950).

المطلب الثاني: إجراءات المحاكمة في المحاكم الجزائية

أن التصرف في الدعوى الجزائية لا يكون إلا من النيابة العامة، ويأخذ تصرف النيابة العامة في الدعوى الجزائية أمرين إما حفظ الأوراق إدارياً بناء على محضر جمع الاستدلالات أو إصدار قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية إذا كانت قد اتخذت في الدعوى إجراء من إجراءات التحقيق، أو إحالة الدعوى مباشرة بناء على محضر الاستدلالات وقبل إتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق فيها أو بأمر إحالة للمحاكمة، وإذا أحيلت الدعوى إلى المحكمة، تبدأ إجراءات المحاكمة والتي يترتب عليها إما إدانة المتهم أو براءته من التهمة، لذلك تعد هذه الإجراءات من أهم مراحل الإجراءات الجزائية (951) فإذا صحت إجراءات رفع الدعوى الجزائية فإن الدعوى تدخل في حوزة المحكمة الجزائية وتختلف القواعد التي تتبع في نظر الدعوى الجزائية بحسب ما إذا كانت محكمة جزئية بهيئة محكمة جنح ومخالفات، أو محكمة كلية بهيئة محكمة جنايات، ومع مراعاة أحكام قانون المحاماة إذا وقعت جنحة أو مخالفة في الجلسة فللمحكمة أن تقيم الدعوى في الحال على المتهم وتحكم فيها بعد سماع أقوال النيابة العامة ويكون الحكم نافذاً ولو حصل استئنافه، وإذا كانت الجريمة جناية أو جنحة شهادة زور تأمر المحكمة بتوقيف المتهم وتحيله للنيابة العامة ولا يتوقف رفع الدعوى في هذه الحالة على شكوى إذا كانت الجريمة من الجرائم التي يتطلب القانون لرفعها تقديم شكوى بها وفي جميع الأحوال الأخرى للمحكمة أن تأمر بالقبض على المتهم إذا اقتضى الحال ذلك (المادة 19/ إجراءات جزائية) (952) وتم تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع ففي الفرع الأول نوضح نظام الجلسة وإجراءاتها، وفي الفرع الثاني نبين أنواع الأحكام الجزائية وإجراءات إصدارها، أما في الفرع الثالث نبين الشروط الشكلية للأحكام الجزائية نعرضها كما يلي:

الفرع الأول: نظام الجلسة وإجراءاتها

تدون إجراءات المحاكمة في محضر يسمى محضر الجلسات وقد أوجبت المادة (171/ إجراءات جزائية) تحرير محضر الجلسة والتوقيع على كل صفحة من صفحاته من رئيس المحكمة وكاتبها، وذلك لهدف إثبات الوقائع اللازمة وطلبات الخصوم ودفع المتهم وبيانات ديباجة الحكم والذي يناط به تحرير محضر الجلسة ولإثبات الوقائع فيه (953). كما يؤدي محضر الجلسات دوراً رئيسياً في الطعن على الأحكام فالأساس في الطعن على الأحكام يركز دائماً على ما تم تدوينه من إجراءات في هذا المحضر فإذا تمسك المتهم بعدم طرح القاضي للدليل في الجلسة ومخالفته مبدأ شفوية المحاكمة فيكون الأساس في إثبات ذلك هو محضر الجلسة وحتى يتسنى الاعتراف بمحاضر الجلسات وما دون بها من إجراءات يكفي لصحتها يجب أن توقع من رئيس المحكمة، ويقع على عاتق المحكمة إثبات

(950) المحكمة الاتحادية العليا في الطعن 74 لسنة 24 ق، 26 ق، جلسة الاثنين 2004/6/21، مجموعة الاحكام 2004

(951) عبد الفتاح مراد : شرح قانون الإجراءات الجزائية المعدل، مرجع سابق ص 73

(952) أشرف توفيق شمس الدين: شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرحلة ما قبل المحاكمة، مرجع سابق ص 65

(953) نص المادة (171) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه : يجب أن يحرر محضر بما يجرى في جلسة المحاكمة ، ويوقع على كل صفحة منه رئيس المحكمة وكاتبها. ويشتمل هذا المحضر على تاريخ الجلسة، ويبين به ما إذا كانت علنية أو سرية وأسماء القضاة وعضو النيابة العامة الحاضر بالجلسة والكاتب وأسماء الخصوم والمدافعين عنهم وشهادة الشهود وأقوال الخصوم، ويشار فيه إلى الأوراق التي تليت وسائر الإجراءات التي تمت، وتدون به الطلبات التي قدمت أثناء نظر الدعوى وما قضى به في المسائل الفرعية ومنطوق الاحكام الصادرة وغير ذلك مما يجرى في الجلسة.

دفاع المتهم، وتدوين أوجه دفاعه في محضر الجلسة، فإذا حضر المتهم ولم تكلف المحكمة نفسها بإثبات أي إجراء بشأنه أو سماع دفاعه فإن أثر ذلك البطلان⁽⁹⁵⁴⁾.

أولاً السرية الجوازية في جلسات المحكمة: أجاز المشرع الاتحادي في قانون الإجراءات الجزائية وفقاً للمادة (161 / إجراءات جزائية) بأن تكون الجلسة علانية، وأجاز للمحكمة مع ذلك مراعاة للنظام العام، أو محافظة على الآداب، أن تأمر بسماع الدعوى كلها أو بعضها في جلسة سوية أو أن تمنع فئات معينة من الحضور فيها ولكن إذا جعلت الجلسة سرية فإنه يجب عليها أن يكون قرارها في هذا الصدد مسبباً، وإلا يوجد ما يحول دون جعل الجلسة سرية بالنسبة لأشخاص معينين دون غيرهم⁽⁹⁵⁵⁾. والمحكمة في تسببها لقرار السرية لا تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز أو النقض، باعتبار أن ذلك من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها، وفي الحالات التي يجوز فيها السرية لا تسري على المتهم، والمحامي، والشهود، وكذلك تقتصر السرية على جلسات المرافعة ولا تشمل إجراءات تلاوة أمر الإحالة، والالتهام، وسؤال المتهم عن التهمة المنسوبة إليه فهذه الإجراءات يجب أن تكون في العلانية، وعلة ذلك أنها لا تمس النظام العام في شيء، وكذلك النطق بالحكم يتعين أن يكون في جلسة علانية وفقاً للماد (210/إجراءات جزائية)⁽⁹⁵⁶⁾. وإذا كانت الدعوى نظرت في جلسة سرية ويترتب على مخالفة قاعدة علانية النطق بالحكم بطلان إجراءات المحاكمة، وهذا البطلان من النظام العام، وتتصدى له المحكمة من القاء نفسها، بما يستوجب معه إعادة النظر في الإجراءات من جديد، ويجوز إثارتها ولأول مرة أمام محكمة التمييز أو النقض⁽⁹⁵⁷⁾.

ثانياً: السرية الوجوبية في جلسات المحكمة: أوجب المشرع على المحكمة جعل الجلسة غير علانية في الجرائم المتعلقة بالأحداث، وذلك في المادة (29/ من القانون الاتحادي رقم (9) في شأن الأحداث الجانحين والمشردين بقولها: تجري محاكمة الحدث في غير علانية ولا يجوز أن يحضرها إلا متولي أمره والشهود والمحامون ومندوبو وزارة تنمية المجتمع ومراكز رعاية الأحداث ومن تأذن لهم المحكمة بالحضور، وللمحكمة إعفاء الحدث من حضور المحاكمة بنفسه، وأن تقرر سماع الشهود في غير حضوره، إذا رأت أن مصلحته تقتضى ذلك، على أن لا يجوز الحكم بالإدانة إلا بعد إفهام الحدث بما تم في غيبته من إجراءات ويجب أن يكون النطق بالحكم في جلسة علانية⁽⁹⁵⁸⁾. وعلة ذلك أن المشرع ارتأى أن تكون جلسات المحاكمة غير علانية عند محاكمة الأحداث، ضماناً لمصلحتهم، وصيانة لسمعتهم، وسمعة أسرهم، وإبعادهم عن جو المحاكمات العادية، بما يترتب عليها من رهبة وأثار نفسية، ولم يجز المشرع أن يحضر محاكمتهم إلا المتولين أمورهم، والشهود، والمحامين، ومندوبي وزارة تنمية المجتمع، ومراكز رعاية الأحداث ومن تأذن لهم المحكمة

⁽⁹⁵⁴⁾ متى تبين أن محكمة الاستئناف أصدرت حكمها المطعون فيه حضورياً بحق المطعون ضده. بجلسة المحاكمة الأولى بتاريخ 1987/11/19، دون إثبات أي إجراء بشأنه رغم حضوره الجلسة إذ جنت المحكمة إلى ختام المحاكمة وإصدارها الحكم أثر فروغها من سماع أقوال متهمة أخرى حاضرة. عما أسند إليها دون سماع أقوال المطعون ضده ودفاعه. بما يفيد صدور الحكم بحق المطعون ضده الحاضر بدون محاكمة، كما تبين من محضر الجلسة أن مسودة الحكم المحررة على غلاف ملف الدعوى جاءت خلواً من التاريخ المثبت لوضعها عند النطق بالحكم. الأمر الذي يترتب عليه بطلان الحكم المطعون فيه بطلاناً يتصل بالنظام العام. حكم المحكمة الاتحادية العليا، السنة العاشرة، 1988، ص 98، جلسة 8 فبراير 1988.

في الطعن رقم (106) لسنة 9 قضائية، مجموعة الأحكام الجزائية، الصادرة من المكتب الفني لعام 2014

⁽⁹⁵⁵⁾ أشرف توفيق شمس الدين : شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرحلة ما قبل المحاكمة، مرجع سابق ص 75

⁽⁹⁵⁶⁾ نص المادة (210) من قانون الإجراءات الجزائية، يصدر الحكم في جلسة علنية ولو كانت الدعوى نظرت في جلسة سرية ويجب إثباته في محضر الجلسة وأن يوقعه رئيس المحكمة والكاتب. وللمحكمة أن تأمر باتخاذ الوسائل اللازمة لمنع المتهم من مغادرة قاعة الجلسة قبل النطق بالحكم أو لضمان حضوره في الجلسة التي يؤجل لها الحكم ولو كان ذلك بإصدار أمر بحبسه إذا كانت الواقعة مما يجوز فيها الحبس الاحتياطي.

⁽⁹⁵⁷⁾ المحكمة الاتحادية العليا في الطعن (15) لسنة 13 ق، الصادر بجلسة 1991/5/15، مجموعة الأحكام القضائية الجزائية الصادرة من المكتب الفني عن عام 1991، ص 208

⁽⁹⁵⁸⁾ محكمة تمييز دبي: الطعن رقم 137 لسنة 1996، بجلسة 1997/5/10، جزاء، المكتب الفني، مجموعة الأحكام الجزائية، المجلد 2، لعام 2007

بالحضور⁽⁹⁵⁹⁾. وعلى ذلك إن جرت محاكمة الحدث علناً في جلسة واحدة فقط من جلسات المرافعة، ولم يراع ذلك في باقي الجلسات، فإن أثره ذلك بطلان إجراءات المحاكمة، والحكم الصادر بناء عليها، ويجب على المحكمة أن تقوم بإعادة المحاكمة، وتصحيح إجراءاتها، والفصل فيها بحكم جديد، تحقيقاً للغاية من هذه الإجراءات⁽⁹⁶⁰⁾. وترجع أسباب سرية المحاكمة إلى مراعاة النظام العام وحماية أسرار الدولة، مصلحة العدالة والصالح العام، وحماية الآداب العامة والأخلاق كالجرائم الجنسية، وإبعاد المتهم أو أحد الجمهور من الجلسة (المادة 163 /إجراءات جزائية) ولرئيس المحكمة أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها المتهم، أحد الحضور، ولا يجوز إبعاد المتهم عن الجلسة إلا إذا وقع منه تشويش يستدعي ذلك. على أن يتم إطلاعه على ما تم في غيبته من إجراءات⁽⁹⁶¹⁾.

رابعاً: شفوية التحقيق النهائي والمرافعة: ويقصد به أن يجري القاضي الذي يحكم في الدعوى شفوية وبصوت مسموع للكافة كل ما يتم من إجراءات في الجلسة، فيقوم بالمناداة على الخصوم والشهود، ويسأل المتهم عما إذا كان معترفاً بارتكاب الواقعة، ويسمع الشهادة من فم الشاهد⁽⁹⁶²⁾، ومناقشة الخصوم في أدلة الثبوت والنفي، ولا يجوز للقاضي أن يبنى حكمه على أي دليل لم يطرح على الخصوم أمامه في الجلسة وفقاً لنص المادة (209 /إجراءات جزائية)⁽⁹⁶³⁾. ويبدأ التحقيق بالمناداة على الخصوم والشهود ثم تتلى التهمة، ويجوز للمحكمة الاكتفاء باعتراف المتهم دون سماع الشهود؛ عدا الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام حيث يجب استكمال التحقيق، وتوجه الأسئلة للشهود من النيابة ثم من المجني عليه ثم من المدعي بالحقوق المدنية ثم من المتهم ثم من المسؤول عن الحقوق المدنية، وتسمع شهادة كل شاهد على انفراد، وعلة شفوية التحقيق النهائي أنها يتيح للمتهم العلم بالتهمة وبأدلة الاتهام تفصيلاً، لو اقتضت المحاكمة على تقديم المذكرات المكتوبة والمستندات دون مناقشتها لما أتيحت الفرصة للأطراف في الاتصال بالدعوى ومناقشتها، ويجوز أن يصدر الحكم بإدانة المتهم غيابياً، دون مراعاة مبدأ شفوية المرافعة، غير أن ذلك مشروط بأن تكون الواقعة جنحة أو مخالفة وفقاً لنص المادة (189/إجراءات جزائية)⁽⁹⁶⁴⁾.

وإذا ما تعلقت الدعوى بجناية أوجب على المحكمة أن تجري تحقيقاً شفوية حتى ولو كانت تنظرها في غيبة المتهم وفقاً لنص المادة (201 /إجراءات جزائية)⁽⁹⁶⁵⁾ فإذا حضر المتهم الغائب قبل انتهاء الجلسة التي صدر فيها الحكم وجب إعادة نظر الدعوى في حضوره

⁽⁹⁵⁹⁾ محكمة تمييز دبي: الطعن رقم 93 لسنة 1996، بجلسة 1997/10/26 جزء، المكتب الفني، مجموعة الأحكام الجزائية، المجلد 2، لعام 2007
⁽⁹⁶⁰⁾ وعلى ذلك قض بأنه: إذ كان الثابت بالأوراق أن محاكمة الحدث الطاعن قد جرت علناً منذ نظر الدعوى بجلسة 1996/6/2، حتى 1997/3/23، التي قررت فيها المحكمة حجزها للحكم، فيما عدا جلسة 1996/12/15. التي كانت سرية، الأمر الذي يخالف نص المادة (29) سالف الذكر التي توجب إجراء المحاكمة في غير علانية وبعد مخالفة لقواعد الجلسات التي تتعلق بالنظام العام لاتصال ذلك بحسن سير العدالة الجنائية، ويترتب عليه بطلان إجراءات المحاكمة، ومن ثم بطلان الحكم الصادر بناء عليها، وكانت محكمة الدرجة الثانية إذ نظرت الاستئناف. حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم 109 لسنة 1996. الصادر بجلسة 1997/10/26 جزء، المكتب الفني 8، مجموعة الأحكام الجزائية، المجلد 2، لعام 2007. ص 247.
⁽⁹⁶¹⁾ نص المادة (163) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه: ضبط الجلسة وإدارتها منوطان برئيسها، ومع مراعاة أحكام قانون المحاماة يكون له في سبيل ذلك أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها، فإذا لم يمثل وتمادى كان للمحكمة أن تحكم على الفور بحبس أربعة وعشرين ساعة أو بغرامة مائة درهم، ويكون حكمها بذلك نهائياً. وللمحكمة إلى ما قبل انتهاء الجلسة أن ترجع عن الحكم أو القرار الذي أصدرته بناء على الفقرة السابقة.

⁽⁹⁶²⁾ حسن صادق المرصفاوي : المحقق الجنائي، الإسكندرية، منشأة المعارف، ط1، 2005، ص 551-552.

⁽⁹⁶³⁾ نص المادة (209) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه : يحكم القاضي في الدعوى حسب القناعة التي تكونت لديه ومع ذلك لا يجوز له أن يبنى حكمه على أي دليل لم يطرح على الخصوم أمامه في الجلسة.

⁽⁹⁶⁴⁾ نص المادة (189) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه : إذا لم يحضر الخصم المكلف بالحضور حسب القانون في اليوم المبين بورقة التكليف بالحضور ولم يرسل وكيله عنه في الأحوال التي يسوغ فيها ذلك، تحكم المحكمة في الدعوى غيابياً. وإذا رفعت الدعوى على عدة أشخاص عن واقعة واحدة، وكان بعضهم قد حضر أمام المحكمة والبعض الآخر لم يحضر وجب على المحكمة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية لإعادة إعلان من لم يحضر من الغائبين، ويعتبر الحكم في الدعوى حضورياً في حقهم جميعاً.

⁽⁹⁶⁵⁾ نص المادة (201) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه: يتلى في الجلسة قرار الإحالة ثم الأوراق المثبتة لإعلان المتهم الغائب، وتبدي النيابة العامة وباقي الخصوم أقوالهم وطلباتهم وتسمع المحكمة الشهود إذا لزم الأمر ثم تفصل في الدعوى.

وفقاً لنص المادة (170/إجراءات جزائية) (966) وإذا اعترف المتهم بالتهمة المنسوبة إليه أجاز للمحكمة الاكتفاء بالاعتراف والحكم عليه بغير سماع الشهود ما لم تكن الجريمة معاقب عليها بالإعدام فيتوجب على المحكمة استكمال إجراءات التحقيق النهائي وفقاً لنص المادة (165/ إجراءات جزائية) (967). كما تلتزم المحكمة بمبدأ شفوية المحاكمة عند القضاء بالإدانة، وليس البراءة، ويرجع ذلك لأن المحكمة مبدأ شفوية المحاكمة ضماناً للمتهم، وكفالة لحق الدفاع، بما يخول له إبداء ما يعن من طلبات، ومن ثم لا تكون المحكمة ملزمة بذلك المبدأ متى انتهت للبراءة، ولا يعمل بقاعدة شفوية المرافعة في المخالفات لأن محاضر المخالفات عقوبتها بسيطة ولا تحتل ذات قيمة عقوبة الجنايات والجرح (968).

الفرع الثاني: أنواع الأحكام الجزائية وإجراءات إصدارها

بوجه عام إن إجراءات سير الدعوى أمام محكمة الجرح والمخالفات لا تختلف عن إجراءاتها أما محكمة الجنايات، ففي بداية سير الدعوى سواء كانت جنحة أو جناية تنادي المحكمة على الخصوم والشهود لتبيين الحاضر منهم والغائب، وقد تطلب المشرع الاتحادي في الجرح والجنايات أن تتلى التهمة الموجهة إلى المتهم في صحيفة الاتهام أو ورقة التكليف بالحضور حسب الأحوال عند بدء المحاكمة، ثم تسأل المحكمة المتهم عن التهمة المنسوبة إليه، فإن اعترف أجاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه دون سماع الشهود (969). ويعني ذلك أن المحكمة تقتصر سلطتها عند سؤال المتهم دون استجوابه، وباعتبار أن الاستجواب من إجراءات التحقيق ويدخل في الاختصاص الأصلي للنيابة العامة، وعليه فإذا استجوبت المحكمة المتهم فإن ذلك يرتب البطلان غير أن البطلان في هذه الحالة نسبياً، فإذا لم يتمسك به المتهم أمام محكمة الموضوع، فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، والعلة التي من أجلها حظر المشرع استجواب المتهم، أن المشرع عندما أباح الاستجواب في مرحلة التحقيق الابتدائي كإجراء ضروري للحبس الاحتياطي، إلا أنه في مرحلة المحاكمة ينظر إليه على أنه وسيلة دفاع فحسب، ويتفرع عن ذلك أن المتهم إذا قبل استجوابه فلا يترتب على ذلك البطلان، والذي يفرق بين السؤال والاستجواب أن الأول يتضمن الاستعلام من المتهم عما إذا كان هو الذي ارتكب الجريمة أم لا، ودوافع ارتكابها، وعن شركائه فيها، أما الاستجواب، فإنه يمتد ليشمل مواجهة المتهم بأدلة الاتهام ضده وسؤاله تفصيلياً عن التهمة ليقول كلمته فيها تسليماً بها أو دحضاً لها (970).

(966) نص المادة (170) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه: إذا حضر المتهم الغائب قبل انتهاء الجلسة التي صدر فيها وجب إعادة نظر الدعوى في حضوره.

(967) نص المادة (165) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه: يبدأ التحقيق في الجلسة بالمناداة على الخصوم والشهود، ويسأل المتهم عن اسمه ولقبه ومهنته وجنسيته ومحل إقامته ومولده، وتتلى التهمة الموجهة إليه، ثم تقدم النيابة العامة والمدعي بالحقوق المدنية أن وجد طلباتهم. ثم يسأل عما إذا كان معترفاً بارتكاب الواقعة المسندة إليه. فإذا اعترف يجوز للمحكمة الاكتفاء باعترافه. والحكم عليه، بغير سماع الشهود وإلا فستمع شهادة شهود الإثبات ما لم تكن الجريمة مما يعاقب عليها بالإعدام فيتوجب على المحكمة استكمال التحقيق. ويكون توجيه الأسئلة لهؤلاء الشهود من النيابة العامة ثم من المجني عليه إذا كان حاضراً ثم من المدعي بالحقوق المدنية فيما يتعلق بادعائه ثم من المتهم ثم من المسؤول عن الحقوق المدنية، وللنيابة العامة ثم للمجني عليه ثم للمدعي بالحقوق المدنية أن يستجوب الشهود المذكورين مرة ثانية لإيضاح الوقائع التي أدوا الشهادة عنها في أجوبتهم، على أن تسمع المحكمة شهادة كل شاهد على انفراد.

(968) وقضى بأنه لما كان ذلك وكان الثابت من مطالعة الأوراق أن المتهم أنكر التهمة عند سؤاله أمام محكمة أو درجة وقدم محاميه مذكرة بجلسة 2003/3/9، طلب فيها أصلياً الحكم بالبراءة واحتياطياً سماع شهادة شاهد الإثبات مفتش الجمارك مما يعد طلباً جازماً تلتزم المحكمة بإجابته إذا ما رأت القضاء بغير البراءة وكان من المقرر. وفقاً للمادة (239) من قانون الإجراءات الجزائية أنه يجب على محكمة الاستئناف أن تسمع بنفسها الشهود الذين كان يجب سماعهم أمام محكمة أول درجة وتستوفي كل نقص في التحقيقات. وإذا كان الثابت أن الحكم الابتدائي ومن بعده الحكم المطعون فيه قد بنى قضاؤه بالإدانة على أقوال شاهد الإثبات مفتش الجمارك دون سماع شهادته. ودون أن يبين الأسباب التي حالت دون ذلك رغم طلب الطاعن استدعاءه لسماع أقواله فإن الحكم يكون مشوباً بالإخلال بحق الدفاع. بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن، محكمة تمييز دبي، العدد الرابع عشر جزء، الجزء الثاني، عام 2003، ص 214، جلسة 12 يوليو 2003، الطعن رقم (185) لسنة 2003، جزء.

(969) محكمة تمييز دبي العدد السادس عشر، جزء، عام 2005، ص 65، جلسة السبت 2005/2/5، في الطعن رقم (327) لسنة 2004، جزء ص 65.

(970) محكمة تمييز دبي، العدد الخامس عشر، جزء، عام 2004، ص 50، جلسة 28 فبراير 2004، في الطعن رقم (362) لسنة 2003، جزء.

ويكون لمحكمة الجناية والجنح في أية حالة كانت عليها الدعوى أن توجه للشهود أي سؤال ترى لزومه لظهور الحقيقة، أو أن تأذن للخصوم بذلك وفقاً للمادة (168/ إجراءات جزائية) غير أن القانون لم يرسم للمحكمة طريقاً معين تسير فيه عند سماع الشهود ومناقشتهم⁽⁹⁷¹⁾ ولكتا المحكمتين أن يمنعا توجيه أسئلة للشاهد إذا كانت غير متعلقة بالدعوى، أو غير جائزة القبول، ويجب عليها أن تمنع عن الشاهد كل كلام بالتصريح أو التلميح، أو أي إشارة مما يبني عليه اضطراب أفكاره أو تخوفه، ولها أن تمتنع عن سماع شهادة شهود عن وقائع ترى أنها واضحة وضوحاً كافياً وفقاً للمادة (168/ إجراءات جزائية)⁽⁹⁷²⁾ ولمحكمة الجنح والجنايات أن تمنع المتهم وباقي الخصوم والمدافعين عنهم من الاسترسال في الكلام إذا خرجوا عن موضوع الدعوى، أو كرروا أقوالهم وفقاً للمادة (169/ إجراءات جزائية)⁽⁹⁷³⁾ وحق الدفاع الذي يتمتع به المتهم يخوله إبداء ما يعني له طلبات ما دام باب المرافعة لا يزال مفتوحاً إلا إذا نزل المتهم عن ذلك صراحة أو ضمناً وإذا انغلق باب المرافعة لا يجوز لها إبداء أي دفاع في الدعوى إلا إذا قررت المحكمة إعادة الدعوى للمرافعة⁽⁹⁷⁴⁾. ويتبع أمام محاكم الجنايات جميع الأحكام السابقة المقررة في الجنح والمخالفات سواء فيما يتعلق بترتيب سماع المحكمة للخصوم والشهود أو بمن يثوم بتوجيه الأسئلة وتقديم الطلبات غير أن إجراءات المحاكمة أمام محكمة الجنايات تختلف عنها أمام محكمة الجنح ويعود ذلك لخطورة الجرائم التي تختص بنظرها والعقوبات المقررة لها⁽⁹⁷⁵⁾.

ثانياً: أنواع الأحكام الجزائية: بوجه عام أن الأحكام الصادرة من محكمة الجنايات في جناية تتخذ أحد أمرين إما أحكام حضورية أو غيابية وبالتالي لا تعرفه محكمة الجنايات الأحكام الحضورية الاعتبارية في جناية، وعلى ذلك سوف نبين أوجه الاختلاف بين الأحكام الحضورية والغيابية الصادرة من محكمة الجنايات على النحو التالي:

(1) الأحكام الحضورية الصادرة من محكمة الجنايات في جناية: إذا دخلت الدعوى في حوزة محكمة الجنايات، وحضر المتهم جلسات المرافعة التي تباشر فيها المحكمة إجراءات التحقيق النهائي فهناك قواعد تنفرد محكمة الجنايات عن محكمة الجنح، حيث يحق لمحكمة الجنايات أن تأمر في جميع الأحوال بضبط المتهم وإحضاره ولها أن تأمر بحبسه احتياطياً وأن تفرج بضمان شخصي أو مالي أو بدون ضمان عن المتهم المحبوس احتياطياً وفقاً للمادة (197/ إجراءات جزائية) فإن هذا النص قاصر على محكمة الجنايات دون محكمة الجنح⁽⁹⁷⁶⁾. كما يجب أن يكون لكل متهم في جناية معاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد محام للدفاع عنه في مرحلة المحاكمة، بخلاف محكمة الجنح لا يترتب على عدم حضور محامي مع المتهم بطلان إجراءات المحاكمة، فالأحكام تصدر بأغلبية الآراء إلا أن لمشرع الأحكام الصادرة من محكمة الجنايات بعقوبة الإعدام فأوجب إجماع الآراء وقد نصت على ذلك المادة (218/1 من قانون الإجراءات الجزائية)، فإن أن جسامته الضرر الناجم لهذه العقوبة تقتضي حرص المشرع على إحاطتها بضمان إجرائي يكفل أن يكون النطق بها

⁽⁹⁷¹⁾ نص المادة (168) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه: للمحكمة في أية حالة كانت عليها الدعوى أن توجه للشهود أي سؤال ترى لزومه لإظهار الحقيقة، أو أن تأذن للخصوم بذلك. ويجب عليها منع توجيه أسئلة للشاهد إذا كانت غير متعلقة بالدعوى. أو غير جائزة القبول، ويجب عليها أن تمنع عن الشاهد كل كلام بالتصريح أو التلميح وكل إشارة مما يبني عليه اضطراب أفكاره أو تخوفه. ولها أن تمتنع عن سماع شهادة شهود عن وقائع ترى أنها واضحة وضوحاً كافياً.

⁽⁹⁷²⁾ د. أمال عبد الرحيم عثمان، إيهاب يسر أنور: شرح قانون الإجراءات الجزائية المصري، المحاكمة، وطرق الطعن في الأحكام، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2009، ص 26

⁽⁹⁷³⁾ نص المادة (169) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه: بعد سماع شهود الإثبات وشهود النفي، يجوز للنياية العامة وللمتهم ولكل من باقي الخصوم في الدعوى أن يتكلم، وفي كل الأحوال يكون المتهم آخر من يتكلم. وللمحكمة أن تمنع المتهم وباقي الخصوم والمدافعين عنهم من الاسترسال في الكلام إذا خرجوا عن موضوع الدعوى أو كرروا أقوالهم.

⁽⁹⁷⁴⁾ أمال عبد الرحيم عثمان، إيهاب يسر أنور: شرح قانون الإجراءات الجزائية المصري، المحاكمة، وطرق الطعن في الأحكام، مرجع سابق ص 58

⁽⁹⁷⁵⁾ خالد حامد مصطفى: شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 50.

⁽⁹⁷⁶⁾ نص المادة (197) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه: لمحكمة الجنايات أن تأمر في جميع الأحوال بضبط المتهم وإحضاره ولها أن تأمر بحبسه احتياطياً وأن تفرج بضمان شخصي أو مالي أو بدون ضمان عن المتهم المحبوس احتياطياً.

بإجماع الآراء ويشترط تحقق الاجماع في مختلف مراحل التقاضي، ومخالفة ذلك يترتب على ذلك بطلان الحكم بطلاناً مطلقاً، وهذا البطلان من بالنظام العام أي يجب على المحكمة أن تتصدى له من تلقاء نفسها⁽⁹⁷⁷⁾.

(2) الأحكام الغيابية الصادرة من محكمة الجنايات في جنائية: تتفق قواعد محاكمة المتهم الغائب، أمام محكمة الجنايات مع تلك التي قررها المشرع أمام محكمة الجنج، غير أنهما يختلفان في العديد من الأحكام، فقد خص المشرع الإجراءات أمام المحكمة الجنائية عند الحكم، في جنائية بمزية لا تتوافر أمام محكمة الجنج وهي أنه أعطى لمحكمة الجنايات سلطة تأجيل الدعوى، وإعادة إعلان المتهم رغم تخلفه عن الحضور وإعلانه قانوناً وفقاً لنص المادة (198/ إجراءات جزائية)⁽⁹⁷⁸⁾ ويحرم المحكوم عليه غيابياً في جنائية من إدارة أمواله أو التصرف فيها، وعلة ذلك حتى لا يستغلها في الهروب من تنفيذ العقوبة وما ذلك إلا لأهمية هذه الجرائم وخطورتها على المجتمع بخلاف الجنج والمخالفات فلا يستتبع الحكم الصادر في أي منهما حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله أو التصرف فيها وفقاً لنص المادة (199/ إجراءات جزائية)⁽⁹⁷⁹⁾.

(3) جرائم الجلسات: هي الجرائم التي تقع من أحد الحاضرين بقاعة المحكمة وتخل بنظام الجلسة وحسن سير العدالة والمحافظة على هيئة القضاء ووقارهم، ومن صور جرائم الجلسات عدم الامتثال لقرار الطرد من قاعة المحكمة لرئيس الجلسة إخراج من يخل بنظام الجلسة من قاعة الجلسة (طرد) إذا تمادى ولم يمتثل كان للمحكمة أن تحكم فوراً بحبسه 24 ساعة، أو بغرامة مئة درهم ويكون حكمها نهائياً وللمحكمة أن ترجع عن هذا القرار إلى ما قبل انتهاء الجلسة ويصدر هذا الحكم دون تحقيق أو قرار إحالة أو ضمانات دفاع، وهو حكم نهائي غير قابل للاستئناف وفقاً لنص المادة (163 إجراءات جزائية) جريمة التعدي على هيئة المحكمة أو أحد أعضائها أو العاملين بها تحاكم من تقع منه جنحة على هيئتها أو تحكم عليه بالعقوبة المقررة للجنحة فوراً. وفقاً لنص المادة (83/ إجراءات جزائية)⁽⁹⁸⁰⁾. جريمة الامتناع عن الحضور لتأدية الشهادة إذا تخلف الشاهد عن الحضور أمام المحكمة بعد تكليفه جاز الحكم عليه بالغرامة التي لا تتجاوز ألف درهم، ويجوز إعفائه إذا حضر بعد تكليفه ثانية أو من تلقاء نفسه أو أبدى عذراً، إذا لم يحضر الشاهد في المرة الثانية جاز الحكم عليه بغرامة لا تتجاوز ضعف الحد الأقصى المقرر، وللمحكمة أن تأمر بضبطه وإحضاره وفقاً لنص المادة (173/ إجراءات جزائية)⁽⁹⁸¹⁾ وقوع جنحة أو مخالفة في الجلسة للمحكمة أن تقيم الدعوى في الحال على المتهم وتحكم فيها، ويكون الحكم نافذاً ولو حصل

⁽⁹⁷⁷⁾ وعلى ذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن صدور الحكم المطعون فيه مؤبداً للحكم المستأنف الصادر بالإعدام دون النص بمنطوقه على صدوره بإجماع الآراء مؤداه البطلان، ولا يعصمه من هذا البطلان صدور الحكم المستأنف بالإجماع، أساس ذلك وجوب النص على هذا الإجماع بمختلف مراحل التقاضي، العدد 61، السنة 27 ق، لعام 2005، ص 616، في الطعن رقم 499، لسنة 25 ق، والطعن رقم 95، 111، 145، 158، اسنة 26 ق، شرعي جزائي، جلسة السبت 30/ابريل/2005

⁽⁹⁷⁸⁾ نص المادة (198) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه: إذا لم يحضر المتهم في الجنائية يوم الجلسة بعد إعلانه قانوناً بأمر الإحالة وورقة التكليف بالحضور، يكون للمحكمة أن تحكم في غيبته، ويجوز لها أن تؤجل الدعوى وتأمر بإعادة تكليفه بالحضور.

⁽⁹⁷⁹⁾ نص المادة (199) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه: كل حكم يصدر بالإدانة في غيبة المتهم يستلزم حتماً حرمانه من أن يتصرف في أمواله أو أن يديرها أو أن يرفع أي دعوى باسمه، وكل تصرف أو التزام يتعهد به المحكوم عليه يكون باطلاً. وتعين المحكمة الابتدائية الواقع في دائرتها أموال المحكوم عليه حارساً لإدارتها بناء على طلب النيابة العامة أو كل ذي مصلحة في ذلك وللمحكمة أن تلزم الحارس الذي تنصبه بتقديم كفالة ويكون تابعاً لها في جميع ما يتعلق بالحراسة وتقديم الحساب.

⁽⁹⁸⁰⁾ نص المادة (83) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه: الأمر بالرد لا يمنع ذوى الشأن من المطالبة أمام المحكمة المدنية بما لهم من حقوق و إنما لا يجوز ذلك للمتهم أو المدعي بالحقوق المدنية إذا كان الأمر بالرد قد صدر من المحكمة الجزائية بناء على طلب أيهما في مواجهة الآخر.

⁽⁹⁸¹⁾ نص المادة (173) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه: إذا تخلف الشاهد عن الحضور أمام المحكمة بعد تكليفه به جاز الحكم عليه بعد سماع أقوال النيابة العامة بالغرامة التي لا تتجاوز ألف درهم. ويجوز للمحكمة إذا رأت شهادته ضرورة أن تؤجل الدعوى لإعادة تكليفه بالحضور ولها أن تأمر بضبطه وإحضاره. وإذا حضر الشاهد بعد تكليفه بالحضور مرة ثانية أو من تلقاء نفسه أو أبدى عذراً مقبولاً جاز إعفاؤه من الغرامة بعد

استثنائه، إذا كانت الجريمة جنائية أو جنحة شهادة زور تأمر المحكمة بتوقيف المتهم وتحيله إلى النيابة العامة وفقاً لنص المادة (119) / إجراءات جزائية) لا يتوقف رفع الدعوى في هذه الحالة على شكوى. وللمحكمة أن تأمر بالقبض على المتهم إذا اقتضى الحال (982).

الفرع الثالث: الشروط الشكلية للأحكام الجزائية

إن الحكم هو القرار الذي تصدره المحكمة في منازعة مطروحة عليها طبقاً للقانون وفي هذا القرار يعلن القاضي عن إرادة القانون في واقعة معينة، ويعد الحكم الجزائي غاية كل إجراءات الدعوى الجزائية، والحكم الجزائي يمثل أهم مراحل الدعوى الجزائية، لأن فيه يتقرر مصير المحكوم عليه، وهناك أنواع شتى للأحكام الجزائية منها ما هو فاصلاً في الموضوع، ما هو سابقاً على الفصل في الموضوع، كما يختلف نوع ووصف الحكم من حيث غياب أو حضور الخصوم، ومن حيث قابليته للطعن ونهايته (983). ونظراً لما يمثله الحكم الجزائي من أهمية فقد استلزم المشرع لصحة الأحكام الجزائية مراحل معينة لا بد من استيفائها تبدأ بالمرافعة وتتم بالمداولة وتحرير مسودة الحكم، وتنتهي بالنطق به في جلسة علانية، فضلاً عن أن الحكم يجب أن يضمن شروط شكلية وأخرى موضوعية ينبغي استيفائها (984) ومن اللازم أن يتحقق في المنطوق الشروط الآتية:

أولاً: أن يكون صريحاً وواضحاً: فإذا أُلزم الحكم الناقص المحكمة المحال إليها نظر الدعوى للفصل في تهمة حيازة مواد مخدرة بقصد التعاطي، وأدان الحكم المطعون فيه الطاعن وعاقبه على جريمتي إحراز المخدر بقصد التعاطي، والتعاطي بالفعل المرتبطين ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالسجن أربع سنوات فإنه لا يكون متناقضاً أو أخطأ في تطبيق القانون لالتزامه بما حدده له الحكم الناقص، لأن جريمة الإحراز بقصد التعاطي، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ عاقبه عن الحيازة بقصد التعاطي يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً (985).

ثانياً: أن يكون متسقاً مع أسبابه: بمعنى إلا يوجد تعارض بين منطوقه وأسبابه، إذ يجب أن تؤدي الأسباب إلى ما انتهى إليه الحكم بشكل منطقي وسائب، لذا قضت المحكمة الاتحادية العليا بطلان الحكم في حالة تعارض منطوقه مع أسبابه (986).

ثالثاً: أن يفصل في جميع الطلبات: يجب أن يفصل منطوق الحكم في جميع الطلبات التي قدمت في الدعوى سواء تلك التي تتعلق بالدعوى الجزائية، والمدنية غير أن هذا الفصل في بعض الطلبات قد يكون غير مباشر ومستفاداً من الفصل في طلبات أخرى، كما لو أجابت المتهم إلى طلبه، فإنه ذلك يتضمن رفض طلب سلطة الاتهام المخالف له، ولا يدخل ضمن الأشياء التي يجب أن يفصل فيها المنطوق ما يبيده الخصوم من دفع (987).

رابعاً: إثبات المنطوق في محضر الجلسة: يتعين إثباته في محضر الجلسة، وإلا كان الحكم باطلاً، في ذلك قضت المحكمة الاتحادية بأن خلو محضر جلسة النطق به يترتب عليه البطلان، وأساس ذلك أن محضر الجلسة هو المتعين فيه إثبات منطوق الحكم والهيئة الناطقة به لذا يضحى هو المرجع الأساسي المعتمد عليه في مراقبة مدى تقيد الحكم بالقواعد العامة لإصداره (988).

سماع أقوال النيابة العامة. وإذا لم يحضر الشاهد في المرة الثانية جاز الحكم عليه بغرامة لا تتجاوز ضعف الحد الأقصى المقرر في الفقرة الأولى، وللمحكمة أن تأمر بضبطه وإحضاره في ذات الجلسة أو في جلسة أخرى تؤجل إليها الدعوى.

(982) نص المادة (119) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على إنه: للنائب العام في قضايا الجناح أن يلغى القرار المشار إليه في المادة (118) من هذا القانون خلال الثلاثة أشهر التالية لصدوره مالم يكن قد سبق استئنائه وقضي برفضه.

(983) أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 13، 2017، ص 375

(984) محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 8، 2017، ص 955.

(985) المحكمة الاتحادية العليا: الأحكام الجزائية لسنة 24 ق، في الطعن رقم (69) بجلسة 2003/12/20، لعام 2003

(986) المحكمة الاتحادية العليا: الأحكام الجزائية في الطعن رقم (143) بجلسة 1996/11/27 لعام 2000 لسنة 91 ق، وس 20 لعام 1998، ص

328، والطعن رقم (41) لسنة 18 ق، بجلسة 1998/7/4، طبعة عام 2000، ص 402.

(987) أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص 375-384.

(988) أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص 375-384.

المطلب الثالث : الاختصاص بالدعوى المدنية وبالمسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائية

يترتب على الجريمة ضرر، وينشأ عن هذا الضرر دعوى مدنية، تستوجب التعويض وقد أباح المشرع الاتحادي للمضروب من الجريمة بصفة استثنائية الادعاء بالحقوق المدنية عن هذا الضرر الناشئ عن الجريمة أمام المحاكم الجزائية بالتبعية للدعوى الجزائية، وفي هذه الحالة نكون بصدد دعوى جزائية ودعوى مدنية ناشئة عنها⁽⁹⁸⁹⁾. والعلة في ذلك هي تسهيل على المضروب في الحصول على حقه من التعويض الذي سوف يحكم له به بجانب حصول المنتج على حقه في العقاب من خلال حكم واحد يصدر من المحكمة الجزائية، إلا أن ذلك يتعين ألا يكون على حساب سير العدالة فإذا كان الفصل في الدعوى المدنية يعطل الفصل في الدعوى الجزائية وجب إحالتها للمحكمة المختصة، كما أن إقامة المضروب لدعواه المدنية بالتبعية للدعوى الجزائية هو رخصة استثنائية منحها القانون له، فإذا أختار الطريق المدني سقط حقه في اختيار الطريق الجزائي⁽⁹⁹⁰⁾.

وإقامة الدعوى المدنية بصفة استثنائية أمام المحاكم الجزائية لا ينفي أنهما يختلفان من حيث الأطراف والسبب والموضوع، فطرفي الدعوى الجزائية هما النيابة العامة، والمتهم بينما أطراف الدعوى المدنية هم المدعي المدني، والمتهم المدعي عليه بالحق المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية، وسبب الدعوى الجزائية هو الخلل الذي تحدثه الجريمة في المجتمع بينما سبب الدعوى المدنية هو الضرر الذي نشأ عن الجريمة، وموضوع الدعوى الجزائية هو حق الدولة في العقاب، بينما موضوع الدعوى المدنية هو المطالبة بالتعويض⁽⁹⁹¹⁾. ولكي نعتقد الاختصاص للمحاكم الجزائية بنظر الدعوى المدنية وبالمسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائية، ينبغي أن تتوافر شروط قبولها وهذه الشروط هي توافر سبب الدعوى المدنية، وأن يتعلق موضوع الدعوى المدنية إما بالتعويض، أو الرد، فضلاً عن توافر صفة في الخصوم أطراف الدعوى المدنية كما يلي:

أولاً: توافر الضرر كسبب للدعوى المدنية: حيث يعد الضرر ركناً أساسياً من أركان المسؤولية العقدية والتقصيرية، وثبوته شرط لازم لقيامها والقضاء بالتعويض تبعاً لذلك، بحيث يكون الضرر ماساً بمصلحة مشروعة، ويصير المضروب في وضع أسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ، ولكن يشترط فيه أن يكون محققاً وهو يعتبر إذا تحقق سببه ولو تراخت آثاره إلى المستقبل⁽⁹⁹²⁾. والضرر الذي يصلح سبباً للدعوى المدنية التبعية إما أن يكون ضرراً مادياً أو أدبياً، فالتعويض قد يكون سببه الإيذاء الذي يقع على النفس، وقد يكون سببه ضرراً أدبياً كالنيل في الشرف أو المساس بالكيان الأدبي⁽⁹⁹³⁾.

ثانياً: أن يكون الضرر مباشراً: يعني أن يكون الضرر فضلاً عن كونه ناشئاً عن الجريمة أن يكون الضرر ناجم عنها بصفة مباشرة هو ما يسمى بالسببية المباشرة بين الضرر والجريمة، ومن ثم فلا تختص المحاكم الجزائية بنظر الدعوى المدنية التي يطالب فيها المدعي بتعويض مدني ناشئ بطريق غير مباشر عن الجريمة، فهذه السببية المباشرة ترسم حدود اختصاص القضاء الجزائي بنظر الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى الجزائية، غير أنها لا تقيد المحاكم المدنية عند الحكم بالتعويض إذ يبقى شاملاً لكافة الأضرار المباشرة وغير المباشرة⁽⁹⁹⁴⁾.

ثالثاً: أن يكون الضرر ناشئاً عن الجريمة: فقد اشترط المشرع الاتحادي في المادة (22 / إجراءات جزائية) للمطالبة بالتعويض أن يلحق المضروب ضرر يتم جبره عن طريق التعويض، وأن يكون الضرر ناشئاً عن الجريمة، وبناء على ذلك فإذا لم يترتب على الجريمة ضرر يستوجب التعويض فيبقى اختصاص المحكمة الجزائية بنظر الدعوى المدنية، وفي ذلك تقول المحكمة الاتحادية العليا في الطعن

(989) عبد الرؤوف مهدي : شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، القاهرة، دار القضاة، ط3، 2003، ص 1062.

(990) عبد الرؤوف عبيد : ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، مرجع سابق ص 33.

(991) عبد الرؤوف مهدي : شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص 1062.

(992) محكمة النقض الإماراتية، الأحكام المدنية والتجارية، في الطعن رقم (306) لسنة 2012، قضائية، جلسة 2012/11/19.

(993) عبد الرؤوف مهدي : شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص 1063.

(994) أمال عبد الرحيم عثمان، إيهاب يسر أنور : شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري، المحاكمة، وطرق الطعن في الأحكام، مرجع سابق ص 59.

رقم (71) لسنة 13 قضائية، أن الحكم في الدعوى المدنية يخضع في الأصل لاختصاص المحكمة المدنية، وعندما أباحه المشرع للمحكمة الجزائية فكان ذلك على سبيل الاستثناء ومن ثم يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناشئاً عن الجريمة التي أدين عنها المحكوم عليه⁽⁹⁹⁵⁾. وعلى ذلك إن انعقاد الاختصاص للمحكمة الجزائية بنظر الدعوى المدنية رهناً بأن تكون الواقعة تشكل جريمة معاقب عليها في القانون وتم تحريكها بإجراءات صحيحة حال رفع الدعوى المدنية ويترتب عليها نتيجتين:

الأولى: إذا كانت الدعوى الجزائية غير مقبولة لأي سبب من الأسباب كبطلان إعلان المتهم بورقة التكليف بالحضور، أو بسبب توافر قيود إجرائية تحول دون إقامة الدعوى الجزائية كوجود قيد من قيود تحريك الدعوى الجزائية، أو انقضاءها لأي سبب من الأسباب فيستتبع ذلك القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية الناشئة عنها، لأن الدعوى المدنية ترفع أمام المحاكم الجزائية بالتبعية للدعوى الجزائية، ومن ثم تدور معها وجوداً وعدمها، وبناء على ذلك فالحكم بعدم قبول الدعوى الجزائية لأي سبب من الأسباب يستوجب القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية التابعة لها⁽⁹⁹⁶⁾.

الثانية: إذا تبين للمحكمة الجزائية أن الضرر المدعي به ناشئاً عن فعل لا يعد جريمة أو لم يثبت وجود صلة بين ذلك الضرر والجريمة، أو كان الضرر ناشئاً عن فعل ضار لا تتوافر فيه أركان الجريمة، فلا يكون ثمة اختصاص للمحكمة الجزائية بنظر الدعوى المدنية الخاصة به وعلى المحكمة الجزائية في هذه الحالة أن تقضى بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية وإحالتها للمحكمة المدنية المختصة⁽⁹⁹⁷⁾.

الخاتمة

حاولنا توضيح اختصاصات المحاكم الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية، وسلطة المحكمة الجزائية في التكييف القانوني بالدعوى الجزائية بالإضافة إلى تطبيق قواعد الاختصاص في المواد الجزائية بنظر القضايا بمحكمة الجنايات ومحكمة الجناح المحكمة الجزائية إذا تبين للمحكمة أن الوقائع المعروضة عليها في غير الاختصاص القضائي، من خلال التعرف على معايير اختصاص النوعي والمكاني والشخصي للمحاكم الجزائية وفقاً لأنواع الجريمة ومكان ارتكابها، وامتداد الاختصاص خروجاً على القواعد المقررة في الاختصاص بامتداد اختصاص المحاكم الجزائية إلى الفصل في بعض الوقائع التي لا تدخل في اختصاصها النوعي أو الشخصي في حالات الجرائم المرتبطة وجرائم الجلسات والمسائل الأولية وبيان أساس حق المحاكم في تحريك الدعوى الجزائية في جرائم الجلسات والحكم فيها وعلة تخويل القضاء هذه السلطة في الجمع بين صفتي الخصم والحكم وتحديد نطاق تطبيق سلطة المحكمة عليها، وجواز وقف الدعوى الجزائية، وبيان اختصاص المحكمة الجزائية بنظر الدعوى المدنية والفصل في الدعويين الجزائية والمدنية، وتوضيح حالة الاستثناء لاختصاص القضاء الجزائي في دعوى التعويض المرفوعة بالتبعية الجزائية التي تختص أصلاً بنظرها وفقاً للقاعدة والاستثناء بالمادة 26/أ إجراءات جزائية، ومدى حرص المشرع على أن يحقق القضاء الجنائي الغرض منه بسرعة الفصل في القضايا المعروضة عليه

النتائج والتوصيات : توصلت الباحثة إلى بعض النتائج يذكر منها:

أولاً النتائج:

1. إن قانون الإجراءات الجزائية يحدد سلطات الاستدلال والإجراءات المنوطة بهم ويحدد صلاحيات سلطات التحقيق الابتدائي وضمانات المتهم وقواعد اختصاص المحاكم وينظم نظرية الإثبات الجنائي ومدى صلاحية الدليل، وينظم قواعد البطالان المتعلقة

(995) المحكمة الاتحادية العليا : الأحكام الجزائية لسنة 13 ق، في الطعن رقم (71) بجلسة 11/9/1991، لعام 2000

(996) محكمة تمييز دبي: المكتب الفني، العدد 13، عام 2002، في الطعن رقم (81) لسنة 2002، جزء، جلسة 27/4/2002

(997) محكمة تمييز دبي: المكتب الفني، العدد 14، الجزء الثاني، عام 2003، في الطعن رقم (184) لسنة 2003، جزء، جلسة 12/7/2003

بالإجراءات الجزائية، وينظم مرحلة المحاكمة وكيفية صدور الأحكام، ويحدد طرق الطعن في الأحكام الجزائية، ويحدد ضمانات وحقوق المتهم.

2. أن الجزاء الجنائي يوقع وينفذ بوجود آثار غير مباشرة تصيب الغير، وهذه الآثار غير المباشرة تختلف عن الآثار المباشرة للجزاء الجنائي في النوع والدرجة والنطاق، فإن الآثار المباشرة للجزاء الجنائي من حيث النوع تتجسد في سلب الحرية للمحكوم عليه بالحبس أو سلب الحياة للمحكوم عليه بالإعدام، ومن حيث الدرجة فهي توجه مباشرة إلى المحكوم عليه وحده الذي يعاني حرمانه الحرية أو حرمانه الحياة، ومن حيث النطاق فأنها تنحصر في جزاء المحكوم عليه بينما الآثار غير المباشرة لا تخرج عن مجرد المعاناة المادية والمعنوية لأسرة المحكوم عليه أو المتعاملين معه وفي كلتا الحالتين يلحق الضرر المادي بالمجتمع، وإنه لا مجال لتفادي تلك الآثار
3. أن محكمة الجنايات لا يمكن أن تتصدى لأي اتهام آخر، وبهذا فإن لمحكمة الجنايات أن تتقيد بالاتهام المحال به الدعوى إليها دون أن يحق لها نظر أي اتهام آخر لم يرد في قرار الاحالة أو طلب التكليف بالحضور، أن بعض قوانين القضاء المحلية، تحيل إلى قانون القضاء الاتحادي فيما لم يرد فيه نص خاص
4. تبين نظم وإجراءات التقاضي لكل إمارة نظمها وإجراءاتها في التقاضي، فأن اختصاص المحكمة هو صلاحيتها في تنظيم الإجراءات التي تتخذها السلطات المختصة على أثر ارتكاب الجرائم
5. الشرعية الإجرائية في احترام حرية الإنسان وحقوقه في مواجهة الأعمال التي تقوم بها السلطة، فالأصل في المتهم البراءة لتحقيق التوازن بين المتهم الضعيف وسلطة الاتهام، المتهم بريء حتى تتم إدانته بحكم جزائي بات، وإن القانون مصدر جميع الإجراءات الجزائية
6. اتفاق جميع الإجراءات مع القواعد والنصوص القانونية في جميع مراحل الدعوى الجزائية بحيث لا يجوز توقيع عقوبة جزائية على أي شخص إلا بعد ثبوت إدانته وفقا للقانون لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حجزه أو حبسه إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون

ثانياً: التوصيات

1. إن المحكمة يجب أن تتقيد بالوقائع التي تقدم إليها عن طريق قرار الإحالة لكن هذا لا يعني أن قرار الإحالة يقيد المحكمة بالوصف القانوني الذي ورد فيه وإنما هي ملزمة بتكييف الفعل التكيف الصحيح فهي لا تتقيد بالوصف القانوني للجريمة الوارد في قرار الإحالة أو ورقة التكليف بالحضور أو أمر القبض
2. يتوجب تخصيص الاتجاه القضائي للدعوى الجزائية المرفوعة منذ بدء رفعها حيث أن التحول الكبير بانتقال الهيئات القضائية من التعدد إلى الوحدة، فكان من الطبيعي في ظل نظم قضائية متعددة وهيئات قضائية متناثرة أن تنعدم وحدة الاتجاهات ووحدة التطبيق الأمر الذي أدى إلى الاختلاف في الاتجاهات القضائية والتضارب في التطبيق بالنسبة للمسألة الواحدة.

المراجع والمصادر

أولاً الكتب:

- أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ط8، 2017م.
- أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، ط13، 2017م.
- أشرف توفيق شمس الدين: شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرحلة ما قبل المحاكمة، القاهرة، كلية الحقوق، جامعة بنها، ط1، 2012م.
- أمال عبد الرحيم عثمان، إيهاب يسر أنور: شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري، المحاكمة، وطرق الطعن في الأحكام، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2009م.
- جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم أبن منظور: لسان العرب، الجزء 1، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون سنة طبع.
- حسن صادق المرصفاوي: المحقق الجنائي، الإسكندرية، منشأة المعارف، ط1، 2005م.
- حسون عبيد هجيج: مبدأ عينية الدعوى الجزائية، دراسة مقارنة، بيروت، مكتبة السنهوري، ط1، 2010م.
- حسون عبيد هجيج، د. منتصر فيصل كاظم: سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية، دراسة مقارنة، بيروت، مكتبة السنهوري، ط1، 2016م.
- خالد حامد مصطفى: شرح قانون الإجراءات لدولة الإمارات العربية المتحدة، في ضوء أحكام الاتحادية العليا وقضاء تمييز دبي، القاهرة، دار الفكر والقانون بالمنصورة، ط1، 2017م.
- عبد الرؤوف عبيد: ضوابط تسيب الأحكام الجنائية، القاهرة، دار الجيل الجديد، ط3، 2001م.
- عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، القاهرة، دار القضاة، ط3، 2003م.
- عبد العظيم مرسي: الشروط المفترضة في الجريمة، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 2009م.
- عبد الفتاح مراد: شرح قانون الإجراءات الجزائية المعدل، الإسكندرية، حقوق النشر والتوزيع للمؤلف، ط1، 2012م.
- عوض محمد، د. محمد زكي أبو عامر: مبادئ علم الإجرام والعقاب، الإسكندرية، الدار الجامعية للطباعة، ط1، 1989م.
- محمد كامل عبيد: نظم الحكم ودستور الإمارات، دبي، أكاديمية شرطة دبي، مطبعة الفجيرة الوطنية، ط1، 2003م.
- محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ط8، 2017م.

ثانياً المجلدات والأبحاث

- حسون عبيد هجيج: سلطة المحكمة الجزائية في التكييف القانوني، دراسة تأصيلية تاريخية، كلية القانون، جامعة بابل، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة، لعام 2012
- عبد الوهاب عبدول: المحاكم المتخصصة كوسيلة للارتقاء والعدالة نموذج المحاكم الاتحادية المتخصصة في الامارات العربية المتحدة، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا والتمييز والنقض والتعقيب في الدول العربية، المنعقد في الفترة من 24-26 سبتمبر 2013، الدوحة-دولة قطر

ثالثاً: رسائل الماجستير والدكتوراه

- حسون عبيد: مبدأ عينية الدعوى الجزائية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2007
- حواسين كهينة: إجراءات سير الدعوى أمام محكمة الجنايات، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص والعلوم الجنائية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، الجزائر، 2013م.

رابعاً: المصادر القانونية

- قانون الإجراءات الجزائية رقم (35) لسنة 1992 وفقاً لأحدث تعديلاته، الباب الثالث في المواد 139، 140، 141، سلسلة التشريعات والقوانين الاتحادية لدولة الإمارات
- القانون الاتحادي رقم (3) لسنة 1983 في شأن السلطة القضائية الاتحادية

▪ دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لعام 1971 وفقاً لأحدث تعديلاته 2009

خامساً: الأحكام القضائية

- المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 54 لسنة 23 ق عام 2010، مجموعة الأحكام الصادرة عن عام 2002، ص 736 رقم 121.
- المحكمة الاتحادية العليا في الطعن 74 لسنة 24 ق، 26 ق، جلسة الاثنين 2004/6/21، مجموعة الاحكام 2004
- المحكمة الاتحادية العليا في الطعن (15) لسنة 13 ق، الصادر بجلسته 1991/5/15، مجموعة الأحكام القضائية الجزائية الصادرة من المكتب الفني عن عام 1991، ص 208
- المحكمة الاتحادية العليا: الأحكام الجزائية لسنة 24 ق، في الطعن الجزائي رقم (69) بجلسته 2003/12/20، لعام 2003 م.
- المحكمة الاتحادية العليا: الاحكام الجزائية في الطعن رقم (143) بجلسته 1996/11/27 لعام 2000 لسنة 91 ق، وس 20 لعام 1998، ص 328، والطعن رقم (41) لسنة 18 ق، بجلسته 1998/7/4، طبعة عام 2000، ص 402.
- المحكمة الاتحادية العليا، العدد 61، السنة 27 ق، لعام 2005، ص 616، في الطعن رقم 499، لسنة 25 ق، والطعن رقم 95، 111، 145، 158، اسنة 26 ق، شرعي جزائي، جلسة السبت 30/ابريل/2005
- محكمة النقض الإماراتية، الأحكام المدنية والتجارية، في الطعن رقم (306) لسنة 2012، قضائية، جلسة 2012/11/19
- المحكمة الاتحادية العليا: الاحكام الجزائية لسنة 13 ق، في الطعن رقم (71) بجلسته 1991/9/11، لعام 2000 م.
- المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 192، نقض مدني، جلسة 1992/2/4، مجموعة الأحكام القضائية عن الدائرة المدنية، لسنة 12 قضائية اتحادية عليا، أبو ظبي لعام 1992 م.
- القاعدة رقم 111 الصادرة في العدد 15 سنة 2004 جزاء ص 487، محكمة تمييز دبي بتاريخ 2004/12/25
- المحكمة الاتحادية العليا: في الطعن رقم 54 لسنة 11، جلسة الأربعاء 1990/5/9، مجموعة الأحكام القضائية لسنة 1990، السنة الثانية عشر، محكمة تمييز دبي: الطعن رقم 156 لسنة 2007، جزاء، المكتب الفني، الجزء الثاني، من 1/1-2007/12/30-2007، العدد الثامن، جزاء، جلسة 2007/5/21
- محكمة تمييز دبي الطعن رقم 108 لسنة 1996 بجلسته 1996/12/15، مجلة القضاء والتشريع العدد السابع يوليو 1998 ص 1323.
- محكمة تمييز دبي: الطعن رقم 137 لسنة 1996، الصادر بجلسته 1997/5/10، جزاء، المكتب الفني، مجموعة الأحكام الجزائية، المجلد 2، لعام 2007 م.
- محكمة تمييز دبي: الطعن رقم 93 لسنة 1996، الصادر بجلسته 1997/10/26 جزاء، المكتب الفني، مجموعة الأحكام الجزائية، المجلد 2، لعام 2007 م.
- محكمة تمييز دبي في الطعن رقم 109 لسنة 1996. الصادر بجلسته 1997/10/26 جزاء. المكتب الفني 8، مجموعة الأحكام الجزائية، المجلد 2، لعام 2007. ص 247.
- محكمة تمييز دبي، العدد الرابع عشر جزاء، الجزء الثاني، عام 2003، ، جلسة السبت 12 يوليو 2003، الطعن رقم (185) لسنة 2003، جزاء.
- محكمة تمييز دبي العدد السادس عشر، جزاء، عام 2005، ص 65، جلسة السبت 2005/2/5، في الطعن رقم (327) لسنة 2004، جزاء ص 65.
- محكمة تمييز دبي، العدد الخامس عشر، جزاء، عام 2004، ص 50، جلسة السبت 28 فبراير 2004، في الطعن رقم (362) لسنة 2003، جزاء.
- محكمة تمييز دبي: المكتب الفني، العدد 13، عام 2002، في الطعن رقم (81) لسنة 2002، جزاء، جلسة 2002/4/27
- محكمة تمييز دبي: المكتب الفني، العدد 14، الجزء الثاني، عام 2003، في الطعن رقم (184) لسنة 2003، جزاء، جلسة 2003/7/12

سادساً: المواقع الإلكترونية

- دار القضاء : <https://www.adjd.gov.ae/AR/Pages/Courts.aspx>
- محاكم دبي: <https://www.dc.gov.ae/PublicServices/CMSPage.aspx?PageName=CriminalCourt>
- حكومة الإمارات: <https://www.government.ae/about-the-uae/the-uae-government>
- معجم عربي عربي: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>

المواجهة التشريعية لجريمة التدخين في التشريع الفلسطيني "دراسة تحليلية"

✍ سامر سمير نجم الدين

دكتور في الحقوق

أستاذ القانون الجنائي المساعد

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة الخليل، فلسطين

الملخص

يعتبر التدخين مرض العصر وجريمتته بحق النفس، لما له من أضرار على أكثر من مسار، سواء صحياً أو مالياً أو تلك الأضرار التي يحدثها تجاه الغير، وقد سعت التشريعات المحلية و الدولية واضعين نصب أعينهم توصيات منظمة الصحة العالمية، وتوصيات الاطباء، محاربة تفشي ظاهرة التدخين خصوصاً بين الأطفال، وبقي هذا السعي خجولاً، أو أخذاً شكل التوصيات أكثر من شكل الإلزام، إلا أنه ومع عدم جدوى هذه التوصيات في الحد من ممارسة التدخين، بدأت الدول بسن تشريعات تحاول على الأقل منع تفشي أضرار التدخين للغير، فبدأت معظم الدول بسن تشريعات تحظر من خلالها التدخين في بعض الأماكن العامة المغلقة التي يجتمع فيها الناس، مثل وسائل النقل و دور السينما و المدارس ورياض الأطفال، وتنظيمها بغرف خاصة وفق مقاييس معتمدة في أماكن أخرى كالمطارات ومحطات القطار والمقاهي وهو ما لم ينظمه التشريع الفلسطيني، عكس بعض التشريعات الأخرى مثل المشرع الكويتي، فالمشرعين بعمومهم لم يجرموا التدخين كفعل مجرد، وقد حرصوا على تجريمه وفق ضوابط محددة مرتبطة بأماكن ممارسة فعل التدخين، وقد يعزى تهاون تجريم التدخين المجرد إلى العائد الإقتصادي الذي تجنيه الدول جراء الضرائب التي تفرضها على منتجات التبغ والتدخين، بما يجعل تقديم الصحة على الإقتصاد قراراً ليس بالسهل من جانب الدول.

وتتناول هذه الدراسة القوانين النازمة للتدخين والنافذة في الضفة الغربية فقط، من خلال عرض تعريف التدخين، والحق محل الحماية في فعل التدخين، كذلك القوانين التي تناولت التدخين عبر الحقب القانونية المختلفة التي تركت أثرها على واقعها القانوني، إضافةً لذلك سنتناول محاولات المشرع للوقاية من فعل التدخين قبل صيرورته، من خلال تقييد تداوله ووصوله للأفراد، سواء بالحظر الإعلاني أو التشدد الضريبي.

كما يتناول البحث الأركان العامة لجريمة ممارسة التدخين من خلال تناول الركن المفترض، والركن المادي والمعنوي بشكل تفصيلي، ثم الإنتقال لتوضيح العقوبات الواردة في عدة قوانين، سواء على فعل التدخين أو الجرائم الملحقه به، من خلال عرض العقوبات الأصلية والتبعية، والإلزامات المدنية الواردة في قانون العقوبات.

الكلمات المفتاحية : البيئة، البيئة الهوائية، القانون البيئي، الجريمة البيئية، التبغ.

Abstract:

Smoking is considered a disease of the age and its crime against the soul, as it has damage on more than one track, whether health or financial or the damage it causes to others. Domestic and international legislation has sought, bearing in mind the recommendations of the World Health Organization and the recommendations of doctors, to fight the spread of the phenomenon of smoking, especially among children, however this pursuit remained shy, or took the form of recommendations more than the form of obligation. With the futility of these recommendations in reducing the practice of smoking, many countries have begun to prevent the spread of the smoking damage, at least to non-smokers. Therefore, most countries have begun to enact legislation banning smoking in some closed public places where people meet, such as transportation, cinemas, schools and kindergartens, and organize that with special rooms according to approved standards like in other places such as airports, train stations and cafes, however, this is not regulated by Palestinian legislation unlike some other legislation such as the Kuwaiti legislator.

In fact, the legislators in general did not criminalize smoking as a mere act, and they were keen to criminalize it according to specific controls associated with the places of smoking. This weak legislation in criminalizing smoking, mainly related to the economic benefit sought by countries from taxes on tobacco products and smoking, making it not an easy decision for countries to prioritize health instead of economy .

This study deals with the in force laws governing smoking only in the West Bank, through the presentation of the definition of smoking, the right to be protected in the act of smoking, as well as laws that dealt with smoking through various legal periods that have had an impact on the legal reality. In addition, this study tackles the attempts of the legislator to prevent the act of smoking, by restricting its circulation and access to individuals, whether by advertising ban or tax tightening.

The research also deals with the general pillars of the crime of smoking by addressing the supposed pillar, the material and moral pillar in details, and then moving to clarify the penalties contained in several laws, whether for the act of smoking or the crimes associated with it, through the presentation of the original penalties and dependency, and the civil obligations contained in the penal Code .

Keywords: Environment, Air Environment, Environmental Law, Environmental Crime, Tobacco.

المقدمة

إن الصفات القيمة التي تتميز بها البيئة صفات يصعب التعامل معها بشكل عادي⁹⁹⁸، والبيئة الهوائية هي جزء من رئيس من مكونات البيئة بالعموم، وإن أي فعل مهما كان بسيطاً يؤثر بشكل أو بآخر على نظافة البيئة وسلامتها، والتدخين من الأفعال التي تحدث بمجموعها أثراً كبيراً على البيئة الهوائية وسلامة تركيبها الطبيعية، وتحدث تغييراً في خصائصها، إذ إن الإحصاءات الخاصة بالتدخين تدعو للذهول، فنصف سكان العالم من البالغين يدخنون السجائر⁹⁹⁹، ويقتل نصف من يتعاطونه¹⁰⁰⁰، وهو السبب الأول في العالم لسرطان الرئة، فالدخان هو القاتل الوحيد الذي يسمح به القانون ولا يجرم تعاطيه أو تصنيعه بشكل مجرد، ومع ذلك فإن القانون يحاول الحد من ممارسة هذا الفعل، من خلال تجريمه بصور معينة، إلا أن فعل التدخين يزداد ولا ينقص، وتزداد أعداد الأشخاص الممارسين لهذا الفعل.

إنه وبالرغم من التحذيرات العالمية من الجهات ذات الاختصاص، ومع كل التغييرات التي اجتاحت العالم، إلا أن التدخين وللأسف بقي الثابت الوحيد فيه، ومع هذه الشراهة في ممارسة التدخين استجبت التشريعات بالنص التجريمي للحد من هذه الظاهرة، إلا أنه استنجد حَيَّي، فالبرغم من تضمين قوانين مكافحة التدخين لتجريم التدخين إلا أن هذا التجريم كان وفق قواعد وضوابط، ولم يشمل فعل التدخين المجرد لذاته، فالتدخين في الهواء الطلق والأماكن المفتوحة ليس فعلاً مجزماً، على عكس فيما لو كان في الأماكن المغلقة، بما يوحي أن المشرع استنجد بالنص الجزائي لإرضاء التوجه العالمي (الطبي) الرافض لممارسة فعل التدخين، دون أن تكون إرادته رغبة حقيقية بذلك.

أهمية الدراسة

تتبع أهمية الدراسة من موضوعها الذي يهدف بالأساس للمحافظة على بقاء الإنسان، أو بحد أدنى لضمان عيش الإنسان في بيئة نظيفة خالية من الشوائب، وهذا الحق الدستوري الذي أصبح منصوفاً عليه في معظم دساتير العالم، وأغلب الإتفاقيات الدولية، لا بد أن يتم تناوله بشكل مكثف وواضح، فحياة الإنسان أضحت في خطر، وهذا الخطر لا يشمل المدخن فحسب إنما يمتد ليصل إلى جميع الأشخاص الموجودين معه والمرافقين له، فهؤلاء مدخنين سلبيين، وبالتالي فهذه الدراسة تهدف لبيان أهمية التجريم لحماية أكبر قدر من شرائح المجتمع من هذه الآفة المدمرة.

منهج الدراسة

سيتمتع الباحث المنهج الوصفي التحليلي من خلال عرض تنظيم المشرع الفلسطيني لفعل ممارسة التدخين، والجوانب القانونية المحيطة بذلك، وسيتم تحليل النصوص القانونية التي تناولت التدخين، والظروف المحيطة بمحاولات المشرع للحد من هذه الآفة، والاستئناس ببعض أحكام محاكم الدول والإتفاقيات الدولية ذات الصلة.

محددات الدراسة

تتمثل المحددات المكانية في هذا البحث على منطقة الضفة الغربية في فلسطين، دون أن تشمل القوانين النافذة في غزة، حيث سيتم تناول قانون مكافحة التدخين الفلسطيني رقم (25) لسنة (2005)، وكذلك قانون البيئة الفلسطيني رقم (7) لسنة (1999)، وقرارات مجلس الوزراء الخاصة بالتدخين، والاستئناس بالقوانين الأخرى المنظمة للبيئة الهوائية.

⁹⁹⁸ ابتسام سعيد الملكاوي، "جريمة تلويث البيئة" دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، الإصدار الثاني، 2009 ص73.

⁹⁹⁹ منظمة الصحة العالمية، العدالة في دعم الصحة التفاضلي والتحقيقات العامة كوسيلتين لمكافحة التبغ، 2002، ص12.

¹⁰⁰⁰ التبغ يؤدي بحياة أكثر من 8 ملايين نسمة سنوياً، منهم أكثر من 7 ملايين ممن يتعاطونه مباشرةً ونحو 1.2 مليون من غير المدخنين المعرضين لدخان غير المباشر. للمزيد انظر موقع منظمة الصحة العالمية على الإنترنت: <https://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/tobacco>

صعوبات الدراسة

إن أبرز صعوبات الدراسة تمثلت في قلة المراجع القانونية التي تناولت فعل التدخين سواء بالتنظيم أو التجريم، فعلى الرغم من كثرة المؤلفات التي تناولت التدخين من ناحية طبية أو إجتماعية أو دينية، إلا أن المكتبة القانونية فقيرة جداً في هذا الجانب.

مشكلة الدراسة

تتمحور مشكلة الدراسة حول آفة التدخين وتجرّيمها من قبل المشرع الفلسطيني، حيث أن التوجه العام الذي تسوقه الجهات ذات الاختصاص غالباً ما يوحى برغبتها في محاربة هذه الآفة، إلا أن ما يشاهد على أرض الواقع وف النصوص مختلف، إذ أن فعل التدخين يعتبر من أبرز مظاهر الشارع لدى العامة،

ومن هنا تبرز الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة والتي لا بد من الإجابة عليها وتتمثل بالسؤال الرئيس التالي: "ما هي سياسة التشريع الجزائي الفلسطيني في مواجهة جرم ممارسة التدخين؟"،

ويتفرع من هذه الإشكالية الرئيسية عدة إشكاليات أخرى أهمها:

- هل يعتبر فعل التدخين المجرد، مُجرّم؟
- هل هناك شروط معينة لتجريم ممارسة فعل التدخين؟
- ما هي محاولات المشرع للحد من إنتشار التدخين؟
- هل العقوبات التي وضعها المشرع للتدخين في فلسطين عقوبات رادعة؟

خطة الدراسة

للإجابة عن إشكالية الدراسة، تتكون هذه الدراسة من مبحثين أساسيين وهما :

المبحث الأول: ضوابط العامة لمواجهة التدخين في التشريع الفلسطيني

المبحث الثاني: إرساء قواعد محددة لتجريم التدخين في فلسطين

المبحث الأول: ضوابط العامة لمواجهة التدخين في التشريع الفلسطيني

إن البحث في مراد المشرع من تنظيم التدخين يتطلب البحث عن توجهاته العامة، للوصول إلى مفهوم واضح لغاية التشريع من تجريم ممارسة التدخين، وسيتم تناول هذا المبحث من خلال مطلبين: المطلب الأول يتناول محددات تنظيم التدخين في التشريع الفلسطيني، بينما يتناول المطلب الثاني تفعيل القواعد التنظيمية في تجفيف منابع الوصول إلى مصادر التدخين.

المطلب الأول : محددات تنظيم التدخين في التشريع الفلسطيني

لم تستقر القوانين الفلسطينية طوال الحقب المتعاقبة على تحديد معالم واضحة للتدخين، فالتنظيم القانوني للتدخين كغيره من المجالات مبعثر في فلسطين، إذ أن النظم القانونية التي سيطرت على فلسطين جعلت العديد من القوانين نافذه وسارية وقد تتعارض مع بعضها، فيما يمكن تسميته فوضى التشريع، ويعود ذلك إلى تداول السلطات على فلسطين 1001، وقد انعكس ذلك بالضرورة على تنظيم فعل ممارسة التدخين، وسيتم تناول ذلك من خلال فرعين الأول يتناول تعريف التدخين في التشريعات الفلسطينية والفرع الثاني يتناول التنظيم القانوني للتدخين في التشريعات النافذه في فلسطين.

¹⁰⁰¹ تعاقبت على فلسطين عدة حقب قانونية وبعضها قديم جداً ولا يزال نافذ حتى اليوم وهذه الحقب هي (حقة الدولة العثمانية، حقة الإنتداب البريطاني، حقة الحكم الأردني "الضفة الغربية"، حقة الحكم المصري "قطاع غزة"، حقة الإحتلال، حقة السلطة الفلسطينية، حقة دولة فلسطين).

الفرع الأول : تعريف التدخين في التشريعات الفلسطينية

لقد تباينت تعريفات المشرع الفلسطيني لمفهوم التبغ بحسب القوانين النازمة لذلك، فعرف قانون التبغ الأردني النافذ في فلسطين رقم (32) لسنة (1952) التبغ في الفقرة الأولى من المادة الثانية على أنه " نبات التبغ وأوراقه ونبات التبناك وأوراقه وطلوعه مصنوعاً أو غير مصنوع ولا تشمل الدخان الهيشي"، بينما عرفت الفقرة الثانية من ذات المادة التبغ المصنوع على أنه " " التبغ المفروم والسجاير والسيجار"، بينما عرفت الفقرة الرابعة من المادة الأولى من قانون مكافحة التدخين الفلسطيني رقم (25) لسنة (2005) التبغ بأنه " جميع أنواع التبغ المعد للتدخين بأي طريقة كانت مثل السجائر والسيجار والتبناك ونحو ذلك"، أما قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة (1962) فقد عرف لفظة الدخان والتي يقصد بها التبغ في المادة (2/ي) بأنه "أي نوع من الدخان الورق والمفروم والسجاير والتبناك والورق والمفروم والشقوق (السعوط) والسيجار"، وبإلا حظ ان التشريعات النافذة في فلسطين اعتبرت أن التبغ عبارة أشمل من الدخان، إذ أن الدخان أحد أقسام أو أنواع التبغ بمفهومه الواسع ولا يعني الدخان التبغ فهو ليس مرادف له إنما أحد أنواعه.

والحقيقة أنه المشرع الفلسطيني عرف التبغ والدخان ولم يعرف التدخين الذي هو الفعل المادي مناط التجريم أساساً، ويعرف التدخين بأنه عملية يجري فيها إحراق مادة معينة، والمادة الأكثر استخداماً في ذلك هي مادة التبغ، وبعد إحراقها يتذوقها الشخص ويستشعرها، أو هي تلك العملية التي تتم فيها عملية الإحراق لمادة هي التبغ فيتم استنشاق أو تذوق المادة الناتجة من ذلك وهي مادة النيكوتين السامة من قبل المدخن، كما تعرف بأنها عملية إشعال أي للسيجارة أو الغليون أو إمتصاص الدخان الناتج عن الإشتعال ثم إخراجها من الفم والأنف، وتعرف السيجارة بأنها أي لفافة من التبغ المقطوع معدة للتدخين وموضوعة في ورقة ويُسْتَنْشَى من ذلك منتجات إقليمية محددة مثل البيدي والأنغ هون أو أية منتجات أخرى مماثلة يمكن لفها في ورق أو أوراق نبات، بينما توسعت المادة (2/ك) في تعريف السيجارة واطلقت عليها لفظة اللغائف فعرفت بانها "لغائف التبغ بما فيها وزن ورقها مع الصمغ ولفافة فمها وما تحتويها أو يضاف إليها من قطن وخلافه".

وقد تطورت أشكال تناول التبغ ومنتجاته مع التطورات التكنولوجية، إذ ظهرت أنواع جديدة من السجائر مثل سجائر أيكوس (iQOS) والمصنعة من قبل فيليب موريس انترناشونال، وكذلك السجائر الإلكترونية التي انتشرت حول العالم في العقد الأخير، إذ يوجد حوالي (466) علامة تجارية من السجائر الإلكترونية 1003، والحقيقة ان هذه الانواع ليست سوى أشكال أخرى لممارسة التدخين وإن كانت لا تحتوي على التبغ إلا أنها تحتوي على مادة النيكوتين.

الفرع الثاني : التنظيم القانوني للتدخين في التشريعات النافذة في فلسطين

إن مواجهة التدخين والحد منه تطلب جهداً قانونياً متراكماً، وللوقوف على مبتغى المشرع دائماً يجب استظهار الحق الذي يرغب المشرع بحميته للوقوف على نواياه الحقيقية، إذ أن بروز تجريم التدخين لم يكن من الأزل، إنما تطلب جهداً بشرياً كبيراً للوصول إلى هذه القناعة، التي تطلبت من التشريعات أن تنبئ لتواجه الخطر المتمثل بالتبغ والتدخين، زراعة وتناولاً بشرياً، وإن كانت القوانين النافذة محل الدراسة بمفهومها الواسع لاحقة للعام 1996، إلا أن ذلك لا يعني أن الحقبة الزمنية السابقة لذلك لم تكن تحوي اهتماماً بالتدخين، إلا أن هذا الإهتمام كان على المستوى الضريبي والزراعي والتنظيمي أكثر من الجانب التجريمي، فتنظيم زراعة التبغ وتجارة الدخان ومشتقاتهما أشارت لها قوانين عديدة بدأت من العهد العثماني فلسطيني مروراً بالإتداب البريطاني، ثم الحكم الأردني فحكم الاحتلال وصولاً إلى السلطة الوطنية الفلسطينية، وللوقوف على ذلك سيتم تناول هذا الفرعين من خلال الحق محل الحماية في جريمة التدخين أولاً، ومن ثم تخصيص قانون لمكافحة التدخين ثانياً.

¹⁰⁰² تم نشر قانون الجمارك والمكوس رقم (1) لسنة (1962) في العدد (1591) من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 1962/1/25 ص62.

¹⁰⁰³ أميد صباح عثمان، المسؤولية المدنية عن أضرار السجائر الإلكترونية : دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 16، العدد 1، يونيو 2019، ص473.

أولاً: الحق محل الحماية في جريمة التدخين

إن الحماية التي جباها الله للبيئة تتعدد باختلاف عناصر ومكونات البيئة، وعناصر البيئة الأساسية هي الهواء والماء والتربة، والتدخين يمس أحد عناصر البيئة الرئيسية بشكل مباشر وهو الهواء والذي عرفته المادة الأولى من قانون البيئة الفلسطيني بأنه "الخليط من الغازات المكونة له بخواصه الطبيعية ونسبه المعروفة"، وبالتالي فإن الحق المحمي في جريمة التدخين هو البيئة الهوائية، ذلك أن التدخين من شأنه أن يغير خواص الهواء الطبيعية بفعل الإنسان، لذا فإن المشرع حمى الهواء بغض النظر عن الضرر الآتي الذي قد يحققه التدخين، ذلك أن الضرر قد يكون غير مؤثر في تغيير خواص الهواء، أو متراخ في التأثير عليها، ومع ذلك يعتبر نشاط الإنسان في ممارسة التدخين مؤثر بشكل كبير على الإخلال بتوازن المكونات الطبيعية للهواء، حيث ينفصل عن الهواء ببطء شديد وتمتصه جميع الأسطح الداخلية، ويبقى فترات زمنية طويلة، خاصة بالأثاث الذي علق به، كالأقمشة وغيرها، ومن الصعب إزالته من هذه الأجسام¹⁰⁰⁴.

ويعتبر الهواء أحد أهم العناصر الحيوية لديمومة الحياة وبقائها، فهو سر حياة الإنسان، وبالتالي فإن تلويثه يؤثر بشكل مباشر على حياة الإنسان وبالضرورة بقاء وجوده، فقد ينتج عن تلوث الهواء العديد من الأمراض التي تصيب الإنسان أو المواد التي يتناولها الإنسان، وينتج تلوث الهواء إما بفعل الطبيعة كالبراكين أو بفعل الإنسان مثل عوادم السيارات أو التدخين ويعتبر الغلاف الجوي بطبقاته هو المكون الرئيسي للبيئة الهوائية، سواء بطبقاته أو مكوناته، وأي مساس بنسب هذه المكونات يؤدي إلى تغيير فيها يعتبر تعدد عليها.

وقد عرفت منظمة الصحة العالمية تلوث الهواء بأنه "الحالة التي يكون فيها الجو خارج أماكن العمل محتويًا مواد بتركيزات ضارة بالإنسان أو بمكونات بيئية"، وبالرغم من عدم وضوح نسبة تأثير الأدخنة الصاعدة من ممارسة التدخين على الهواء، إلا أن الحق المحمي بوصفه الهواء لا يتأثر بنسبة معينة سواء كانت كبيرة أم صغيرة، ذلك أن مجموع الأدخنة والغازات الخارجة أو الصاعدة من الدخان بشكل جماعي تؤثر على النسب المعروفة والمخصصة للهواء الذي جباه القانون بهذه الحماية، والحقيقة أننا لا نذهب مع تعريف منظمة الصحة العالمية الذي قصر التلوث في الهواء المتواجد خارج أماكن العمل، علماً أن تأثير الغازات والأدخنة الصادرة عن حرق السجارة في أماكن العمل قد يكون أكثر تأثيراً وضراً على الأفراد، من كمية أكبر من الملوثات في الهواء الطلق، خصوصاً أننا نقصد بتلوث الهواء تلوث الطبقة السفلى للغلاف الجوي.

ثانياً: تخصيص قانون لمكافحة التدخين

كان قانون حماية البيئة رقم (7) لسنة (1999) 1005 من أوائل القوانين الفلسطينية التي شرعها المشرع الفلسطيني، وكان من بين ما حماه هذا القانون البيئة الهوائية وكانت إحدى وسائل الحماية هي حظر التدخين، إذ نص في المادة (21) منه على "يحظر التدخين في وسائل النقل والأماكن العامة المغلقة"، كما أن المشرع عاد وأكد على ضرورة الحد من أضرار التدخين في المادة (44) من قانون الصحة العامة لسنة (2004) 1006 "على الوزارة اتخاذ الإجراءات المناسبة للحد من أضرار التدخين وانتشاره".

لم يكتف المشرع الفلسطيني بذلك، ولم تكن هذه النصوص مقنعة للحد من ممارسة التدخين أو ملاحظته، فأفرد المشرع الفلسطيني تشريعاً خاصاً لمكافحة التدخين أسوةً بغيره من الدول 1007 سمي بقانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) 1008، والذي سعى من

¹⁰⁰⁴ كريم كشاكش، "دور سلطات الضبط الإداري في حماية الهواء من التلوث في الأردن"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 46، عدد 2، 2019، ص 502.

¹⁰⁰⁵ تم نشر قانون البيئة رقم (7) لسنة (1999) في الوقائع الفلسطينية عدد (32) بتاريخ 2000/2/29 صفحة 38.

¹⁰⁰⁶ تم نشر قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة (2004) في الوقائع الفلسطينية عدد (54) بتاريخ 2005/4/23 صفحة 14.

¹⁰⁰⁷ سايرت فلسطين مصر بخصوص تخصيص قانون خاص بمكافحة التدخين أو الوقاية منه حيث كان أول قانون بشأن الوقاية من أضرار التدخين في مصر هو القانون رقم (52) لسنة (1981)، والذي عدل بالقانون رقم (85) لسنة (2002)، ثم عدل مرة أخرى بالقانون رقم (154) لسنة (2007)،

¹⁰⁰⁸ تم نشر قانون مكافحة التدخين (25) لسنة (2005) في الوقائع الفلسطينية عدد (68) بتاريخ 2007/3/7 صفحة 10.

خلاله المشرع لإفراد أكبر قدر من التنظيم في ممارسة التدخين، وأعطى من خلال التشريع الخاص قيمة مجتمعية أكبر لأهمية مكافحة التدخين، وسعى الدولة لذلك.

والملاحظ أن قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة (1960) 1009 النافذ في الضفة الغربية في فلسطين، لم يتضمن أية عقوبة لفعل ممارسة التدخين، وقد يعود الأمر لكون هذا الفعل في ذلك الوقت لم يكن يلقي استهجاناً مجتمعياً، و لم تكن الأضرار الصحية السلبية للتدخين من خلال الجهات الطبية، قد اكتشفت بالقدر الذي وصل إليه العلم في آخر ثلاثة عقود.

إن حداثة القوانين النازمة للتدخين وتجريم ذلك، لا يعني بالمطلق أن الأمر حديث في التشريعات النافذة في فلسطين، إذ هناك عدة قوانين عبر التاريخ الحديث نظمت موضوع التبغ، فأول قانون خاص بالتبغ زمن الإنتداب البريطاني، كان قانون منع احتكار التبغ عام (1918) **1010**، كما صدر أيضاً قانون التبغ عام (1925) **1011**، وفي الحقبة الأردنية في فلسطين صدر أيضاً قانون التبغ رقم (32) لسنة (1952) **1012**، والذي جاء مفصلاً فيما يتعلق بالتبغ **1013** دون أن يظهر فيه نوايا المشرع لمكافحة التدخين.

كما تناول موضوع التبغ والتدخين العديد من الأنظمة والقرارات والأوامر المنظمة للتبغ من معظم جوانبه، منها ما هو سارٍ ومنها ما هو مُلغى 1014، وأن كانت الملاحظة العامة على معظم هذه التشريعات، هو غلبة التنظيم التجاري والضريبي على فكرة مكافحة التدخين أو الحد منه.

المطلب الثاني: تفعيل القواعد التنظيمية في تجفيف منابع الوصول إلى مصادر التدخين

سعى المشرع لتفعيل قواعد تنظيمية سابقة لإرتكاب فعل التدخين، من خلال مواجهة وقائية سابقة على فعل التدخين، وهذه الوقاية وبالرم من ثبوت الاثر السلبي للتدخين علمياً غل أن يجوز بناء ذلك ايضاص على مبدأ التحوط 1015 أو المبدأ الوقائي 1016، وذلك لأجل دعم التوجه الذي يتبنى ضرورة الحد من انتشار التدخين ومحاربه سواء ثبتت آثاره السلبية، أم لازالت مثار بحث، وستتناول ذلك في فرعين: الأول بعنوان حظر إستيراد التبغ غير المطابق للمواصفات، بينما يتناول الفرع الثاني وضع قيود قانونية مخصوصة على حرية الاتجار بالتبغ.

الفرع الأول: حظر إستيراد التبغ غير المطابق للمواصفات

إن المشرع الفلسطيني حاول تقييد تجارة التبغ والسجائر بقيود تتعلق بوجود مواصفات معينة للتبغ سواء المزروع والمصنع محلياً أو ذلك المستورد والمصنع بالخارج، وتعتبر مؤسسة المواصفات والمقاييس الفلسطينية 1017 هي الجهة المسؤولة عن تحديد المواصفات والمقاييس

¹⁰⁰⁹ تم نشر قانون العقوبات رقم (16) لسنة (1960) في العدد (1487) من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 1960/5/1 ص374.

¹⁰¹⁰ مُلغى هذا القانون صراحةً.

¹⁰¹¹ تم نشر هذا القانون في العدد (141) من قوانين فلسطين (مجموعة درايتون – الإنتداب البريطاني) بتاريخ 1937/1/22، صفحة 1622، وهو مُلغى صراحةً.

¹⁰¹² تم نشر قانون التبغ رقم (32) لسنة (1952) في العدد (1110) من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 1952/6/1، صفحة 233.

¹⁰¹³ يحوي هذا القانون 42 مادة قانونية، وقد تعرض للتعديل بالقانون رقم (47) لسنة (1958).

¹⁰¹⁴ للمزيد يرجى زيارة موقع المقتضى عبر الإنترنت من خلال الرابط التالى:

[http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/Result.aspx?Res=%20\(LG_Main_Title_Off%20Like%20%27%d8%aa%d8%a8%d8%ba%27\).2020/4/20](http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/Result.aspx?Res=%20(LG_Main_Title_Off%20Like%20%27%d8%aa%d8%a8%d8%ba%27).2020/4/20) تاريخ الزيارة

¹⁰¹⁵ انظر المادة (15) من إعلان ريو دي جانيرو عام 1992.

¹⁰¹⁶ للمزيد عن المبدأ الوقائي انظر: عبد الناصر، الهياجنه، "القانون البيئي" النظرية العامة للقانون البيئي"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2012، ص 60-67.

¹⁰¹⁷ انظر الموقع الرسمي لمؤسسة المواصفات والمقاييس الفلسطينية على الإنترنت :

المطلوبة للتبغ ومنتجاته، وهي مسؤولة من خلال لجنة التبغ 1018 عن تجديدها بشكل مستمر إذا ما استدعت الحاجة ذلك، فقد ألزمت المؤسسة المصانع المحلية والمستوردين أن تشير بطاقة البيان 1019 الموجودة على علب السجائر إلى وجود مادة أول أكسيد الكربون، مثلما يتم الإفصاح عن النيكوتين والقطران 1020، إذ أن قانون مكافحة التدخين كان ينص على ضرورة تضمين بطاقة البيان لمادتي النيكوتين والقطران فقط، إلا أن مؤسسة المواصفات والمقاييس ألزمت فيما بعد ذكر مادة أول أكسيد الكربون.

والحقيقة أن ذكر مواصفات علب التبغ من باب تشجيع المستهلك للقيام بترك التدخين، من خلال ضرورة معرفة المدخن أن هناك غازات سامة تضر به و بالمحيط الموجود فيه، وبالتالي يساهم ذلك في التقليل من التدخين، وقد أجاز القانون للجهة صاحبة الاختصاص إمكانية تعديل المواصفات للتوائيم مع شروط الصحة، والمحافظة على البيئة، وبالتالي فلا يجوز استيراد أو تصنيع أي مواد من التبغ أو السجائر مخالفة لهذه المواصفات.

أولاً: التصريح عن نسب إحتواء مادة النيكوتين والقطران

من القيود الرئيسية التي وضعها المشرع والتي ألزم وجودها على بطاقة البيان الخاصة بعلب التبغ أو السجائر هو نسب مواد النيكوتين والقطران التي تحتويها العلب أو كل سيجارة في العلب، وفق نص المادة (1/8) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) والتي نصت على "يجب أن يبين على كل علب تبغ منتج محلياً أو مستوردة نسبة مادة النيكوتين والقطران أو أي مواد أخرى تحددها الوزارة"، وبالتالي يجب أن تحدد على كل علب تبغ أو سجائر نسبة محتويات النيكوتين والقطران فيها، وذلك كنوع من التحذير لمستهلكي السجائر، من احتواء هذه العلب لهذه المواد الخطرة، والتي تضر بصحته.

وتختلف نسبة النيكوتين والقطران من نوعية إلى أخرى حسب الإسم التجاري لعلبة السجائر، بينما تكون نسبة النيكوتين تختلف في السجائر الإلكترونية 1021 فتبدأ 0% لغاية 5.4% بحسب نسبة التركيز فيها.

ثانياً: وجود التحذيرات الصحية على كل علب سجائر

إن ردع المدخن يبدأ من علب السجائر، لذا فقد ألزم المشرع الفلسطيني في المادة (2/8) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) أن يشتمل تصميم علب السجائر التي تحوي منتجات التبغ أو السجائر على تحذير صحي لمخاطر التدخين وتبعاته، وبالتالي

<http://www.psi.pna.ps/ar/Pages/default.aspx>

¹⁰¹⁸ تضم لجنة التبغ في مؤسسة المواصفات وللمقاييس الفلسطينية ممثلين عن الجهات التالية: مؤسسة المواصفات والمقاييس، وزارة الاقتصاد الوطني، وزارة الصحة، المجلس الاستشاري الأعلى، سلطة جودة البيئة، الإغاثة الزراعية، وزارة الزراعة.

¹⁰¹⁹ تعرف بطاقة البيان بأنها "أي بطاقة أو علامة (ماركة) صوره أو أي بيانات وصفية أخرى تكتب أو تطبع أو تختم أو توضع على العبوة أو ترفق بها"

¹⁰²⁰ صحيفة الحدث الإلكترونية، كتابة محمد غفري، تاريخ الزيارة: 2020/4/3 وقت الزيارة: 2:33 انظر الموقع:

<https://www.alhadath.ps/article/87182>

¹⁰²¹ جدول يوضح نسبة النيكوتين في السجائر الإلكترونية: انظر الرابط التالي: <https://vapemena.com> تاريخ الزيارة 2020/4/4.

التسمية	نسبة النيكوتين
NICOTINE FREE	5.4%
ULTRALIGHT	3.6%
LIGHT	2.4%
FULL	1.6%
XTRA	.8%
XXTRA	0%

فأن عدم وجود التحذير يدخل في إطار الإهمال في تصميم المنتج الذي يؤسس لقيام المسؤولية التقصيرية ويسمح للمطالبة ببدل الأضرار الناشئة عن ذلك وتنص المادة المذكورة على " يجب أن يثبت على كل علبة التحذيرات الصحية التي تحددها الوزارة من مضار التدخين على أن لا تقل مساحة التحذير عن 20% من الواجهة الأمامية لعلبة التبغ"، وقد أكدت على ذلك المادة 11 من اتفاقية منظمة الصحة العالمية الإطارية بشأن مكافحة التبغ 1022 والتي نصت على "تنفذ الأطراف وضع تحذيرات صحية كبيرة ومتغيرة على جميع منتجات التبغ وكل أشكال التعبئة والتوسيم". لذا نجد معظم شركات صناعة التبغ العالمية 1023 وحتى المحلية تحرص على وضع مثل هذه التحذيرات، باختلاف صيغها التي يكون مضمونها التحذير من المخاطر الصحية للمدخنين 1024. والحقيقة أن المشرع لم يشترط شكلاً معيناً ولا مكاناً معيناً لوجود التحذير على علب السجائر، وبالتالي فإن التحذير قد يكون على وجه العلبة أو على ظهرها أو على أحد حوافها الجانبية، يشترط ألا تقل نسبة التحذير عن 20% من مساحة علبة التبغ المعدة للبيع أو الاستهلاك.

كما أن المشرع في القوانين الخاصة بالتبغ لم يشترط لغة معينة لكتابة التحذير وبالتالي فإن الشركات تضع التحذير في معظم الأحيان تبعاً للغات الرسمية أو الدارجة حسب الدولة التي يوزع فيها منتجات التبغ، ففي فلسطين يكون التحذير مكتوب باللغة العربية، باعتبارها اللغة الرسمية في فلسطين 1025، وكذلك امتثالاً للمادة (12) من قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة (2005) والتي ألزمت أن تكون بطاقة البيان باللغة العربية إذ نصت المادة المذكورة على " يجب أن تدرج على بطاقة البيان باللغة العربية المعلومات التي تعتمد عليها مؤسسة المواصفات والمقاييس تبعاً لطبيعة كل سلعة ووفقاً لخصائصها".

الفرع الثاني: وضع قيود قانونية مخصصة على حرية الاتجار بالتبغ

لقد حاولت التشريعات النازمة للتبغ والتدخين في التشريع الفلسطيني وضع قيود خاصة، تمنع من وصول الأفراد للتدخين، فمثلاً تواترت الزيادة الضريبية على منتجات التبغ على فترات وإن كانت متباعدة، باعتبار أن التبغ ومشتقاته من السجائر وغيرها، ليست من السلع الأساسية التي يمكن أن تؤثر على حياة المواطن اليومية، فالسبب المعلن لرفع الضرائب على التدخين يتمثل في الحفاظ على المستوى الغذائي والصحي لأفراد المجتمع 1026، إذ تشير الدراسات إلى أن زيادة نسبة الضرائب على الدخان ومشتقاته يخفف ظاهرة التدخين ويسهم في السيطرة عليها 1027، كما أفاد تقرير صادر عن البنك الدولي عام (1999) حول مكافحة التدخين إلى أن زيادة (1%) على ضرائب التدخين يسهم في تخفيض عشرة مدخنين من حيث الكف عنها أو تخفيف الإستهلاك، وتعتبر الضريبة على السجائر المستوردة والمحلية على حد سواء مرتفعة وبنفس القدر.

¹⁰²² فتح باب التوقيع على هذه الاتفاقية في الفترة الممتدة من 16 حزيران/ يونيو إلى 22 حزيران/ يونيو 2003 في جنيف ثم في نيويورك، وقد بدأ نفاذ الاتفاقية في 27 شباط / فبراير 2005، بعد 90 يوماً من تاريخ الإنضمام إلى الاتفاقية أو التصديق عليها أو قبولها أو الموافقة عليها من قبل 40 دولة.

¹⁰²³ أتاح موقع المكتب الإقليمي لشرق المتوسط التابع لمنظمة الصحة العالمية ثلاثون تحذيراً صيحياً مصوراً لاستعمالها أو لتكييفها من قبل الدول والأطراف في الاتفاقية الإطارية لمنظمة الصحة العالمية لتحذير الجمهور من مخاطر تعاطي التبغ، للإطلاع على هذه التحذيرات انظر الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.emro.who.int/ar/tfi/health-warnings/implement-warning-on-tobacco-packs.html>

¹⁰²⁴ اختلفت عبارات التحذير الصحية المكتوبة على علب السجائر أو التبغ فتكتب أحياناً عبارة " التدخين يسبب الوفاة المبكرة" وأحياناً عبارة " أثبتت الأبحاث الطبية أن التدخين يؤدي إلى الإدمان" وأحياناً عبارة " التدخين يدمر الصحة ويسبب الوفاة" وأحياناً عبارة " التدخين سبب رئيسي للإصابة بسرطان الرئة".

¹⁰²⁵ تنص الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام (2005) المنشور على الوقائع الفلسطينية في العدد (57) بتاريخ 2005/8/18 ص5 على " اللغة العربية هي اللغة الرسمية".

¹⁰²⁶ صفاء عوض، تعرفه السجائر ما بين العائد المالي واسترداد تكلفة العلاج الصحي في فلسطين، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2016، ص62.

¹⁰²⁷ أشارت دراسة خاصة بالولايات المتحدة الأمريكية إلى ضرورة وصول ضريبة التدخين إلى (14%) لكل علبة سجائر. انظر: صفاء عوض، تعرفه السجائر ما بين العائد المالي واسترداد تكلفة العلاج الصحي في فلسطين، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2016، ص62.

إن رفعة التكلفة الضريبية على منتج ما للحد من استهلاكه هو الإجراء التقليدي الأكثر شيوعاً لدى الرغبة في تقليل استهلاك أي منتج، وبالتالي فهذا الإجراء ليس خاصاً بفعل التدخين، لكن المشرع بالمقابل خصّ التدخين بإجراءات وقائية للحد من انتشاره تراعي خصوصية هذا المنتج، وسيتم تناول هذه الخصوصية من خلال البندين التاليين إذ تتعلق الأولى بمنع الإعلانات المباشرة للتدخين والثانية بمنع الإعلانات غير المباشرة للتدخين.

أولاً: تقييد بيع وإعلانات التبغ، منع الإعلانات المباشرة للتدخين

تنص المادة (1/13) من اتفاقية منظمة الصحة العالمية الإطارية بشأن مكافحة التبغ على "تقر الأطراف بأن فرض حظر شامل على الإعلان عن التبغ والترويج له ورعايته، يحد من استهلاك منتجات التبغ"، وقد سار المشرع الفلسطيني لم على ذات النهج من حيث فرض الحظر الشامل على إعلانات التبغ، حيث نظم ذلك وحال دون استهداف إعلان التبغ والترويج له لفئات المجتمع، وقد سبق ظهور قانون مكافحة التدخين، صدور قرار مجلس الوزراء رقم (1) لسنة (1996) بشأن تنظيم الإعلان عن التبغ ومنتجاته 1028، وسيتم تناول ذلك من خلال البندين التاليين أ. حظر إجراء الدعايات للتبغ، ب. حظر بيع وإعلان عن التبغ للأشخاص الذين تقل أعمارهم 18 سنة.

أ. حظر إجراء الدعايات للتبغ.

نصت المادة العاشرة من قانون مكافحة التدخين الفلسطيني رقم (25) لسنة (2005) على "يحظر إعداد أو طبع أو عرض أو تعليق أي إعلان لأغراض الدعاية عن التبغ أو الترويج له"، كما نصت المادة الثانية من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (1) لسنة (1996) بشأن تنظيم الإعلان عن التبغ ومنتجاته على "يمنع منعاً باتاً الإعلان عن التبغ أو منتجاته في الإذاعة المرئية والمسموعة بغرض ترويجه أو الترغيب على استهلاكه"، والواضح أن حظر المشرع جاء شاملاً، إذ أن النص مطلقاً لم يتقيد بزمان أو مكان أو فئة محددة، وبالتالي فالمشرع منع كافة أعمال الدعاية للترويج للتبغ والتدخين، وهي محاولة وقائية من قبل المشرع لمنع انتشار التدخين، وبالرغم من النص المانع الواضح للتشريع، إلا أن اللوحات الدعائية المروجة للتبغ والتدخين سواء الموجودة في الشوارع أو من خلال مساحات الإعلانات على الصحف أو حتى على الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي متواجدة وبكثرة، بإجراءات الجهات المختصة تعتبر ضعيفة في إثبات القدرة لتفعيل الجانب الوقائي الموجود في هذا النص، سواء النيابة العامة أو سلطة جودة البيئة، فهذه الجهات لا تمارس اختصاصها لمنع الترويج للتبغ ومنتجاته.

والمدقق في النص يجد أن منع الدعاية هو لغايات الترويج للتدخين فقط، وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن الإعلانات الدعائية لغايات التحذير من التدخين ليست محظورة، إنما سمح بها التشريع، فالحظر المطلق غير المقيد أمر متعلق بالحظر الترويجي الدعائي وهو ما يمكنه تسميته بالترويج السلبي للتبغ، أما الترويج الإيجابي الذي يحض على ترك التدخين ويشرح سلبياته فليس ممنوعاً أو محظوراً، إنما مسموح وفق القانون، ويؤيد ذلك ما ورد في المادة (10) من قرار مجلس الوزراء السابق ذكره، والتي حددت لوزارة الصحة معايير الإعلان عن مضار التدخين في جميع وسائل الإعلام وطرقه وفق المحددات التالية :

1- يجب أن يحتل التحذير ما لا يقل عن 5 % خمسة بالمائة من إجمالي المساحة الخاصة بالإعلانات في وسائل الإعلام المطبوعة.
2- يجب عرض التحذير الخاص بالصحة في الإعلانات الخاصة بدور السينما بطريقة واضحة ومرئية لمدة ثلاث ثواني على الأقل في نهاية كل إعلان.

3- يجب عرض التحذير في التلفزيون بطريقة واضحة لمدة خمس ثواني على الأقل.

4- يجب أن يحتل التحذير ما لا يقل عن 5 % خمسة بالمائة من إجمالي مساحة ملصقات الإعلانات.

¹⁰²⁸ تم نشر هذا القرار في الوقائع الفلسطينية في العدد (15) بتاريخ 1996/11/28 صفحة 11.

ب. حظر بيع وإعلان عن التبغ للأشخاص الذين تقل أعمارهم 18 سنة.

رغم وجود نص عام يحظر الترويج للتبغ والتدخين، إلا أن المشرع أفرد حماية إضافية وخاصة للأشخاص الذين تقل أعمارهم عن ثمانية عشر سنة، فنص في المادة السادسة من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) على " يمنع بيع أو توزيع أو عرض أو الإعلان عن التبغ للأشخاص الذين تقل أعمارهم عن (18) سنة"، كما نصت المادة (8) من قرار مجلس الوزراء رقم (1) لسنة (1996) على " يحظر بيع التبغ أو منتجاته للأشخاص الذين تقل أعمارهم عن 18 سنة، كما لا يجوز إعطاؤهم عينات من التبغ أو منتجاته"، ويلاحظ أن هذه النصوص كان منعها شاملاً، أي كانت غاية العرض أو الإعلان، بمعنى سواء أكان الترويج للتبغ للأطفال الذين يقل عمرهم عن 18 عام، لغايات الترويج الإعلاني للتبغ، أو لغايات التحذير من التبغ أو التدخين، فكلاهما ممنوع وفق هذا النص، وحسباً فعل المشرع بذلك إذ أنه من الأفضل عدم عرض صور تخص التبغ لأي غاية كانت حتى عمر معين 1029، لكن يفضل أن يكون العمر الذي يمنع العرض أو الإعلان له بشكل تحذيري من التدخين أقل من العمر الذي نص عليه المشرع، ويفضل أن يكون العمر هو 12 عام وهو سن المسؤولية الجزائية في فلسطين، بدلاً من 18 عام، كون الإعلانات التحذيرية لبعض الأعمار بالذات ما بين 12-18 عام مفيدة جداً، وقد تساهم في منع إنتشار التدخين في هذا العمر، أو الإقلاع عنه لمن وقع فيه.

ثانياً : منع وصول الإعلانات غير المباشرة عن التدخين

حاول المشرع الفلسطيني منع وصول إعلانات التبغ بشتى الطرق للأطفال دون سن الثامنة عشرة، فنص في المادة (9) من قرار مجلس الوزراء رقم (1) لسنة (1996) " لا يجوز توجيه حملات أو دعاية لترويج مبيعات التبغ أو منتجاته لمن تقل أعمارهم عن 18 سنة أو وضع العلامات التجارية أو الشعارات الخاصة بالدخان على الأصناف التي تباع للأطفال كالألعاب وغيرها"، وقد سعى قانون مكافحة التدخين إلى تبيان ذلك بشكل أوضح وهو ما سنتناوله من خلال البندين التاليين أ. منع بيع التبغ من خلال ماكنات البيع الآلية، ب. منع تقليد الحلويات على شكل تبغ.

أ. منع بيع التبغ من خلال ماكنات البيع الآلية

لقد حظر المشرع الفلسطيني في المادة (10) من قانون منع التدخين رقم (25) لسنة (2005) بيع التبغ من خلال ماكنات البيع الآلية إذ نصت على " يحظر وضع ماكينات بيع التبغ التي تعمل بالنقود في الأماكن العامة"، وحكمة المشرع الظاهرة من ذلك هو عدم القدرة على السيطرة على ماكنات البيع الآلية، أو تحديد الأفراد الذين يتعاملون معها، وبالتالي عدم القدرة على السيطرة على الفئات العمرية التي ستتعامل مع هذه الماكينات، خصوصاً الفئات العمرية الأكثر حمايةً في هذا القانون وهي الاطفال وصغار السن، في ظل إمكانية انتشار هذه الماكينات بسهولة في الشوارع وعلى الطرقات أمام المحلات، وبالتالي وخشية من قيام الصغار بالتعامل مع هذه الماكينات منع المشرع بيع التبغ من خلالها، وهو مسلك يحمى من قبل المشرع الفلسطيني لما فيه من تضيق ومحاضرة لآفة التدخين.

ب. منع تقليد الحلويات على شكل تبغ

استمر المشرع الفلسطيني في محاولته حماية الأطفال والصغار من كل ما يمكن أن يربطهم بالتدخين، من ناحية أخرى حاصر جشع الجهات التي تقوم بتصنيع وتسويق التدخين في تسويقه عن طريق الحلويات على أشكال علب التبغ أو حتى على شكل سجائر، وهذا المنع هو حماية للأطفال من التعلق بهذه الآفة، وهو أيضاً مسلك يحمى من التشريع الفلسطيني، فقد نص في المادة (9) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) "يحظر... صنع مقلدات التبغ بما فيها أصناف الحلويات ولعب الأطفال التي تصنع على أي شكل من أشكال التبغ".

¹⁰²⁹ يشمل المنع أية عروض للتبغ في دور السينما وهو ما نصت عليه المادة السادسة من قرار مجلس الوزراء رقم (1) لسنة (1996) والتي نصت على "يحظر على دور السينما الإعلان عن التبغ ومنتجاته في عروض ما قبل السابعة مساءً أو عند بدء أو خلال أو بعد عرض الأفلام المعدة أصلاً للأشخاص الذين تقل أعمارهم عن 18 سنة"

وبالرغم من ذلك وباستقراء كافة النصوص النازمة للإعلان عن التدخين والتبغ، نجد أن المشرع الفلسطيني لم يمنع الإعلان عن التبغ بشكل مطلق وكلي بالرغم من ظاهر النصوص التي توحى بذلك، إذ أنه نظم مضمون الإعلان عن التبغ بما يعني ضمناً السماح به، ولكن وفق ضوابط 1030 وهي :

- 1- ألا يُصور أي شخص يبدو بوضوح أن عمره يقل عن 25 سنة.
- 2- ألا يُستخدم الأشخاص المشهورين الذين لهم تأثير خاص على من تقل أعمارهم عن 18 سنة.
- 3- ألا يوصي بأن التدخين لا غنى عنه للتفوق والنجاح في الحياة الاجتماعية ولا يبالغ في جاذبية التدخين.
- 4- إذا تضمن الإعلان ظهور مجموعة من الناس فلا يجوز رؤية أكثر من 50% خمسين بالمائة من إجمالي عدد الأشخاص الذين يظهرون في الإعلان يدخنون.

ويرى الباحث أن استقراء إرادة المشرع حول جواز السماح بالإعلان عن التدخين من عدمه، يصل بنا إلى نتيجة مفادها رغبة المشرع الضمنية بعدم السماح عن الإعلان بالمطلق دون قصر ذلك على فئة محددة للأسباب التالية:

- 1- الالتزام بقاعدة هرمية التشريعات، إذ أن قانون مكافحة التدخين قانون صادر من السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص التشريعي الأصلي، وهذا القانون قد جاء مانعاً بصورة مطلقة، ولم يترك الباب للسلطة التنفيذية لوضع آليات معينة لتنظيم الإعلان عن التبغ، أما قرار مجلس الوزراء فيأتي في مرتبة تشريعية لاحقة للقانون، وبالتالي في حال التعارض بينها يقدم القانون على قرار مجلس الوزراء.
- 2- أحقية القانون اللاحق في التطبيق، إذ أن النظر لتواريخ صدور والنفاذ، نجد أن قانون مكافحة التدخين صدر ونفذ في العام (2005) بينما قرار مجلس الوزراء صدر في العام (1996)، وعليه فلو قصد المشرع الإشارة للقرار أو تضمين بعض مواد في القانون لفعل ذلك.
- 3- عدم جدوى التذرع بقاعدة الخاص يقيد العام، إذ قد يدعي البعض أن قرار مجلس الوزراء رقم (1) لسنة 1996 خاص فقط بتنظيم الإعلان عن التبغ ومنتجاته، بينما قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) عام في كل ما يتعلق بالتدخين، هو قول يجانب الصواب، إذ أن أعمال هذه القاعدة جائز في حال تساوي القوانين في المرتبة والقوة القانونية على هرم التشريعات، وهو ما لا ينطبق في هذه الحالة.

المبحث الثاني: إرساء قواعد محددة لتجريم التدخين في فلسطين

إن الحديث عن تجريم فعل التدخين في معظم المجتمعات يراه الكثيرون تضيق واسع، وتحرير مباح، وهي النظرة ذاتها أو الإنطباع الأولي لدى نشوء فكرة قوانين حماية البيئة والاتفاقيات النازمة لذلك، ومع مرور الزمن أصبحت حماية البيئة بكل مكوناتها مطلباً أساسياً للإنسان، الأمر ذاته ينطبق على فكرة التدخين، إذ أصبحت إمكانية الحديث عن تجريم فعل التدخين أمراً غير مستهجن، لا بل مستحسن لدى بعض الأفراد والجمعيات التي تعنى بذلك، بعد أن كان مجرد الإشارة إلى عدم استساغة فكرة التدخين من قبل البعض هو ترف فكري، ونظراً لهذا التطور المجتمعي أصبح لزاماً دراسة جريمة التدخين، وسيتم تناول هذه الجريمة في هذا المبحث من خلال مطلبين: المطلب الأول بعنوان الأركان العامة لجريمة التدخين، بينما يتناول المطلب الثاني عقوبات جريمة التدخين والجرائم الملحق بها.

المطلب الأول : الأركان العامة لجريمة التدخين

لقد حاول المشرع تقييد حرية الأفراد في ممارسة تناول التبغ ومشتقاته، وسعى لإيجاد مكان خاص للقيام بهذا الفعل، من خلال تنظيم أماكن ممارسته، إلا أن فعل التدخين بوصفه جريمة في أحوال معينة، يستلزم تحديد أركان هذا الفعل لغايات تجريمه والمعاقبة

¹⁰³⁰ وردت هذه الضوابط في السابعة من قرار مجلس الوزراء رقم (1) لسنة 1996 بشأن تنظيم الإعلان عن التبغ ومنتجاته.

عليه، وهو ما سيتم تناوله من خلال الفرعين التاليين تبعاً، الفرع الأول: الركن المفترض في جريمة التدخين، بينما تناول الفرع الثاني الركن المادي والمعنوي في جريمة التدخين.

الفرع الأول: الركن المفترض في جريمة التدخين

لقد أفترض المشرع أماكن محددة يعتبر ممارسة التدخين فيها جريمة دون غيرها، ولقد حاول المشرع الفلسطيني التضييق على المدخنين بعدة وسائل سنتناولها بشكل متتالٍ أولاً من خلال حظر التدخين في الأماكن العامة ووسائل النقل، وثانياً من خلال حظر التدخين في ساحات المدارس ورياض الأطفال.

أولاً: حظر التدخين في الأماكن العامة ووسائل النقل.

لم يجرم القانون النافذ مجرد القيام بالتدخين، تاركاً أمر حرية ممارسته لأصحابه، إنما جرّم تعدي هذه الممارسة وإضرارها بالغير، إذ أنه ليس كل فعل ملوث للبيئة يشكل في نظر الشارع فعلاً مؤثماً، بل إنه يسمح بهذا التلوث متى التزم حدوداً معينة¹⁰³¹، ويمكن القول ان المشرع نظم او قن أماكن التدخين فحظر التدخين في الاماكن العامة ووسائل النقل وشدد في هذا الاطار إذ نص في المادة (4) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) على "يحظر تدخين أي نوع من أنواع التبغ في المكان العام"، بينما جاءت المادة (21) من القانون رقم (7) لسنة (1999) بشأن البيئة أكثر دقة وصرامة في تحديد الأماكن التي يحظر فيها التدخين فنصت على انه "يحظر التدخين في وسائل النقل والأماكن العامة المغلقة"، و تعرف الاماكن العامة بأنها "المكان الذي لا يدخله الهواء إلا من خلال منافذ معدة لذلك مثل المدارس- الجامعات- المستشفيات- النوادي - المطاعم- قاعات الاجتماعات- صالات العرض... الخ وتعتبر وسائل النقل العام وأي أماكن تحددها الوزارة مكاناً عاماً"، بينما عرف قانون العقوبات رقم (16) لسنة (1960) في مادته الاولى المكان العام أو الطريق العام بأنه "كل طريق عام وكل مكان أو ممر يباح للجمهور المرور به أو الدخول إليه في كل وقت وبغير قيد أو كان مقيداً بدفع مبلغ من النقود وكل بناء أو مكان يستعمل إذ ذاك لأي اجتماع أو حفل عمومي أو ديني أو كساحة مكشوفة"، بينما كان قانون رقم (7) لسنة (1999) الأكثر دقة إذ عرف في مادته الأولى الأماكن العامة المغلقة بأنها "المكان العام الذي له شكل البناء المتكامل ولا يدخله الهواء إلا من خلال منافذ معدة لذلك (المسارح- دور السينما- المتاحف- المطاعم- قاعات الاجتماعات... الخ)، ويعتبر في حكم المكان العام المغلق وسائل النقل العام"، وعليه لا يمكن القول بانطبق التعريف الوارد في قانون العقوبات على الأماكن العامة على تجريم التدخين، وبذات الوقت كان يتوجب على المشرع في قانون مكافحة التدخين أن يكون أكثر دقة في تعريفه ليشمل الأماكن العامة المغلقة فقط إذ أن مضمون التعريف لا يتطابق مع كرة الأماكن العامة بشموليتها إن يتطابق مع الاماكن العامة المغلقة فقط، وهو الامر الذي أجاد فيه المشرع ابتداءً في قانون البيئة، ويؤخذ عليه أن يكون القانون اللاحق أقل دقة من سابقه.

نستنتج من التعريفات السابقة أن المشرع اشترط أمور عدة للقول بالمكان العام الذي لا يصلح التدخين فيه وهي :

- إباحة دخول المكان للكافة دون قيد أو بقيود تنظيمية مثل وجود تذاكر مدفوعة.
- ان يدخل الهواء له من أماكن محددة أو منافذ معدة لذلك، مثل المنازل أو الحافلات، ولا يدخل في ذلك الشوارع والطرق.

لقد تباينت توجهات التشريعات في مدى إمكانية السماح بالتدخين في الأماكن العامة المغلقة في اتجاهين كالتالي:

الاتجاه الأول: الحظر المطلق وهو التوجه الذي سار عليه المشرع الفلسطيني والذي حظر التدخين على إطلاقه في جميع الأماكن العامة المغلقة، وهو اتجاه محمود وفق وجهة نظر المؤيدين لحماية البيئة الهوائية.

¹⁰³¹ عبد الستار، الحمدوني، "الحماية الجنائية للبيئة" دراسة مقارنة في الأحكام الموضوعية"، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، ص114.

الاتجاه الثاني: الحظر التنظيمي. وهذا الاتجاه يميل لفكرة تنظيم التدخين في الاماكن العامة المغلقة ووضع ضوابط لها، فلا هي محرمة بالإطلاق ولا مسموحة بالإطلاق، إنما كان بنى فكرته هذا التوجه على إيجاد كبائن مخصصة للتدخين في الأماكن العامة المغلقة وشبه المغلقة، ضمن مواصفات فنية يحددها القانون وبعد أخذ التراخيص اللازمة لذلك، وقد أخذ بهذا التوجه المشرع الكويتي فنص في المادة الرابعة من القرار رقم (2) لسنة (2019) بشأن اللائحة التنفيذية لاشتراطات وضوابط التدخين في الاماكن العامة المغلقة وشبه المغلقة 1032 على ضوابط الأماكن المخصصة للتدخين في الأماكن العامة المغلقة وهذه الضوابط هي :

- الحصول على ترخيص من الهيئة العام للبيئة.
- أن يكون المكان المحدد للمدخين مستوفياً لشروط محددة 1033.
- أن يكون المكان المخصص للمدخين مطابقاً للمواصفات الفنية لكابينة التدخين، ومستوفياً الشروط الخاصة بالتهوية 1034.
- وضع لوحة تحذيرية بحظر دخول الأشخاص الذين تقل أعمارهم عن (18) سنة إلى الأماكن المخصصة للمدخين.
- استحقاق رسوم سنوية على الرخصة بواقع خمسة دنانير كويتية لكل متر مربع.

ثانياً: حظر التدخين في ساحات المدارس ورياض الأطفال

يعتبر القاصرين من أكثر الفئات المستهدفة بالتدخين، سواء من جانب المشرع لحمايته من ذلك، او من جانب المروجين للتدخين لجلبه لهذه الآفة، وتشير الدراسات إلى أن أكثر الفئات العمرية التي تتعاطى مع التدخين هي الفئة العمرية ما بين 12-18 عاماً، ويقدر عدد الطلبة المدخنين حوالي 36% من مجموع طلبة المدارس، وهي نسبة كبيرة جداً وقد ازدادت في السنوات الأخيرة ولم تنقص، وقد نصت المادة (5) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) على "يحظر التدخين في ساحات المدارس ورياض الأطفال"، وهذا الحظر شامل عام للمكان وليس للأفراد فقط، بمعنى أنه لا يجوز التدخين في ساحات المدارس ورياض الأطفال ومن باب أولى قاعاتها بالطبع، لكافة المتواجدين فيها من طلاب وأساتذة وزائرين ولا يشمل المنع الطلاب فقط، وكنا نتمنى على المشرع أن يوسع دائرة المنع لتشمل الجامعات والكليات .

إن خطورة التدخين في ساحات المدارس ورياض الأطفال تنطوي خطورة كبيرة، فالأطفال في هذه الأعمار مقلدون لبعضهم وبالتالي قد تتزايد نسبة المدخنين بينهم، إضافة إلى أنهم مقلدون للقدوة فإذا ما وجدوا احد أساتذتهم من المدخنين فإن تقليده سيكون أسهل عليهم لذلك جرم المشرع التدخين في هذه الاماكن وعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد عن أسبوع وبغرامة لا تقل عن عشرين ديناراً ولا تزيد عن مائة دينار، وكان الاولى بالمشرع أن يفصل في العقوبة لمن هم دون سن الثامنة عشرة ويزيد في مقدارها لمن زاد عمره عن ذلك.

الفرع الثاني: الركن المادي والمعنوي في جريمة التدخين

إن تجريم الجرائم البيئية لا يخضع للأوضاع العادية التقليدية، فجريمة التدخين جريمة مصطنعة اكتشفتها البحوث العلمية الحديثة، وحاولت الدولة من خلال سلطتها التشريعية سن القوانين اللازمة لتجريمها 1035، وإن كان البعض يعتبر جريمة التدخين

¹⁰³² تم نشر هذا القرار في الكويت اليوم في العدد 1440 السنة الخامسة والستون بتاريخ 2019/4/14 الموافق 9 شعبان 1440.

¹⁰³³ للإطلاع على هذه الشروط انظر الفقرة الثانية من المادة الرابعة من رقم (2) لسنة (2019) بشأن اللائحة التنفيذية لاشتراطات وضوابط التدخين في الاماكن العامة المغلقة وشبه المغلقة في الكويت.

¹⁰³⁴ للإطلاع على الشروط الخاصة بالتهوية في كابينة التدخين راجع الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من رقم (2) لسنة (2019) بشأن اللائحة التنفيذية لاشتراطات وضوابط التدخين في الاماكن العامة المغلقة وشبه المغلقة في الكويت.

¹⁰³⁵ وناسه، جدي، "الحماية الجنائية للبيئة الهوائية" دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016/2017، ص 209.

بوصفها جريمة بيئية، لسيّس سوى إظهار لعدم الانضباط الاجتماعي الذي لا يستحق عقاباً صارماً¹⁰³⁶، ومع ذلك فإنه باستقراء النصوص الجنائية لا نقف على سياسة محددة واضحة المعالم لحماية البيئة تتكامل في شقيها الموضوعي والإجرائي¹⁰³⁷.

تنص المادة (19) من اتفاقية منظمة الصحة العالمية الإطارية بشأن مكافحة التبغ على "بغرض مكافحة التبغ تنظر الأطراف في اتخاذ إجراءات تشريعية أو تعزيز قوانينها القائمة، عند اللزوم، لمعالجة مسألة المسؤولية الجنائية والمدنية، بما فيها التعويض، حسب الاقتضاء"، ولقد نظم القانون الفلسطيني جريمة التدخين في أكثر من قانون بما يتضح من ظاهرة رغبته في الحفاظ على البيئة الهوائية، لكنه اشترط أن يكون تجريم التدخين في حالة ممارسته في مكان مخصوص مغلق فنص في المادة (21) من قانون البيئة رقم (7) لسنة (1999) على "يحظر التدخين في وسائل النقل والأماكن العامة المغلقة"، كما نص في المادة (4) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) على "يحظر تدخين أي نوع من أنواع التبغ في المكان العام"، كما نص في المادة (5) من ذات القانون "يحظر التدخين في ساحات المدارس ورياض الأطفال".

أولاً: الركن المادي

يعتبر الركن المادي وجه الجريمة الظاهر للعالم الخارجي، إذ أن القانون لا يعاقب على ما يدور في خلد الناس وضمائرهم، ما لم يترجم ذلك بسلوك يُحدث تغييراً في العالم الخارجي ويعد اعتداءً على الحق المحمي قانوناً، فيغدو هذا العالم الخارجي بعد الجريمة ليس كما قبلها ولو كان التأثير بسيطاً أو معدوماً، وقوام الركن المادي عناصر ثلاثة هي السلوك والنتيجة والعلاقة السببية غير أن هذه العناصر الثلاثة لا تتواجد مجتمعة إلا حيث يعتد المشرع قانوناً بالنتائج المادية التي يتسبب فيها السلوك¹⁰³⁸.

أ- السلوك في جريمة التدخين

السلوك الإجرامي هو فعل الجاني الذي يُحدث أثراً في العالم الخارجي¹⁰³⁹، فهي حركة عضوية تصدر عن الجاني يستهدف بها العدوان على حق أو مصلحة بسط عليها المشرع حمايته الجنائية بأحكام عقابية¹⁰⁴⁰، فالتدخين لا يعد سلوكاً إجرامياً في ذاته إلا إذا توافرت معه باقي الشروط، كونه سلوكاً مصرحاً به ومشروع قانوناً¹⁰⁴¹، لكنه من الجرائم التي تخلق بارتكابها خطراً على العنصر البيئي يمكن وصفه بالخطر العام¹⁰⁴²، وذلك بث سموم في الهواء سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة¹⁰⁴³، إذ ينشأ سلوك التدخين بقيام المدخن بعملية حرق التبغ الموجود داخل السيجارة أو أداة حرق التبغ، وذلك بعد إشعالها سواء بالنار كما في التدخين التقليدي أو كهربائياً كما في السجائر الإلكترونية، حيث يقوم الجاني بحرق التبغ عن طريق الفم واستنشاق الدخان ثم إخراجها من الفم والإنف للعالم الخارجي، فهو بذلك قام بإدخال مواد جديدة في وسط بيئي معين بالإضافة إليه سواء هذه المواد موجودة في الوسط الطبيعي أم لا¹⁰⁴⁴، لذلك فالسلوك في جريمة التدخين سلوك إيجابي حصراً، إذ تقوم الإرادة بدفع أعضاء الجسم وتوجيهها نحو تحقيق غاية مصدر الإرادة¹⁰⁴⁵.

¹⁰³⁶ محمد حسين عبد القوي، "الحماية الجنائية للبيئة الهوائية"، أطروحة دكتوراة، أكاديمية الشرطة، القاهرة، مصر، 2001، ص103.

¹⁰³⁷ حمدي محمد شاهين، "الحماية الجنائية للبيئة الهوائية للتشريع الفلسطيني" دراسة تحليلية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013، ص69.

¹⁰³⁸ بسمة الحوراني، "المسؤولية الجنائية عن تلوث البيئة" دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، ط1، عمان، الأردن، 2015، ص85.

¹⁰³⁹ منصور رحمانى، "الوجيز في القانون الجنائي العام"، دار العلوم للنشر، عنابة، الجزائر، 2006، ص93.

¹⁰⁴⁰ حسام محمد جابر، "الجريمة البيئية"، دار الكتب المصرية، الحلة الكبرى، مصر، 2011، ص79.

¹⁰⁴¹ بسمة الحوراني، "المسؤولية الجنائية عن تلوث البيئة" دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، ط1، عمان، الأردن، 2015، ص85.

¹⁰⁴² نفس المعنى: أحمد أبو خطوة، "شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة" النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ج1، 1989، ص213.

¹⁰⁴³ سامر، نجم الدين، "الحماية الجنائية في فلسطين"، رسالة دكتوراة غير منشورة، جامعة تونس المنار، تونس العاصمة، تونس، 2017، ص48.

¹⁰⁴⁴ انظر بنفس المعنى: بسمة الحوراني، "المسؤولية الجنائية عن تلوث البيئة" دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، ط1، عمان، الأردن، 2015، ص88.

¹⁰⁴⁵ بسمة الحوراني، "المسؤولية الجنائية عن تلوث البيئة" دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، ط1، عمان، الأردن، 2015، ص92.

فالقوة النفسية المدركة تدفع أعضاء الجسم إلى الحركة على النحو الذي يحقق الغاية¹⁰⁴⁶، وبذلك تقوم جريمة التدخين، ويصعب القول بقيام جريمة التدخين بسلوك سلبي فهي من الجرائم ذات القالب المحدد والتي تقوم وفق آلية معروفة، تتمثل بحرق الدخان الناشئ عن إشعال السجارة، فالتدخين جريمة لا تقوم بالإحجام عنها، أما ما يطلق عليه بالتدخين السلبي فهو ليس فعل يجرمه القانون، بل إن القانون ومنظمة الصحة العالمية تعتبر المعرضين للتدخين السلبي مجنّ عليهم وضحايا لأفعال التدخين الإيجابي، و دائماً ما يتم التحذير من الخضوع للتدخين السلبي.

ب- النتيجة الجرمية في جريمة التدخين

إن المشرع عند تجريم فعل التدخين بوصفه جريمة بيئية تعاطى مع ما يمكن أن يسببه التدخين من تهديد خطير وشامل للمصلحة الأساسية في أن يعيش الإنسان حياته ضمن بيئة صحية ملائمة¹⁰⁴⁷، فالمشرع لم يشترط أن تكون المادة المضافة أو المدخلة من خلال فعل التدخين من طبيعة معينة أو ذات مواصفات خاصة، وبالتالي فإن جميع المواد التي تنتج عن حرق التبغ بغض النظر عن نسيبها، تعتبر صالحة لتغيير المحيط البيئي للإنسان وتقوم معها الجريمة.

ولكن السؤال المطروح هل التدخين من جرائم الضرر أم من جرائم الخطر؟؟ للأجابة عن السؤال لا بد من وصف الجريمة وفق الإحتمالين التاليين:

■ اعتبار التدخين من جرائم الضرر: وبالتالي فإنه في حال عدم وجود ضرر تنتفي الجريمة، إذ لا يوجد اعتداء على حق أو مصلحة يحميها الشارع الجنائي، ما لم يكن هناك تغيير في العالم الخارجي يحدثه النشاط¹⁰⁴⁸، ومع ذلك فإن الضرر البيئي الناشئ عن فعل التدخين يؤدي إلى الإضرار بالكائنات الحية والبيئة الهوائية، وقد يؤثر على ممارسة الإنسان لحياة الطبيعة أو يؤدي البيئة ذاتها، وقد يكون هذا الإضرار بعد فترة تطول أو تقصر عن زمن ارتكاب الفعل¹⁰⁴⁹، والضرر البيئي الناشئ عن التدخين يمتاز بأمرين أساسيين¹⁰⁵⁰ هما : عمومية الضرر¹⁰⁵¹، وأثره، سواء المباشر أو المتراخي غير المباشر¹⁰⁵²، وبالنظر إلى جريمة التدخين، فإن النتيجة فيها غالباً ما تكون متراخية عن الفعل بوقت زمني طويل، أو لا يكون هناك نتيجة أصلاً.

■ اعتبار التدخين من جرائم الخطر: إن تجريم التدخين من المشرع هو لحماية مصلحة معينة من جراء ارتكاب الفعل، والحق المحمي هنا هو البيئة الهوائية، وحق الإنسان في بيئة نظيفة خالية من التلوث، وهي مرحلة سابقة لتحقيق الضرر الذي قد يصيب

¹⁰⁴⁶ نور الدين هندواوي، "الحماية الجنائية للبيئة الهوائية" دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1985، ص86.

¹⁰⁴⁷ عبد الستار، الحمدوني، "الحماية الجنائية للبيئة" دراسة مقارنة في الأحكام الموضوعية"، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، 2013، ص109.

¹⁰⁴⁸ عبد الستار، الحمدوني، "الحماية الجنائية للبيئة" دراسة مقارنة في الأحكام الموضوعية"، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، 2013، ص123.

¹⁰⁴⁹ عبد الستار، الحمدوني، "الحماية الجنائية للبيئة" دراسة مقارنة في الأحكام الموضوعية"، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، 2013، ص123.

¹⁰⁵⁰ انظر : بسمة الحوراني، "المسؤولية الجنائية عن تلوث البيئة" دراسة مقارنة"، دار وائل للنشر، ط1، عمان، الأردن، 2015، ص103.

¹⁰⁵¹ قضت محكمة أسترالية في القضية المعروفة بقضية نيوسن المصابة بالربو ضد شركة هيلتون أستراليا المحدودة للفنادق، بمبلغ 2000 دولار أسترالي بعد أن خرجت من ملهى ليلي بسبب الدخان الكثيف داخله. انظر : منظمة الصحة العالمية، العدالة في دعم الصحة التقاضي والتحقيقات العامة كوسيلتين لمكافحة التبغ، 2002، ص29.

¹⁰⁵² قضت المحكمة العليا في ولاية نيو ساوث ويلز في أستراليا بالتعويض لعامل غليز مدخن في قضية شارب ضد بورت كمبلا آر.إس.إل في مايو 2001 بمبلغ 242.000 دولار أسترالي نظراً لإصابته بسرطان الحلق بعد ان عمل لمدة 11 سنة في حانة مليئة بالدخان. انظر : منظمة الصحة العالمية، العدالة في دعم الصحة التقاضي والتحقيقات العامة كوسيلتين لمكافحة التبغ، 2002، ص29.

المصلحة محل الحماية، وهو من الوسائل التي يسعى لها المشرع الجنائي للحد من نطاق أضرار التلوث والحويلة دون ارتكاب السلوك المؤدي إليه أو الحيلولة دون انتشار آثاره في حالة ارتكابه¹⁰⁵³.

والحقيقة أن اعتبار جريمة التدخين من جرائم الخطر يؤدي سهولة قيام المسؤولية الجزائية على مجرد إثبات السلوك دون الحاجة لإثبات وقوع الضرر، خصوصاً أن تحديد هوية المجني عليه أو المتضرر في جريمة التدخين صعبة، بالذات في حال وجود عدة أشخاص في المكان الذي يمارس فيه التدخين، أو في حال عدم وجود أحد، والتجريم هنا لإتقاء بلوغ النتيجة درجة الضرر المحقق، ويعد ذلك تعزيزاً للوظيفة الوقائية للقانون الجنائي¹⁰⁵⁴، وقد اهتم المشرع بالنتيجة الخطرة التي من المحتمل أن تحدث في المستقبل¹⁰⁵⁵، واعتبار جريمة التدخين من جرائم الخطر يحقق المزايا التالية:

- سهولة قيام المسؤولية الجنائية على الفاعل وبالتالي ثبوت المسؤولية الجنائية تجاهه، دون الحاجة لإثبات وقوع الضرر.
- إعفاء المجني عليه أو النيابة العامة من إثبات ارتباط الفعل بالضرر.
- الإستغناء عن بحث قيام العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة إن وجدت.
- توفير أكبر قدر من الحماية للبيئة الهوائية محل الحماية في جريمة التدخين.

فمجرد إشعال مادة التبغ سواء في السيجارة أو الأرجيلة تقوم معه جريمة التدخين، حتى لو لم يسبب التدخين ضرراً لأحد، وإن كانت الأماكن المحظور فيها التدخين خالية من الناس. ويرى الباحث أن التمكن في جريمة التدخين يصل بنا لنتيجة مفادها أنها من جرائم الخطر ابتداءً، لكنها قد تصل إلى الضرر، باعتبار أن الخطر هو ضرر مستقبلي أو محتمل فالخطر إنذار الضرر¹⁰⁵⁶، ومع ذلك فإن هذا الإستنتاج مبني على واقع الجريمة لا على نص القانون، ذلك أن المشرع لم يشترط وقوع ضرر معين لتجريم الفعل، فالمشرع حمى البيئة الهوائية المغلقة أو المفتوحة حسب مكان وقوع الفعل من مجرد فعل إشعال التبغ، فالضرر في جريمة التدخين ليس عنصراً من عناصر التجريم إنما هو وسيلة لتسهيل إثبات وقوع الضرر وربطه بالفاعل فقط، وعليه فالنتيجة ليست أمراً أساسياً في قيام جريمة التدخين. أما فيما يتعلق باعتبار جريمة التدخين جريمة وقتية أم مستمرة بالنظر إلى الزمن الذي تستغرقه النتيجة الجرمية، فتعتبر جريمة التدخين جريمة وقتية بالإساس، خصوصاً في حال عدم وجود نتيجة، ويمكن اعتبارها جريمة وقتية ذات أثر مستمر في حال تراخي حصول النتيجة في زمن لاحق ومكان يختلف عن مكان السلوك.

أما بخصوص الشروع في جريمة التدخين، فإنه ودون الخوض بطبيعة الفعل فإن التشريعات النافذة في فلسطين حسمت الأمر ابتداءً، حيث نصت المادة (71) من قانون العقوبات النافذ في فلسطين رقم (16) لسنة (1960) على أنه "لا يعاقب على الشروع في الجنبه إلا في الحالات التي ينص عليها القانون صراحة" وحيث أن عقوبة جريمة التدخين، وحتى الجرائم الملحقه بها هي جرائم من نوع الجنبه، بحسب العقوبات المنصوص عليها، وبالتالي فإنه لا شروع في هذه الجريمة، كونه لا يوجد نص على العقاب في حالة الشروع في جريمة التدخين.

ثانياً: الركن المعنوي في جريمة التدخين

لا يخرج الركن المعنوي في جريمة التدخين عن القواعد العامة التي تحكم الركن المعنوي في باقي الجرائم، إذ لا بد لقيام جريمة التدخين توافر القصد الجرمي¹⁰⁵⁷، بمعنى توافر علاقة داخلية منبعها نفس الجاني بإرادته واختياره الحر لإقتراف جريمة التدخين

¹⁰⁵³ محمد مؤنس، محب الدين، "البيئة في القانون الجنائي" دراسة مقارنة، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، مصر، 1995، ص 203.

¹⁰⁵⁴ بسمة الحوراني، "المسؤولية الجنائية عن تلوث البيئة" دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، ط 1، عمان، الأردن، 2015، ص 107.

¹⁰⁵⁵ نور الدين هندواوي، "الحماية الجنائية للبيئة الهوائية" دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1985، ص 92.

¹⁰⁵⁶ : سامر، نجم الدين، "الحماية الجنائية في فلسطين"، رسالة دكتوراة غير منشورة، جامعة المنار، تونس العاصمة، تونس، 2017، ص 49.

¹⁰⁵⁷ أطلق قانون العقوبات الأردني النافذ في فلسطين على القصد الجرمي مصطلح "النية" وعرفها في المادة (63) منه بأنها "إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها المشرع".

مع علمه بتجريم القانون له. وجريمة التدخين باعتبارها من جرائم تلويث البيئة، هي من الجرائم القصدية التي تستلزم قصداً جنائياً في إثبات الفعل، والمتمثل في القصد الجاني العام المكون من العلم والإرادة: أما العلم في جريمة التدخين فهو العلم بالوقائع الجوهرية التي تكون ماديّات الجريمة، أو تؤثر في وصفها القانوني 1058، فهو يحيط بالفعل وبمدى مخالفته لقاعدة قانونية جزائية 1059، وبالتالي فإنه لتجريم الفاعل بجريمة التدخين يجب أن يكون على علم بما يلي:

- أن يكون عالماً بأن المادة التي يقوم بتدخينها هي التبغ أو أحد مشتقاته، مهما بلغت نسبة التبغ في أداة التدخين.
- أن يكون عالماً بأن المكان الذي يمارس فيه فعل التدخين أو أحد الأماكن المحظور ممارسة الفعل فيها، وهي الأماكن العامة المغلقة، وساحات المدارس ورياض الأطفال.

والعلم بالقانون هو أمر مفترض لدى الكافة ولا يجوز إثبات عكسه، فلا يقبل من أي شخص الإدعاء بعدم معرفة منع التدخين في ساحات المدارس أو رياض الأطفال، أو اعتقاد بلزوم وجود إشارات تنبيه لمنع التدخين في الأماكن العامة المغلقة، والعلة من ذلك هي الحيلولة دون إفلات الجاني من المسؤولية والعقاب بحجة عدم العلم بالقانون الجزائي 1060، إلا أن العلم بالوقائع ليس مفترضاً إذ يمكن للشخص التذرع بوقوعه بالغلط بأحد الوقائع الأساسية المكونة للجريمة، إذا استطاع إثبات ذلك، كمن يقوم بالتدخين في ساحة مدرسة مفتوحة على الشارع معتقداً أنها جزء من الشارع الرئيسي، لعدم قيام المدرسة باغلاق الساحة أو وضع إشارات تفيد ذلك، بما ينفي قيامه بالجريمة أو يجعلها غير عمدية.

أما الإرادة الواجب توافرها في جريمة التدخين، أمر نفسي مضمونه إنصراف سلوك الجاني المسؤول جزائياً إلى إتيان فعل التدخين في الأماكن المحظورة قانوناً، فالتدخين جريمة عمدية كما سبق القول، تتطلب توافر إرادة حرة واعية مدركة لفعلها دون وجود إجبار أو إكراه على فعل التدخين، لأن الإجبار أو الإكراه ينفي وقوع الجريمة وفق القواعد العامة.

المطلب الثاني: عقوبات جريمة التدخين والجرائم الملحقّة بها

تعرف العقوبة بأنها الجزاء الذي ينص عليه القانون جراء انتهاك أحد الحقوق المحمية قانوناً، أو هو الأثر الذي ينص عليه القانون ليلحق المجرم بسبب ارتكابه الجريمة 1061، والأصل أن تحمل العقوبة خصائصها كاملة من ردع للأفراد والمجتمع وإيلاء في كينونتها، إلا أن التوجهات الحديثة تذهب إلى إقرار العقوبات البديلة 1062 أو المجتمعية، وبالرغم من خطورة فعل التدخين، إلا أن الباحث يرى أنه لا مانع البتة من إقرار عقوبات بديلة غير تلك السالبة للحرية أو الماسة بالذمة المالية لممارسي فعل التدخين بالذات، كون الامر قد يساهم في ردع المجتمع بطاقات من شأنها تنميته.

والواقع أن القوانين النازمة لعقوبة التدخين في فلسطين، وللجرائم الملحقّة بالتدخين، اقتصر على العقوبات التقليدية الأصلية والتبعية المعروفة، وقد يعود الامر لعدم حداثة معظمها، وعليه سنتناول ذلك من خلال أولاً : العقوبات الأصلية لجريمة التدخين والجرائم الملحقّة بها، بينما نتناول في ثانياً: العقوبات التبعية لجريمة التدخين والجرائم الملحقّة بها.

¹⁰⁵⁸ عبد الستار، الحمدوني، مرجع سابق، ص 128.

¹⁰⁵⁹ حسام جابر، مرجع سابق، ص 114.

¹⁰⁶⁰ حسام جابر، مرجع سابق، ص 115.

¹⁰⁶¹ أحمد فتحي سرور، "الوسيط في قانون العقوبات"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 521.

¹⁰⁶² تعرف العقوبات البديلة بأنها " عقوبة يقرها المشرع، وتحكم بها المحكمة على من يثبت اقترافه الفعل الجرمي أو مساهمته فيه بناءً على سلطتها التقديرية، لتكون بديلاً عن العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، إذا ما رأت المحكمة أنها تحقق غاية العقوبة الأصلية في الردع العام والردع الخاص، وتؤدي وظيفتها في التهذيب والإصلاح"، انظر: أحمد موسى الهياجنة، "نظام العقوبات والتدابير البديلة: نظام ذو ملامح خاصة لفلسفة عقابية متغيرة"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد 14، عدد 1، الشارقة، الإمارات، يونيو 2017، ص 358.

أولاً : العقوبات الأصلية لجريمة التدخين والجرائم الملحقمة بها

تتمثل العقوبات الحالية في جريمة التدخين أو حتى الجرائم الملحقمة بجريمة التدخين بعقوبتين أساسيتين، الأولى سالبه للحرية هي الحبس، والثانية ماسة بالذمة المالية وهي الغرامة، وكلاهما جنح، وسيتم تناول ذلك من خلال البندين التاليين، إذ سيتم تناول عقوبة ممارسة التدخين، ون ثم عقوبة الجرائم الملحقمة بالتدخين تباعاً.

أ- عقوبة ممارسة التدخين

تنص المادة (13) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) "يعاقب كل من يخالف أحكام المواد (4، 5) من هذا القانون بالحبس بمدة لا تزيد على أسبوع وبغرامة لا تقل عن عشرين ديناراً ولا تزيد على مائة أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو بإحدى هاتين العقوبتين"، كما أن قانون البيئة الفلسطيني نص على منع التدخين في المادة (21) ونص على عقوبة أصلية لمخالفة هذا المنع في المادة (65) منه والتي نصت على "كل من يخالف أحكام المواد (21، 22، 23) من هذا القانون، يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة دنانير أردنية ولا تزيد على مائة دينار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، وبالحبس مدة لا تقل عن يومين ولا تزيد على أسبوع، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

إن المدقق في التشريع الفلسطيني يلحظ أن المشرع الفلسطيني جرم ممارسة التدخين من خلال قانون لوحده، وهو الأمر الذي يعتقد من خلاله نيته التشديد على هذه الجريمة، إلا أن النصوص تشي بعكس ذلك، إذ أنه وبمقارنة العقوبة الأصلية الواردة ما بين قانون البيئة وقانون مكافحة التدخين نجد تطابق شبه تام بين كافة حدود العقوبة مع اختلافات بسيطة تتمثل في الآتي:

- اختلاف الحد الأدنى لعقوبة الحبس فهي في قانون البيئة يومين وفي قانون مكافحة التدخين هي يوم واحد فقط استناداً إلى قانون العقوبات النافذ.

- اختلاف الحد الأدنى للغرامة فهي في قانون البيئة عشرة دنانير وفي قانون مكافحة التدخين عشرين ديناراً، وبالرغم من ذلك فلا يمكن أن يستنتج من التشديد في الحد الأدنى للغرامة وجود تشديد حقيقي كون التخفيف من الحد الأدنى للحبس ينفي ذلك.

وبالرجوع إلى العقوبة الواردة في قانون مكافحة التدخين نجد أن المشرع قد نص على عقوبة ماسة بالحرية سواء للتدخين في مكان مغلق أو في ساحة مفتوحة إذا كانت تابعة لمدرسة أو رياض أطفال، وهي عقوبة تكميلية حدها الأقصى أسبوع حبس وهي تعتبر مخالفة حسب قانون العقوبات 1063، أو غرامة مالية من 20-100 دينار أردني وهي جنحة حسب قانون العقوبات 1064، أو بكلتا العقوبتين، والنظر إلى العقوبة يصل بنا أن المشرع لم يوحد نوع العقوبة فشق منها يعتبر مخالفة، وشق منها يعتبر جنحة، وهو أمر يخلق الإرباك لدى مستعملي القانون ومطبقيه، لذا يجب على المشرع توحيد العقوبة، ويفضل أن تصبح كاملة من نوع الجنح لا المخالفات وذلك للتخفيف من التدخين بتشديد العقوبة على المخالفين.

¹⁰⁶³ تنص المادة (23) من قانون العقوبات الأردني النافذ في فلسطين رقم (16) لسنة (1960) على " تتراوح مدة الحبس التكميلي بين أربع وعشرين ساعة وأسبوع، وتنفذ في المحكوم عليهم في أماكن غير الأماكن المخصصة بالمحكوم عليهم بعقوبات جنائية أو جنحية ما أمكن".

¹⁰⁶⁴ تنص المادة (22) من قانون العقوبات الأردني النافذ في فلسطين رقم (16) لسنة (1960) على "الغرامة، هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقرر في الحكم، وهي تتراوح بين خمسة دنانير ومائتي دينار إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك: 1- إذا لم يؤد المحكوم عليه بالغرامة المبلغ المحكوم به عليه، يحبس في مقابل كل (500) فلس أو كسورها يوماً واحداً على أن لا تتجاوز مدة الحبس في هذه الحالة سنة واحدة. 2- عندما تصدر المحكمة قراراً بفرض غرامة ينص في القرار المذكور نفسه على وجوب حبس المحكوم عليه المدة التي تقابل الغرامة المفروضة بالنسبة المقررة في الفقرة السابقة عند عدم تأديتها وفي حالة عدم النص تستبدل الغرامة بقرار خاص تصدره النيابة العامة. 3- يحسم من أصل هذه الغرامة بالنسبة التي حددها الحكم كما ورد في الفقرة الأولى من هذه المادة، كل أداء جزئي قبل الحبس أو في أثنائه وكل مبلغ تم تحصيله".

وإن كان المشرع قد نص في المادة (55) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة (1960) على " 1- تكون الجريمة جنائية أو جنحة أو مخالفة حسبما يعاقب عليها بعقوبة جنائية أو جنحية أو مخالفة. 2- يعتبر في الوصف القانوني الحد الأعلى للعقوبة الأشد المنصوص عليها قانوناً"، لكننا نرى أن المشرع كان يقصد في اعتبار الحد الأعلى في وصف العقوبة عندما تكون العقوبات من نفس النوع مثل أن تكون جميعها جنائيات أو جنح أو مخالفات من نفس النوع، وليس إن اختلفت العقوبات بين كون شقها الأول جنحة والشق الثاني جنائية، لذا نرى أن النص لا ينطبق على نص العقوبة الواردة على جريمة التدخين، لذا فمن الأفضل تعديل النص بما يتفق مع توحيد العقوبة وفق نوع واحد من أنواعها سواء مخالفات أو جنح.

ب- عقوبة الجرائم الملحقمة بالتدخين

تنص المادة (12) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) "كل من يخالف أحكام المواد (6 ، 7 ، 8 ، 9 ، 10 ، 11) من هذا القانون يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن مائتي دينار ولا تزيد على ألف دينار أو بما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو بإحدى هاتين العقوبتين كما يجب الحكم بمصادرة التبغ وماكينات بيعه ويجوز أن يشمل الحكم إغلاق المصنع أو المتجر الذي ضبطت فيه الجريمة"، والجرائم الملحقمة بجرائم التدخين ليست جرائم تعنى بالتدخين حقيقة بقدر عنايتها بالطرق المساهمة بنشر التدخين في المجتمع وهذه الجرائم حسب قانون مكافحة التدخين الفلسطيني هي :

- جنحة بيع أو توزيع أو عرض أو الإعلان عن التبغ للأشخاص الذين تقل أعمارهم عن (18) سنة 1065.
- جنحة استيراد أو تصدير أو غشّ تبغ غير موافق للمواصفات 1066.
- جنحة مخالفة بطاقة بيان منتجات التبغ 1067.
- جنحة تقليد التبغ 1068.
- جنحة وضع ماكنات بيع آلية للتبغ في الأماكن العامة 1069.
- جنحة الترويج للتبغ 1070.

أما العقوبة التي نص عليها القانون لجميع هذه الجرائم فهي عقوبة واحدة وهي عقوبة جنحوية، تتمثل بالحبس سنة وبغرامة لا تقل عن مائتي دينار ولا تزيد على ألف دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وبالرغم من أن الحد الأدنى لعقوبة الغرامة هي أعلى من الحد

¹⁰⁶⁵ تنص المادة (6) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) على "يمنع بيع أو توزيع أو عرض أو الإعلان عن التبغ للأشخاص الذين تقل أعمارهم عن (18) سنة".

¹⁰⁶⁶ تنص المادة (7) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) على "يحظر استيراد أو تصدير أو إنتاج التبغ أو عرضه للبيع ما لم تكن مطابقة للمواصفات والمعايير المعتمدة"

¹⁰⁶⁷ تنص المادة (8) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) على "1- يجب أن يبين على كل علبة تبغ منتجة محلياً أو مستوردة نسبة مادة النيكوتين والقطران أو أي مواد أخرى تحددها الوزارة. 2- يجب أن يثبت على كل علبة التحذيرات الصحية التي تحددها الوزارة من مضر التدخين على أن لا تقل مساحة التحذير عن 20% من الواجهة الأمامية لعلبة التبغ. 3- تسري أحكام هذه المادة على كل مغلف تبغ معد للبيع أو الاستهلاك".

¹⁰⁶⁸ تنص المادة (9) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) على يحظر استيراد أو بيع أو صنع مقلدات التبغ بما فيها أصناف الحلويات ولعب الأطفال التي تصنع على أي شكل من أشكال التبغ

¹⁰⁶⁹ تنص المادة (10) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) على "يحظر وضع ماكينات بيع التبغ التي تعمل بالنقد في الأماكن العامة".

¹⁰⁷⁰ تنص المادة (11) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) على "يحظر إعداد أو طبع أو عرض أو تعليق أي إعلان لأغراض الدعاية عن التبغ أو الترويج له".

الأعلى لعقوبة الغرامة الجنحوية، إلا أن محكمة التمييز الأردنية حسمت الأمر في حكم لها بقولها "إن الغرامة تبقى عقوبة جنحية ولو زاد الحد الأقصى فيها على مائتي دينار في حالة وجود نص على ذلك" 1071.

والتمتع في عقوبة جريمة التدخين من جهة، وعقوبة الجرائم الملحقمة بالتدخين من جهة أخرى، يصل بها لنتيجة مفادها، أن عقوبة الجرائم الملحقمة بالتدخين أكبر من عقوبة جريمة التدخين بحد ذاتها متى استجمعت شروطها، والأحرى بالمشرع أن يزيد من مدة عقوبة فعل التدخين ليتساوى مع الجرائم الملحقمة به أو على الأقل لنصف عقوبتها، وذلك لتحقيق مواجعة حقيقية للتدخين في الأماكن العامة، هذا بالإضافة إلى ضرورة تجريم فعل التدخين، حتى وإن تم في مكان مفتوح دون تحديد، وعدم قصر التجريم والعقاب على التدخين في الأماكن المغلقة أو أماكن مفتوحة مخصصة.

ثانياً: العقوبات التبعية لجريمة التدخين والجرائم الملحقمة بها

إن المشرع عندما نص على عقوبات في جريمة التدخين لم ينص على عقوبات تبعية بشكل واضح على هذا الفعل، ونظراً لأهمية العقوبات التبعية لجريمة مثل القيام بالتدخين، فإنه وباستقراء العقوبات الواردة في القوانين المنظمة لفعل ممارسة التدخين يمكن القول بأن المشرع نص على عدة عقوبات تبعية لجريمة التدخين والجرائم الملحقمة بها، وهي إزالة الضرر وآثاره وكذلك المصادرة والإغلاق، وإن كانت تعتبر من قبيل الإلزامات المدنية إلا أن قانون العقوبات نص عليها، وهو الأمر الذي سنبحث إمكانية تطبيقه تبعاً في البندين التاليين.

أ- إزالة الضرر الناجم عن التدخين وآثاره

تنص المادة (74) من قانون البيئة رقم (7) لسنة (1999) على "إضافة إلى ما ورد في مواد هذا الباب من أحكام فإن إزالة الضرر وآثاره تكون على نفقة المخالف"، إن هذا النص هو نص عام يتعلق بكافة أحكام مخالفة قانونية البيئة، ومنها الإضرار بالبيئة الهوائية، بما يعنب أن جريمة التدخين والجرائم الملحقمة بها تدخل ضمن إطار هذه المادة، وبالرغم من إزالة الضرر وإزالة آثاره من الأمور المدنية التي أردّها المشرع الجزائي تحت باب الإلزامات المدنية 1072، إلا أنها جزء لا يتجزأ من العقوبة ما دامت صادرة عن المحكمة الجزائية المختصة، إذ أن إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الجريمة التي يمكن أن تحكم به المحكمة بناءً على الطلب أو من تلقاء نفسها، هو من الإلزامات المدنية التي هي جزء لا يتجزأ من العقوبة وتابع لها ولا يفرد بالحكم، وبالتالي لا يغير حقيقة العقوبة المحكوم بها 1073، وإن كانت إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الجريمة أمرٌ مستحيل عقلاً بخصوص جريمة التدخين، إذ أن الدخان الذي نُفث نتيجة الإحتراق لا يمكن إعادته بالمطلق، لكن يمكن احتواء آثاره سواء بالتعويض أو بعلاج من تضرر من قيام التدخين.

وبالتالي فالتعويض عن التدخين بوصفها جريمة إن استجمعت شروطها أمرٌ صحيح قانوناً 1074، ومتفق وأحكام قانون العقوبات، لا بل إن الضرر وفق قانون العقوبات مطلق، والتعويض مطلق، لا يحكمه سوى قاعدة التعويض المطلق الذي يحقق مصلحة المضرور، إذ

¹⁰⁷¹ انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم (1975/83) "هيئة خماسية"، المنشور على الصفحة 294 من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين بتاريخ 1976/1/1.

¹⁰⁷² تنص المادة (42) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة (1960) "الإلزامات التي يمكن للمحكمة أن تحكم بها هي: 1- الرد. 2- العطل والضرر. 3- المصادرة. 4- النفقات".

¹⁰⁷³ حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم (1973/95) "هيئة خماسية" المنشور على الصفحة 1404 من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين بتاريخ 1973/1/1.

¹⁰⁷⁴ أشارت محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها إلى "إن التعويض عن الضرر الناشئ عن الجريمة مرده أحكام قانون العقوبات التي لم تميز بين الضرر المادي والأدبي، ولا ينبغي أن يكون التعويض مقصوراً على الدية الشرعية، لأن الدية لا تخرج عن كونها من العطل والضرر الذي سمته المادة 42 من قانون العقوبات، والذي يتعين على المحكمة أن تقدره تقديراً كاملاً يكفل جبره". انظر: حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم (1968/29) "هيئة خماسية" المنشور على الصفحة 456 من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين بتاريخ 1969/1/1.

أن الالتزام بتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة ليس مرده أحكام المجلة، وإنما نصوص قانون العقوبات. حيث جاء الضرر مطلقاً، فهو يشمل أي ضرر مادياً كان أو أدبياً، مصاريف معالجة أو بدل تعطل، وعلى ذلك، فإن القول بأنه لا يجوز الادعاء بتعويض الضرر الأدبي لا يستند إلى أساس من القانون، ويتعارض مع ما استقر عليه الفقه والقضاء، من أن الجاني يلتزم بمحو كل الآثار الناجمة عن جريمته ومنها الآثار الأدبية¹⁰⁷⁵.

ب- المصادرة والإغلاق

تنص المادة (12) من قانون مكافحة التدخين رقم (25) لسنة (2005) " كما يجب الحكم بمصادرة التبغ وماكينات بيعه ويجوز أن يشمل الحكم إغلاق المصنع أو المتجر الذي ضبطت فيه الجريمة " الحقيقة أن هذه العقوبة هي عقوبة خاصة بالجرائم الملحقمة بجريمة التدخين ولا تنطبق على جريمة التدخين، كون المشرع لم يشمل التدخين بهذه العقوبات التبعية، ويرى الباحث أن المشرع كان من واجبه أن يشمل هذا النص جرائم التدخين، سواء بمصادرة التبغ إذا كان التدخين في غير الاماكن المٌصرح بها وفق القانون، وكذلك بإغلاق المتجر أو المنشأة التجارية التي يتم فيها التدخين، إذا كان ينطبق عليها وصف اعتبارها مكان عام مغلق، وعليه نتمنى على المشرع أن تشمل هذه العقوبات جريمة التدخين ولا تقتصر على الجرائم الملحقمة بها فقط.

وبالرجوع إلى العقوبتين المذكورتين نجد أن العقوبة التبعية الأولى هي المصادرة وهي عقوبة وجوبية، فقد نصت المادة (30) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة (1960) النافذ في فلسطين على " مع مراعاة حقوق الغير ذي النية الحسنة، يجوز مصادرة جميع الأشياء التي حصلت نتيجة لجناية أو جنحة مقصودة أو التي استعملت في ارتكابها أو كانت معدة لاقتوافها أما في الجنحة غير المقصودة أو في المخالفة فلا يجوز مصادرة هذه الأشياء إلا إذا ورد في القانون نص على ذلك"، وبالتالي يجوز مصادرة جميع الأدوات المساهمة في قيام أي من الجرائم الملحقمة بجريمة التدخين، كون جميع هذه الجرائم تعتبر جنح، هذا على اعتبار أن اقتناء مثل هذه الأشياء في الوضع الطبيعي مسموح به¹⁰⁷⁶.

أما العقوبة التبعية الثانية فهي الإغلاق وهي عقوبة جوازية للقاضي، وهي ما اطلق عليها قانون العقوبات إقفال المحل، فإنه يتمثل بوقف نشاط المكان الذي وقعت فيه الجريمة بصورة مؤقتة أو دائمة، وبما أن قانون مكافحة التدخين لم يوضح مدة إغلاق المحل، فيجب الرجوع لقانون العقوبات لتحديد ذلك، وبالرجوع إلى المادة (1/35) من قانون العقوبات النافذ في فلسطين نجدها تنص على "يجوز الحكم بإقفال المحل الذي ارتكبت فيه جريمة بفعل صاحبه أو برضاه لمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على سنة إذا أجاز القانون ذلك بنص صريح"، وبالتالي في حال كان القيام بالتدخين في مكان ما من خلال صاحبه أو بموافقة و رضاه، جاز للقاضي الحكم بوقف عمل هذا المكان لمدة تتراوح ما بين شهر كحد أدنى، حتى سنة كحد أقصى.

الخاتمة

إن التدخين فعل مجرم قانوناً، والمجتمع القانوني يتطور في تجريم هذا الفعل، نتيجة لإفادات القطاع الصحي التي تحذر من تبعات اقتراف وممارسة فعل التدخين، وبالرغم من حُبو التشريع في تجريم هذا الفعل، وتجريمه بصورة خجولة لا ترقى لجسامة الفعل، إلا إن التجريم بحد ذاته أمر إيجابي كبدية للحد من إنتشار هذه الآفة، وبالرغم من انتشار التحذيرات العديدة حول أضرار التدخين إلا أن ممارسيه بازدياد.

¹⁰⁷⁵ حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم (1968/29) "هيئة خماسية" المنشور على الصفحة 449 من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين بتاريخ 1969/1/1.

¹⁰⁷⁶ إذا كانت المواد المضبوطة تُشكل بحد ذاتها جريمة فهي تصدر حُكماً ولو لم ترتبط بجريمة مثل ضبط المواد المخدرة، وهو ما نصت عليه المادة (31) من قانون العقوبات الاردني النافذ في فلسطين رقم (16) لسنة (1960) بقولها " يصادر من الأشياء ما كان صنعه أو اقتناؤه أو بيعه أو استعماله غير مشروع وإن لم يكن ملكاً للمتهم أو لم تفض الملاحقة إلى حكم".

ولقد أفرد المشرع الفلسطيني أسوة بغيره من التشريعات قانوناً خاصاً لمكافحة التدخين، حتى وإن لم تكن فحواه تدل على نية مكافحة الحقيقية، فهذا القانون وبالتكامل مع القوانين الأخرى التي تناولت التدخين، لم تصل للمراد في تجريم فعل التدخين والمعاقبة عليه، ومع تطور منظومة التجريم والعقاب في العالم أجمع، أصبح لزاماً على المشرع الفلسطيني مواكبة ذلك، من خلال إدخال المفاهيم العقابية الجديدة في منظومة عقوباته، كالعقوبات المجتمعية، أو من خلال توسيع دوائر التجريم على جرائم كان الحديث عن تجريمها ترفاً فكري قبل برهة من الزمن.

إن هذه الدراسة قد توصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها بالتالي:

- النتائج

- إن المشرع الفلسطيني نهى عن التدخين بنصوص واضحة في أكثر من قانون منها قانون مكافحة التدخين وقانون حماية البيئة، لكن النهي لم يكن مطلقاً وإنما حُصر بحسب مكان ممارسة فعل التدخين، مثل الأماكن العامة المغلقة والمدارس ووسائل النقل العام.
- حاول المشرع الفلسطيني تنظيم عملية تدرج التدخين من لحظة زراعتها حتى استهلاكها، ولم يكتف بالتركيز على وقت استهلاك التبغ، ونص على عقوبات لمعظم تلك المراحل.
- نص المشرع على عدة عقوبات أصلية وتبعية للتدخين والجرائم الملحق بها.

- التوصيات

- يتوجب على المشرع الفلسطيني سن نصوص قانونية تجرم التدخين لمجرد القيام بالفعل بغض النظر عن مكان ممارسته، لما له من عواقب صحية وخيمة مثبتة علمياً، ويتوجب عليه تغيظهما في حالات أخرى مثل التدخين في الأماكن العامة المغلقة أو ساحات رياض الأطفال والمدارس، فيتوجب عليه إضافة النص التالي "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 50-200 دينار أردني كل من يقوم بالتدخين، وتضاعف العقوبة في حال القيام بالتدخين في الأماكن العامة المغلقة أو ساحات رياض الأطفال والمدارس"، ونظراً للتوجهات الحديثة التي على إقرار نظام العقوبات البديلة (المجتمعية)، فإنه يمكن للمشرع الاستعاضة عن عقوبة الحبس والغرامة بالعقوبات المجتمعية، على أن يكون الأمر شاملاً لكل أفعال التدخين في أي مكان.
- ضرورة نص التشريع الفلسطيني على إلزامية التعويض في حالات الضرر بمجرد وقوع الفعل دون الحاجة لإثبات وقوع الضرر.
- إلزامية القيام بحملات من خلال سلطة جودة البيئة الفلسطينية وجمعيات حماية المستهلك، لمنع إنتشار إعلانات التبغ في كافة أشكال ووسائل الإعلان، وعدم حصرها في جهات أو أماكن محددة.

المراجع والمصادر

➤ الكتب

- ابتسام سعيد الملكاوي، "جريمة تلوث البيئة" دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، الإصدار الثاني، 2009.
- أحمد أبو خطوة، "شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة" النظرية العامة للجريمة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ج1، 1989.
- أحمد فتحي سرور، "الوسيط في قانون العقوبات"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- بسمة الحوراني، "المسؤولية الجنائية عن تلوث البيئة" دراسة مقارنة"، دار وائل للنشر، ط1، عمان، الأردن، 2015.
- حسام محمد جابر، "الجريمة البيئية"، دار الكتب المصرية، الحلة الكبرى، مصر، 2011.
- عبد الستار، الحمدوني، "الحماية الجنائية للبيئة" دراسة مقارنة في الأحكام الموضوعية"، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر.
- عبد الناصر، الهياجنة، "القانون البيئي" النظرية العامة للقانون البيئي"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2012.
- محب الدين محمد مؤنس، "البيئة في القانون الجنائي" دراسة مقارنة"، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، مصر، 1995.
- محمد حسين عبد القوي، "الحماية الجنائية للبيئة الهوائية"، أطروحة دكتوراة، أكاديمية الشرطة، القاهرة، مصر، 2001.
- منصور رحمان، "الوجيز في القانون الجنائي العام"، دار العلوم للنشر، عنابة، الجزائر، 2006.
- نور الدين هنداي، "الحماية الجنائية للبيئة الهوائية" دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1985.

➤ الرسائل الجامعية

- حمدي محمد شاهين، "الحماية الجنائية للبيئة الهوائية للتشريع الفلسطيني" دراسة تحليلية"، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013.
- سامر، نجم الدين، "الحماية الجنائية في فلسطين"، رسالة دكتوراة غير منشورة، جامعة تونس المنار، تونس العاصمة، تونس، 2017.
- صفاء عوض، تعرفه السجائر ما بين العائد المالي واسترداد تكلفة العلاج الصحي في فلسطين، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2016.
- وناسة، جدي، "الحماية الجنائية للبيئة الهوائية" دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراة غير منشورة، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2016/2017.

➤ الأبحاث المحكمة

- أحمد موسى الهياجنة، "نظام العقوبات والتدابير البديلة: نظام ذو ملامح خاصة لفلسفة عقابية متغيرة"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد14، عدد1، الشارقة، الإمارات، يونيو 2017.
- كريم كشاكش، "دور سلطات الضبط الإداري في حماية الهواء من التلوث في الأردن"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 46، عدد 2، 2019، ص502.

➤ التقارير

- منظمة الصحة العالمية، العدالة في دعم الصحة التقاضي والتحقيقات العامة كوسيلتين لمكافحة التبغ، 2002، ص29.

➤ القوانين والإتفاقيات الدولية

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام (2005) المنشور على الوقائع الفلسطينية في العدد (57) بتاريخ 2005/8/18 ص5.
- اتفاقية منظمة الصحة العالمية الإطارية بشأن مكافحة التبغ لعام 2003.
- قانون البيئة الفلسطيني رقم (7) لسنة (1999) المنشور في الوقائع الفلسطينية عدد (32) بتاريخ 2000/2/29 صفحة 38.
- قانون الصحة العامة الفلسطيني رقم (20) لسنة (2004) المنشور في الوقائع الفلسطينية عدد (54) بتاريخ 2005/4/23 صفحة 14.

- قانون العقوبات الأردني النافذ في فلسطين رقم (16) لسنة (1960) والمنشور في العدد (1487) من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 1960/5/1
- قانون منع احتكار التبغ عام (1918) المنشور في العدد (141) من قوانين فلسطين (مجموعة درايتون - الإنتداب البريطاني) بتاريخ 1937/1/22،
- قانون مكافحة التدخين الفلسطيني (25) لسنة (2005) المنشور في الوقائع الفلسطينية عدد (68) بتاريخ 2007/3/7 صفحة 10.
- قانون الجمارك والمكوس الأردني النافذ في فلسطين رقم (1) لسنة (1962) والمنشور في العدد (1591) من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 1962/1/25 ص 62.
- قانون التبغ الأردني النافذ في فلسطين رقم (32) لسنة (1952) المنشور في العدد (1110) من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 1952/6/1،
- قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (1) لسنة (1996) بشأن تنظيم الإعلان عن التبغ ومنتجاته المنشور في الوقائع الفلسطينية في العدد (15) بتاريخ 1996/11/28 صفحة 11.
- القرار رقم (2) لسنة (2019) في الكويت اليوم في العدد 1440 السنة الخامسة والستون بتاريخ 2019/4/14 الموافق 9 شعبان 1440.

➤ أحكام المحاكم

- حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم (1968/29) "هيئة خماسية" المنشور على الصفحة 449 من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين بتاريخ 1969/1/1.
- حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم (1968/29) "هيئة خماسية" المنشور على الصفحة 456 من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين بتاريخ 1969/1/1.
- حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم (1973/95) "هيئة خماسية" المنشور على الصفحة 1404 من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين بتاريخ 1973/1/1.
- حكم محكمة التمييز الأردنية بصفتها الجزائية رقم (1975/83) "هيئة خماسية"، المنشور على الصفحة 294 من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين بتاريخ 1976/1/1.

➤ المواقع الإلكترونية

- منظمة الصحة العالمية في منطقة الشرق الأوسط:
- <https://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/tobacco>
- الموقع الرسمي لمؤسسة المواصفات والمقاييس الفلسطينية:
- <http://www.psi.pna.ps/ar/Pages/default.aspx>
- <https://vapemena.com>
- <https://www.alhadath.ps/article/87182>

العنف الأسري ضد المرأة في زمن جائحة كورونا

حسن ييشا

باحث بسلك الدكتوراه

جامعة الحسن الأول سطات

ملخص :

إن هذا البحث يستعرض بالدراسة والتحليل التحولات والتغيرات التي خلفتها جائحة فيروس كورونا على ظاهرة العنف الأسري ضد المرأة، حيث كان لهذا الوباء دور فعال في تهيئة وخلق بيئة ومناخ مناسبين لتفاقم ظاهرة العنف الأسري ضد المرأة، هذا الأمر يُنبئُ بمشكل خطير من شأنه زعزعة أمن واستقرار الأسرة، وبالتالي تضع كيان ووحدة المجتمع على حافة الانهيار، مما استلزم مواجهتها من خلال الاعتماد على الموارد التي توفرها الدولة، هذه الأخيرة تبنت مجموعة من التدابير والمقاربات الجديدة، والتي تجمع بين جهود الجهات القضائية والتشريعية، والأمنية وكذا المجتمع المدني من خلال حملاته الوقائية والتوعوية، وذلك في سبيل محاصرة العنف الأسري ضد المرأة، والحد من تطوره في ظل هذا الوباء الخطير.

كلمات مفتاحية: كورونا، جائحة، تدابير المواجهة، العنف الأسري، المرأة، COVID-19

Résumé :

Notre recherche examine les plus importantes transformations et changements laissés par la pandémie de Coronavirus sur le phénomène de la violence domestique à l'égard des femmes. Car cette épidémie avait un rôle important dans la création d'un environnement et d'un climat propices à l'exacerbation de la violence familiale à l'égard des femmes. Cette affaire prédit un problème grave qui déstabiliserait la sécurité et la stabilité des familles et mettrait l'entité de la société au bord de l'effondrement, ce qui a nécessité de s'y confronter en s'appuyant sur les ressources fournies par l'État. Ce dernier a adopté un ensemble de nouvelles mesures et approches, qui combinent les efforts des autorités judiciaires, législatives et de sécurité ainsi que de la société civile à travers ses campagnes de prévention et de sensibilisation. Afin de limiter la violence domestique à l'égard des femmes et de limiter son développement face à cette dangereuse épidémie.

Mots clés : Corona, pandémie, mesures de la confrontation, violence familiale/domestique, Femmes, COVID-19.

مقدمة:

بعد تفشي فيروس كورونا المستجد "كوفيد-19" في مختلف بقاع المعمور وتجاوزه الحدود القارية، صنفته منظمة الصحة العالمية جائحة كونية، ما دفع عدد من الدول إلى اتخاذ جملة من التدابير غير المعهودة لمحاصرتها في نطاق التحكم والسيطرة؛ من فرض حالة الطوارئ ومنع التجمعات العامة، إلى إغلاق المدارس والمقاهي ومراكز الترفيه والمساجد وفرض التباعد الاجتماعي والحجر الصحي.

وكشفت هذه التدابير المتخذة للحد من جائحة كورونا عن إشكالات اجتماعية واقتصادية وأمنية لا تخلو بدورها من خطورة تفرض الالتفات إليها والتدخل لمواجهتها، منها تصاعد ظاهرة العنف على جميع أصعدته، خاصة على مستوى العنف الأسري ضد المرأة؛ والمرشح إلى التفاقم في ظل الوضع الوبائي المعقد؛ حيث كشفت عدد من التقارير - في المرحلة المبكرة من زمن الجائحة- عن تصاعد وثيرة العنف الأسري الموجه ضد المرأة، بعد أن وجدت أغلب النساء ضحايا العنف أنفسهن في ظرف استثنائي داخل مكان مغلق هيئت فيه كل عوامل العنف وأسبابه.

ومن هذا المنطلق تأتي أهمية موضوع العنف الأسري ضد المرأة في زمن جائحة كورونا لما يترتب عنه من إشكالات خطيرة تلوح في الأفق؛ خاصة وأن أضراره وتداعياته لا تنحصر على المرأة وصحتها النفسية والجسدية فقط؛ بل إن العنف الأسري ضد المرأة آفة اجتماعية خطيرة تهز أمن واستقرار الأسر وتضع كيان المجتمع على حافة الانهيار، ما يستوجب مواجهة تحديات هذه الظاهرة وما تلقى من تحولات وإرهاصات خطيرة، تتطلب اتخاذ تدابير ومقاربات جديدة، تجمع بين جهود مختلف الجهات القضائية والأمنية والمؤسسات الحكومية، إلى جانب مشاركة فعاليات المجتمع المدني.

فما هي إذاً مظاهر تحولات العنف الأسري ضد المرأة زمن جائحة كورونا وسبل الحد منه؟

في إطار فهم أكثر لهذه الظاهرة ارتأينا الوقوف بداية على أهم محددات الإطار المفاهيمي والقانوني للعنف السري ضد المرأة مع تشخيص حالات العنف المسجلة خلال فترة تفشي فيروس كورونا، لنخرج بعدها على أهم الظروف التي مهدت لتفاقم هذه الظاهرة مع رصد أهم السبل والتدابير المتخذة لمواجهتها ووضعها في نطاق السيطرة والتحكم، وذلك وفق المحورين التاليين:

- المحور الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني للعنف السري ضد المرأة وتجلياته زمن كورونا
- المحور الثاني: الظروف المهيأة للعنف الأسري ضد المرأة في زمن كورونا وتدابير مواجهته

المحور الأول: الإطار المفاهيمي والقانوني للعنف السري ضد المرأة وتجلياته في زمن كورونا

لا يخفى على أحد ما تخلفه ظاهرة العنف الأسري ضد المرأة في الظروف العادية من آثار خطيرة على الأسرة والمجتمع ككل، ولا شك أن خطر هذه الظاهرة وضررها يبلغ أعلى مستوياته تطرفاً في زمن الاضطرابات والفوضى السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولعل حالة انتشار فيروس كورونا الذي صنفته منظمة الصحة العالمية على أنه جائحة أحد هذه الحالات الاستثنائية التي أصبح فيه العنف الأسري أكثر خطورة وضرر مما كان عليه؛ خاصة بعد أن أخذ شبح الموت والقلق من الإصابة بالفيروس بمجامع النفوس، ما أسهم في سيادة الشعور بالخوف وانعدام الأمن داخل الأسرة وخارجها.

ولالإحاطة أكثر بالموضوع نتناول بداية هذا المحور المقصود بالعنف الأسري ضد المرأة وإطاره التشريعي والقانوني (أولاً) لنقف بعدها على تشخيص وضعيته فترة انتشار فيروس كورونا (ثانياً).

أولاً: الإطار المفاهيمي والقانوني للعنف السري ضد المرأة

طرح مشكلة العنف الأسري ضد المرأة وتداعياته كمسألة باتت تشغل اهتماماً متزايداً من جانب العلماء والباحثين وفعاليات المجتمع الدولي ومنظمات حقوق الإنسان، وبالتالي أصبحت هذه القضية تحتل مكاناً متميزاً ترتبط بالموجهات والقواعد الدولية والقوانين الوطنية التي بدأت تفرض نفسها على كافة المعاملات والسلوكيات داخل الأسرة حماية للمرأة وصونها لكرامتها.

(1) تعريف وأنواع العنف الأسري ضد المرأة وأثاره

(أ) تعريف العنف الأسري ضد المرأة:

من أهم المشاكل التي تقابل الباحثين في دراسة العنف مشكلة التعريفات والمفاهيم الخاص به، فالعنف مصطلح ثقافي بالدرجة الأولى، فما يعتبر عنفا في ثقافة معينة قد لا يعتبر كذلك في ثقافة أخرى، والعنف في اللغة العربية هو "الخرق بالأمر وقلة الرفق به، وهو ضد الرفق، واعتنف الأمر؛ أخذه بقوة" 1077، وهو "ضد الرفق واللين، وعنفه تعنيفاً؛ لأمه وعاتبه" 1078.

والعنف في معناه المجرد يشير إلى الاستخدام الفعلي للقوة لإحداث الضرر والأذى بالأشخاص، والتدمير والإتلاف للممتلكات العامة أو الخاصة، والعنف من الناحية القانونية يركز على تحديد المسؤولية الجنائية في العدوان والإيذاء 1079، ويعني أيضاً استخدام الضغط أو القوة استخداماً غير مشروع أو غير مطابق للقانون من شأنه التأثير على إرادة شخص ما، وهو أيضاً ممارسة القوة البدنية لإنزال الأذى بالأشخاص أو الممتلكات، كما أنه هو التدخل في الحرية الشخصية أو الفعل والمعاملة التي تحدث ضرراً جسيماً 1080.

وعرف "إعلان القضاء على العنف ضد المرأة" الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1993 العنف الموجه ضد المرأة بأنه: "أي فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس ويترتب عليه، أو يرجح أن يترتب عليه، أذى أو معاناة للمرأة، سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية أو النفسية بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل أو القسر أو الحرمان التعسفي ممن الحرية، سواء حدث ذلك في الحياة العامة أو الخاصة" 1081.

والعنف ضد المرأة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هو "أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه، توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل" 1082.

ومن جهتها اعتبرت منظمة الصحة العالمية العنف الممارس من قبل الشريك المعاشر بأنه "سلوك متتهج ضمن علاقة معاشرة أو من قبل شريك سابق يتسبب في حدوث ضرر جسدي أو جنسي أو نفسي، بما في ذلك الاعتداء الجسدي والعلاقات الجنسية القسرية والإيذاء النفسي وسلوكيات السيطرة".

وعرفت المادة الأولى من قانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء 1083، العنف ضد المرأة بأنه "كل فعل مادي أو معنوي أو امتناع أساسه التمييز بسبب الجنس، يترتب عليه ضرر جسدي أو نفسي أو جنسي أو اقتصادي للمرأة؛" 1084.

1077 - ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، بدون طبعة وسنة، ص 3132.

1078 - أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، بدون طبعة، 1987، ص 164.

1079 - مصطفى يسري، العنف الأسري دراسة نظرية للعوامل والمظاهر وطرق المواجهة، دار النيل والفرات للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018، ص 38.

1080 - إجلال إسماعيل حلمي، العنف الأسري، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999، ص 09.

1081 - اعتمدت من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها 104/48 المؤرخ في 20 كانون الأول/ ديسمبر 1993.

1082 - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ: 3 سبتمبر 1981، وفقاً لأحكام المادة 27.

1083 - الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص 1449.

1084 - نصت المادة الأولى من قانون 103.13 المتعلق بالعنف ضد النساء على كإيلي:

وعلى ضوء ما تقدم يمكن تعريف العنف الأسري ضد المرأة بأنه: ذلك السلوك أو الفعل الموجه ضد المرأة من داخل الأسرة؛ سواء كانت زوجة أو أم أو أخت أو ابنة، والذي يتسم بدرجات متفاوتة من التمييز والاضطهاد والقهر والعدوانية، والناجم عن علاقات القوة غير المتكافئة بين الرجل والمرأة نتيجة سيطرة النظام الأبوي بآلياته الاقتصادية والاجتماعية والثقافية¹⁰⁸⁵. وبمعنى آخر هو كل فعل يصدر عن أحد أو بعض أعضاء النسق الأسري نحو المرأة بهدف إلحاق الأذى أو الضرر¹⁰⁸⁶ المادي أو المعنوي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وبشكل واضح أو مستتر مع توافر عنصر القسوة وممارسة القوة لإلحاق الأذى، ويظهر العنف الأسري ضد المرأة في عدة مستويات تبعاً للعلاقة مع المرأة بينها وأفراد الأسرة¹⁰⁸⁷:

- عنف خاص بمستوى العلاقة بينها وبين زوجها
- عنف خاص بمستوى العلاقة بينها وبين أبنائها
- عنف خاص بمستوى العلاقة بينها وإخوتها وأبويها

ب) أنواع وأسباب العنف الأسري ضد المرأة والآثار المترتب عنه:

يمكن تقسيم العنف الأسري ضد المرأة إلى أنواع عدة؛ فتبعاً للقائمين به يميز فيه بين عنف موجه من الرجال نحو المرأة وهو الشائع، وهناك عنف المرأة ضد المرأة. ومن حيث نوعية العنف، هناك العنف المادي بالضرب، والعنف المعنوي كالإهانة والتجريح والحرمان من الحقوق الإنسانية، والعنف الجنسي كالاعتداء الجنسي بالاغتصاب والتحرش والشذوذ الجنسي، ثم العنف الاقتصادي المرتبط بالإضرار بالحقوق الاجتماعية أو الاقتصادية للمرأة. ومن حيث شمول العنف ينقسم العنف إلى عنف فردي يتم ضد امرأة واحدة، وعنف جماعي يتم ضد جماعة من النساء. ومن حيث الدافع إليه يصنف إلى عنف بدافع الإحباط، أو بدافع الحرمان، أو لأجل إظهار الرجولة أو لإثبات الذات، أو بدافع الخوف والانتقام¹⁰⁸⁸.

" من أجل تطبيق أحكام هذا القانون، يراد بما يلي:

العنف ضد المرأة: كل فعل مادي أو معنوي أو امتناع أساسه التمييز بسبب الجنس، يترتب عليه ضرر جسدي أو نفسي أو جنسي أو اقتصادي للمرأة،
العنف الجسدي: كل فعل أو امتناع يمس، أو من شأنه المساس، بالسلامة الجسدية للمرأة، أيا كان مرتكبه أو وسيلته أو مكان ارتكابه،
العنف الجنسي: كل قول أو فعل أو استغلال من شأنه المساس بحرمة جسد المرأة لغرض جنسية أو تجارية، أيا كانت الوسيلة المستعملة في ذلك،
العنف النفسي: كل اعتداء لفظي أو إكراه أو تهديد أو إهمال أو حرمان، سواء كان بغض المس بكرامة المرأة وحرمتها وطمأنينتها، أو بغرض تخويفها أو ترهيبها.

العنف الاقتصادي: كل فعل أو امتناع عن فعل ذي طبيعة اقتصادية أو مالية يضر، أو من شأنه أن يضر، بالحقوق الاجتماعية أو الاقتصادية للمرأة.¹⁰⁸⁵ - بتعبير آخر هو استخدام الضغط أو القوة، استخداماً غير مشروع أو غير مطابق للقانون من شأنه التأثير على إرادة المرأة في الأسرة أو التدخل في حريتها الشخصية أو تعريضها لكل فعل أو معاملة من شأنها أن تحدث ضرراً جسدياً أو نفسياً أو اقتصادياً لها. أنظر:

- أشرف محمد العزب، أمورة حسن أبو طالب، دراسة وصفية تحليلية عن العنف الأسري الموجه ضد المرأة الريفية بمحافظة كفر الشيخ، مجلة العلوم الاقتصادية والاجتماعية، جامعة المنصورة، المجلد الثاني، العدد 11، 2011، ص 1416.

¹⁰⁸⁶ - إن العامل الأساسي والحاسم في تحديد العنف هو ظهور أو حدوث الضرر والإيذاء؛ وتاريخياً كان العنف يحدد على أنه أفعال عرضية تؤدي إلى إحداث أضرار جسمية أو محاولة إحداثها. ويعد العنف مرادفاً لمصطلح العدوان ويستخدم للدلالة على كل فعل يقوم به أحد أفراد الأسرة بقصد إيذاء فرد من أفرادها من النساء والفتيات، والإيذاء هنا ليس إيذاءً بدنياً فقط، وإنما قد يشمل الحرمان المادي أو الحرمان النفسي والعاطفي. أما المصطلح الثاني والذي شاع استخدامه في دراسات الأسرة هو مصطلح الإساءة فهو أي فعل يقوم به أفراد الأسرة بقصد إيقاع الضرر بشخص آخر، والإساءة البدنية هي أول أشكال العنف وتدل على الإيذاء البدني الذي يقوم به شخص على آخر بقصد إلحاق الضرر، = ويتضمن هذا الفعل صوراً عدة للإيذاء تبدأ بالضرب المبرح إلى القتل. أنظر: - فاطمة أمين، مقياس العنف الأسري، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، مصر، العدد 6، أبريل 1999، ص 270.

¹⁰⁸⁷ - فاطمة أمين، المرجع نفسه، ص 272.

¹⁰⁸⁸ - تمارس بعض أشكال العنف الأسري ضد المرأة من قبل أفراد غير الزوج أو الشريك (مثل أهل الزوج، وأهل الزوجة، والأشقاء)، والعنف المتعلق بالمهر، وقتل الأطفال الإناث، والانتهاك الجنسي للأطفال الإناث داخل الأسرة، وختان الإناث، وممارسات ضارة أخرى، والزواج المبكر أو

وترجع ظاهرة العنف الأسري ضد المرأة بمستوياته المختلفة¹⁰⁸⁹ إلى تضافر جملة من الأسباب المتعددة والشائكة؛ ترتبط أحيانا بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والدينية، وضعف التنشئة الاجتماعية وغياب أسلوب الحوار والتفاهم، وغياب تقاسم المسؤوليات بين الأزواج أو اختلالها¹⁰⁹⁰، كما تشكل سيطرة الجهل والضغط النفسية وزيادة أعباء المعيشة وانتشار البطالة والفقر وتدني مستوى التعليم من أهم الأسباب التي تدفع إلى الجنوح نحو العنف الأسري ضد المرأة.

وبتعدد الأسباب المؤدية إلى العنف الأسري ضد المرأة تعددت الآثار المترتبة عنه؛ من آثار نفسية وبدنية واقتصادية على الضحية تتراوح بين الوفاة والتعرض للإصابات البدنية من الكسور والكدمات والرضوض، وما يخلفه أيضا من العقد النفسية والاكتئاب والأفكار الانتحارية والإحساس بالوحدة والاختراب، والهروب من بيت الأسرة والتشرد، والحمل والإجهاض غير المرغوب فيهما، وما يصحب ذلك كله من فقدان وضعف الأداء الأسري والاجتماعي للمرأة¹⁰⁹¹.

الزواج بالإكراه، وجرائم الشرف، والعنف غير الزوجي، والعنف الذي يمارس ضد خادمت المنازل، وأشكال أخرى من الاستغلال. وتتنوع بشدة على مستوى العالم معدلات انتشار العنف الذي يمارس منذ سن 15 سنة ضد الإناث من قبل شخص غير الزوج، حيث تتراوح فيما بين 5 و 65 % نسبة النساء اللاتي يفدن بالتعرض للانتهاك الجسدي أو الجنسي الذي غالبا ما يقوم به الآباء، أو أفراد آخرون من الأسرة سواء من الذكور أو الإناث، وكذلك ما يقوم به المعلمون في بعض المواقع. وفي عديد من البلدان ذات التقاليد الأبوية الراسخة تعاني النساء غير المتزوجات في المنزل من أشكال متنوعة من الانتهاكات، بما في ذلك العنف النفسي و/أو الجسدي من قبل الآباء والأشقاء، كما يحدث أن تتعامل الأمهات بقسوة مع بناتهن، من خلال المطالبة بمزيد من الطاعة من قبل غير المتزوجات، وبطريقة مماثلة، يتمتع أهل الزوج بقدر من السلطة على زوجات أبنائهم وقد تتحول أحيانا إلى أشكال من العنف. أنظر:

- أشرف محمد العزب، أمورة حسن أبو طالب، العنف الأسري الموجه ضد المرأة، المرجع السابق، ص 1416.

- العنف ضد النساء في مصر، دراسة صادرة عن المجلس القومي للمرأة المصري، أبريل 2009، ص 14.

¹⁰⁸⁹ - للعنف الأسري ضد المرأة مستويات متدرجة تبدأ بالعنف اللفظي والعاطفي الذي يتمثل في السب والتوبيخ وعدم اللطف في التعامل، والعنف البدني الذي يتمثل في الضرب والمشاجرة والتعدي على الآخرين وأخيرا العنف التنفيذي ويمثل في التفكير في القتل والتعدي على الآخرين، وأخير العنف التنفيذي ويمثل في التفكير في القتل والتعدي على الآخرين أو على ممتلكاتهم بالقوة. - المرجع نفسه، ص 09.

¹⁰⁹⁰ - أظهرت البحوث أن معدلات العنف الأسري تميل إلى الانخفاض في الأسر التي يتقاسم فيها الزوجان مسؤولية اتخاذ القرارات الأسرية، مقارنة بتلك التي يتخذ فيها أحد الزوجين القرارات منفردا. وكثيرا ما تستعمل المعايير المرتبطة بالنوع كتبرير للعنف ضد النساء، ومن المرجح أن يزيد عدد النساء المتعرضات للعنف في صفوف أولئك اللاتي يعتبرن أنه من المقبول أن يضرب الرجل زوجته. وتوصلت بعض الدراسات عبر ثقافات متنوعة إلى أنه ينظر إلى العنف باعتباره حق الزوج من أجل «تصحيح» الأخطاء التي ترتكبها زوجته، أو أن المفاهيم الاجتماعية والثقافية السائدة حول المرأة «المثالية» تتضمن قبول اللجوء إلى القوة من أجل تحقيق تلك الأدوار المرسومة اجتماعيا. فهناك مجموعة الأعذار التي تبرر «تأديب ومعاينة» الزوجة، تتمثل في: عدم طاعة الزوج، أو معارضته، أو حرق الطعام، أو مساءلته حول المصروف أو حول مصاحبتها لامرأة أخرى، أو الخروج من دون إذنه، أو رفض ممارسة الجنس معه. أنظر: - العنف ضد النساء في مصر، المرجع السابق، ص 17.

¹⁰⁹¹ - رندا يوسف محمد سلطان، العنف ضد المرأة الريفية في محافظة أسيوط، مجلة أسيوط لعلوم الزراعة، مصر، المجلد 46، العدد 5، 2015، ص 149.

و تتعدد الآثار الصحية الناجمة عن عنف الشريك:

- الوفاة والتعرض للإصابات: رأت الدراسة أنه يوجد في العالم نسبة 38% من النساء إجمالا يتعرضن للقتل على يد شركائهن الحميمين و 42% من النساء الأخريات اللاتي يواجهن عنفاً جسدياً أو جنسياً على يد شركائهن يتعرضن لإصابات من جراء هذا العنف.

- الإصابة بالاكتئاب: يسهم أساسا عنف الشريك في معاناة المرأة من مشاكل صحية نفسية، ويتضاعف احتمال إصابة المعرضة له بمرض الاكتئاب إلى مرتين مقارنة بسواها من غير المعرضات لأي شكل من أشكال العنف.

- المشاكل الناجمة عن تعاطي الكحول: من المرجح أن تتضاعف إلى مرتين تقريبا معاناة المعرضات لعنف الشريك الحميم من مشاكل ناجمة عن تعاطي الكحول مقارنة بغيرهن من النساء.

- عدوى الأمراض المنقولة جنسيا: يزيد إلى مرة ونصف المرة احتمال إصابة اللواتي يتعرضن لعنف جسدي و/أو جنسي على يد شريكهن بعدوى مرض الزهري أو الكلاميديا أو السيلان.

2) الإطار القانوني والتشريعي للعنف الأسري ضد المرأة في التشريع الوطني

تحدد نقطة الانطلاق عند الحديث عن الإطار القانوني للعنف الأسري ضد المرأة من الاتفاقيات والصكوك الدولية التي تتعرض لهذه الظاهرة، بدءاً بمواثيق حقوق الإنسان الأساسية، والاتفاقيات الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز، وصولاً إلى إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على العنف الأسري ضد المرأة. وقد تميز مسار المملكة المغربية في مجال النهوض بحقوق النساء وتمكين المرأة في كافة المجالات، باستناده على أسس ومقومات المرجعية الدولية لحقوق الإنسان بصفة عامة والمبادئ الجوهرية التي تتبني عليها هذه المرجعية، وفي مقدمتها مبدأ المساواة وعدم التمييز على وجه الخصوص، وفي هذا الإطار يندرج ورش ملائمة القوانين الوطنية مع المواثيق والاتفاقيات الدولية الرامية إلى حماية المرأة والقضاء على جميع أشكال العنف والتمييز ضد النساء خاصة العنف الأسري، بما تلعبه المرأة من داخل الأسرة من دور محوري في التنشئة الاجتماعية والتنمية الاقتصادية وتكريس مقومات مجتمع سليم.

أ) المواثيق الدولية والإقليمية:

صادقت المغرب على العديد من الاتفاقيات والصكوك الدولية، التي كرست مبدأ عدم التمييز بين الجنسين، كالعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وبروتوكوله الاختياري، فضلاً على تعديل الفقرة الأولى من المادة 20 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وبرتوكولها الإضافي، واعتماد بروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص؛ خاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية... إلى جانب مجموعة من الاتفاقيات ذات الأثر على حقوق الإنسان، كاتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وبرتوكولها الاختياري سنة 2009، والاتفاقية العربية رقم 18 لعام 1996 بشأن عمل الأحداث، والاتفاقية العربية رقم 8 بشأن الحريات والحقوق النقابية سنة 1977، والاتفاقية رقم 151 المتعلقة بحماية حق التنظيم وإجراءات تحديد شروط التشغيل في الوظيفة العمومية... وغيرها الاتفاقيات والمواثيق التي شكلت مدخلا لحماية المرأة ضد العنف داخل الفضاء الأسري.

ب) الدستور المغربي لسنة 2011 :

تضمن دستور المملكة المغربية لسنة 2011 عدداً من المقتضيات الهامة التي تصب في حماية المرأة من العنف الأسري، تتبلور أساساً عبر ما تضمنه الفصل 19 منه، من التأكيد على مبدأ المساواة بين الجنسين والمناصفة في جميع الحقوق، فضلاً عن تنصيبه في الفصل 22 على أنه: "لا يجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية لأي شخص، في أي ظرف، ومن قبل أي جهة كانت، خاصة أو عامة.. لا يجوز لأحد أن يعامل الغير، تحت أي ذريعة، معاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة أو حاطة بالكرامة الإنسانية...."

ممارسة التعذيب بكافة أشكاله، ومن قبل أي أحد، جريمة يعاقب عليها القانون".

وتعزيزاً للحماية المستحقة للمرأة من العنف الأسري نص الدستور على إحداث هيئة للمناصفة ومكافحة كافة أشكال التمييز التي لها تأثير على تمثيل الأفراد والمؤسسات لحقوق المرأة، فسمح الدستور الجديد عبر هذا المقتضى بتغيير المقاربة التي كان ينظر بها إلى قضايا المرأة من مجرد السعي إلى حماية الكائن الهش المستضعف إلى السعي إلى المناصفة، فضلاً عن إشارة الدستور إلى سمو الاتفاقيات الدولية على القانون الوطني.

- الحمل والإجهاض غير المرغوب فيهما : يرتبط الحمل غير المرغوب فيه بالعنف الجنسي الممارس من الشريك الحميم ومن غيره على حد سواء؛ ورأى التقرير أن احتمال تعرض المرأة التي تواجه العنف الجسدي و/ أو الجنسي على يد شريكها للإجهاض يتضاعف مرتين عن سواها ممن لا يواجهن هذه العنف.

- انخفاض وزن الرضيع عند الولادة : تزداد فرصة نقص وزن الرضع عند الولادة بنسبة 16% لدى الحوامل اللاتي يتعرضن لعنف الشريك. أنظر: - تقرير صادر عن منظمة الصحة العالمية يبرز العنف ضد المرأة بوصفه مشكلة ذات أبعاد وبائية من مشاكل الصحة العمومية، 20 يونيو 2013 جنيف.

(ت) المدخل التشريعي لحماية المرأة ضد العنف الأسري:

حملت التشريعات الوطنية عدة مقتضيات همت حماية المرأة من العنف وتدعم مكانتها من داخل الأسرة والمجتمع؛ فالتأمل في مضمون مواد مدونة الأسرة، يجدها تتضمن عدة مبادئ تشريعية تؤسس لأسرة سليمة وتبنيها على قوائم متينة من العدل والمناصفة؛ بما يمنحها سباجا واقيا من السقوط في آفة التمييز والعنف داخلها، ويظهر ذلك من خلال سن عدة مقتضيات تروم أساسا تربية أفراد الأسرة على السلوك الديمقراطي القويم، عبر تكريس مفهوم الشراكة الأسرية بدل القوامة الذكورية وإنشاء الأسرة تحت رعاية الزوجين المادتين الرابعة والمادة 51 من مدونة الأسرة، بالإضافة إقرار مبدأ المساواة¹⁰⁹² والتشاور والرضائية في تأسيس العلاقة الزوجية¹⁰⁹³، فضلا للمقتضيات التي تهتم تجنب العنف والحث على الاتجاه نحو الحلول التوافقية لتدبير الخلافات الزوجية في المسائل المالية والمادية والتربوية للأسرة¹⁰⁹⁴.

ومن جهة أخرى، كرس التشريع الجنائي المغربي مجموعة من المقتضيات الجزية الموضوعية والمسطرية التي تروم حماية المرأة داخل الفضاء الأسري؛ منها تجريم التدليس في تأسيس العلاقة الزوجية¹⁰⁹⁵ وتجريم الاغتصاب والخيانة الزوجية وهتك العرض، وتجريم الإيذاء الجسدي؛ كالجرح أو الضرب والقتل، كما تعززت حماية المرأة ضد العنف الأسري بصور العديد من القوانين الخاصة، كقانون مكافحة الاتجار بالبشر وقانون العنف ضد النساء رقم 13-103؛ الذي أقر مقتضيات في غاية الأهمية تهدف إلى الحد من إشكالية العنف ضد المرأة في أبعاده المختلفة؛ البعد المفاهيمي والبعد التجريمي الجزري والبعد الحمائي والبعد المتعلق بالتكفل ثم البعد الوقائي، حيث تم تعديل مجموعة من فصول القانون الجنائي همت تجريم أفعال جديدة لم تكن مجرمة في القانون الجنائي الحالي مثل الإكراه على الزواج، وتبديد ممتلكات وأموال الزوجية بسوء نية، الإكراه على الزواج وطرده أحد الزوجين للآخر من بيت الزوجية وامتناعه عن إرجاعه إليه، إلى جانب التحرش الجنسي في الفضاء العام والسب والقذف ضد المرأة بسبب جنسها مع تشديد العقوبات على بعض الأفعال الموجهة ضد نساء في وضعية خاصة، كالعنف ضد امرأة حامل، أو ضد الزوجة أو الطليقة بحضور الأبناء أو الوالدين، فضلا على تعزيز هذه المقتضيات بإحداث هيئات وآليات للتكفل بالنساء ضحايا العنف لاستقبال ودعم وتوجيه والمرافقة لفائدة النساء المعنفات، واعتماد منهجيات تشاركية ومنفتحة وأطر مؤسساتية متعددة للتنسيق بين مختلف المتدخلين في مجال مناهضة العنف ضد النساء وحمايتهن.

ثانيا: تشخيص العنف الأسري ضد المرأة في فترة تفشي فيروس كورونا:

يجب التذكير في هذا المقام بأن العنف الأسري كان وباء - إن صح التعبير- منتشر في أغلب دول العالم وذلك قبل ظهور جائحة كورونا؛ حيث أوردت الأمم المتحدة بيانات تتعلق بتعرض 243 مليون امرأة وفتاة تتراوح أعمارهن بين 15 و 49 عاما في العالم للعنف الجنسي أو الجسدي من قبل شركائهم أو أزواجهم سنة 2019¹⁰⁹⁶، وكان ما متوسطه 20 شخصا في الولايات المتحدة يتعرضون للعنف الأسري

¹⁰⁹² - تربية جميع أفراد الأسرة على مبدأ المساواة، باعتباره مبدأ دينيا وكونيا ودستوريا عظيمًا يحفظ الكرامة الإنسانية، وينفي الإحساس بأفضلية جنس على آخر أو قوته أو قدرته على السيطرة في الفضاء الأسري، عبر تكريس المساواة في سن الأهلية للزواج بالنسبة للفتن والفتاة، وتحديد في 18 سنة شمسية كاملة والمساواة في الولاية الشرعية على الأبناء بالنسبة للذبح والأم وكيفية إنهاء العلاقة الزوجية تحت سلطة القضاء.

¹⁰⁹³ - المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية.

¹⁰⁹⁴ - محمد أكجيج، العنف الأسري بين المقاربة المدنية والجزية، منشور بموقع <https://rassd.ma/news-8432>، اطلع عليه: 29/07/06، الساعة 12:30

¹⁰⁹⁵ - حيث أشارت مدونة الأسرة في المادة 66 إلى أن التدليس في بعض الوثائق أو الأذونات الخاصة بالزواج " تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر ". ومعلوم أن هذا الفصل ينص على عقوبة حبسية من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، إذا تعلق الأمر بتزوير في إقرار أو شهادة صحيحة الأصل. ولا شك أن وثيقة الزواج كأساس قانوني وشرعي لبناء العلاقة الزوجية تحتاج فعلا إلى هذا الإجراء الجنائي لقطع الطريق على المتلاعبين بهذه العلاقة الإنسانية المقدسة

¹⁰⁹⁶ - أنظر موقع إدارة التواصل العالمي للأمم المتحدة:

البدني كل دقيقة، وتظهر الأبحاث أن امرأة واحدة من كل أربع نساء أميركيات بالغات قد تعرضن لنوع من أنواع العنف الأسري¹⁰⁹⁷. وعندما استفحل الوضع الوبائي لجائحة كورونا بدأت البيانات المنذرة بارتفاع معدلات العنف الأسري ضد المرأة تطفو على السطح من جديد على مستوى أغلب دول العالم¹⁰⁹⁸، حيث أكدت منظمة الأمم المتحدة إلى أن خطوط المساعدة الهاتفية في سنغافورة وقبرص قد سجلت زيادة في المكالمات بنسبة تفوق 30%، وفي أستراليا سجل موظفو الخدمات الاجتماعية 40% من طلبات المساعدة من نساء وفتيات تعرضن للعنف الأسري في ولاية "نيوساوث ويلز" وحدها، كما سجلت حالات أخرى من العنف الأسري في فرنسا بلغت 30% منذ إعلان حالة الطوارئ الصحية، ووصل معدل نداءات الطوارئ المتعلقة بالعنف الأسري إلى 25% في الأرجنتين منذ الإعلان عن الحجر الصحي في 20 مارس، ومن جهتها عرفت الصين زيادة ملحوظة في معدلات العنف الأسري ضد المرأة بلغت ثلاثة أضعافه في شهر فبراير لسنة 2020 مقارنة مع نفس الشهر من سنة 2019¹⁰⁹⁹.

كما عرفت الولايات المتحدة الأمريكية بدورها تصاعد ملحوظ في معدلات في العنف الأسري ضد المرأة، ففي سياتل، سجلت الشرطة زيادة بنسبة 21% في تقارير العنف الأسري المسجلة في شهر مارس الماضي، وبلغت حالات العنف المسجلة في ولاية تكساس 35%، وفي سابقة من نوعها أكدت بعض التقارير أنه يوجد من مرتكبي أعمال العنف الأسري ضد المرأة من يستخدمون "فيروس كورونا كوفيد-19" كسلاح ضد ضحاياهم، حيث تمنع النساء من غسل أيديهم في محاولة لزيادة الخوف وزرع الهلع في نفس الضحية الخائفة من الإصابة بالفيروس أو تهديدهم بمنع العلاج الطبي إذا ما تعرضن للإصابة بالفيروس¹¹⁰⁰.

وعلى النقيض من هذه التقارير المتزايدة عن العنف الأسري ضد المرأة البالغة، سجلت العديد من منظمات رعاية الطفولة انخفاضاً كبيراً في التقارير المتعلقة بإساءة معاملة الأطفال البنات أو إهمالهم، وأعرب البعض¹¹⁰¹ عن تخوفه من كون سبب هذا التراجع يرجع إلى كون هذه الفئة لا تملك القدرة تقدير خطورة الأوضاع والانتهاكات الأسرية التي تتعرض إليها أو أنها لا تستطيع التبليغ عنها، وقد أدى توقف الدراسة وإغلاق المدارس وغيرها من المنظمات المجتمعية المهتمة بالأطفال، إلى الحد من قدرة الشركاء الرئيسيين في الكشف عن العنف الأسري، باعتباره أهم المصادر والمعلومات التي يعتمد عليها في تحديد معدلات العنف؛ ففي الولايات المتحدة، يأتي 67 في المائة من التقارير المدعومة بأدلة عن سوء معاملة الأطفال أو إهمالهم من المهنيين العاملين في خدمة الضحايا، و19 في المائة من هذه التقارير من موظفي التعليم، وبالتالي هناك قلق متزايد من أن يتم تسجيل عدد كبير من حالات العنف الأسري ضد البنات عند عودتهم إلى المدارس¹¹⁰². وعلى الصعيد الوطني أكدت المندوبية السامية للتخطيط، في دراسة نشرتها يوم الإثنين 27 يوليو 2020، تحت عنوان

- <https://www.un.org/ar/coronavirus/un-supporting-%E2%80%99domestic-violence-victims-during-covid-19-pandemic>

¹⁰⁹⁷ - Shelly M. Wagers, Domestic violence growing in wake of coronavirus outbreak, <https://theconversation.com/domestic-violence-growing-in-wake-of-coronavirus-outbreak-135598>, Retrieved: 2020/06/25, 12:50h.

¹⁰⁹⁸ - إن الزيادة في العنف بين الأشخاص خلال أوقات الأزمات موثقة جيداً، لكن نقص الإبلاغ على نطاق واسع جعل الاستجابة وجمع البيانات صعباً، حيث أقل من 40 في المائة من النساء اللواتي يتعرضن للعنف يطلبن أي مساعدة أو الإبلاغ عن الجريمة، ويذهب أقل من 10 في المائة من بين النساء اللواتي يطلبن المساعدة إلى الشرطة. أنظر:- الموقع الإلكتروني لإدارة التواصل العالمي للأمم المتحدة، المرجع السابق.

¹⁰⁹⁹ - Caroline Bettinger-Lopez, A Double Pandemic: Domestic Violence in the Age of COVID-19 <https://www.cfr.org/in-brief/double-pandemic-domestic-violence-age-covid-19>, Retrieved: 01/07/2020, 11:41h

¹¹⁰⁰ - Andrew M. Campbell, An increasing risk of family violence during the Covid-19 pandemic: Strengthening community collaborations to save lives, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7152912/>, Retrieved: 21/07/2020, 22:00h.

¹¹⁰¹ - Andrew M. Campbell, An increasing risk of family violence during the Covid-19 pandemic: Strengthening community collaborations to save lives, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7152912/>, Retrieved: 25/07/2020, 13:38h.

¹¹⁰² - وعندما يتم رفع التدابير المرتبطة بالكوفيد-19 وعودة المجتمع إلى حالته "الطبيعية"، فقد يجد المهنيون العاملون في خدمة الأطفال ضحايا الانتهاكات أنفسهم أمام عدد هائل من حالات العنف الأسري وغير قادرين على تلبية احتياجات عدد هائل من الضحايا، يجب على الوكالات

"العلاقات الاجتماعية في ظل جائحة كوفيد-19"، أنه عانى مغربي من أصل أربعة من حالات صراع مع الأشخاص الذين عاش معهم فترة الحجر الصحي 25% 1103، كما أوضحت رئاسة النيابة العامة، بأن عدد المتابعات من أجل العنف ضد النساء قد انخفض ما بين 20 مارس المنصرم و20 أبريل الجاري عشر مرات عن المعدل الشهري لهذا النوع من القضايا.

وفي إطار اهتمامها بقضايا العنف ضد النساء خلال فترة الحجر الصحي بالمملكة، سجلت النيابة العامة بمحاكم المملكة خلال الفترة المذكورة ما مجموعه 892 شكاية تتعلق بمختلف أنواع العنف ضد النساء (الجسدي والجنسي والاقتصادي والنفسي...)، بينما تم تحريك الدعوى العمومية في 148 قضية فقط من هذا النوع، في انتظار انتهاء الأبحاث في باقي الشكايات.

وهكذا يكون عدد المتابعات من أجل العنف ضد النساء قد انخفض خلال الفترة المذكورة عشر مرات عن المعدل الشهري (148 متابعة بدلا من 1500 متابعة شهريا في الأحوال العادية)، وأشارت دورية رئيس النيابة العامة 1104 إلى أنه وحتى عند ثبوت الأفعال المشتكى منها في كافة الشكايات المتوصل بها "892 شكاية"، فإن هذه النسبة تمثل فقط حوالي 60 في المائة من المعدل المسجل في الأحوال العادية من قضايا العنف ضد النساء 1105.

المحور الثاني: الظروف المهيأة للعنف الأسري ضد المرأة في زمن كورونا وتدابير مواجهته

ساهمت عدة عوامل في تهيئة الظروف المناسبة لبروز ظاهرة العنف الأسري ضد المرأة فترة تفشي فيروس كورونا المستجد (أولا)، ما دفع إلى اعتماد تدابير استباقية ساهمت إلى حد كبير في تطويق هذه الظاهرة ومنع خروجها عن نطاق التحكم والسيطرة (ثانيا).

أولا: عوامل تحديد العنف الأسري ضد المرأة على ضوء متغير جائحة كورونا

تضافرت عوامل عدة في تفاقم حالات العنف الأسري ضد المرأة في زمن الجائحة، وساهمت إلى حد كبير في مخاطر الجنوح إلى هذه الظاهرة؛ حتى وصفها الخبراء بأنها "القبلة الموقوتة" 1106 التي يمكن أن تنفجر في أي لحظة، ويمكن أن نحدد تلك العوامل في النقاط التالية :

أ) تفاقم التداعيات الاقتصادية والاجتماعية والنفسية والصحية لجائحة كورونا

شكلت التداعيات والمشاكل الاقتصادية والاجتماعية والنفسية والصحية التي رافقت جائحة كورونا من انتشار الرعب والخوف واضطرابات النوم نتيجة الارتفاع المهول للمصابين والقتلى بالفيروس وندرة الموارد المجتمعية وتعطيل الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وفقدان الشغل وتزايد البطالة عوامل مهمة تفسر مهمة سبب ارتفاع ظاهرة العنف الأسري ضد المرأة؛ فجميع الإجراءات الروتينية المنتظمة للعمل والتعليم والتدريب والترفيه والتسويق الاجتماعي تعطلت، إلى جانب فقدان الملايين من الناس وظائفهم أو انخفضت

أن تعمل على تطوير شراكات مجتمعية في هذه المرحلة مع المنظمات الدينية، والمعسكرات الصيفية، ونوادي الشباب، والمكتبات، ومرافق السباحة العامة، وتتابع الاتحادات الرياضية للشباب من أجل خلق فرص محتملة للكشف عن حالات الاعتداء على الأطفال أو إهمالها والإبلاغ عنها، بدلا من الانتظار إلى أن يعود الأطفال إلى المدرسة في الخريف. أنظر:

-Andrew M. Campbell, ibid, Retrieved: 2020/07/25, 13:50h.

¹¹⁰³ - أنظر الموقع الرسمي للمندوبة السامية للتخطيط:

-https://www.hcp.ma/Rapports-sociaux-dans-le-contexte-de-la-pandemie-COVID-19_a2577.html

¹¹⁰⁴ - دورية السيد رئيس النيابة العامة حول قضايا العنف ضد النساء خلال فترة الحجر الصحي بتاريخ 30 أبريل 2020.

¹¹⁰⁵ - الموقع الرسمي لرئاسة النيابة العامة: <http://www.pmp.ma>.

1106 -Caroline Bettinger-Lopez, A Double Pandemic: Domestic Violence in the Age of COVID-19 <https://www.cfr.org/in-brief/double-pandemic-domestic-violence-age-covid-19>, Retrieved: 11/07/2020, 14:01h

ساعات عملهم أو أجورهم 1107، فضلا عن الزيادة الكبيرة في الطلب على الخدمات والمساعدة الاجتماعية والصحية والقانونية، ما أسهم في استنزاف مواردها وبالتالي إغلاقها وتوقفها عن أداء دورها الاجتماعي بعد ارتفاع الطلبات مقارنة مع نقص الخدمات والموظفين 1108.

ب) متغير السياسة الجنائية كعامل مهم في ظهور العنف الأسري ضد المرأة

شكلت التحولات العميقة التي عرفتتها منظومة العدالة الجنائية خلال فترة الطوارئ الصحية عاملا مهما في فهم تزايد وتيرة العنف الأسري ضد المرأة؛ حيث عمدت عدد من الدول في إطار سياسة جنائية تتماشى والمتغيرات الصحية الطارئة إلى إعادة ترتيب أولويات المحاكم وأجراً القضايا المرتبطة بالجرائم المهم والخطيرة فقط، ما ساهم بأثر سلبي في ظاهرة العنف الأسري ضد المرأة، التي وجدت نفسها عرضة للإساءة النفسية والاقتصادية واللفظية طالما أنها أفعال تخرج من نطاق القضايا الخطيرة كالضرب والجرح مثلاً 1109، كما أنه بعد تحول السجون إلى بؤر لانتشار فيروس كوفيد-19، عمدت بعض سلطات العدالة الجنائية إلى وقف الاعتقالات والعمل على إطلاق سراح وإفراج عن عدد من المعتقلين، وهذه التدابير وإن كانت ذات أهمية حاسمة في مجال حماية الصحة العامة، إلا أنها وجب أن تكون مصحوبة بخطط تدعم سلامة النساء والفتيات ضحايا العنف الأسري، وتوفير الوسائل البديلة لمنع والحد من العوامل المؤدية إليه، كتحسين خطورة الأشخاص الموقوفين والمتابعين أو المسجون ومدى استعدادهم للجريمة والعودة إلى العنف، وتقديم القدر الكافي من التوجيه والتوعية وتدريب الوضعية المالية للأشخاص المفرج عنهم 1110.

ج) دور الحجر الصحي في تصاعد العنف الأسري ضد المرأة:

كشف الحجر الصحي عن مجموعة من الإشكالات التي ساهمت في تكوين بيئة ملائمة لظهور العنف الأسري ضد المرأة، وهو ما يستوجب ضرورة أخذ الحيطة والحذر من إمكانية تزايد وتيرة هذه الظاهرة الخطيرة، فالحجر الصحي جعل أغلب الأسر في فضاء مغلق ولفترات طويلة 1111، ما قد يؤدي إلى رفع مستويات الاحتقان والتوتر بين الأزواج وبالتالي وقوع حالات محتملة من العنف

¹¹⁰⁷ - Caroline Bettinger-Lopez, ibid, Retrieved: 11/07/2020,09:41h.

¹¹⁰⁸ - أكدت المندوبية السامية للتخطيط، في دراسة نشرتها يوم الاثنين 27 يوليو 2020، تحت عنوان "العلاقات الاجتماعية في ظل جائحة كوفيد-19"، أنه يشكل نقص المال والمشاكل المادية مصدر توتر ونزاع بين الزوجين لأكثر من شخص واحد من بين كل خمسة أشخاص 21.7 % وبشكل يتجاوز المعتاد بالنسبة لـ 72 % من بينهم. وقد سجلت أعلى نسبة بن الشباب دون سن 24 سنة بنسبة 27.8 %، والعاطلين بنسبة 25.8 % (ولين الذين لديهم أطفال 25.7 % وبين سكان القرى بنسبة 25.5 %). أنظر الموقع الرسمي المندوبية السامية للتخطيط السابق الذكر. ¹¹⁰⁹ - فقد وضعت جائحة كورونا المستجد القضاء الجنائي في أغلب بلدان العالم أمام تحدي الموازنة بين الأمانة الصحية وحماية النظام العام، إذ أرغم القضاء على إبطاء نشاطه، إلى جانب اضطرابه إلى إرجاء محاكمات وإطلاق سراح معتقلين أو حرمانهم من الزيارات العائلية، وهكذا تم تعلق العديد من المحاكمات خاصة التي تتطلب منها وجود هيئة محلفين، وفي فرنسا، أغلقت جميع المحاكم، واقتصرت نشاطها على القضايا الأساسية، وتكتفي المحاكم فيما يتعلق بالمنازعات الجنائية بالنظر في الملفات التي تطل أشخاصا موقوفين. أنظر:

-Nicole Belloubet Coronavirus. Les tribunaux fermés en France sauf pour les contentieux essentiels , <https://www.ouest-france.fr/sante/virus/coronavirus/coronavirus-les-tribunaux-fermes-en-france-sauf-pour-les-contentieux-essentiels-6780939>, Retrieved:29/06/2020, h09 :20

¹¹¹⁰ -Caroline Bettinger-Lopez, A Double Pandemic: Domestic Violence in the Age of COVID-19 <https://www.cfr.org/in-brief/double-pandemic-domestic-violence-age-covid-19>, Retrieved: 29/06/2020, 11 :41h

¹¹¹¹ - ما جعل الوقوع في العنف أكثر احتمالية وأكثر حدة وخطورة مما كان عليه في السابق؛ حيث سار العنف الأسري يتصرف في ظله مثل العدوى الانتهازية؛ التي تنمو في الظروف التي أوجدتها الجائحة إذا ما لم يتم التدخل في الوقت المناسب، وفي هذا السياق أشارت "ماريان هيستر" عالمة الاجتماع بجامعة بريستول المتخصصة بالعنف والعلاقات المسيئة، أن هناك كل الأسباب التي تجعلنا نعتقد أن القيود المفروضة لمنع انتشار فيروس كورونا سيكون لها تأثير كبير على العنف الأسري، وأكدت أن العنف الأسري يرتفع كلما قضت العائلات وقتاً أطول معا أنظر: -Amanda Taub, A New Covid-19 Crisis: Domestic Abuse Rises Worldwid : <https://www.nytimes.com/2020/04/06/world/coronavirus-domestic-violence.html>, Retrieved: 27-06-2020,h19:00

ضد المرأة 1112، ويكون هذا العنف الممارس من طرف الرجال الذين يعانون من ضغط نفسي بسبب غلبت الظروف الاجتماعية أو الصحية أو المالية فضلا عن البقاء في البيت لمدة طويلة تحت وطأة الخوف والهلع من وباء كورونا 1113، وفي هذا الصدد أكدت المندوبية السامية للتخطيط، في دراسة نشرتها عن العلاقات الاجتماعية في ظل جائحة كوفيد-1114، أنه شكلت تربية الأطفال وتدريب ميزانية الأسرة والأشغال المنزلية محور الصراع بين الزوجين أثناء الحجر الصحي، وأضافت أن أزيد من 12 % من آباء الأطفال المتدربين، صرحوا بنشوب نزاعات زوجية بسبب الدعم والتتبع المدرسي لأطفالهم 1115. كما عانى حوالي 20.3 % من النساء من نزاع مع الزوج بسبب تربية الأطفال وطريقة التعامل مع الأطفال والوقت الممنوح لهم والوقت الذي يقضيه الأطفال أمام الشاشات ...، وأكدت المندوبية أيضا أنه قرابة 9.6 % من النساء صرحوا بأن المشاركة في الأعمال المنزلية بين الزوجين شكلت مصدر نزاعات بينهم خلال الحجر الصحي، كما شكل تدبير الأنشطة الترفيهية بين الزوجين (مشاهدة التلفاز والأنشطة العائلية ...) موضوع خلاف حسب تصريح 8.7 % من النساء.

ولتقريب الصورة الحقيقية لما تثيره إشكالية عوامل العنف الأسري ضد المرأة زمن جائحة كورونا، لا بأس أن نضع في الاعتبار تغير الخصائص العامة للمجتمع في ظل جائحة كورونا التي جعلت الفضاء الأسري عرضة للصراع والاحتقان فضلا عن ما تعانيه كثير من الأسر من فقر وجهل وهشاشة وغياب للمهارة في الاستجابة للضغوطات والأزمات، ما زاد من فرص ميول أفرادها إلى العنف؛ حيث يجد العديد من الضحايا في ظل هذا الأمور المتفاقمة أنفسهم معزولين في بيئة أكثر قابلية للعنف 1116، من دون حماية أو غياب الشعور بالأمن، الذي كان يوفره تواجد المستمر للأصدقاء والأسرة الكبيرة.

¹¹¹² - وفي هذا السياق أوضحت المندوبية السامية للتخطيط، في مذكرة لها تضمنت نتائج البحث الذي أنجزته حول الآثار الرئيسية للحجر الصحي على الحالة النفسية للأسر المغربية، أن القلق يشكل أهم أثر نفسي للحجر الصحي لدى الأسر بنسبة لـ 49 % منهم، تصل هذه النسبة إلى 54 % لدى الأسر المقيمة في أحياء الصفيح مقابل 41 % لدى الأسر التي تقيم في مساكن عصرية، ويتبعه الخوف لدى 41 % من الأسر ولاسيما في صفوف الأسر التي تسيرها نساء 47 % مقابل 40 % من الأسر التي على رأسها رجل، والأسر الفقيرة 43 % مقابل 33 % من الأسر الغنية. كما أوضح البحث أن 30 % من الأسر عبرت عن شعورها برهاب الأماكن المغلقة، 32 % في الوسط الحضري و 24 % في الوسط القروي، وهذا الإحساس بهم 30 % من الأسر المكونة من 5 أشخاص فأكثر مقابل 25 % لدى الأسر الصغيرة الحجم المكونة من شخصين. وأضافت أن 25 % من الأسر صرحت بتعدد أنواع الرهاب لديها، وشكلت هذه النسبة معدل أعلى في الوسط الحضري 29 % مقارنة بالوسط القروي 18 %، وضمن الأسر التي يكون فيها رب الأسرة ذو مستوى تعليمي عالي 28 % مقارنة بالأسر التي يكون فيها رب الأسرة ذو مستوى تعليمي عالي 28 % مقارنة بالأسر التي يكون فيها رب الأسرة ذو مستوى تعليمي عالي 23 %. كما أن 24 % من الأسر تشعر باضطرابات النوم، وتتضاعف هذه النسبة لدى سكان المدن 28 % مقارنة مع سكان القرى 14 %، بينما تعاني 8 % من الأسر من اضطرابات نفسية أخرى مثل فرط الحساسية والتوتر العصبي أو الملل. أنظر: الموقع الرسمي للمديرية السامية للتخطيط: <https://www.hcp.ma/>، اطلع عليه بتاريخ: 29/07/2020 الساعة: 23:30

¹¹¹³ - بشرى مزور، العنف الأسري في ظل فترة الحجر الصحي، سلسلة أحياء علوم القانون، الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا، عدد ماي، 2020، ص 127.

¹¹¹⁴ - أنظر الموقع الرسمي للمندوبية السامية للتخطيط، المرجع السابق الذكر.

¹¹¹⁵ - بلغت هذه النسبة 13.8 % بين سكان الوسط الحري مقابل 8.7 % بين سكان الوسط القروي وحوالي 12 % بن الرجال والنساء على حد سواء.

¹¹¹⁶ - الشيء، أوجد تربة خصبة للعنف الأسري ضد المرأة حيث يتعرض المسيئون لضغوط مالية ونفسية شديدة نفسية بسبب البطال وظروف الحجر الصعبة، وقد يتفاقم الأمر فحالة الإدمان على الكحول أو المخدرات، وانتشار ظاهرة شراء الأسلحة النارية للدفاع عن النفس كتدبير طارئ ضد أي خطر أو انفلات أمني، فعندما يشعر الناس بالعجز في أحد مجالات حياتهم، فإنهم يسعون غالبا إلى ترسيخ المزيد من السلطة على مناطق أخرى، وهذا أمر خطير بصفة خاصة في حالات العنف الأسري، لأن الإيذاء على مستوى الأسرة، في جوهره، هو جهد يقوم به أحد الشركاء للسيطرة على الشريك الآخر وإثبات السيطرة النفسية والعاطفية والبدنية والجنسية عليه.

ثانيا: تدابير وسبل الحد من ظاهرة العنف الأسري ضد النساء في زمن جائحة كورونا

عندما حذرت المؤشرات الأولية عن خطر تفاقم العنف الأسري ضد المرأة، تضافرت المقاربات المتخذة لمحاصرة هذه الظاهرة في زمن جائحة كورونا؛ التي شكلت محطة قاسية لاختبار مدى جاهزية مؤسسات الدولة وفعالية المجتمعية ومدى التحلي بروح المواطنة لدى المواطنين وقدرتهم على التعاطي بصورة ناجعة وعقلانية مع مخاطر هذه الظاهرة¹¹¹⁷.

أ) دور العناية المولوية السامية في الحد من مخاطر العنف الأسري ضد المرأة

في إطار الحديث عن التدابير المتخذة في الحد العنف الأسري ضد المرأة وأضراره زمن جائحة كورونا في المغرب، علينا أن نستحضر التوجهات الملكية السامية السديدة لجلالة الملك محمد السادس نصره الله، التي أطرت وواكبت الوضع الاستثنائي الذي تجتازه البلاد لمواجهة جائحة كورونا بمخاطرها وتداعياتها منذ بداية ظهورها، والتي جسدت بحق أسمى القيم التضامنية والروح الوطنية الصادقة، خاصة التوجهات السامية التي منحت فيها الأولوية المطلقة للسلامة الصحية للمواطنين على كل ما عداها، وتعليماته السامية بإحداث صندوق خاص بجائحة كورونا¹¹¹⁸ لتجاوز هذه الفترة الحرجة بمخاطرها وتداعياتها بأبعادها المالية والاقتصادية والاجتماعية وجعل مكانة المواطن المغربي وحماية حياته وسلامته وتلبية حاجياته وصيانة كرامته فوق كل اعتبار¹¹¹⁹، ما شكل فرصة لتوفير الحماية الصحية والنفسية والاجتماعية اللازمة للأسر المغربية، وتسريع استعادة الاقتصاد الوطني لديناميته، إلى جانب الحفاظ على مناصب الشغل¹¹²⁰ ومحاربة

¹¹¹⁷ - اتخذت العديد من البلدان والمنظمات غير الحكومية خطوات مبتكرة للحد من العنف الأسري ضد المرأة في تجاه التعايش مع أزمة كورونا: - تعزيز قدرة قطاعات الأمن والعدالة، وتحويل المحاكم نحول الجلسات الإلكترونية، من أجل توسيع خيارات الحماية القضائية للمرأة من الانتهاكات التي لا تصل حد الخطورة، وكآلية فعالة لمراقبة توفير الحماية القانونية للنساء الناجين أو ضحايا العنف الأسري.

- توفير الخدمات الصحية والقانونية والاجتماعية عبر الوسائط الإلكترونية بشكل موسع، مع دعم تطوير آليات بديلة لتقديم التقارير المرتبطة بالظاهرة موضوع الدراسة، كما تستخدم الحملات الجديدة وسائل التواصل الاجتماعي لنشر الوعي بالموارد المتاحة للناجين، بما في ذلك الخطوط الساخنة لاستقبال الشكايات وخلق آليات لتتبع الضحايا والطالبت المعنفات والتقارير النصية المستندة إلى الرسائل وتطبيقات الجوال. أنظر:

-Caroline Bettinger-Lopez, A Double Pandemic: Domestic Violence in the Age of COVID-19 <https://www.cfr.org/in-brief/double-pandemic-domestic-violence-age-covid-19>, Retrieved: 21/07/2020,22:21h.

- وتصدر منظمات الصحة العقلية إرشادات واقتراحات لمساعدة الأسر للحد من الرعب والخوف الذي خلفه فيروس كورونا في نفوس الأسر، وتقديم الخدمات المساعدة لكل شخص يعاني من ميول قد يدفعه إلى العنف أو يعاني من مشاكل عقلية ونفسية، ففي فرنسا، كانت تستطيع كل امرأة تعاني من العنف الأسري الحصول على المساعدة من خلال الذهاب إلى صيدلية واستخدام كلمة رمزية لطلب المساعدة، وفي مبادرة إنسانية منها قامت الفنادق النيوزيلندية الصغيرة بتقديم غرفهم الشاغرة كملاجئ لضحايا العنف الأسري الذين يحتاجون إلى مغادرة منازلهم غير الآمنة أو المهددة بالعنف دون انتهاك لتدابير التباعد الاجتماعي. أنظر:

- Shelly M. Wagers, Domestic violence growing in wake of coronavirus outbreak <https://theconversation.com/domestic-violence-growing-in-wake-of-coronavirus-outbreak-135598>, Retrieved: 21/07/2020,18:21h

- تقدير دور الأشخاص العاديون في حل أزمة العنف الأسري ضد المرأة عبر التواصل مع أحيائهم للبقاء لزرع الطمأنينة في النفوس وتقديم المؤازرة والمساندة النفسية لهم، والعمل على إدراك المواطنين للخطر المتزايد للعنف الأسري زمن الجائحة، وتشجيعهم على مراجعة جيرانهم وأصدقائهم وعائلاتهم والإبلاغ عن أي مخاوف يرونها أو يسمعون عنها إلى السلطات المختصة.

1118 - أحدث هذا الصندوق بموجب المرسوم رقم 2.20.269 الذي تم نشره بالجريدة الرسمية ليوم الثلاثاء في 22 رجب 1441 (17 مارس 2020)، بعد المصادقة عليه من لدن مجلس استثنائي للحكومة بتاريخ 16 مارس 2020.

1119 - عبد العزيز لشهب، الوضعية أخذت بعدا خطيرا يتنافى والتوجهات العامة للدولة واختياراتها على مستوى التشغيل، منشور على موقع <https://www.istiqlal.info/>, 12/07/2020، على الساعة 16:33.

¹¹²⁰ - ترأس جلالة الملك محمد السادس، نصره الله، يوم الاثنين 6 يوليوز 2020 بالقصر الملكي بالرباط، مجلسا وزاريا، خصص للتداول في التوجهات العامة لمشروع قانون المالية المعدل لسنة 2020، والمصادقة على عدد من مشاريع القوانين، ومشروع مرسوم، ومجموعة من الاتفاقيات الدولية. وفي هذا الإطار، تم تقديم المرتكزات الرئيسية التي تستند إليها التوجهات العامة لمشروع قانون المالية المعدل لسنة 2020، وهي مواكبة الاستئناف التدريجي للنشاط الاقتصادي، والحفاظ على مناصب الشغل، وتسريع تنزيل الإصلاحات الإدارية. بالإضافة رصد

الفقر والهشاشة وتوفير الخدمات الأساسية للمواطنين -خاصة بعد الرفع من الحجر الصحي - باعتبارها من أهم أسباب التي تدفع نحو العنف الأسري ضد المرأة.

ب) الدور الحكومي في الحد من ظاهرة العنف الأسري ضد المرأة زمن جائحة كورونا

كشف رئيس الحكومة، الدكتور سعد الدين العثماني، أن المغرب اتخذت حوالي 300 إجراء في مختلف المجالات الصحية والاقتصادية والاجتماعية، من أجل مواجهة آثار جائحة فيروس كورونا، سيرا على التعليمات المولوية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله، وذلك في إطار جهود الحكومة لمواجهة الوباء؛ خاصة المرتبطة بتدبير وضعية الأسر المغربية واستقرارها خلال فترة الحجر الصحي.

وفي هذا الإطار وفي سياق سياسة تسير نحو الحد من العنف الأسري ضد المرأة والفتيات زمن الجائحة، عملت وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة على تتبع المستمر لوضعية المواطنين المعرضين أكثر لخطر جائحة كورونا، في إطار الاختصاصات الموكولة إليها، وهكذا أسست الوزارة مبادرات متعددة لحماية فئة عريضة من الأشخاص في وضعية هشّة عبر إطلاق عملية الدعم المالي لمبادرات الجمعيات وشبكات مراكز الاستماع من أجل مواكبة النساء في وضعية صعبة خلال هذه المرحلة الحرجة، وتطوير الخدمات عن بعد، ومواكبة النساء ضحايا العنف في جميع أنحاء التراب الوطني: الاستماع، الدعم النفسي، التنسيق مع المصالح المختصة لحماية الضحايا، الإرشاد نحو الخدمات 1121،

إلى جانب التحضير، بشراكة مع صندوق الأمم المتحدة للسكان، وفي إطار برنامج التعاون البلجيكي، لإطلاق حملة تحسيسية رقمية من أجل بث رسائل تساعد على التغلب على الإكراهات النفسية خلال فتر الحجر الصحي، وبث الوعي بضرورة استثمار الوضع لتعزيز قيم العيش المشترك والمسؤولية المشتركة بين الزوجين والوالدين الإيجابية وتكثيف جهود التعاون والتنسيق والدعم المالي لمنصة "كلنا معك" لتعزيز أدائها وتنويع الخدمات عن بعد خلال مرحلة الحجر الصحي ورصد الحالات وتتبعها،

هذا إلى جانب سعي الوزارة المستمر إلى دعم مختلف مبادرات المجتمع المدني الهادفة إلى ضمان سلامة وحماية الفئات الهشة وإرشادهم للبرامج التي وضعتها الحكومة، وتقديم خدمات المواكبة والإرشاد والدعم النفسي عن بعد، فضلا عن حثها عموم المواطنين والمواطنات إلى التحلي بروح التعاون والاحترام المتبادل طيلة فترة الحجر الصحي وتقاسم المسؤوليات والأعباء الأسرية بين النساء والرجال، والالتزام بالتدابير المتخذة من طرف السلطات العمومية حفاظا على سلامة وحقوق جميع المواطنين والمواطنات 1122.

الاعتماد اللازمة لتغطية مخاطر القروض المضمونة لفائدة كل أصناف الشركات بما في ذلك المقاولات العمومية، حيث سيتم تطبيق شروط تفضيلية من خلال سعر فائدة أقصى لا يتعدى 3,5%، ومدة سداد تعادل 7 سنوات، مع فترة إعفاء لمدة سنتين وضمان من طرف الدولة يتراوح بين 80% و90%، ويصل إلى 95% بالنسبة للمقاولات الصغيرة جدا. كما سيتم من خلال دعم الاستثمار العمومي بما يمكن من تسريع استعادة الاقتصاد الوطني لديناميته، الحفاظ على مناصب الشغل في القطاع الخاص سيتحقق من خلال تخصيص موارد الصندوق الخاص بتدبير جائحة كورونا، إلى غاية نهاية السنة الجارية، للاستمرار في المواكبة الاجتماعية والاقتصادية للقطاعات التي ستعرف صعوبات حتى بعد رفع الحجر الصحي، وتفعيل المواكبة الخاصة لمختلف القطاعات، في إطار تعاقد، مع الفاعلين الاقتصاديين المعنيين، مع ربط الاستفادة من الدعم المخصص لاستئناف النشاط الاقتصادي، بالحفاظ على أكثر من 80% من الأجراء المسجلين في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، والتسوية السريعة لوضعية المستخدمين غير المصرح بهم.

¹¹²¹ - توفير حقيبة صحية "سلامة Kit - Salama Kit للوقاية من فيروس "كوفيد 19" وذلك في إطار شراكة مع صندوق الأمم المتحدة للسكان UNFPA، تستهدف النساء ضحايا العنف، والمستفيدات والعاملين بالفضاءات المتعددة الوظائف للنساء، والنساء الحوامل، والمهنيين الصحيين، ولا سيما القابلات، والمهاجرات، والسجينات... وذلك في عدة مناطق في المغرب، مع وضعها رهن إشارة الشبكات والجمعيات لتوزيعها على الفئات المستهدفة.

¹¹²² - بلاغ وزارة التضامن والتنمية الاجتماعية والمساواة والأسرة بخصوص تتبع وضعية المواطنين المعرضات أكثر للخطر في سياق جائحة كورونا،

2020/04/02

ح) دور المجتمع المدني في الحد العنف الأسري ضد النساء فترة انتشار فيروس كورونا:

في ظل تسجيل حالات من العنف الأسري ضد النساء والخوف من استفحاله تحت إكراهات الحجر الصحي وإعلان حالة الطوارئ الصحية، تدخل عدد من فعاليات المجتمع المدني قصد الحد من هذه الظاهرة الخطيرة عن طريق تعزيز خدمات الرعاية الصحية والاجتماعية لفائدة النساء خلال فترة الحجر الصحي¹¹²³، بالإضافة إلى توعية المواطنين عبر إطلاق سلسلة من الحملات التحسيسية كحملة "عاون بلادك وخليك فدارك بلا عنف"، وذلك بعد تسجيل ارتفاع ملفت في نسب حالات العنف الأسري تزامنا مع إعلان الحجر الصحي، وفي هذا السياق أيضا أطلق الاتحاد الوطني لنساء المغرب شبكة وطنية للمواكبة النفسية والاجتماعية عن بعد، عبر تفعيل 12 خلية إنصات بكل جهات المملكة موازاة مع البرنامج الخاص الذي أطلقه الاتحاد يوم الجمعة 27 مارس 2020 عن طريق منصة "كلنا معك" المخصصة للاستماع والدعم والتوجيه وتقديم المساعدة الكاملة والدعم اللازم للنساء والفتيات ضحايا العنف، وذلك عبر خط الهاتف المباشر "8350" أو عبر التطبيق المحمول كأداة تمكن النساء من التعامل مع الوضعيات الهشة التي تواجههن كما تزويدهن بالمعلومات والنصائح للحد من حالة الهشاشة التي يعانين منها، وتم إحداثها تنفيذًا للتوجيهات السامية لصاحبة السمو الملكي الأميرة للا مريم، رئيسة الاتحاد الوطني لنساء المغرب، إلى الإبلاغ عن أي اعتداء أو عنف قد تكون النساء والفتيات ضحيته، وإرشادهن وتوجيههن إلى المصالح المعنية¹¹²⁴.

ج) دور النيابة العامة من الحد من ظاهرة العنف الأسري ضد المرأة زمن الجائحة

انطلاقا من الدور المنوط بها في حماية النظام العام وأمن وسلامة المواطنين، اتخذت رئاسة النيابة العامة عدد من الإجراءات قصد مكافحة الجريمة خلال فترة تفشي فيروس كورونا، ورغم ما سجلته النيابة العامة من تراجع في عدد المتابعات من أجل العنف ضد النساء التي انخفضت عشر مرات عن المعدل الشهري زمن جائحة كورونا، إلا أن ذلك لم يثني النيابة العامة عن سعيها في زيادة الاهتمام بالشكايات والتبليغات بشأنها وإعطائها الأهمية والأولوية في المعالجة، واتخاذ الإجراءات الحماية المقررة بمقتضى القانون لفائدة النساء والأزواج عموما بما يتلاءم مع الوضعيات التي تتطلب الحماية، وقد وضعت رهن ضحايا العنف عدة قنوات لاسلكية وإلكترونية للتبليغ عن شكاياتهم¹¹²⁵، كما سعت النيابة العامة في التغلب على ظاهرة العنف الأسري ضد المرأة إلى تطوير منصات رقمية أو هاتفية لتلقي شكايات العنف ضد النساء، في حدود الإمكانيات المادية واللوجستية المتاحة، والاستمرار في تفعيل المنصات الرقمية والهاتفية المتوفرة عليها.

كما اهتمت النيابة العامة بضرورة الحرص على المصالح الفضلى للأطفال، وبذل العناية اللازمة لتوفير فضاء أسري يسوده الاستقرار والسلم والتعايش بين أفرادها وفقا للمبادئ الحقوقية التي تولي المرأة مكانتها الهامة داخل النسيج الأسري والمجتمعي، والحرص على

¹¹²³ - وتهدف هذه المبادرة إلى تحسين جودة تغذية النساء الحوامل وصحتهم، وتحسين النمط الغذائي للمواطنين، والوقاية من انتشار الأمراض الناتجة عن نقص بعض العناصر الغذائية، وكذا توفير خدمات الرعاية والمواكبة ذات الجودة لفائدة الأشخاص في وضعية هشاشة نفذت العديد من الجمعيات الجهوية التابعة للاتحاد لنساء المغرب في أغلب جهات المملكة عدة مشاريع استهدفت أزيد من 19 512 مستفيدة بالمناطق القروية وشبه الحضرية، وذلك بشراكة مع اللجان الإقليمية للمبادرة الوطنية للتنمية البشرية والمندوبيات الإقليمية لوزارة الصحة والعديد من المتطوعين.

¹¹²⁴ - أنظر:- الصفحة الرسمية للاتحاد نساء المغرب: <http://www.unfm.ma/afficherArticle/id202004010509>، اطلع عليه بتاريخ 2020/07/12، على الساعة 18:12

¹¹²⁵ - تتحدد في التبليغ عن طريق الشكاية الإلكترونية عبر حسابها plaintes@pmp.ma، والتبليغ عن طريق الحسابات الإلكترونية للنيابات العامة بمختلف محاكم المملكة المذكورة عناوينها بالموقع الرسمي لرئاسة النيابة العامة، والتبليغ عن طريق الأرقام الهاتفية المخصصة للشكايات بالنيابات العامة لدى مختلف محاكم المملكة، والمعلن عنها بمناسبة فرض الحجر الصحي في بلاغات للرأي العام، والمتوفرة على موقع رئاسة النيابة العامة. كما تهم هذه التدابير التبليغ عن طريق المنصة الهاتفية "كلنا معك" للاتحاد الوطني لنساء المغرب على الرقم الهاتفي المجاني 8350، والتي تتلقى شكايات النساء طيلة أيام الأسبوع وعلى مدار الأربع وعشرين ساعة وتنقلها فورا إلى النيابة العامة ومصالح الشرطة القضائية المختصة، بالإضافة إلى التبليغ بالوسائل الكتابية التقليدية.

إقامة الدعاوى العمومية - حين يقتضي الأمر ذلك - في الوقت المناسب، وبالحزم اللازم، فضلا عن اتخاذ الإجراءات القانونية الأخرى التي تبدو مناسبة لمعالجة الحالات الخاصة، ومن بينها توفير خدمات خلايا التكفل بالنساء، الموجودة بالنيابات العامة، وكذلك تسخير الإمكانيات المتاحة للخلايا الجهوية للتكفل بالنساء عند الاقتضاء¹¹²⁶.

(د) دور المديرية العام للأمن الوطني من الحد من العنف الأسري ضد المرأة زمن الجائحة

بعد أن ضربت موجة فيروس كورونا مختلف دول العالم، كتبت [الشرطة البولندية](#) في تغريدة لها على حسابها "تويتر" في رسالة استعطاف موجهة إلى عموم المجرمين جاء فيها: "يرجى وقف جميع الأنشطة الإجرامية حتى إشعار آخر"، وأضافت: "سوف نقدر التعاون المتوقع منكم فيما يتعلق بالامتناع عن ارتكاب الجرائم" 1127، ما يدل على دور جائحة كورونا في زيادة عبء العمل على أجهزة الشرطة القضائية، ففي المملكة المتحدة، جاءت تحقيقات الجرائم التقليدية وجرائم العنف محدودة بسبب ضغط العمل الإضافي الذي خلفته الحرب على فيروس كورونا¹¹²⁸.

وعلى الصعيد الوطني تعد المديرية العامة للأمن الوطني جهازا أمنيا تابعا لوزارة الداخلية¹¹²⁹، كان لها دور محوري في مواجهة العنف والجريمة منذ بداية انشر فيروس كورونا، انسجما مع مهمتها الأساسية في الحفاظ على النظام العام وحماية الأشخاص والممتلكات، التي تأتي من خلال سياسة المديرية في الوقاية من الجريمة قبل وقوعها من جهة أو التدخل عند حدوثها من جهة ثانية، وهي سياسة قائمة على مرتكزات الديمقراطية والحكمة الأمنية الجيدة، اعتمدتها المديرية العامة للأمن الوطني كمنهج لها؛ تماشيا مع الخطاب الملكي السامي لجلالة الملك محمد السادس أعزه الله بتاريخ 12 أكتوبر 1999¹¹³⁰ ومع مقتضيات الدستورية المتضمنة في الوثيقة الدستورية لسنة 2011، حيث عملت على العصرية والتحديث وتشبيد بنيات جديدة للأمن الوطني.

وهكذا تأتي سياسة المديرية العامة للأمن الوطني في الوقاية من الجريمة زمن كورونا ومنها جرائم العنف الأسري ضد المرأة من خلال مساعدة النساء المحتمل أن يتعرضن للعنف والتواجد المكثف لعناصر الأمن في الأماكن العامة وأغلب مناطق المدن فضلا عن القيام بدوريات ممنهجة لسائر المناطق والأحياء السكنية، الشيء الذي يبعث الطمأنينة في نفوس النساء الخائفات من الوقوع في العنف الأسري خلال فترة تفشي فيروس كورونا، هذا فضلا عن دورها في بث الرعب والخوف في نفس كل شخص يرغبون باستغلال فترة الوباء والحجر الصحي من أجل الانفراد بأزواجهم أو أحد أفراد أسرهم من النساء والفتيات وتهيفهم. وحتى تكون المديرية العامة للأمن الوطني قريبة من المواطن، قامت بإطلاق رقم "النجدة" وتعميم فرق الدراجات النارية في ربوع المملكة من أجل الحفاظ على النظام العام، وقد أعطت هذه المبادرة أكلها وثمارها، بحيث يلاحظ التدخل بكيفية سريعة بعد الاتصال بخط النجدة.

أما سياسة التدخل التي تنتهجها المديرية فتقتضي الحزم والصرامة في التعامل مع المجرمين عبر تدخل أفراد وعناصر الشرطة القضائية من أجل ضبط أماكن وقوع جرائم العنف الأسري ضد النساء وحماية الضحايا المتضررين، وذلك في إطار الالتزام بالقانون، واحترام الحقوق والحريات، تحت مراقبة القضاء.

¹¹²⁶ - دورية السيد رئيس النيابة العامة حول قضايا العنف ضد النساء خلال فترة الحجر الصحي بتاريخ 30 أبريل 2020.

¹¹²⁷ - Euronews, Please stop all crime': Polish police plea amid COVID-19 workload". <https://www.euronews.com/2020/03/20/please-stop-all-crime-polish-police-plea-amid-covid-19-workload>, Retrieved: 20/06/2020, 15:45h.

¹¹²⁸ - Ditcham Keith, How Covid-19 is Changing the Organised Crime Threat, <https://rusi.org/commentary/how-covid-19-changing-organised-crime-threat>, Retrieved: 20/06/2020, 15:50h

¹¹²⁹ - تم تأسيسها بموجب الظهير الشريف 1.56.115 بتاريخ 16 ماي 1956

¹¹³⁰ - الخطاب السامي الذي وجهه صاحب الجلالة الملك محمد السادس إلى المسؤولين عن الجهات والولايات والعمليات والأقاليم من رجال الإدارة وممثلي المواطنين، الدار البيضاء 12 أكتوبر 1999.

خاتمة:

شكل بروز ظاهرة العنف الأسري ضد المرأة زمن فيروس كورونا تحديا كبير لمختلف الدول، فالعلم لم يكسب حربه مع العنف الأسري ضد المرأة حتى قبل هذا الوباء؛ فكيف والحال بعد استفحل *covid 19* إلى جائحة عالمية واستنزاف أغلب الدول لمواردها وميزانياتها، ناهيك عن الهول والقلق الذي أخذ بمجامع النفوس في ظل الوضع الوبائي المستجد؟ الشيء الذي أسهم في سيادة الشعور بالخوف وانعدام الأمن من طرف النساء والفتيات داخل الأسرة، الشيء الذي دفع إلى اتخاذ تدابير عدة للحد من هذه الظاهرة وبدل مجهودات كبيرة لوضع هذه الظاهرة تحت نطاق السيطرة والتحكم قبل استفحالها، وهو ما يتطلب إصلاحا شاملا للأساليب التقليدية في التعامل مع الضحايا وسبل الوقاية، والاستجابة، والعلاج، كما يتعين على الحكومات والمنظمات غير الحكومية والقطاع الخاص أن تعمل على دمج منظور حقوق الإنسان والتدبير المالي والاقتصادي والنفسي للأسرة ومقاربة النوع في صلب استجاباتها للحد من ظاهرة العنف الأسري ضد النساء زمن جائحة كورونا.

المسؤولية الجنائية للمؤسسات البنكية عن جريمة غسل الأموال

أيوب الترفوس

باحث بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق - جامعة عبد المالك السعدي

محام متمرن بهيئة طنجة

رئيس مركز الباحثين الشباب للدراسات القانونية والقضائية

ملخص

إن اختيار المؤسسات المالية كجزء من نظام مكافحة غسل الأموال لم يكن اعتباطاً، وإنما يجد أساسه فيما تقوم به هذه المؤسسات من مراقبة مباشرة وغير مباشرة للمعاملات والأنشطة المالية. وتبقى المؤسسة البنكية في قمة هرم المؤسسات المالية الملزمة بمكافحة غسل الأموال نظر لاستهدافها من قبل غاسلي الأموال ولعلاقتها القوية بالمعاملات المالية والاقتصادية عموماً. لأجل ذلك ألزمت المؤسسات البنكية بمجموعة من الالتزامات هدفها الحد من عمليات غسل الأموال التي تمر عبرها. في مقابل ذلك لم تكن لتترك هذه الالتزامات بدون مسؤوليات قانونية، إذ بقراءة مختلف القوانين المحلية وخصوصاً قانون مكافحة غسل الأموال المغربي نجد أن المؤسسات البنكية تواجهها مسؤوليات عدة، المسؤولية الجنائية، المسؤولية التأديبية، المسؤولية المدنية.

بخصوص هذا المقال سوف نسلط الضوء على أهم هذه المسؤوليات التي تواجه المؤسسات البنكية في مكافحة غسل الأموال وهي المسؤولية الجنائية.

Résumé

Le choix des institutions financières comme instrument de lutte contre le blanchiment d'argent n'est pas arbitraire, sinon il est clé. Ces institutions effectuent un contrôle direct et indirect sur les transactions et activités financières qui peuvent permettre de détecter les activités de fraudes. Dans ce sens les institutions bancaires est au sommet de la pyramide des institutions financières concernées pour lutter contre le blanchiment d'argent, puisque elles sont le cible majeur des actions de blanchissements d'argent, ainsi qu'elles sont responsables de toutes transactions financières et économiques.

Pour ces raisons, une panoplie d'engagements a été établie par le législateur marocain visant à contrecarrer les opérations de blanchiment d'argent qui passent par ces institutions. Bien évidemment, pour les rendre efficaces, le législateur marocain a lié ces obligations avec des responsabilités juridiques ; telle la responsabilité pénale, la responsabilité civile et la responsabilité disciplinaire.

Cet article étudiera en générale le rôle des institutions bancaires dans la lutte contre le blanchiment d'argent, ainsi qu'il analysera les responsabilités qui affrontent ces institutions ; notamment la responsabilité pénale.

مقدمة

تمثل مسؤولية المؤسسات كأشخاص معنوية في الوقت الحاضر نقطة تحول في تطور القانون والفقه الجنائي الحديث، لأن هذه المسؤولية وليدة تغيرات فرضها التقدم الحضاري الذي شهدته الحياة الاقتصادية والاجتماعية، خصوصا وأن هذا التقدم تطلب لاستمراره ضرورة وجود ما يعرف بالأشخاص المعنوية قصد الوصول إلى أهداف هامة يصعب الوصول إليها في غيابها، إلا أن وجودها تطلب أن تتحمل مسؤوليتها عن ما ينتج عنها من حياد وانحراف يضر بالمجتمع.¹¹³¹

تحقيقا للعدالة وتدعيما لفعالية العقاب سيما في ظل التطور الذي عرفه العالم في المجال الاقتصادي بظهور شركات اقتصادية عملاقة لها تأثيرات كبيرة في المجتمع، جعل من هذا الأخير أن يقر بمسؤولية الأشخاص المعنوية عن الجرائم الاقتصادية المرتكبة من طرفها.¹¹³² والبدیهی أنه من أجل ضمان تنفيذ أي نظام قانوني وتطبيقه تطبيقا سليما، كان من الواجب ترتيب مسؤوليات على المخاطبين به تحتل إما عقوبات جنائية أو تأديبية أو مدنية أو كل ذلك معا. لذلك وضعت مختلف التشريعات في إطار إلزام المؤسسات البنكية بمكافحة غسل الأموال مسؤوليات تهدف إلى التطبيق السليم لمضامين فلسفة قانون مكافحة غسل الأموال.¹¹³³

وبهذا الخصوص استجاب المشرع المغربي لتوصيات مجموعة العمل المالي 1134 التي تعتبر أن قانون مكافحة غسل الأموال لا يكتمل إلا بإدخال جميع الفاعلين في هذا القطاع وإلزامهم بالمكافحة تحت مسؤوليات معينة، من أجل نظام صارم وحاسم يحقق نتائجه. والملاحظ أن هذه التوصيات لم تفرض على الدول الأعضاء أية نوعية محددة من المسؤوليات، بل تركت الاختيار مفتوحا في تقرير أي من المسؤولية سواء التأديبية أو المدنية أو الجزائية. ولجعل مكافحة غسل الأموال أكثر فعالية أقر المشرع المغربي في قانون مكافحة غسل الأموال بمسؤوليات مختلفة في مواجهة المؤسسات البنكية المخلة بواجبها ورتب على هذه المسؤوليات عقوبات هامة.

ثم انه لمن المسلم به في الفقه الجنائي أن المسؤولية الجنائية لا تسند إلا لمن توفر فيه الإدراك والتمييز¹¹³⁵ وحرية الإرادة التي تدفعه إلى ارتكاب الفعل الإجرامي، فالشخص الطبيعي مبدئيا هو المخاطب بأحكام هذه القواعد، وهو وحده القادر على فهم مضمونها وتكييف سلوكه وفقها، فإذا انعدمت الإرادة والاختيار انتفى الإسناد لأنه لا يحكم على أحد بعقوبة ما لم يكن قد أقدم على الفعل عن وعي وإرادة. إلا أن هذه الإرادة يمكن إثباتها في العصر الحديث لأشخاص غير طبيعيين هم الأشخاص المعنوية. فمتى انحرفت الأخيرة عن غايتها المشروعة إلا وسئلت جنائيا.¹¹³⁶

¹¹³¹ بلعسلي ويزة، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجريمة الاقتصادية، دكتوراه في علوم القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2017، ص 13.

¹¹³² عبد السلام حسان، جريمة تبييض الأموال وسبل مكافحتها في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص القانون الجنائي، جامعة لمين دباغين سطيف الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2015-2016 ص 143.

¹¹³³ Alejandro Francisco Peláez Ruiz –Fornells, de los rendimientos ilícitos a su legitimación: el fenómeno del blanqueo de capitales. Efectos aplicaciones de la política económica, memoria para optar al grado de doctor, universidad complutense de Madrid, facultad de ciencias económicas y empresariales, departamento de económica aplicada 3 (política económica) en 2013, p 161

¹¹³⁴ _ انظر التوصية رقم 17 من التوصيات الأربعون لمجموعة العمل المالي .

¹¹³⁵ ينص الفصل 132 من القانون الجنائي المغربي على أنه " كل شخص سليم العقل قادر على التمييز يكون مسؤولا شخصيا عن الجرائم التي يرتكبها، الجنايات والجنح التي يكون مشاركا في ارتكابها، محاولة الجنايات، محاولات بعض الجنح ضمن الشروط المقررة في القانون للعقاب عليها، ولا يستثنى من هذا المبدأ الا الحالات التي ينص فيها القانون صراحة على خلاف ذلك."

¹¹³⁶ _ خباية عبد الله، انعكاسات غسل الأموال على تمويل التنمية في الدول النامية، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة العدد السادس و الثلاثون لسنة 2013 ص 129.

تجد المسؤولية الجنائية للمؤسسات البنكية كأشخاص معنوية أساسها في تعاظم دورها داخل النظام المالي والاقتصادي، إذ يعهد لها بإدارة وتطوير واستثمار المال العام، وهي بذلك فاعلة أساسية ومسؤولة ومسؤولة جنائية عن الحفاظ عليه والدفع به نحو الأفضل ومكافحة كل أشكال الجرائم التي تحيط به وتهدهد والتي من بين أهمها جرائم غسل الأموال.¹¹³⁷ لذلك يثور النقاش عن مدى مساءلة المؤسسات البنكية بمناسبة مخالفتها للالتزامات المفروضة عليها باعتبارها أشخاصا معنوية. حيث يطرح التساؤل عن طبيعة المسؤولية الجنائية وما وصفها، بحيث هل هي مشاركة في جريمة غسل الأموال أم أنها مساهمة في ذلك طبقا للقواعد المنظمة للمشاركة والمساهمة في القانون الجنائي.

وعليه، لمناقشة هذا التساؤل وجب التفريق أولا بين المسؤولية الجنائية للمؤسسة البنكية التي ترتكب بها جريمة غسل الأموال حيث يتوافر فيها الركن المادي والمعنوي للجريمة، وبين المسؤولية الجنائية التي تمتنع فيها المؤسسة البنكية بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليها في قانون مكافحة غسل الأموال في شأن التقيد بالحيطة والحذر والمراقبة الداخلية.

المحور الأول : المسؤولية الجنائية للمؤسسة البنكية عن جريمة غسل الأموال

إن توجه المشرع المغربي كان واضحا في موضوع المسؤولية الجنائية للمؤسسة البنكية، وذلك من خلال إقرار مسؤوليتان جنائيتان، مسؤولية جنائية عن جريمة غسل الأموال المنسوبة للمؤسسة المالية ومسؤولية أخرى أساسها امتناع المؤسسة المالية عن تنفيذ مقتضيات قانون مكافحة غسل الأموال. فبالنسبة للمسؤولية الأولى نوضح ما يلي.

بالرجوع إلى قانون مكافحة غسل الأموال المغربي نجد أن المشرع أقر بالمسؤولية الجنائية عن جريمة غسل الأموال المنسوبة للشخص المعنوي، حيث ميز في إطار العقوبات بين الأشخاص المعنوية والأشخاص الطبيعية، وفي ذلك ما يلي "دون الإخلال بالعقوبات الأشد يعاقب على غسل الأموال:

- فيما يخص الأشخاص الطبيعيين بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 درهم
- فيما يخص الأشخاص المعنوية 1138 بغرامة من 500.000 إلى 3.000.000 دون الإخلال بالعقوبات التي يمكن إصدارها على مسيريهما أو المستخدمين العاملين بها المتورطون في الجرائم. "1139

يتضح أن المسؤولية الجنائية للمؤسسة البنكية واضحة بخصوص ارتكابها جريمة غسل الأموال، فقد تأخذ هذه المسؤولية أي صورة من صور السلوك المادي لجريمة غسل الأموال المنصوص عليها في قانون مكافحة غسل الأموال. حيث تتأسس المسؤولية الجنائية للمؤسسة المالية عن أي مما يلي.

الصورة الأولى: اكتساب أو حيازة أو استعمال أو استبدال أو تحويل أو نقل ممتلكات أو عائداتها بهدف إخفاء أو تمويه طبيعتها أو مصدرها الغير مشروع لفائدتها أو لفائدة الغير.

فبالنسبة إلى فعل الاكتساب فعلى سبيل المثال لا الحصر يتجلى ذلك من خلال ارتكاز المؤسسة المالية في نشاطها التجاري أو المالي على أموال مصدرها جريمة من الجرائم، والتي تشكل جرائم أصلية لجريمة غسل الأموال مثل جرائم المخدرات أو تجارة الأسلحة الغير مرخص لها. وأما الحيازة فهي وجود أموال غير مشروعة في حوزة المؤسسة البنكية، ويظهر ذلك على شكل ودیعة مالية مصدرها عمل

¹¹³⁷ - أمال البدری، إشكالية غسل الأموال عبر المؤسسات البنكية وطرق مكافحتها، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2014/2013 ص 18.

¹¹³⁸ - تجدر الإشارة إلى أن من بين أهم الأشخاص المعنوية الملزمة بمكافحة غسل الأموال، المؤسسات البنكية، للمزيد من الاطلاع، أنظر المادة الثانية من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

¹¹³⁹ - الفصل 3-574 من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي

إجرامي يودعها الشخص لدى المؤسسة مع علم هذه الأخيرة بذلك.¹¹⁴⁰ ثم مسألة الاستعمال، فغالبا ما تركز المؤسسة البنكية في رأسمالها التجاري على أموال مصدرها عمل إجرامي خصوصا تجارة المخدرات. فتباشر عملها به على أساسا أنه رأس مال تجاري مكتسب من المعاملات التجارية إلا أنه في حقيقة الأمر يعود إلى جرائم معينة. ويعتبر الاستبدال صورة من صور الركن المادي لجريمة غسل الأموال ويعنى به استبدال الأموال بأموال أخرى كعملة اليورو بالدولار، أو استبدال المال بالذهب، وقد تعتمد المؤسسة البنكية إلى التجارة في ذلك حيث تكون على علم بالمصدر الإجرامي للعملة المراد استبدالها بالعملة الأخرى من أجل تمويله وإخفاء مصدرها الإجرامي.¹¹⁴¹

ويختلف فعل النقل عن التحويل في تكوين الركن المادي لجريمة غسل الأموال، حيث يعتبر النقل الوسيلة المادية المستعملة في نقل الأموال من دولة إلى أخرى أو من مكان لآخر، حيث يستعمل في ذلك أدوات النقل كالسيارات والشاحنات والطائرات، وبهذا الخصوص قد تستغل المؤسسة البنكية وضعها التجاري في نقل البضائع والسلع إلى نقل الأموال الغير مشروعة بغرض غسلها سواء كانت هي صاحبة الأموال أو أنها مجرد وسيلة مستعملة.

أما بالنسبة للتحويل فغالبا أن قصد المشرع المغربي يرمي إلى تحويل الأموال عن طريق المؤسسات البنكية وخصوصا شركات تحويل الأموال حيث يعد من صميم عمل هذه المؤسسات تحويل الأموال من جهة إلى أخرى سواء داخل الدولة أو خارجها. وقد تستغل المؤسسة البنكية عملها في تحويل الأموال إلى تحويل الأموال الغير مشروعة بهدف إخفاء المصدر الإجرامي للأموال المحولة، إذ يعتبر تحويل الأموال من بين أهم التقنيات المستعملة في غسل الأموال حيث تخفي كثرة التحويلات خصوصا خارج البلد المصدر الإجرامي للأموال.¹¹⁴²

كما يعتبر سلوكا إجراميا في جريمة غسل الأموال للمؤسسة البنكية إخفاء أو تمويل الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها. كذلك فقد اعتبر المشرع المغربي أن من السلوك الإجرامي المكون للمسؤولية الجنائية للمؤسسة البنكية كل مساعدة لأي شخص متورط في ارتكاب أي صورة من صور السلوك الإجرامي السالف ذكره، أو استعمال تقنيات من أجل تسهيل التبرير الكاذب لمصدر ممتلكات أو عائدات إجرامية.

كما اعتبر المشرع المغربي أن أي فعل من أفعال المساعدة المقدمة من طرف المؤسسة البنكية في شأن غسل الأموال يعتبر فعلا إجراميا يدخل في إطار جريمة غسل الأموال. ولم يقف المشرع عند هذا الحد بل جعل من المحاولة في ارتكاب هذه الجريمة جريمة تامة طبقا للقواعد المنظمة للمحاولة في القانون الجنائي.¹¹⁴³

وبطبيعة الحال لا يكتمل الفعل الإجرامي لأي جريمة إلا بتوافر الركن المعنوي، وحسب مقتضيات قانون مكافحة غسل الأموال المغربي، فإنه تعتبر جريمة غسل الأموال من الجرائم العمدية، والذي يجعل ركنها المعنوي ينطوي على عنصرين أساسيين هما، اتجاه إرادة الجاني إلى إتيان النشاط أو السلوك المكون للركن المادي لهذه الجريمة، والعلم الذي لا يخالطه شك بكافة العناصر القانونية والواقعية للجريمة، لاسيما العلم بطبيعة وحقيقة المصدر الجرمي للأموال غير المشروعة.¹¹⁴⁵

¹¹⁴⁰ Gilles Favarel-Garrigues, Les banques, sentinelles de l'anti-blanchiment, L'invention d'une spécialité professionnelle _

dans le secteur financier, CERI, Centre d'études et de recherches internationales, Contrat N° 24 05 1103, p 11

¹¹⁴¹ _ حسن ادرييلة، مكافحة غسل الأموال بين التشريع والتطبيق، طبعة 2014، مطبعة الأمانة- الرباط، صفحة 39.

¹¹⁴² شامة سامي معمر، المسؤولية الجزائية لبعض الأشخاص المعنوية عن تبييض الأموال، حوليات الجامعة 1، العدد 31، الجزء الرابع، ص 318

¹¹⁴³ _ انظر الفقرة الأخيرة من الفصل 574-1 من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

¹¹⁴⁴ _ انظر الفصول 114-115-116-117 من القانون الجنائي المغربي.

¹¹⁴⁵ _ نور سعيد الحجيوي، جريمة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في القانون المغربي والمقارن، الطبعة الأولى سنة 2009، مطبعة الأمانة. ص 38

وقد أشار المشرع المغربي 1146 صراحة إلى اعتبار الركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي ركن من أركان الجريمة، فالنص واضح الدلالة على اشتراط هذا القصد، هذا ما نجده في الفقرة الأولى من المادة 574-1، حيث نصت على أنه " تكون الأفعال التالية جريمة غسل الأموال عندما ترتكب عمدا وعن علم ... بحيث أن فعل الاكتساب أو الحيازة أو استعمال أو استبدال أو تحويل الأموال والممتلكات بهدف إخفاء أو تمويه مصدرها، يجب أن يكون فاعله على علم تام بأن تلك الأموال متحصلة من جريمة، ثم يحاول تبرير مصدرها بشكل كاذب بالتمويه.

بناء على ما سبق رتب المشرع المغربي في قانون مكافحة غسل الأموال عن هذه المسؤوليات عقوبات هامة يخضع لها الأشخاص المعنوية في حالة ارتكاب أي فعل من الأفعال السالفة الذكر. كقاعدة عامة فإنه لا يمكن الحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية 1147 والعقوبات الإضافية 1148 والتدابير الوقائية. 1149 ولذلك فإن العقوبات المقررة بخصوص المؤسسات المالية كالتالي.

العقوبات الأصلية : عاقب المشرع المغربي المؤسسة البنكية في حالة ارتكابها أحد السلوك الإجرامي لجريمة غسل الأموال بالغرامة من 500.000 إلى 3.000.000 درهم. كما شدد في هذه العقوبة ورفعها إلى الضعف في حالة ارتكابها بواسطة تسهيلات توفرها مزاوله نشاط مهني للمؤسسة، كما اعتبر المشرع المغربي أن الاعتياد في ارتكاب جريمة غسل الأموال أو عندما ترتكب في إطار عصابة منظمة أو ارتكابها في حالة عود، 1150 كلها ظروف ترفع فيها العقوبة إلى الضعف. 1151

العقوبات الإضافية: لم يكتف المشرع المغربي بالعقوبات الأصلية فقط وإنما نص على عقوبات إضافية في حق المؤسسات المالية كحل الشخص المعنوي، نشر المقررات المكتسبة لقوة الشيء المقضي به الصادرة بالإدانة بواسطة جميع الوسائل الملائمة، المنع المؤقت أو النهائي بصفة مباشرة أو غير مباشرة من مزاوله أي مهنة أو نشاط الذي ارتكبت الجريمة أثناء مزاولتها. 1152

التدابير الوقائية: بالإضافة إلى العقوبات المقررة نص المشرع المغربي على تدابير وقائية عينية 1153 بهذا الخصوص تمثلت في المصادرة الكلية للأشياء والأدوات والممتلكات التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الجريمة والعائدات المتحصلة منها أو القيمة المعادلة لتلك الأشياء والأدوات والممتلكات العائدة. 1154

وتجدر الإشارة إلى أن هذه العقوبات تطبق على الشخص المعنوي فقط الذي ارتكب أحد الأفعال المعتبرة في حكم السلوك الإجرامي لجريمة غسل الأموال، أما عن مسيري هذه المؤسسات ومستخدميها فقد نص المشرع على أنه تطبق العقوبات المنصوص عليها في هذا

¹¹⁴⁶ _ الفصل 574.1 من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي

¹¹⁴⁷ _ هي عقوبات على شكل غرامة فقط بغير العقوبات الحبسية التي لا يمكن منطقيا توقيعها على شخص معنوي.

¹¹⁴⁸ _ هي عقوبات تضاف إلى العقوبات الأصلية وغالبا مالا تكون عقوبات حبسية، مثل حل الشخص المعنوي، نشر الحكم الصادر بالإدانة.

¹¹⁴⁹ _ هي تدابير تأتي غالبا بعد العقوبات سواء الأصلية أو الإضافية، ترمي هذه التدابير إلى إصلاح المجرم والتخلص من أثار الجريمة مثل مصادرة الأشياء التي لها علاقة بالجريمة، أو الأشياء الضارة والخطيرة والتي يحظر امتلاكها، إغلاق المحل أو المؤسسة التي استغلت في ارتكاب الجريمة.

_ أنظر الفصل 127 وما يليه من القانون الجنائي المغربي

¹¹⁵⁰ _ حالة العود هي أن يرتكب فيها المجرم جريمة غسل الأموال داخل الخمس سنوات الموالية لصدور حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به، ووجب التنبيه إلى أن حالة العود هذه تتعلق فقط بجريمة غسل الأموال أما عن حالات العود للجرائم الأخرى فهي منظمة في القانون الجنائي

المغربي ضمن الفصول 154 إلى 160

¹¹⁵¹ _ أنظر الفصل 574-4 من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

¹¹⁵² _ أنظر الفصل 574-5 من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

¹¹⁵³ _ تنقسم التدابير الوقائية إلى تدابير وقائية عينية وتدابير وقائية شخصية، فتطبق على الشخص الطبيعي التدابير الوقائية الشخصية، في حين تطبق على الشخص المعنوي التدابير الوقائية العينية، أنظر الفصول من 61 إلى 104 من القانون الجنائي المغربي.

¹¹⁵⁴ _ أنظر الفصل 574-5 من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

القانون حسب الحالة على مسيري ومستخدمي الأشخاص المعنوية المتورطين في عمليات غسل الأموال عندما تثبت مسؤوليتهم الشخصية. 1155

نلاحظ أن المشرع المغربي كان واضحا ومتشددا في عقاب المؤسسات البنكية، فبالنسبة إلى العقوبة الأصلية نرى أن الوضع العقابي يمس الجانب المالي للمؤسسة بشكل مبالغ فيه، فغرامة 500.000 إلى 3.000.000 درهم ومضاعفتها في حالة التسهيلات التي توفرها المهنة أمر يستدعي البحث عن أوجه المقارنة.

فبقراءة القانون المصري لمكافحة غسل الأموال نلاحظ أن المشرع المصري لم يجعل من المؤسسة البنكية مجرما في حالة استغلت في جرائم غسل الأموال حيث اعتبر المؤسسة المالية أو الشخص الاعتباري عموما غير مسئول بصفة مباشرة، وإنما فقط متضامنا مع مسيره الذي تقرر في حقه تطبيق العقوبة المالية لارتكابه جريمة غسل الأموال. 1156 ويعبر هذا التوجه من الوهلة الأولى عن نوع من التساهل تجاه المؤسسة المالية، لكن من زاوية أخرى يطرح تساؤل حول نجاعة عقاب الشخص المعنوي في مكافحة جريمة غسل الأموال ومدى تأثيره على الجانب الاقتصادي.

يجد التشريع المصري فلسفته في عدم إقرار المسؤولية الجنائية للمؤسسة البنكية أو الشخص المعنوي عموما وجعله فقط متضامنا مع مسيره في أن الشخص المعنوي هو شخص غير موجود ماديا وإنما هو نظام قانوني يتحكم به من يقوم على تسييره من أجل تحقيق مصالح اقتصادية، وبالتالي فإن اكتساب المؤسسة المالية أو حيازتها أو تحويلها إلى ما ذلك من السلوكيات الإجرامية لجريمة لغسل الأموال إنما يتم بواسطة مسيريه، فكان من الأجدر عقاب المسير دون الشخص المعنوي وجعل هذا الأخير في موقع المتضامن فقط بالنسبة للعقوبات المالية التي لم يستطع المسير أداءها.

وهذا لا يعني أن المشرع المغربي لم ينص على عقاب مسير المؤسسة البنكية، بل نص عند معرض الحديث عن عقوبة المؤسسات المالية أنه يجب أن تطبق العقوبة المنصوص عليها أيضا على المسير إن ثبتت مسؤوليته الشخصية، 1157 يفرض التوجه المغربي في التفريق بين المسؤولين طرح تساؤلا حول:

هل يمكن أن تقوم المسؤولية الجنائية في حق المؤسسة المالية دون مسيرها وكذا العكس؟.

نرى أن التفريق بين مسؤولية المؤسسة البنكية باعتبارها شخصا معنويا وبين مسؤولية المسير في جريمة غسل الأموال أمر لا يعد منطقيا. كون أن الشخص المعنوي لا وجود لتصرفاته القانونية والمادية على أرض الواقع إلا بإرادة من المسير، حيث يعتبر هذا الأخير هو محرك الشخص المعنوي، إذن فما الداعي إلى عقاب الشخص المعنوي بالإضافة إلى عقاب مسيره؟. يرى البعض أن عقاب الشخص المعنوي يؤدي إلى دفع القائمين على أمره ليكونوا أكثر حرصا وحذرا ومحافظة على احترام القوانين وحقوق الغير. حيث لا يتحقق الهدف من العقوبة إذا اقتصر أثرها على الشخص الطبيعي فقط الذي ارتكب مادي الجريمة، لأنه غالبا ما تكون الثروة المالية لهذا الأخير عاجزة عن تغطية الضرر، بالإضافة إلى أن المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية تتخذ مجالا واسعا بالنظر إلى أن الركن المعنوي يتضاءل كثيرا في الجرائم الاقتصادية وأن الكثير من العقوبات في هذا النوع من الجرائم تهدف إلى منع الوقوع في الجريمة ضمانا لإنجاح السياسة الاقتصادية للدولة. 1158

1155 _ أنظر الفصل 574-6 من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

1156 _ انظر الفقرة الثانية من المادة 16 من قانون مكافحة غسل الأموال المصري رقم 2002/80

1157 _ أنظر الفصل 574-6 من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

1158 _ بلعسلي ويزة، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجريمة الاقتصادية، رسالة نيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، ص 51، جامعة تيزي وزو كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الدراسية 2014-2015.

المحور الثاني : المسؤولية الجنائية للمؤسسة البنكية عن الإخلال بالالتزامات المهنية المنصوص عليها في قانون مكافحة

غسل الأموال

لقد بات واضحاً أن المشرع المغربي أقر المسؤولية الجنائية للمؤسسات البنكية عن جريمة غسل الأموال، لكنه لم يقف عند هذه المسؤولية، بل وحرصاً منه على مكافحة غسل الأموال بشكل شامل أقر مسؤوليات أخرى. وقبل التفصيل في هذا المقتضى وجب التنبيه إلى مسألة في غاية الأهمية، وهي مدى اعتبار المؤسسة البنكية شريكة أو مساهمة أو مساعدة في جريمة غسل الأموال بمناسبة عدم القيام بالالتزامات مثل عدم اتخاذ الحيطة والحذر أو عدم المراقبة أو عدم التصريح بالاشتباه، خصوصاً أن المشرع المغربي اعتبر أن من بين السلوك الإجرامي لغسل الأموال تقديم المساعدة أو المشورة في عملية حراسة أو توظيف أو إخفاء أو استبدال أو تحويل أو نقل العائدات الإجرامية،¹¹⁵⁹ بمعنى هل يمكن اعتبار إخلال المؤسسة البنكية بالالتزامات بمثابة تقديم المساعدة والعون للعميل الذي يدخل أموال غير مشروعة إلى المؤسسة من أجل إضفاء الشرعية عليها؟ وهل يمكن تكييف فعل المؤسسة المالية على أساس مشاركة وتقديم المساعدة في جريمة غسل الأموال واعتباره بالتالي غاسلاً للأموال؟

للوهلة الأولى يمكن الاعتقاد بإمكانية ذلك، من منطلق أن الالتزامات المفروضة على المؤسسات المالية إنما تقررت من أجل إسهامها في التصدي لجرائم غسل الأموال وبالتالي منع المجرمين في استخدامها في ذلك، فأي إخلال بهذه الالتزامات هو بلا أدنى شك عامل مسهل في ارتكاب تلك الجرائم. لكن رغم بديهية هذا الاعتقاد إلا أن النص القانوني يضعنا في موقف لا يمكننا بتاتا جعل عدم الالتزام الصادر من المؤسسة المالية فعل مشاركة أو مساهمة في جريمة غسل الأموال. فطبقاً لأحكام قانون مكافحة غسل الأموال المغربي¹¹⁶⁰ فقد نص على مسؤولية خاصة للمؤسسات المالية في شأن عدم تنفيذها لالتزاماتها.

ويجد المشرع المغربي فلسفته في ما يستقر عليه الفقه الجنائي¹¹⁶¹ أن الاشتراك في الجرائم لا يتم إلا بفعل إيجابي، على اعتبار أن وقوعه بشكل سلمي مستبعد. وعليه فإن إخلال المؤسسة البنكية بالالتزامات المهنية في مجال مكافحة غسل الأموال لا يتم بأفعال إيجابية وإنما يقع بسلوك سلمي هو الامتناع عن إتيان واجب تفرضه مهنته.¹¹⁶² وحيث الاشتراك الذي تقوم به جريمة غسل الأموال هي جريمة قائمة بذاتها ومستقلة حيث تقوم على فعل " تقديم المساعدة " فيظهر أن عبارة تقديم تجعل السلوك الإجرامي هنا إيجابياً ولا مجال لجعله سلبياً. ¹¹⁶³ وإن كان من المقبول أحياناً إمكانية المساعدة عن طريق الامتناع فانه من غير الممكن تصور فعل " تقديم المساعدة " بطريقة الامتناع. بالإضافة إلى أن فعل الامتناع لا يمكن أن يسأل صاحبه إلا بوجود نص قانوني صريح يجرم الامتناع.¹¹⁶⁴

ثم إن جريمة غسل الأموال هي جريمة عمديه يتطلب قيامها توافر القصد الجنائي العام والخاص على حسب صور السلوك الإجرامي. فمن جهة، فإن الإخلال الغير العمدي المنسوب إلى المؤسسة المالية في شأن عدم تنفيذها لالتزاماتها كتقصير أو خطأ في عدم اتخاذ الحيطة والحذر أو التقصير في التصريح بالاشتباه لا يعتبر قصداً بطبيعة الحال وبالتالي لا مسؤولية في هذا الطرح، لكن إذا ثبت

¹¹⁵⁹ _ أنظر الفقرة السادسة من الفصل 574-1 من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

¹¹⁶⁰ _ انظر المادة الثالثة وما يليها من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

¹¹⁶¹ _ عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام، الطبعة الخامسة، مطبعة النجاح الجديدة، ص 176 وما يليها.

¹¹⁶² _ تدريست كريمة، دور البنوك في مكافحة تبييض الأموال، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزيوزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، السنة الجامعية 2014، ص 267.

¹¹⁶³ _ مثال على ذلك: إن ترك شخص يموت بسبب من الأسباب مع قدرة شخص آخر على مساعدته لا تعتبر جريمة قتل عمد على اعتبار أن فعل عدم تقديم المساعدة هو ليس عمل إيجابي بل فعلي وإنما تعتبر جريمة عدم تقديم المساعدة وهو ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 431 حيث نص على أنه " من أمسك عمداً عن تقديم مساعدة لشخص في خطر رغم أنه كان يستطيع أن يقدم تلك المساعدة إما بتدخله الشخصي وإما بطلب الإغاثة دون تعريض نفسه أو غيره لأي خطر يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط " .

¹¹⁶⁴ _ أنظر المثال في المرجع السابق

القصد الجنائي لدى المؤسسة المالية في عدم تنفيذها للالتزامات المفروضة عليها هل يمثل هذا الإخلال في جريمة غسل الأموال؟ إن الإخلال المتعمد من قبل المؤسسة البنكية بالتزاماتها المهنية ينطوي على اتجاه إرادتها إلى عدم تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقها مع علمها أنه يفرض عليها واجب قانوني يلزمها التقيد بها، وعنصر القصد هنا قائم على إرادة تحقيق هذا الإخلال، في حين يتجسد عنصر القصد الذي يتحقق به الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال في اتجاه إرادة الجاني إلى تقديم المساعدة لمرتكب إحدى الأفعال المكونة للسلوك الإجرامي لهذه الجريمة مع علمه بالمصدر الغير مشروع للأموال محل هذا الفعل. وعليه لا يمكن اعتبار الإخلال المتعمد للمؤسسة المالية في شأن الالتزامات المهنية يتضمن نية وتقديم المساعدة في جريمة غسل الأموال.

بناء على ما سبق، يمكننا التساؤل عن طبيعة المسؤولية الجنائية للمؤسسات البنكية حالة الإخلال بالالتزامات المفروضة عليها في قانون مكافحة غسل الأموال.

أولاً: المسؤولية الجنائية عن عدم الالتزام باليقظة

يقتضي واجب الالتزام باليقظة من المؤسسة البنكية اتخاذ الحيطة والحذر أثناء تقديمها الخدمات للزبناء. وقد حدد المشرع المغربي سواء في قانون مكافحة غسل الأموال أو في القوانين الداخلية للمؤسسة البنكية كيفية التعامل باليقظة والحذر،¹¹⁶⁵ ومن بين هذه التقنيات المستعملة تحديد هوية الزبناء المعتادين أو العرضيين والمستفيدين الفعليين والتحقق منها سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً كما يفرض القانون التأكد من موضوع علاقة الأعمال المقترحة والتحري حول مصدر الأموال.¹¹⁶⁶ وبناء عليه فإن المسؤولية الجنائية تجاه المؤسسة البنكية تقوم على مخالفة المؤسسة قواعد الالتزام باليقظة المذكورة في المادة الخامسة من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

ثانياً : المسؤولية الجنائية عن عدم التصريح بالاشتباه.

لقد أُلزم المشرع المغربي جميع المؤسسات البنكية بالتصريح بالاشتباه لدى وحدة معالجة المعلومات المالية بجميع المبالغ أو العمليات أو محاولات تنفيذ العمليات المشتبه في ارتباطها بواحدة أو أكثر من الجرائم المشككة لغسل الأموال أو أي عملية تكون هوية من أصدر الأمر بشأنها مشكوك فيها. حيث تقوم المسؤولية الجنائية تجاه هذه المؤسسات المعنية في حالة عدم تصريحها بالاشتباه لعملية من العمليات المذكورة.¹¹⁶⁷

ثالثاً: المسؤولية الجنائية عن عدم الالتزام بالمراقبة الداخلية

من خلال قراءة المادة الثانية عشر من قانون مكافحة غسل الأموال، يتضح أن المشرع المغربي قد أُلزم المؤسسات البنكية المعنية بمكافحة غسل الأموال بوضع برنامج داخلي مبني على خلق خلية مكلفة بالكشف والمراقبة وتدبير المخاطر المرتبطة بغسل الأموال، حيث تكلف هذه الخلية بتجميع المعلومات المحصل عليها حول العمليات التي لها طابع غير اعتيادي أو معقد حيث يعهد إليها في هذا الإطار إلى إخبار مسيريهم بصفة منتظمة حول العمليات المنجزة من لدن الزبناء الذين يظهر أنهم يشكلون درجة كبيرة من المخاطر. فتقوم المسؤولية الجنائية بناء على ما سبق عن كل إخلال بالالتزام بالمراقبة الداخلية.

رابعاً: المسؤولية الجنائية عن التهاون أو القصور في تطبيق الالتزامات

لم يفق المشرع المغربي عند قيام المسؤولية الجنائية الناتجة عن الجريمة العمدية في شأن عدم الامتثال للالتزامات المفروضة على المؤسسات البنكية بل اعتبر أن أي قصور أو تهاون من قبل المؤسسات البنكية في شأن عدم تنفيذ الالتزامات يترتب عنه قيام مسؤولية جنائية في حق هذه المؤسسات.¹¹⁶⁸

¹¹⁶⁵ _ أنظر المادة الثالثة من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

¹¹⁶⁶ _ للمزيد من الاطلاع أنظر المادة الخامسة من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

¹¹⁶⁷ _ أنظر المادة التاسعة من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي

¹¹⁶⁸ _ أنظر المادة 29 من قانون مكافحة غسل الأموال المغربي.

خامسا: المسؤولية الجنائية عن إفشاء سر الإجراءات المتخذة

رتب المشرع المغربي أيضا مسؤولية جنائية عن مسألة تبليغ العملاء بالإجراءات المتخذة ضدهم في حالة اشتباههم في عملية من عمليات غسل الأموال أو استعمال المعلومات المتاحة لأغراض شخصية. بناء على ما سبق أقر المشرع المغربي عقوبات جنائية بمناسبة قيام مسؤولية المؤسسات البنكية عن التزامها بما ذكرناه سابقا. فبالرجوع إلى المادة 28 من قانون مكافحة غسل الأموال نقرأ ما يلي "دون الإخلال بالعقوبات الأشد وبالعقوبات المنصوص عليها في التشريعات الأخرى المطبقة على المؤسسات المالية، يمكن معاقبة الأشخاص الخاضعين ومعاقبة مسيرهم وأعوانهم عند الاقتضاء الذين يخلون بواجباتهم بعقوبة مالية تتراوح بين 100.000 و 500.000 درهم تصدرها ضدهم الهيئة التي يعملون تحت مراقبتها".

كما نص المشرع بهذا الصدد عن عقوبة حبسية من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من ألف ومائتين إلى عشرون ألف درهم ضد من أفشى سرا بخصوص عملية من العمليات المتخذة ضد عميل المؤسسة. 1169 كما أوكل إلى هيئات الإشراف على المؤسسات المالية إصدار عقوبات ضد المؤسسة التي تتعامل بقصور أو تهاون مع ما هي ملزمة به في إطار مكافحة غسل الأموال.

إن أول ملاحظة يمكن استنباطها من خلال نص المشرع على هذه العقوبة هي صياغتها والمصطلحات المستعملة في شأنها، حيث بالرجوع إلى المادة 28 السالفة الذكر نجد أن المشرع المغربي أسس كل الجرائم التي تصدر من المؤسسات المالية بمناسبة عدم التزامها على مصطلح "يمكن معاقبة الأشخاص الخاضعين..." وذلك بخلاف الفصل 3-574 الذي بنا صياغة نص العقوبة على مصطلح "يعاقب" مباشرة. فما هو قصد المشرع المغربي من مصطلح "يمكن" ؟

إن مصطلح "يمكن" يفيد الترخيص 1170 للمخاطب بتطبيق العقوبة في توقيعه أو عدم توقيعه وهذا ما يتعارض مع فلسفة التشريع الجنائي الذي يبنى على شرعية الجرائم والعقوبات 1171 التي أتت بها المدرسة الكلاسيكية، 1172 أو المدرسة الكلاسيكية الجديدة، 1173 وأن القاضي لا يملك إلى الحكم على الجرائم بناء على العقوبات المقررة لها دون إعطائه أية رخصة في تطبيق العقوبة أم لا. كما يلاحظ

¹¹⁶⁹ لم ينص المشرع المغربي في قانون مكافحة غسل الأموال مباشرة على هذه العقوبة وإنما أحال بواسطة المادة منه 29 على المادة 446 من القانون الجنائي التي تضمنت هذه العقوبة بمناسبة إفشاء السر المهني.

¹¹⁷⁰ نور الدين أشحشاح، محاضرات في تفسير النصوص القانونية، مطبعة اسبارطيل، طنجة 2012 ص 61.

¹¹⁷¹ يقصد بمبدأ الشرعية خضوع الفعل أو الامتناع لنص من نصوص التجريم بمعنى أنه لكي يعتبر فعل أو امتناع ما جريمة فلا بد من وجود نص جنائي يجرم هذا الفعل أو الامتناع ويضفي عليه صبغة عدم المشروعية، كما يفيد هذا المبدأ التشدد في تفسير النصوص الجنائية فلا توسع ولا قياس فيها مادامت هذه النصوص تعتبر تعبيرا عن إرادة المشرع التي هي إرادة المجموع وما على القاضي ألا أن يلتزم بها إلى آخر مدى كما تقتضي إرادة المشرع استنباطها من عبارات النص وحده ويتقيد في التفسير لما غمض منها بالقواعد اللغوية. للمزيد من الاطلاع أنظر عبد الواحد العلمي شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام م س ص 42 وما يليها .

¹¹⁷² مؤسس هذه المدرسة هو بيكار يا، ظهرت في النصف الثاني من القرن الثامن عشر، تأسست على أنقاض النظام الجنائي القائم آنذاك لمبالغته في القسوة واستبداد القضاة وظلمهم وانعدام المساواة في العقاب، حيث كان هدف هذه المدرسة هو نزع السلطات التي يتمتع بها القاضي ويتحكم بها في رقاب الأفراد. ومن بين مبادئ هذه المدرسة " ضرورة إقرار مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها" وقد أخذ المشرع المغربي عن هذه المدرسة المبدأ ذاته في القانون الجنائي في الفصل الثالث حيث نص على أنه " لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون ولا معاقبته بعقوبات لم يقرها القانون ". عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، م س، ص 42 وما يليها.

¹¹⁷³ تأسست المدرسة الكلاسيكية الجديدة على فكرة التلطيف من حدة مبادئ المدرسة الكلاسيكية حيث غاب أنصارها التجريد عن تقدير العقوبات بكيفية متساوية وجامدة بالنسبة للنوع الواحد من الجرائم دون الأخذ بعين الاعتبار لـ شخصية الجاني ولا الظروف والملابسات التي أثرت عليه، وكان من مبادئها تفريد العقاب ووضع الحد الأدنى والأقصى للعقوبة. وقد أخذ المشرع المغربي عن هذه المدرسة في تقرير مبدأ تفريد العقاب ويظهر ذلك جليا في كل عقوبات القانون الجنائي التي لها حد أقصى وأدنى. للمزيد من الاطلاع أنظر عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، م س، ص 45 وما يليها.

أن المشرع لم يوكل تطبيق هذه العقوبة إلى المحاكم المختصة وإنما خص بها الهيئات المشرفة على المؤسسات المالية،¹¹⁷⁴ فهي من تمتلك السلطة التقديرية في توقيع العقوبة على المؤسسة المخالفة أم لا. وهو ما يبين الوضع الغير الصارم لقيام المسؤولية الجنائية للمؤسسات المالية عن مخالفتها للالتزامات المهنية.

نخلص إلى أن الإيمان بالدور الأساسي الذي تلعبه المؤسسات البنكية في مكافحة غسل الأموال يدفعنا إلى تقوية دور هذه المؤسسات عبر إطار قانوني واضح وصارم، وأن إلزام هذه المؤسسات لم يكن ليأتي أكله إلا عن طريق قيام مسؤوليتها حالة المخالفة بنص صريح يلزم بتطبيق العقوبة مباشرة دون ترخيص لأي جهة في تطبيق هذه العقوبة أم لا، وأن الاعتماد على الوضع الحالي لا يفضي إلى أي نتيجة مرجوة على اعتبار أن القانون المنظم يبقى رهينا بإرادة الأشخاص.

¹¹⁷⁴ هي الهيئات المنصوص عليها في المادة 13.1 من قانون مكافحة غسل الأموال المغربية

التحقيقات القضائية لمفهوم العدالة الإجرائية في نزاعات الشغل: الفصل التأديبي نموذجاً

محمد بكار

باحث بسلك الدكتوراه مختبر قانون الأعمال

ملخص

يعتبر فصل الأجير من القرارات اليومية في حياة المقاتلة، حيث يمكن فصله بدون إخطار ولا تعويض عن الفصل أو الضرر، شريطة احترام سلسلة من الإجراءات منصوص عليها في مدونة الشغل. ذلك أنه، فصل الأجير، يجب أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه بالاستماع إليه من طرف المشغل أو من ينوب عنه، وحسب شكلية أخرى تضمنتها على التوالي مقتضيات المواد 62-63-64-65 من نفس المدونة، علماً أن هذه الإجراءات تخضع للرقابة القضائية بهدف ضمان ما يمكن تسميته بالعدالة الإجرائية في مجال الفصل التأديبي. ولذلك فإنه يرجع للقضاء سلطة التحقق من مدى احترام المشغل للشكليات المتطلبة قانوناً، قبل كل فصل، كما أنه حسب كل قضية تحدد المحاكم ما إذا كانت هناك عدالة أم لا أثناء ممارسة المشغل لسلطته التأديبية.

وعلاقة بما سبق، تندرج دراستنا هذه، في إطار تسليط الضوء على مختلف الضمانات القانونية المكرسة للعدالة الإجرائية، التي يقتضيها الفصل التأديبي حماية للأجير الطرف الأضعف، كما يأتي هذا المقال أيضاً لإبراز الجوانب القضائية، التطبيقات القضائية الحديثة لمحنة النقض الصادرة ترسيخاً لفرض احترام الحقوق الشخصية للأجير، وكذا تعزيز أسس ومقومات المحاكمة العادلة، بوصفها حقوقاً دستورية، وذلك وفق ما سنبينه في المقدمة ونعالجه في المتن.

Résumé

Le licenciement d'un salarié est une décision sérieuse dans la vie courante de l'entreprise, tandis que le salarié peut être licencié sans préavis, ni indemnité, ni versement de dommages et intérêts, à la condition toutefois, de respecter la procédure de licenciement par mesure disciplinaire telle que prévu par les articles 62 et suivantes du code du travail. Toutefois, avant le licenciement, le salarié doit pouvoir se défendre et être entendu par son employeur ou le représentant de celui-ci, et selon autres formalités prévues respectivement aux articles 62-63-64-65 du même code, sachant que les formalités sont soumises au contrôle de l'autorité judiciaire en vue d'assurer ce que l'on peut appeler : la justice procédurale au niveau du licenciement.

C'est au juge que revient le pouvoir de vérifier l'étendue du respect par l'employeur des formalités exigées légalement avant tout licenciement, et au vue de chaque espèce que les tribunaux marocains déterminent s'il ya ou non une justice et équité lors de l'exercice de l'employeur de son pouvoir disciplinaire. Et par rapport à ce qui précède, notre étude s'inscrit dans le cadre de mettre en évidence les différentes garanties légales consacrées à la justice procédurale, requises par le licenciement disciplinaire, afin de protéger le salarié la partie faible dans la relation contractuelle. Notre article vient également pour souligner les aspects judiciaires, et notamment les applications- décisions- récentes de la cour de cassation marocaine rendues, à l'occasion d'imposer le respect des droits personnels du salarié, ainsi que la consolidation des fondements d'un procès équitable, en tant que droits constitutionnels, comme nous le montrerons dans l'introduction et au coeur du sujet.

مقدمة:

إن الحق في الشغل ضرورة من ضرورات الحياة وعاملا أساسيا في تنمية الشعوب ووسيلة مشروعة للكسب وتوفير الحاجيات الضرورية للأجير وأسرته، ولذلك دأبت مختلف التشريعات والدساتير والمواثيق الدولية على التنصيص عليه وإيلائه العناية الخاصة.

و لقد أحدثت المتغيرات الدولية المتصلة بمبادئ حقوق الإنسان تغيرا عميقا في النظرة للعمل 1175 بصفة عامة، فلم يعد يخضع لقانون السوق وفق نفس المنهجية التي تخضع لها بقية المنتجات والخدمات، وهي أعمال منطق العرض والطلب، وإنما أصبح ينظر إليه من زاوية الحق والواجب، فهو واجب والتزام على المجتمع، وبالمقابل هو حق من الحقوق الكونية للإنسان، وهو المعنى الذي قصده المشرع في ديباجة مدونة الشغل. فعلاقة الشغل التي تربط المشغل والأجير، علاقة تعاقدية يكون أساسها العقد، عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لكن ونظرا للوضعية الغير متكافئة التي تسم عقد الشغل بين مشغل يملك النفوذ المادي والاقتصادي وبين أجير مستعد لتقديم كل ما يملك من أجل كسب لقمة العيش، تدخل المشرع لحماية هذه الفئة بمقتضى مدونة الشغل خصوصا فيما يتعلق بالجانب التأديبي.

ولذلك فإن المبدأ في مثل هذا العقد هو استمرار علاقة العمل، وهو مبدأ ينسجم مع فلسفة كفالة استقرار 1176 الوضعية الاجتماعية والاقتصادية للأجير حتى لا يتأثر محيطه المالي والأسري بهذا الإنهاء، الذي قد يحوله من شخص منتج ذي دخل دوري يعتمد عليه في حياته اليومية، إلى شخص عاطل بدون مورد 1177.

ومن المعلوم أن قيام علاقة العمل- عقد الشغل- يرتب جمعا من الآثار في مواجهة طرفيه، وإزاء الطابع التبادلي لعقد الشغل، فإنه بدون شك يرتب التزامات متقابلة بين الأجير ورب العمل، ومن ثمة نكون بصدد حقوق والتزامات متبادلة، بمقتضاها يصير من صلاحيات المشغل مباشرة سلطة التوجيه والمراقبة والإشراف على من ارتضاه أجيلا له، وهذه الصلاحيات- السلط- تجد مصدرها في علاقة التبعية التي تتيح للمشغل إصدار تعليماته للأجير ومواكبة مدى تقيده بها خلال أوقات العمل.

ومقابل ذلك يتقيد المشغل بمجموعة من الالتزامات في مواجهة الأجير لضمان قدر كبير من التوازن بين العلاقة الشغلية، علما أن الأجير يتحمل سلسلة من الالتزامات يؤدي الإخلال بها إلى إعطاء المشغل سلطة تأديبية، يمارسها للحيلولة دون استمرار الأجير في هذا الإخلال، بحيث يمكن للمشغل توقيع ما يراه مناسبا من العقوبات التأديبية شريطة أن لا تخرج عما حدده القانون من عقوبات في إطار مدونة الشغل.

وإذا كان مشرع مدونة الشغل قد أعطى للمشغل مكنة معاقبة الأجير في سياق ممارسة سلطته التأديبية عند حصول نزاع 1178 بينهما، واتخاذ العقوبات التي قد تنتهي بفصل الأجير من عمله، وبالتالي إنهاء عقد الشغل، فإن هذه السلطة ليست مطلقة، وإنما تخضع

1175- إن الحق في العمل حق كرسه المواثيق والإعلانات والعهود الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، ونمثل لذلك بما نصت عليه المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ل10 دجنبر 1948، والتي اعتبرت أن لكل شخص حق العمل، وفي حرية اختيار عمله وفي شروط عمل عادلة ومرضية، وفي الحماية من البطالة.....

1176- وفي هذا السياق نصت مدونة الشغل في ديباجتها على أن العمل وسيلة أساسية من وسائل تنمية البلاد وصيانة كرامة الإنسان والنهوض بمستواه المعيشي وتحقيق الشروط المناسبة لاستقراره العائلي وتقدمه الاجتماعي، والعمل ليس بضاعة، والعامل ليس أداة من أدوات الإنتاج، ولا يجوز، في أي حال من الأحوال، أن يمارس العمل في ظروف تنقص من كرامة العامل.

- الظهير الشريف رقم 1.03.194 صادر في 14 من رجب 1424 الموافق ل11 سبتمبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 8 دجنبر 2003، الصفحة 3969.

1177- محمد بنحسين، الفصل من العمل ومسطرة الاستماع إلى الأجير من خلال مدونة الشغل والعمل القضائي، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 14-15 شتنبر 2008، الصفحة 9.

1178- Rahali Amina Souad, les relations de travail et la gestion des conflits dans l'entreprise, Mémoire du Master, Université Abou -Bekr Belkaid-Tlemcen, facultés des sciences économiques, gestion et sciences commerciales, page 2.

لقيود تشريعية ورقابة قضائية، لاعتبارات منها ضمان الأمن التعاقدى واستمرار المراكز القانونية، فضلا عن إضفاء الحماية على الأجير بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة الشغلية من زاوية العقد الذي يربطه بالمشغل كطرف قوي اقتصاديا، وتتمثل هذه القيود في مجموعة من الضوابط التي يتعين على المشغل احترامها قبل الإقدام على اتخاذ أي إجراء تأديبي - الفصل -، كما أن إخضاع المشرع إجراءات الفصل لرقابة القضاء يتوخى منه تقنين السلطة التأديبية للمشغل وقياس مدى عدالة الإجراءات التي يسلكها في حق الأجير.

ولذلك فإن الرقابة القضائية لا يمكن استشفافها إلا من خلال رصد مختلف المقررات القضائية الصادرة عن مؤسسة القضاء، ولا سيما على مستوى أعلى هرم قضائي، وعلى ضوء ما سبق نتساءل عن الضوابط القانونية المكرسة للعدالة الإجرائية في مجال الفصل التأديبي، ثم ما مدى إسهام القضاء في تكريس هذه العدالة.

ولإعطاء عناصر الإجابة عن هذا التساؤل يمكن مقارنة الموضوع من خلال محورين اثنين، نعالج في الأول الضمانات القانونية الكفيلة بتحقيق مفهوم العدالة الإجرائية (المبحث الأول)، على أن نستعرض الجوانب القضائية في الموضوع، من خلال الوقوف على أبرز التطبيقات القضائية الحديثة (المبحث الثاني)، وذلك كما يلي:

المبحث الأول: الضمانات القانونية المكرسة لعدالة إجراءات الفصل التأديبي.

رغم رضائية عقد الشغل الفردي، فإن إنهائه نال اهتمام المشرع، بحيث أحاطه بسياج من الضمانات سواء تعلق الأمر بعقد الشغل المحدد المدة أو غير محدد المدة، وسن لأجل ذلك مجموعة من الأحكام، ينبغي التقيد بها من قبل المشغل قبل إنهاء العلاقة الشغلية، أي عندما يكون الفصل صادرا عنه، ولقد نصت المادة 35 من مدونة الشغل على أنه يمنع فصل الأجير دون مبرر مقبول إلا إذا كان المبرر مرتبطا بكفاءته أو سلوكه في نطاق الفقرة الأخيرة من المادة 37 والمادة 39 أدناه، أو تحتّمه ضرورة سير المفاوضة في نطاق المادتين 66 و67 من نفس المدونة.

وبحسب الأصل يمكن للمشغل أن ينهي عقد الشغل بشكل مبرر مع ما يترتب عن ذلك من انتفاء لمسؤوليته عن الإنهاء، وعدم تحميله لأي تعويض، وذلك في حالة إخلال الأجير بالالتزامات الناشئة عن عقد الشغل. ولذلك فعند ارتكاب الأجير لخطأ يتدخل المشغل بما أوتي من سلطة قانونية في الرقابة لتأديب هذا الأجير، وبالتالي إنهاء العلاقة الشغلية حينما يكون الإنهاء مبرر بارتكابه 1179 لأخطاء جسيمة 1180، بحيث يمكن للمشغل فصل الأجير دون تمكينه من أجل الإخطار، ودون استفادته من التعويضات المترتبة عن عقد الشغل

1179- إن الأجير الذي يتمادى في ارتكاب جملة من الأخطاء غير الجسيمة في نفس السنة، ولا يتراجع عن سلوكه رغم اتخاذ مقررات تأديبية في حقه من طرف مشغله عملا بالمادتين 37 و38 من مدونة الشغل، يكون قد أظهر عدم انضباطه وعدم استعداده لمسايرة العمل، وبالتالي يكون من اللئيق لمحيط العمل فصله ويكون الفصل إذاك مبرر، ولا يستحق أي تعويض.

- وفي نفس السياق نصت المادة 37 من مدونة الشغل على أنه: «يمكن للمشغل اتخاذ إحدى العقوبات التأديبية التالية في حق الأجير لارتكابه خطأ غير جسيم:

1- الإنذار،

2- التوبيخ،

3- التوبيخ الثاني، أو التوقيف عن الشغل مدة لا تتعدى ثمانية أيام،

4- التوبيخ الثالث، أو النقل إلى مصلحة، أو مؤسسة أخرى عند الاقتضاء، مع مراعاة سكنى الأجير.

تطبق على العقوبات الواردة في الفقرتين 3 و4 من هذه المادة مقتضيات المادة 62 أدناه. ».

* كما نصت المادة 38 من نفس المدونة على أنه: «يتبع المشغل بشأن العقوبات التأديبية مبدأ التدرج في العقوبة، ويمكن له بعد استنفاد هذه العقوبات داخل السنة أن يقوم بفصل الأجير، ويعتبر الفصل في هذه الحالة مبررا. »

1180- Eve-Angéline Lambert, l'analyse économique des litiges du travail, thèse de doctorat, Nancy Université, faculté de droit, sciences économiques et gestion, 2008-2009, page 17.

الفردى- التعويضات العقدية-، مع شرط وحيد وهو احترام المسطرة 1181 التأديبية المنصوص عليها في المادة 62 وما يليها من مدونة الشغل، المتضمنة لمجموعة من الإجراءات تجسد في بعدها الحقوقي ضمانات قانونية تكفل للأجير الحق في الدفاع.

وهو الأمر الذي يبرر القول بأن مسطرة الفصل التأديبي صورة من صور المحاكمة، بحيث إن ارتقاء هذه المسطرة إلى هذا الوصف، يفرض أن تكون عادلة، منصفة من حيث إجراءاتها، تجسيدا لما يمكن تسميته بالعدالة الإجرائية 1182 في مجال الفصل التأديبي.

ومن أجل تسليط الضوء على الضمانات القانونية الكفيلة بترسيخ مبدأ العدالة الإجرائية في ارتباط بمسطرة الفصل التأديبي، يمكن الحديث عن الإجراءات الضامنة لحق الدفاع المخول أمميا ودستوريا للأجير، (المطلب الأول)، ثم استعراض الضمانات المتصلة بحق الإعلام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: احترام المشغل لحق الدفاع المخول للأجير مدخل لعدالة مسطرة الفصل التأديبي:

إن مضمون التبعية القانونية التي تحكم علاقة المشغل والأجير، تعني خضوع هذا الأخير للسلطة التنظيمية والتأديبية، مع ملاحظة أن سلطة المشغل مقيدة بالضوابط القانونية، التي تحد وتخفف من غلو استعمال المشغل لهذه السلطة، بحيث يكون لزاما عليه التقيد بمجموعة من الإجراءات تشكل مجتمعة لحق الدفاع المضمون للأجير. والواضح أن المشرع المغربي قد كرس لحق الدفاع من خلال مقتضيات المادة 1183 62 من مدونة الشغل، ونصت 1184 بصيغة الوجوب على ضرورة تقيد المشغل بهذا الحق 1185،

ويتجلى احترام المشغل حق الدفاع المخول للأجير من الناحية العملية، في أن يتم الاستماع إلى الأجير من قبل المشغل أو من ينوب عنه أو بحضور مندوب الأجراء أو الممثل النقابي الذي يختاره الأجير بنفسه.

1181- تعتبر مسطرة الاستماع، بناء على أحكام المادة 62 من مدونة الشغل، مسطرة قبلية يتم إجراؤها من قبل المشغل أو من ينوب عنه مع الأجير الذي ارتكب خطأ جسيما أو غير جسيم، قبل توقيع إحدى العقوبات التأديبية المحددة قانونا لإجراء هذه المسطرة في حق هذا الأخير.

1182- يعد موضوع العدالة الإجرائية من الموضوعات المهمة في علم الإدارة، بسبب تأثيره في كيفية تحقيق المنظمات لأهدافها، وبرامجها بفاعلية وواقعية متميزة بالشكل الذي يحقق رضى المنتسبين لها بما فيهم العمال. والعدالة الإجرائية يراد بها أيضا اتخاذ وتطبيق القرارات وفق إجراءات عادلة، ويمكن توظيف مفهوم العدالة الإجرائية للتدليل على أهمية الإجراءات المسطرية المحيطة بقرار فصل الأجير من عمله.

- للتوسع أكثر بخصوص مفهوم العدالة الإجرائية يرجى الرجوع إلى:

- عبد الكريم السكر. أثر العدالة الإجرائية في الأداء الوظيفي، دراسة تحليلية. مجلة العلوم الإدارية، المجلد 40، العدد 1، السنة 2013، الصفحة 35..

- عبد الحفيظ علي، أثر العدالة الإجرائية على سلوك المواطنة التنظيمية. مجلة العلوم الاقتصادية، العدد 16، السنة 2015، الصفحة 15.

- Soufiane Frimousse, Jean Peretti. la diversité des formes de performance au travail : le rôle de la justice organisationnelle. Revue management et avenir, N°18-2008, page 117.

1183- جاءت صياغة الفقرة الأولى من المادة 62 بصيغة الوجوب، وهو ما يفيد إلزامية مسطرة الاستماع، وقد أكدت محكمة النقض في قراراتها بأن هذه المسطرة إلزامية وليست اختيارية، وهكذا فقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض ما يلي: «لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أيدت الحكم الابتدائي الذي اعتبر الطرد الذي تعرضت له المطلوبة كان تعسفيا بعدما دفعت هذه الأخيرة بعدم احترام وسلوك الإجراءات المسطرية المنصوص عليها في المواد 62-63-64-65 من مدونة الشغل، جاءت بصيغة الوجوب والذي أوجب المشرع على المشغل سلوكها بكافة مراحلها ووفق الكيفيات المنصوص عليها بالمواد أعلاه، وأن الإخلال بها أو أجزاء منها يجعلها والعدم سواء، ويعتبر الطرد في هذه الحالة تعسفيا.

- قرار رقم 739 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 29 ماي 2014 في الملف رقم 2013/1/5/509.

1184- يجري سياق المادة 62 من مدونة الشغل في فقرتها الأولى على أنه: «يجب، قبل فصل الأجير، أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه بالاستماع إليه من طرف المشغل أو من ينوب عنه بحضور مندوب الأجراء أو الممثل النقابي بالمقابلة الذي يختاره الأجير بنفسه، وذلك داخل أجل لا يتعدى ثمانية أيام ابتداء من التاريخ الذي تبين فيه ارتكاب الفعل المنسوب إليه....»

1185- أمينة رضوان، مدونة الشغل من خلال الاجتهاد القضائي دراسة مقارنة، مطبعة الأمنية الرباط، 2016، الصفحة 410.

وهذا الحق من النظام العام، لأنه يكرس حقاً من الحقوق الكونية المتوافق بشأنها بخصوص مساطر التأديب والمحكمة عموماً، ودليل اعتباره من **النظام العام**، هو أن المشرع استعمل في صياغة المادة المكرسة لهذا الحق لفظ يجب، أي الوجوب، وهذا الأخير يحمل على الأمر الملزم، والأمر يجعل القاعدة واجبة الإعمال لا الإهمال، بحيث لن يكون للأطراف أي مجال للاتفاق على مخالفتها.

وتحويل الأجير ممارسة الحق في الدفاع يمكنه من الدفاع عن نفسه، وتمكينه من تقديم حججه في مواجهة الأفعال المنسوبة إليه، ونفي الأخطاء المنسوبة إليه، أو أن يتيح له فرصة تقديم الإثباتات التي قد تقود إلى تبرئته منها، أو توضيح الأسباب أو الظروف التي أدت به إلى ارتكابها، أو حتى إقناع المشغل بكون الخطأ ولو هو صادر عنه فإنه يعزى لعوامل لا دخل له فيها أو خارج عن إرادته.

وقد حدد المشرع النطاق الزمني الذي يمكن داخله للمشغل أن يستمع للأجير، بحيث نصت الفقرة الأولى من المادة 62 من مدونة الشغل أن تتم مسطرة الاستماع داخل أجل لا يتعدى ثمانية أيام ابتداء من التاريخ الذي يتبين 1186 فيه ارتكاب الفعل المنسوب إليه، ذلك أن المشغل إذا لم يباشر مسطرة الاستماع للأجير داخل هذا الأجل يسقط حقه في الفصل للسبب الذي كان من المفروض أن يؤسس عليه مقرر فصله، كما يفترض تبعاً لذلك وكأن المشغل تنازل عن فصل الأجير للخطأ الذي نسب إليه.

ويمكن للأجير أن يتمسك في مواجهة المشغل عند عرض النزاع أمام القضاء بخرق حق الدفاع المستمد، إما من عدم الاستماع إليه بالمرّة، وإما لكون المشغل استمع إليه بعد فوات أجل ثمانية أيام، إذ هنا تتحقق المحكمة من تاريخ الفعل المنسوب للأجير انطلاقاً من تفحصها لوثائق الملف، ولا سيما رسالة الاستدعاء التي يلزم المشغل بتبليغها للأجير، تسليمها إليه،

وإذا تبين للمحكمة أن المشغل وإن كان قد استمع للأجير، فإن عدم تقيده بالأجل المذكور يجعل مسطرة الفصل مختلة برمتها، وتجنح المحكمة إلى اعتبار الفصل المتخذ مشوباً بطابع التعسف، وتقضي تبعاً لذلك للأجير بالتعويضات المستحقة وفق ما تنص عليه مدونة الشغل.

ومن أجل بلورة حق الدفاع المتحدث عنه، لا يكتفي المشغل بتوجيه استدعاء فقط للأجير، أو إعلامه شفويًا بذلك، وإنما يتعين عليه أن يستدعي الأجير بمقتضى استدعاء يتضمن البيانات الكافية ضماناً وصيانة لحق الدفاع 1187 المكتسب، بحيث لا يكفي توجيه رسالة

1186 - لقد أكدت محكمة النقض المغربية بأن أجل مسطرة الاستماع يبتدئ بمجرد علم المشغل بالخطأ الموجب للفصل دون الأخذ بعين الاعتبار بأي معطى آخر، قد يؤجل سلوك مسطرة الفصل التأديبي، وبعدم احترام المشغل لأجل ثمانية أيام من تاريخ العلم بالخطأ الموجب للفصل، يكون قد خرق مقتضيات المادة 62 التي وردت بصيغة الوجوب، مما يعتبر معه الفصل تعسفياً.

- قرار محكمة النقض عدد 789 الصادر بتاريخ 23 ماي 2013 في الملف الاجتماعي عدد 2012/2/5/658 منشور بمؤلف:

- عمر أزوكار، التوجهات الكبرى لمحكمة النقض في مدونة الشغل الجزء الخامس، الطبعة الأولى، 2019، الصفحة 116.

1187 - عمل القضاء المغربي على تكريس الحق في الدفاع المخول للأجير ليس فقط على مستوى ما تصدره محكمة النقض من اجتهادات، وإنما تم تكريس هذا الحق حتى على مستوى محاكم الدرجة الأولى، وفي هذا الإطار أصدرت المحكمة الاجتماعية بالدار البيضاء مجموعة من الأحكام تصب في نفس الاتجاه، ويمكن أن نقتصر على بيان نموذج عن ذلك، إذ جاء في حيثيات أحد الأحكام مايلي:

وحيث إنه طبقاً للمادة 62 من مدونة الشغل يجب قبل فصل الأجير أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه بالاستماع إليه من طرف المشغل أو من ينوب عنه بحضور مندوب الأجراء أو الممثل النقابي بالمقابلة الذي يختاره الأجير، وذلك داخل أجل لا يتعدى ثمانية أيام من التاريخ الذي تبين فيه ارتكاب الفعل المنسوب إليه.

وحيث إن إتاحة فرصة الدفاع كما حدتها المادة 62 من مدونة الشغل، تقتضي توصله بالاستدعاء لحضور جلسة الاستماع، وأن يتضمن هذا الاستدعاء بتفصيل الأفعال موضوع الاستماع، وكذا تاريخها وحقه في اختياره من يؤازره، حتى يتسنى له الدفاع عن نفسه إعمالاً للمادة المذكورة، بدليل أن الفقرة الأولى من المادة 62 ربطت بين حق الاستماع المخول للمشغل من جهة والضمانة الممنوحة للأجير في الاستماع إليه داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ التبين من ارتكاب الفعل المنسوب إليه، وهذه العبارة الأخيرة تفترض أن يكون الأجير على بينة مما نسب إليه ولن يتحقق هذا العلم - أي بما نسب إليه - إلا من خلال إشعاره بذلك وتاريخه عبر وسيلة الاستدعاء.

-حكم ابتدائي عدد 11888 صادر بتاريخ 25/12/2019 في الملف عدد 2019/1501/5552، حكم غير منشور.

الاستدعاء تتضمن الخطأ المنسوب إليه 1188 أو الأخطاء إن كانت متعددة، وإنما يجب أن يحتوي الاستدعاء المذكور على تاريخ الفعل المنسوب إليه، وزمان 1189 ومكان إجراء جلسة الاستماع، وتحديد، والتنصيص فضلا عن ذلك على حق الأجير في أن يكون مؤازرا 1190 بمدوب الأجراء أو الممثل النقابي الذي يختاره الأجير بنفسه، عملا بالمادة 62 من مدونة الشغل، وهو ما حرص العمل القضائي 1191 على استيفائه.

1188 - وهو ما يؤكد الحكم والقرار التاليان:

- الحكم عدد 5607 الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 2008/07/16 في الملف عدد 2008/4466 الذي جاء فيه: **وحيث إنه أيا كان الجزء المزمع توقيعه على الأجير فلا بد من مواجهته بالتهامات الموجهة إليه وتخويله حق الدفاع عن نفسه وأن أول إجراء يتعين على المشغل احترامه هو إبلاغ الأجير بالإخلال بالتزامه كتابة بما هو منسوب إليه حتى يتمكن من إعداد دفاعه والاستماع إليه من طرف المشغل أو من ينوب عنه....**

- القرار عدد 1065 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 11 يوليوز 2013 في الملف عدد 2012/2/5/1085 الذي جاء فيه: **لكن، حيث إن المشغلة طالبة النقض وإن قامت باستدعاء أجيرها ليوم الثلاثاء على الساعة العاشرة صباحا لتاريخ 2008/12/02، إلا أنها لم تشر في الاستدعاء إلى سببه واكتفت بتذكيره لأمر يهمه دون تحديد ماهية هذا الأمر، ولما كانت مقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل تنص على: يجب قبل فصل الأجير أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه.... فإن هذا المقتضى القانوني وإن كان لا يحدد أية شكلية من الشكليات التي يجب توافرها في الاستدعاء الموجه للأجير قصد الاستماع إليه من أجل الخطأ المنسوب إليه، فإنه وضع ضمانا وصيانة لحقوق الأجير، ولا يتأتى له ذلك إلا بمعرفة سبب استدعائه وتحديد ذلك في الاستدعاء الموجه إليه من طرف مشغله حتى يكون مهيا للدفاع عن نفسه واختيار من ينوب عنه، وأنه أمام خلو الاستدعاء الموجه إليه مما ذكر يبقى غير ذي اثر، وتبعاً لذلك فإنه بعدم سلوك الطالبة لمسطرة الفصل التأديبي كما هو منصوص عليه في المواد 62-63-64-65 من مدونة الشغل، يكون فصلها للأجير متسما بطابع التعسف الموجب للتعويض.**

1189 - وهو ما كرسته محكمة النقض في أحد قراراتها - المجلس الأعلى سابقا- جاء فيه: **وحيث إنه لما كان الاستماع إلى الأجير بشأن الخطأ المنسوب إليه من طرف مشغله يقتضي منطقياً أن يحدد هذا الأخير يوم وساعة انطلاق جلسة الاستماع، ويقوم باستدعائه لها حتى يتيح له فرصة الدفاع عن نفسه.**

- قرار رقم 276 المؤرخ في 2007/03/14 في الملف رقم 2006/1/5/913.

1190 - إن استفادة الأجير من مكنة المؤازرة كما أوجبتها مقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل لا يطرح أي إشكال عندما تكون المؤسسة المشغلة تتوفر على مندوب الأجراء أو الممثل النقابي، بحيث لا يجد الأجير موضوع مسطرة الاستماع أي صعوبة في ممارسة حقه في اختيار من يؤازره من هؤلاء، إلا أن الصعوبة تكمن حينما لا تكون المشغلة تتوفر على مندوب الأجراء أو الممثل النقابي، بحيث إن ممارسة الأجير لحق اختياره من ذكر يصطدم بصعوبة عدم توفرهما بالمرّة، وهنا يجد الأجير نفسه أمام خيارين إما الحضور لجلسة الاستماع دون مؤازرة هؤلاء، وإما إحضار أحد الأجراء بجانبه وهذا رغم عدم التنصيص على هذه المكنة، التي يتوقف تحققها على موافقة المشغلة.

- وتبني الإشارة أن عدم التوفر على المؤسسات التمثيلية للأجراء داخل المقولة المشغلة عالجها المشرع الفرنسي وعلى خلاف المشرع المغربي، من خلال مقتضيات الفصل 4-1232 L من مدونة الشغل الفرنسية الذي نص في فقرته الثانية على مايلي:

- lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié peut se faire assister soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, soit par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative.

1191 - ونمثل لذلك بقرار محكمة النقض- المجلس الأعلى سابقا- في القرار عدد 276 الصادر بتاريخ 2007/03/14 في الملف الاجتماعي عدد 2007/14 منشور بمؤلف:

- محمد بفقير، مدونة الشغل والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، 2011، الصفحة 76.
- وأيضاً القرار رقم 1410 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 27 نونبر 2014 في الملف الاجتماعي رقم 2013/1/5/1683، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض العدد 79، السنة 2015، الصفحة 334، والذي جاء فيه: **من المقرر أن إشعار الأجير بإحضار من يؤازرها أثناء جلسة الاستماع أيضاً يعتبر حقا لها في التمتع بالحماية المنصوص عليها في المادة 62 من مدونة الشغل، وأن عدم إحضارها لمن يؤازرها من مندوب للأجراء أو ممثل نقابي بالمقولة، والاستماع إليها دون إبداء أي تحفظ يعتبر تنازلاً منها عن ذلك الحق.**

وتتبعي الإشارة إلى أن امتداد الحق في الدفاع المخول للأجير يلزم المشغل بتحرير 1192 محضر الاستماع يتضمن مارج في جلسة الاستماع، وما بسطه من أوجه دفاع، ثم يوقعه الطرفان وتسلم نسخة منه للأجير، مع العلم أن ثبوت عدم تسليم المشغل للأجير نسخة من هذا المحضر يؤثر على سلامة إجراءات الفصل التأديبي.

ولا شك أن حق الدفاع المبلور للعدالة الإجرائية، يعتبر حقا أمميا للأجير بدليل ما نصت عليه المادة 7 من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 158 لسنة 1982 المتعلقة بإنهاء علاقة الاستخدام بمبادرة من صاحب العمل 1193، المعتمدة من قبل المؤتمر الدولي للعمل في دورته الثامنة والستين المنعقدة بجنيف في شهر يونيو 1982، ودخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ بتاريخ 24 نونبر 1985، وتم تتيممها بواسطة التوصية رقم 166 الصادرة عن مؤتمر العمل الدولي في سنة 1988، والتي جاء فيها أنه لا ينهى استخدام عامل لأسباب ترتبط بسلوكه أو أدائه قبل أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه ضد الادعاءات الموجهة إليه، مالم يكن من غير المعقول أن يتيح له صاحب العمل هذه الفرصة.

وترسيخا لروح الاتفاقية هذه باعتبارها الإطار المرجعي لمسطرة الاستماع، أكدت محكمة النقض أن حق الدفاع يقتضي الاستماع للأجير قبل اتخاذ المقرر التأديبي في حقه 1194.

المطلب الثاني: الحق في الإعلام المخول للأجير مكون أساسي للعدالة الإجرائية

إن ما يمكن تسميته بالحق في الإعلام المفترض تخويله للأجير، قد يجد سنده في مركزه القانوني كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، ولذلك فإن هذا الحق يجد موطئا له حتى في مجال منازعات الشغل. وتجدر الإشارة إلى أن تفحص المقتضيات القانونية المؤطرة لمسطرة الفصل التأديبي - الإستماع- 1195 ضمن مدونة الشغل يبرز تعدد تطبيقات الحق في الإعلام المعترف به للأجير، ويمكن الوقوف على أهم هذه التطبيقات من خلال مايلي:

فأولا تفترض المادة 62 من مدونة الشغل تمتيع الأجير بالحق في الإعلام، وتبصيره بكل حقوقه بشأن مسطرة الاستماع بالعلم بها وبأثرها قبل مباشرتها، ويتحقق ذلك من خلال أحقيته في التوصل برسالة لاستدعائه قصد الحضور لجلسة الاستماع، وينبغي أن يتضمن

1192- محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الدار البيضاء، يناير 2007، الصفحة 869.

1193- صادقت المملكة المغربية على هذه الاتفاقية بتاريخ 7 أكتوبر 1993، وقد صدر الظهير الشريف رقم 1.98.167 بتاريخ فاتح رمضان 1432 الموافق لـ 2 أغسطس 2001 القاضي بنشر هذه الاتفاقية في الصيغة العربية للجريدة الرسمية عدد 6062 الصادرة بتاريخ 15 شعبان 1433 الموافق لـ 5 يوليوز 2012 الصفحة 4058..

1194- في هذا المنحى، أوضحت محكمة النقض بأنه: وبمقتضى اتفاقية العمل الدولية رقم 158 لسنة 1982 الخاصة بإنهاء علاقة الشغل بمبادرة من المشغل، أوجب المشرع ومن خلال نص المادة 62 من مدونة الشغل، وقبل أن يتخذ المقرر التأديبي في حق الأجير، أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه بالاستماع إليه بحضور مندوب الأجراء أو الممثل النقابي بالمقابلة والمختار من طرف الأجير نفسه، وذلك ابتداء من التاريخ الذي تبين فيه ارتكاب الفعل،

- قرار محكمة النقض عدد 4227 الصادر بتاريخ 8 نونبر 2016 في الملف الاجتماعي عدد 2015/1/5/1695، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض العدد 82، الصفحة 156.

- قرار محكمة النقض عدد 501 الصادر بتاريخ 19 فبراير 2015 في الملف الاجتماعي عدد 2013/1/5/1935 كرس في المحكمة خرق الاتفاقية الدولية رقم 158 لمنظمة العمل الدولية، وهو القرار المنشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض، القضاء رأسمال لامادي وطني، السنة 2015، الصفحة 176.

- قرار محكمة النقض عدد 432 الصادر بتاريخ 27 مارس 2014 في الملف الاجتماعي عدد 2013/1/5/596.

1195- باعتبارها مختلف الإجراءات التي يتعين على المشغل إتباعها قبل إنهاء عقد الشغل الذي يوقعه مع الأجير.

- يراجع في هذا الإطار :

- محمد سعيد جرندي. الدليل العملي لمدونة الشغل. الجزء الأول. مطبعة صناعة الكتب، الدار البيضاء، الطبعة 2016، الصفحة 349.

الاستدعاء تاريخ 1196 ارتكابه للفعل أو الأفعال المزعوم جسامتها، وتحديدتها بالضبط، حتى لا تظل مجرد أخطاء عامة، وبالتالي يسهل على القضاء مراقبتها،

وثانياً تركز هذه المادة للحق المذكور من خلال إعلام الأجير بما راج في جلسة الاستماع، بحيث يتعين على المشغل بعد تحرير محضر بخصوص موضوع الاستماع تسليم الأجير نسخة منه، حتى يتسنى له الاطلاع على ما صرح به وما أبداه من أجوبة وردود عن الأفعال المنسوبة إليه، خاصة وأن المعطى النفسي يكون حاضراً ويؤثر بقوة لحظة الاستماع إليه، بالنظر لمركز الأجير آنذاك، إذ لا يتصور أن يكون الأجير في كامل تركيزه خاصة عندما يجد الأجير نفسه أمام لجنة تمثل الشركة عوض مشغل أو من ينوب عنه، ومن ثمة وجب تسليمه نسخة من محضر الاستماع ليتحقق إعلامه بمضمون هذه الجلسة، ولتتاح له فرصة التعبير عن موقفه مما ضمن كتصريحات له.

كما يتمثل الحق في الإعلام المتحدث عنه كذلك عبر مقتضيات المادة 63 من مدونة الشغل التي تؤسس للإعلام المستمد من معرفة مآل جلسة الاستماع، بحيث من حق الأجير معرفة موقف المشغل 1197 في أجل معقول، والحصول على **مقرر الفصل** عندما لا تقتنع المشغلة بردود الأجير، أو عندما تكون مصممة على إنهاء العقد معه، وفي هذا الإطار نصت المادة 63 من مدونة الشغل في فقرتها الأولى على أنه يسلم مقرر الفصل إلى الأجير المعني بالأمر يدا بيد مقابل وصل، أو بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل داخل أجل 1198 48 ساعة من تاريخ اتخاذ المقرر المذكور،

1196- للتأكيد على أهمية تاريخ التبين من الخطأ أوضحت محكمة النقض بأن تضمين تاريخ التبين من الخطأ الجسيم المنسوب للأجير إلزامي لاحتساب مدى احترام المشغل لأجل ثمانية أيام المنصوص عليها بالمادة 62 من مدونة الشغل، وأن إغفاله يجعل مسطرة الفصل التأديبي معيبة شكلاً.

- قرار رقم 1/462 المؤرخ في 25 أبريل 2017 في الملف الاجتماعي عدد 2016/1/5/1386، منشور ضمن سلسلة إصدارات المكتب الفني لمحكمة النقض، المنازعات الشغلية في ضوء قرارات محكمة النقض، العدد السابع، 2020، الصفحة 147.

1197- فبعد انتهاء المشغل من مسطرة الاستماع للأجير، يتوجب على المشغل اتخاذ قراره إما بعدم مؤاخذه تأديبياً أو بإقرار العقوبة المناسبة، وهو الأمر الذي يصطدم بالأجل الذي يتعين فيه على المشغل أن يتخذ مقرر الفصل.

وأمام سكوت مواد مدونة الشغل عن الأجل الذي يتعين فيه اتخاذ مقرر الفصل، عملت محكمة النقض على استنتاج أن يكون هذا الأجل قصيراً، وقد جاء في حثية أحد قراراتها ما يلي:

حيث صرح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أنه لا يوجد ضمن مسطرة الفصل من الشغل بسبب الخطأ الجسيم، المنصوص عليها بالمواد من 62 إلى 64 من مدونة الشغل، أي نص يلزم باتخاذ مقرر الفصل من الشغل، داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ إنجاز مسطرة الاستماع إلى الأجير، لكن باعتبار أن المشرع ضمن مسطرة الفصل من الشغل لأجل قصير، حيث حدد أجل ثمانية أيام لإنجاز مسطرة الاستماع، وأجل 48 ساعة لتسليم مقرر الفصل من الشغل إلى الأجير، يقتضي أن يكون أجل اتخاذ عقوبة الفصل من الشغل قصيراً، وتستقل محكمة الموضوع في تقدير هذا الأجل حسب ظروف الحال، والمحكمة حينما حصرت هذا الأجل في ثمانية أيام، استناداً إلى مقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل، التي لم تحدد أي أجل لاتخاذ مقرر الفصل من الشغل، تكون قد بنت قرارها على أساس غير سليم وعرضته للنقض.

- قرار محكمة النقض عدد 1/756 بتاريخ 2017/09/07 في الملف الاجتماعي عدد 2017/1/5/474، منشور بمؤلف: وفاء جوهري، قانون الشغل بالمغرب، عقد الشغل الفردي بين النظرية والتطبيق، مكتبة المعرفة مراكش، الطبعة الأولى 2018. الصفحة 225.

1198- إن تسليم مقرر الفصل عملاً بالمادة 63 من مدونة الشغل كان موضوعاً لتوجهات قضائية متعددة خاصة على مستوى محكمة النقض، بالنظر للإشكالات التي تثار بمناسبة اتخاذ وتسليم مقرر الفصل للأجير وأجل ذلك.

وهكذا اعتبرت محكمة النقض في أحد قراراتها بأن مقرر الفصل التأديبي حتى وإن لم يحدد المشرع له تاريخاً معيناً لاتخاذها، فإن المفروض صدوره من المشغل فور الانتهاء من الاستماع للأجير ليكون على بينة من أمره بخصوص مضمون العقوبة المقررة في حقه، مما يجعل الثمانية أيام المحددة كأجل أقصى للاستماع للأجير المتابع تأديبياً طبقاً لما تنص عليه المادة 62 من مدونة الشغل هي في نفس الوقت الأجل الذي يتعين فيه اتخاذ المقرر التأديبي من طرف المشغل.

- قرار المجلس الأعلى سابقاً- محكمة النقض حالياً- عدد 535 بتاريخ 25 مارس 2009 في الملف عدد 2008/681. منشور بمؤلف محمد بقيق، مدونة الشغل والعمل القضائي، مرجع سابق، الصفحة 77.

وتكريسا لنفس الحق أوجبت المادة 64 من نفس المدونة أن يتضمن مقرر الفصل الأسباب 1199 المبررة لاتخاذها، وتاريخ 1200 الاستماع إليه، مرفقا هذه المرة بمحضر 1201 الاستماع المشار إليه في المادة 62 من مدونة الشغل، ضمانا 1202 للأجير، مع ملاحظة أن خلو مقرر الفصل من أحد البيانات هذه يؤثر على سلامة المسطرة ويجعلها معيبة، إذ توصف كذلك قضاء كلما تمسك الأجير بخلو مقرر الفصل من أحدها، بحيث إن احتواء مقرر الفصل عن بيان واحد لا يغني عن باقي البيانات الأخرى.

ويمكن الوقوف أخيرا على تطبيقات الحق في الإعلام موضوع هذا المطلب من خلال مقتضيات المادة 65 من مدونة الشغل، ذلك أنه إذا كان للأجير حق المنازعة أمام القضاء بخصوص عقوبة فصله عن العمل المتخذة في حقه من قبل مشغله، تحت طائلة سقوط حقه، إذا لم يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة، داخل أجل تسعين يوما من تاريخ توصله بمقرر الفصل، فإن الحق في الإعلام يقتضي عملا بأحكام الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة يجب النص على هذا الأجل أي أجل السقوط، في مقرر الفصل، وهو ما يعني أن النص على أجل التسعين يوما من بين البيانات التي يجب أن يحتويها مقرر الفصل، وبالتالي فخلو هذا الأخير من الإشارة إليه يؤدي إلى تعيب مسطرة الفصل برمتها، عندما يتمسك الأجير بذلك كأحد الدفوع التي يواجه بها إجراءات فصله عن العمل 1203.

المبحث الثاني: إسهام القضاء في تكريس العدالة الإجرائية:

لا يكفي لتوفير حماية فعالة وحقيقية للأجراء من الفصل، أن يسن المشرع ترسانة قانونية من الإجراءات، بل يجب تنزيل هذه المقتضيات على أرض الواقع، وتعزيز ذلك برقابة قضائية تضمن حسن تطبيقها عمليا من ناحية، لتكريس ما يطلق عليه العدالة الإجرائية لمسطرة الفصل التأديبي، من ناحية أخرى.

كما كان لمحكمة النقض فرصة توضيح إشكالية احتساب أجل تبليغ الأجير بمقرر الفصل، حيث أكدت بان العبرة في احتساب أجل الثمانية والأربعين ساعة لتبليغ مقرر الفصل للأجير، وفق مقتضيات المادة 63 من مدونة الشغل بتاريخ إيداع الرسالة لدى مصلحة البريد، حيث يكفي أن يكون الإيداع قد تم داخل ثمانية وأربعين ساعة لاعتباره قد وقع قانونيا، والأمر ينطبق في حالة اختيار تبليغ مقرر الفصل بواسطة المفوض القضائي، ذلك أن العبرة تكون بتاريخ توجيه طلب تعيين مفوض قضائي قصد تبليغ مقرر الفصل أو بتاريخ إيداع الطلب مباشرة لدى المفوض القضائي.

- قرار عدد 698 الصادر بتاريخ 9 ماي 2013 في الملف الاجتماعي عدد 2012/2/5/1248، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض العدد 76، السنة 2013، الصفحة 271.

- وللتأكيد على الطابع الفوري لاتخاذ مقرر الفصل، أوضحت محكمة النقض بان تقاعس المشغلة عن اتخاذ مقرر الفصل داخل أجل معقول، لا يمكن إلا أن يحمل على أن ما نسب إلى الأجير لا يرقى إلى مرتبة الخطأ الجسيم، وكأنها تنازلت عن مسطرة الفصل. (قرار عدد 640 الصادر بتاريخ 17 يوليوز 2018 في الملف الاجتماعي عدد 2018/1/5/1706، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الاجتماعية، العدد 37، السلسلة 7، الصفحة 64).

1199 - لأن السلطة الممنوحة للمحكمة في إطار الرقابة على الخطأ الجسيم ليست مطلقة بل مقيدة بضرورة البحث عن أسباب الفصل الواردة في مقرر الفصل وحده، ولا حق لها في مناقشة أخطاء أخرى يضيفها المشغل أو تثار بمناسبة تحقيق الدعوى.

1200 - حتى يتسنى للمحكمة مراقبة مدى تقييد المشغلة بأجل 8 أيام المعتبر كأجل قانوني للاستماع للأجير.

1201 - إن قراءة المادتين 62 و 64 من مدونة الشغل تتيح التوصل إلى أن الأجير ينبغي أن يتوصل بداية بنسخة من محضر جلسة الاستماع فور إنجازها، وأن يتوصل أيضا بأصل هذا المحضر، وهو ما يعني أن المشغلة لا يمكنها التمسك بتسليمها للأجير نسخة من محضر جلسة الاستماع حينما لا ترفق مقرر الفصل بمحضر الاستماع.

1202 - بشرى العلوي، الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2007، الصفحة 51.

1203 - وتكريسا لذلك اعتبرت محكمة النقض بان سقوط الحق في إقامة دعوى الفصل التأديبي لفوات أجل التسعين يوما عن التوصل بمقرر الفصل، رهين باحترام المشغل لمقتضيات المسطرة القانونية، والنص على الأجل المذكور في المقرر الموجه للأجير.

- قرار محكمة النقض عدد 1737، الصادر بتاريخ 13 شتنبر 2012 في الملف الاجتماعي عدد 2011/1/5/618، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الاجتماعية عدد 13 الصفحة 127.

وتتأصل الرقابة القضائية من أحكام المادة 1204 42 من مدونة الشغل نفسها، وبالتالي فإن تدخل القضاء يتسم بطابع الازدواجية، فمن جهة يراقب إجراءات مسطرة الفصل، ومن ناحية ثانية يتحقق مما يقدمه المشغل كوسائل لإثبات الأخطاء المنسوبة للأجير.

ولما كان نطاق التدخل القضائي لتكريس العدالة الإجرائية المشوذة ينصرف إلى شكلية مسطرة الفصل التأديبي، فنكتفي فقط بمقاربة تطبيقات 1205 ذلك، دون الخوض في مناقشة دور القضاء في إثبات الأخطاء التي يؤسس عليها المشغل مقرر فصل الأجير.

وهكذا يمكن مقارنة هذا المبحث من خلال استعراض وتحليل مختلف التوجهات الحديثة لمحكمة النقض المكرسة للعدالة الإجرائية من خلال ما يلي:

المطلب الأول: دور القضاء في حماية خصوصية الأجير واحترام حقوقه الشخصية.

لقد أفرزت التطبيقات العملية لمدونة الشغل ظهور عدة نوازل أثارت إشكالات ترتبط بمسطرة الفصل التأديبي، خصوصا أمام سكوت النص عن تنظيمها، بحيث إنه وفي إطار عقد جلسة الاستماع للأجير، يلجأ الطرف المشغل إلى الإستعانة بأحد المفوضين القضائيين للحضور لأطوار جلسة الاستماع، حيث يعتمد إلى تحرير محضر خاص به يبين فيه مجريات هذه الجلسة بتفاصيلها ويشهد على ما عينه من معطيات، وهذا المحضر تحتفظ به المشغلة ولا تسلم منه أي نسخة من الأجير، كما قد يحضر محضر الاستماع الأساسي وهذا الأخير هو الذي يخضع لمقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل من حيث وجوب تسليم نسخة منه للأجير.

والملاحظ أن استعانة الجهة المشغلة بالمفوض القضائي ليس له أي سند في القانون، ويمكن تفسير سكوت مدونة الشغل عن مكنة إحضار المفوض القضائي، لكون مؤسسة المفوض القضائي 1206 لم تكن موجودة إبان صدور مدونة الشغل سيما وأن تنظيمها يعود لسنة 2006. وفي سياق مقارنة التطبيقات القضائية المتصلة بإشكالية حضور المفوض القضائي لجلسة الاستماع، أثير دفع متعلق بحضور المفوض القضائي لجلسة الاستماع وتوقيعه على المحضر، واعتبر مثير الدفع بأن هذا الحضور يعد خرقا لمقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل.

وبعد عرض النزاع على محكمة النقض أخذت بالمفهوم الضيق للمادة 62 المذكورة، كما استحضرت ما للأجير من خصوصية داخل المقولة التي يشتغل بها، وانتهت إلى التأكيد على أن حضور المفوض القضائي لجلسة الاستماع يشكل فعلا خرقا لمقتضيات المادة 62 المتمسك بها.

وقد عبرت محكمة النقض عن موقفها من خلال حيثية جامعة جاء فيها :

حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أن المشرع إن كان قد أوجب توفير فرصة الدفاع للأجير عن نفسه ضد ما نسب إليه من أخطاء جسيمة، من خلال المادة 62 من مدونة الشغل، فإنه كان حريصا على أن يكون محضر الاستماع داخل المقولة، ولم يسمح بحضورها إلا للشخص الذي يؤازر الأجير، شريطة أن يكون مندوبا للأجراء أو ممثلا نقابيا، أو من ضمن أجراء المقولة، مستبعدا، تدخل أي أجنبي عن علاقة الشغل في إنجاز هذه المسطرة، وقد تبين أن الطاعنة سمحت للمفوض القضائي بحضور جلسة الاستماع، والتوقيع عليه، وكأنه طرفا

1204- تنص المادة 42 من مدونة الشغل في فقرتها الأخيرة على أنه تخضع لمراقبة السلطة القضائية، القرارات التي يتخذها المشغل في إطار ممارسة سلطته التأديبية.

1205- Faïçal Faquih, Mehdi Lahdidi, code du travail/ licenciement les innovations de la cour de cassation, L'Economiste Edition N°4302 du 20 juin 2014.

- Mohamed Oulhouir, Procédure de licenciement : ce que dit la jurisprudence, Article du 26 janvier 2017, disponible au site web les Eco.ma.

1206- لقد تم تنظيم مهنة المفوضين القضائيين بموجب الظهير الشريف رقم 1.06.23 صادر في 15 محرم 1427 الموافق لـ 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 81.03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 الموافق 2 مارس 2006 الصفحة 559.

في المسطرة، وهو ما يعد تجاوزاً، لمقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل، وأن المحكمة بعدم جوابها على هذا الدفع، تكون قد عللت قرارها تعليلاً ناقصاً، مما يعرضه للنقض. لتقضي في الأخير 1207 بنقض القرار المطعون فيه، وإحالة ملف القضية إلى المحكمة نفسها لإعادة البت فيه من جديد طبقاً للقانون، وبهيئة أخرى، وتحميل المطلوبة الصائر.

ولا شك أن احترام الحقوق الشخصية للأجير حين مواجهته بالأخطاء الجسيمة، والتي يفضل في غالب الأحيان أن تظل حبيسة محيط العمل دون أن يطلع عليها أي عنصر أجنبي سواء كان مفوضاً قضائياً أو غيره، طالما أن مواجهة الأجير بالأخطاء المنسوبة إليه أمام العنصر الأجنبي يشكل مسا بكرامته، ويضرب في الصميم خصوصية الأجير التي تتطلب نوعاً من السرية، وكذا السر المهني للمشغل.

من خلال هذا القرار، يمكن القول بأن مبدأ العدالة الإجرائية لمسطرة الفصل التأديبي تقتضي أن يكون الأشخاص الحاضرون لجلسة الاستماع ممن لهم صلة الانتساب المباشر للمقاولة، ويستوي أن تكون لهم صفة الأجراء 1208 أو مندوب الأجراء، أو ممثل نقابي لهؤلاء، وماعدا هؤلاء يظل طرفاً أجنبياً عن علاقة الشغل، وبالتالي لا يمكنه التدخل في إنجاز هذه المسطرة، ولا الحضور لأطوارها، وفي ذلك حماية لخصوصية الأجير التي ينبغي تحصينها حتى ولو ارتكب فعلاً الأجير الأخطاء المنسوبة إليه، مادام أن الحفاظ على السر المهني للمشغل يتعين أن يقابله الحفاظ على خصوصية الأجير كذلك، وكفالة مراعاة عدم المس بكرامته كإنسان. وبذلك تكون محكمة النقض من خلال اجتهادها هذا، قد كرست للحق في احترام خصوصية الأجير حين مواجهته بالأخطاء الجسيمة المنسوبة إليه، وبالتالي سيشكل توجيهها يمكن لمحاكم الموضوع تنبيه وتوظيفه في النوازل المعروضة عليها.

ومن الاجتهادات الحديثة لمحكمة النقض المكرسة كذلك لحق الأجير في استقرار مركزه القانوني، باعتباره حق خالص له، ما أصدرته بمناسبة رقيبته على تسريع اتخاذ المقرر التأديبي، وافصاح المشغل عن موقفه من الأجير، خلال أجل معقول حتى لا يتأثر مركز الأجير وتهتز استمراريته في العمل، بحيث أوضحت بأن الاستماع للأجير تبعاً للمادة 62 من مدونة الشغل تقتضي اتخاذ الإجراء المناسب إما الاستمرارية في العمل أو الفصل، إذ استمرار الأجير في العمل لمدة غير معلومة بعد جلسة الاستماع واتخاذ مقرر الفصل في حقه بعد طول المدة يشكل إخلالاً باستقرار الشغل، وبالتالي طرد تعسفي 1209.

المطلب الثاني: دور القضاء في تكريس مقومات المحاكمة العادلة:

إن المحاكمة المقصودة هنا ليست المحاكمة العامة التي تتم أمام هيئة الحكم، وإنما المقصود بها قياساً على ذلك، محاكمة الأجير من قبل المشغل-تجاوزاً، وإذا كانت المحكمتان المشار إليهما تلتقيان معاً في عنصر واحد، يتمثل في أن كلاهما يكون منطلقه الاستدعاء الموجه للمعني به، فإن الاستدعاء الموجه للأجير في إطار محاكمته بمقرر العمل عملاً بالمادة 62 من مدونة الشغل أفرز توجيهاً قضائياً ارتبط بمقومات المحاكمة المنصفة للأجير في الشق المتعلق باستعداد الأجير للمحاكمة.

ذلك أن المادة 62 من مدونة الشغل وإن افترضت توجيه المشغل رسالة الاستدعاء للأجير قصد الاستماع إليه، وفصل (بتشديد الصاد) القضاء في بياناتها كما سبق توضيحه، فإن هذه المادة سكنت عن تحديد المدة الفاصلة بين تاريخ توصل الأجير بالاستدعاء، وتاريخ انعقاد جلسة الاستماع، علماً أن هذا السكوت يعطي كامل الصلاحية للمشغل قصد الاستماع للأجير ولو في نفس اليوم الذي يتوصل بالاستدعاء،

1207 - قرار محكمة النقض رقم 1/436 المؤرخ في 19 مارس 2019 موضوع الملف الاجتماعي عدد 2018/1/5/1048، قرار منشور ضمن سلسلة

إصدارات المكتب الفني لمحكمة النقض، المنازعات الشغلية في ضوء قرارات محكمة النقض، العدد السابع، 2020، الصفحة 54

1208 - اعتبرت محكمة النقض في أحد قراراتها بأن حضور إحدى العاملات لجلسة الاستماع في غياب مندوب الأجراء والممثل النقابي لا يعتبر خرقاً للمادة 62 من مدونة الشغل

- قرار محكمة النقض عدد 258 بتاريخ 17 مارس 2001 في الملف الاجتماعي رقم 2009/1/5/1302.

1209 - قرار رقم 1/336 الصادر بتاريخ 26 فبراير 2019 في الملف الاجتماعي عدد 2017/1/5/500، منشور ضمن سلسلة إصدارات المكتب الفني لمحكمة النقض، المنازعات الشغلية في ضوء قرارات محكمة النقض، العدد السابع، 2020، الصفحة 49.

حيث إنه من الناحية القانونية، ليس هناك ما يمنح المشغلة من الاستماع إلى الأجير مباشرة بعد إفصاحها له عن رغبتها في الاستماع إليه وإعلامه بذلك، غير أن سكوت المشرع عن تحديد مدة فاصلة بين تاريخ إعلام الأجير بجلسة الاستماع يسائل من جهة مقومات المحاكمة العادلة التي ينبغي أن تسود حتى في خضم مسطرة الاستماع، كما يضرب في الصميم حق الدفاع المخول للأجير.

وترسيخا لهذه العنصرين، اتجه المشرع الفرنسي 1210 على سبيل المثال، إلى تحديد مدة فاصلة بين تاريخ الاستدعاء والتاريخ المقرر للإستماع للأجير، بحيث أوجب أن تفصل بينهما على الأقل مدة خمسة أيام كاملة.

ورغم سكوت المشرع عن تحديد المدة الفاصلة بين تاريخ الاستدعاء وتاريخ جلسة الاستماع، المفترض التقيد به ضمنا لمحاكمة الأجير محاكمة منصفة، وتمكينه من تهئية أوجه دفاعه بما فيها إعداد وإحضار الوثائق التي تفيد لرد الأخطاء المنسوبة إليه، وتفادي عنصر المفاجئة الذي تقدم عليه المشغلة، فإن القضاء المغربي لم يفوت فرصة تكريس مبدأ المحاكمة العادلة وتطبيقه حتى في مجال مسطرة الاستماع للأجير، ذلك أن محكمة النقض طالعت رجال القانون والقضاء باجتهاد مبدئي ينم عن تشبع مستشاريها بمبادئ حقوق الإنسان، ومراعاتهم لأسس الاستماع العادل للأجير،

وهكذا اعتبرت محكمة النقض 1211 أنه لا يمكن مباغته الأجير بحضوره لجلسة الاستماع قصد اطلاعه على الأخطاء المنسوبة إليه في يوم الاستماع إليه، مؤكدة أن ذلك يندرج ضمن أحقيته في الاستفادة من مقومات المحاكمة العادلة.

وعلى ضوء هذا القرار نعتقد أنه آن الأوان ليتدخل المشرع لتعديل مقتضيات مدونة الشغل بما في ذلك النص على أجل موضوعي يفصل بين تاريخ استدعاء الأجير والتاريخ المقرر ليوم جلسة الاستماع، تفاديا لكل تضارب في تفسير وتأويل الأجل المعتبر كمدة فاصلة بين الواقعتين.

كما نشير أيضا إلى أنه وللتأكيد على دور القضاء في تكريس مفهوم العدالة الإجرائية في مجال نزاعات الشغل، حينما يتعلق الأمر بالفصل التأديبي للأجير، اعتبرت محكمة النقض 1212 بأن المشغل يكون ملزما باحترام مسطرة الفصل من بدايتها إلى نهايتها، بحيث لا يمكن القفز عن إجراء من إجراءات المسطرة، كما لا يغني القيام بإجراء واحد عن باقي الإجراءات، فضلا على أن المحكمة لا تنظر إلى

¹²¹⁰ - بالرجوع إلى الفصل 2-1232 L من مدونة الشغل الفرنسية وخاصة الفقرة الأخيرة نجد نصا على أنه:

« L'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la lettre de convocation. »

¹²¹¹ - وقد جاء في حثيثة قرار محكمة النقض ما يلي:

- « حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أنها تمسكت أمام المحكمة بعدم استدعائها لجلسة الاستماع ومفاجأتها بذلك، وهو ما أكدته المشغلة من خلال ممثلها القانوني بجلسة البحث والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتبرت أن حضور الأجير لجلسة الاستماع المقررة والاستماع إليها وفق كافة الضمانات التي يكفلها القانون ومنها حضور مندوب الأجراء الذي اختارته بنفسها، تكون الغاية التي توخاها المشرع من سن هذه المادة قد تحققت، وذلك بمنحها فرصة للدفاع عن نفسها من أجل الأفعال المنسوبة إليها، تكون قد خرقت المادة 62 من مدونة الشغل لأن إتاحة الفرصة للأجير للدفاع عن نفسه لا يتعين أن تتوافر فقط في جلسة الاستماع، وإنما من قبل ذلك من باب أولى، وذلك باستدعائها للاستماع ومنحها أجلا مناسباً، وليس كما فعلت المشغلة، وذلك بالاستماع للأجير في نفس يوم إشعاره حتى يكون على علم وبينة مما سيطبق في حقه وسيواجه به ضمنا وصيانة لحقوق دفاعه باعتبارها من مقومات المحاكمة العادلة المضمونة دستوريا بنص الفصل 120 من الدستور ودوليا حسب ما أقرته اتفاقيات منظمة العمل الدولية، لأن المشرع من خلال تعبير منح الفرصة للدفاع توخى تبصير الأجير بحقوقه بشأن مسطرة الاستماع بالعلم بها، وبأثرها قبل مباشرتها زمنيا باستدعائه لها وليس بمفاجأتها بها مما تعذر عليه ترتيب دفاعه بشأنها بوقت كافي، والقرار لما نحن خلاف ذلك يكون معرضا للنقض وبغض النظر عن باقي الوسائل. ».

- قرار محكمة النقض رقم 1/1276 المؤرخ في 4 دجنبر 2018 في الملف الاجتماعي عدد 2016/1/5/1665، منشور بمجلة محكمة النقض، المنازعات الشغلية في ضوء قرارات محكمة النقض، العدد السابع، 2020، الصفحة 90.

¹²¹² - قرار محكمة النقض عدد 543 الصادر بتاريخ 22 مارس 2016 في الملف الاجتماعي عدد 2014/1/5/1353.

الأخطاء المرتكبة من طرف الأجير إلا بعد أن تتأكد من سلامة مسطرة 1213 الفصل المنصوص عليها في المادة 62 وما بعدها من مدونة الشغل، تحت طائلة اعتبار الفصل الذي تعرض له الأجير متسماً بالتعسف 1214. ولا يغني المشغلة عن ذلك مجرد القول بأن الأجير ارتكب خطأ جسيماً يستوجب فصله 1215، طالما أنها لم تستمع إليه وفق شروط المادة 62 وما يليها من مدونة الشغل لإثبات هذا الخطأ ولكي يدافع عن نفسه.

ونشير في ختام هذه المساهمة المتواضعة، إلى أن مقاربتنا لموضوع العدالة الإجرائية في ارتباط بمسطرة الفصل التأديبي، لم يأت ليبيان جميع المراحل التي تقطعها مسطرة الفصل التأديبي، وإنما حاولنا مقارنة مختلف المحطات التي تدخل في المسطرة وتؤصل للموضوع، وتثير إشكالات كبيرة على مستوى التطبيق العملي تكريسا لهذا المفهوم، أي مفهوم العدالة الإجرائية في مسطرة الفصل التأديبي.

¹²¹³- وفي نفس السياق أصدرت محكمة النقض القرار عدد 7 بتاريخ 6 يناير 2016 في الملف الاجتماعي عدد 2014/1/5/923 جاء في حيثيته: أن المشغل الذي يريد فصل أحد أجراءه لوجود مبرر مقبول يخوله ذلك، يجب عليه قبل الإقدام على ذلك سلوك مسطرة الفصل التأديبي برمتها والقيام بكل الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 62 إلى 65 من مدونة الشغل من بدايتها إلى نهايتها.

- قرار منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض، تكريس الحقوق الدستورية، السنة 2016، الصفحة 103.

¹²¹⁴- قرار عدد 638 الصادر بتاريخ 10 يوليوز 2018 في الملف الاجتماعي عدد 2018/1/5/218، منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2018، الصفحة 118.

¹²¹⁵- قرار محكمة النقض عدد 389 الصادر بتاريخ 20 مارس 2014 في الملف الاجتماعي عدد 2013/1/5/374، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض العدد 77، الصفحة 273.

المراجع والمصادر

المراجع باللغة العربية:

- - محمد بنحساين، الفصل من العمل ومسطرة الاستماع إلى الأجير من خلال مدونة الشغل والعمل القضائي، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 14-15 شتنبر 2008.
- - عبد الكريم السكر، أثر العدالة الإجرائية في الأداء الوظيفي، دراسة تحليلية، مجلة العلوم الإدارية، المجلد 40، العدد 1، السنة 2013.
- - أمينة رضوان، مدونة الشغل من خلال الاجتهاد القضائي دراسة مقارنة، مطبعة الأمنية الرباط، 2016.
- - عبد الحفيظ علي، أثر العدالة الإجرائية على سلوك المواطنة التنظيمية، مجلة العلوم الاقتصادية، العدد 16، السنة 2015.
- - عمر أزوكار، التوجهات الكبرى لمحكمة النقض في مدونة الشغل الجزء الخامس، الطبعة الأولى، 2019.
- - محمد بقيقير، مدونة الشغل والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، 2011.
- - محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الدار البيضاء، يناير 2007.
- - محمد سعيد جرندي، الدليل العملي لمدونة الشغل. الجزء الأول. مطبعة صناعة الكتب، الدار البيضاء، الطبعة 2016.
- - بشرى العلوي، الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2007.
- - وفاء جوهر، قانون الشغل بالمغرب، عقد الشغل الفردي بين النظرية والتطبيق، مكتبة المعرفة مراكش، الطبعة الأولى 2018.
- - مجلة قضاء محكمة النقض العدد 82.
- - التقرير السنوي لمحكمة النقض، القضاء رأسمال لامادي وطني، السنة 2015.
- - مجلة قضاء محكمة النقض العدد 76، السنة 2013، الصفحة 271.
- - نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الاجتماعية، العدد 37، السلسلة 7.
- - قرار محكمة النقض عدد 1737، الصادر بتاريخ 13 شتنبر 2012 في الملف الاجتماعي عدد 618/1/5/2011، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الاجتماعية عدد 13.
- - المنازعات الشغلية في ضوء قرارات محكمة النقض، العدد السابع، 2020.
- - التقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2018.
- - مجلة قضاء محكمة النقض العدد 77.

المراجع باللغة الفرنسية:

- - Eve-Angéline Lambert, l'analyse économique des litiges du travail, thèse de doctorat, Nancy Université, faculté de droit, sciences économiques et gestion, 2008-2009, page 17.
- - Rahali Amina Souad, les relations de travail et la gestion des conflits dans l'entreprise, Mémoire du Master, Université Abou –Bekr Belkaid-Tlemcen, facultés des sciences économiques, gestion et sciences commerciales.
- - Soufiane Frimousse, Jean Peretti. la diversité des formes de performance au travail : le rôle de la justice organisationnelle. Revue management et avenir, N°18-2008.
- - Faïçal Faquih, Mehdi Lahdidi, code du travail/ licenciement les innovations de la cour de cassation, L'Economiste Edition N°4302 du 20 juin 2014.
- - Mohamed Oulkhoudir, Procédure de licenciement : ce que dit la jurisprudence, Article du 26 janvier 2017, disponible au site web les Eco.ma.

تأمين المقاول على فقدان الاستغلال

✍️ **زكرياء الشوبخي**

باحث بسلك الدكتوراه

كلية الحقوق السويسي - جامعة محمد الخامس الرباط

ملخص:

نظرا لتنوع المخاطر التي تحيط بالمقاول فإن اللجوء إلى أداة التأمين يبقى من الحلول المتاحة لها لتتجاوز تلك المخاطر، التي تؤدي في أغلب الأحيان لخسائر تبعية منها انخفاض رقم معاملات المقاول نتيجة توقفها عن ممارسة نشاطها بسبب إعادة تشييد المباني أو إعادة شراء الآلات الإنتاج إلى غيرها من الأضرار، كما يؤدي استمرار توقف نشاطها إلى خسارة الأرباح التي كانت تحصل عليها في الأحوال العادية قبل وقوع الحادث، من هنا يبرز دور التأمين على فقدان الاستغلال الذي يضمن الخسائر اللاحقة للمقاول، إلا أن هذه المقتضيات الفنية تبقى بحاجة للنظر إليها من الزاوية القانونية وهو هدف هذه الورقة.

Résumé :

vu la diversité des risques qui entoure l'entreprise, le recours à l'outil d'assurance reste l'une des solutions les plus efficaces pour dépasser cette situation ce qui entraîne des conséquences financières à cause de l'arrêt de son activité je cite (La diminution du nombre de transactions contractuelles suite à des travaux de rénovations de bâtiments ou l'achat de nouveaux matériels et machines de production et d'autres dommages), et cela faire perdre l'entreprise même les bénéfices qu'elle obtenait dans les conditions normales et c'est là où le rôle de l'assurance sur la perte d'exploitation qui garantit les pertes ultérieures à l'entreprise, mais ces exigences techniques doivent encore être considérées du point de vue juridique, ce qui est l'objectif de cet article.

المقدمة:

تعرض المقاوله عند ممارسة نشاطها إلى مجموعة من المخاطر¹²¹⁶ لا تستطيع تحمل أضرارها بمفردها نظرا لجسامتها المالية، وكذا لعنصر المفاجأة والمباغته الذي يرافقها، لتبرز فكرة التأمين التي تعتمد على الاحتياط والحذر من المستقبل وتفادي الخسائر المادية المتوقعة التي تسببها الكوارث والحوادث المستقبلية والتي لا يمكن للمقاوله لوحدها دفعها أو أن تحدد مقدارها وجسامتها والنتائج المترتبة عنها.

ومن هذا المنطلق يقوم التأمين بتحمل العواقب المالية محل المقاوله نتيجة الأضرار التي ألحقت بها، سواء كان الخطر حريق أو فيضانات أو انكسار آلات الإنتاج أو دمار منشآت المقاوله إلى غيره من المخاطر، غير أن هذه الأضرار رغم جبرها من خلال التعويضات التي يقدمها التأمين فآثارها تمتد لفترات لاحقة من الزمن بعد حصول الضرر المادي، لأن نشاط المقاوله سيتوقف حتى يتم إعادة بناء المنشآت المهتمة وصيانة آلات الإنتاج واستبدال البضائع التي هلكت بفعل الخطر المتحقق، ناهيك عن توقف المقاوله عن كسب الأرباح طيلة المدة التي ستحتاجها للعودة لمزاولة نشاطها بنفس الكيفية التي كانت عليها قبل وقوع الحادث، وفي هذه المرحلة بالضبط يظهر دور "التأمين على فقدان الاستغلال"¹²¹⁷.

هذا النوع من التأمين لم يرقم المشرع المغربي بتعريفه سواء في القانون 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات¹²¹⁸، أو حتى في المناشير التي تصدرها هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي¹²¹⁹، غير أن إحدى شركات التأمين المغربية وهي تعرض في موقعها الإلكتروني الرسمي مختلف التأمينات التي تغطيها، تعرضت لهذا النوع من التأمينات فعرّفته كما يلي: "تعمل ضمانة فقدان الاستغلال على تعويض الخسائر المتعرض لها على إثر نقص في رقم المعاملات.

وتضمن المؤمن له على فقدان الهامش الإجمالي المتعرض له أثناء فترة الضمانة، الناتج مباشرة من انقطاع نشاط المقاوله المؤمن عليها، يمكن للمقاوله بالخصوص أن تكون مؤمنة لها على انقطاعات النشاط بسبب الأحداث المضمنة عواقبها:

⁽¹²¹⁶⁾ تحدد بالمقاوله مخاطر قد تأثر على محيطها الداخلي كالمخاطر المالية، نتيجة افتقارها للتمويل أو مخاطر إنتاجية، كتهالك آلات الإنتاج أو ضياعها بسبب مخاطر طبيعية كالحرّيق، كما قد تأثر على محيطها الخارجي كما لو اصطدمت المقاوله بمخاطر ناتجة عن أسباب اقتصادية، كخطر تغيير المستهلكين لأذواقهم أو رفضهم لمنتجاتها إن لم تتناسب وميولهم، أو خطر تبعية المقاوله للمورد بشكل يجعل هذا الأخير المتحكم المباشر في إنتاجها، أو خطر المنافسة بسبب عدم قدرتها الموائية من الناحية الاشهارية أو حتى من ناحية تطوير منتجاتها أو حتى على مستوى المنافسة غير المشروعة، كما تصطدم المقاوله بمخاطر ناتجة عن أسباب طبيعية كالعواصف، الزلازل، الفيضانات، الحريق، الانفجار، أضرار المياه، إلى غيرها من المخاطر الطبيعية.

⁽¹²¹⁷⁾ تظهر حاجة المقاوله للتأمين على فقدان الاستغلال على عدة مستويات، فهو يعتبر بمثابة كفيل للمقاوله تجاه مختلف المتعاملين معها حيث يهدف بدرجة أساسية الحفاظ على التوازن المالي للمقاوله الذي يبقى ضروريا لتحقيق التزاماتها تجاه المتعاقدين معها سواء كانوا زبائن، موردين، أو مستهلكين، كما تمكن أداة التأمين بصفة عامة من تجنب المقاوله تجميد جزء كبير من أموالها لمواجهة الأخطار المختلفة التي يحتمل وقوعها، حيث ومن خلال دفعها قسطا معيناً تحقق ضماناً ضد الخسائر المالية التي يحتمل أن تصيبها نتيجة وقوع خطر معين، إضافة إلى أنه كنتيجة عن تخصص بعض الهيئات في عملية التأمين على فقدان الاستغلال تتسع خبرتها وزيادة معلوماتها حول الطرق المختلفة التي يمكن بواسطتها تفادي الأخطار المختلفة التي تواجه المقاوله، أو على الأقل تخفيض الخسائر النتي المالية التي تترتب عنها، فبتقديمها هذه المعلومات للمقاوله تؤدي خدمة كبيرة لها في مواجهة الأخطار التي تتعرض لها.

⁽¹²¹⁸⁾ الظهير الشريف رقم 1.02.238 بتاريخ 25 رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) الصادر بتنفيذ القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، الجريدة الرسمية عدد 5054 - 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002) ص 3105، كما تم تغييره وتتميمه.

⁽¹²¹⁹⁾ تم إحداث هيئة مراقبة التأمينات والاحتياط الاجتماعي لتحل محل مديرية التأمينات والاحتياط الاجتماعي التي كانت تابعة لوزارة الاقتصاد والمالية، بموجب القانون 64.12 و الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 14 أبريل 2016، وهي الهيئة المكلفة بمراقبة مقاولات التأمين وإعادة التأمين ووسطاء التأمين، وكذا أنظمة الاحتياط الاجتماعي : صناديق التقاعد، تعاضديات الاحتياط الاجتماعي والهيئات المسيرة للتأمين الإجباري على المرض.

- الحريق
- انكسار الآلات إلخ" 1220.

وانطلاقاً من هذا التعريف يتبين من حيث التصنيف 1221 أن التأمين على فقدان الاستغلال يتطلب حصول ضرر إثر نقص رقم المعاملات، وبالتالي فهو يتعلق بالأموال وفق منطوق المادة 12239 من المدونة ولا يدخل ضمن تأمينات الأشخاص 1223، كما أنه ينصب على الأضرار التي تلحق الذمة المالية للمقاولة ليس جراً مطالبة الغير بها كما هو الحال في التأمين من المسؤولية 1224، وإنما نتيجة نقصان رقم أعمالها أو توقف نشاطها بفعل مخاطر من قبيل الحريق أو انكسار الآلات، وبالتالي فهو يدخل ضمن زمرة تأمين الأضرار على الأشياء 1225، مما يترتب عنه تطبيق مقتضيات التأمين عن الأضرار التي جاءت بها مدونة التأمينات.

ويستشف من التعريف كذلك مجموعة من الخصائص التي تميز التأمين على فقدان الاستغلال، فهو تأمين يهتم بالخسائر التبعية 1226، كما أنها خسائره تكون غير ملموسة 1227، وبالتالي لا يمكن قياسها بسهولة 1228.

ويرجع أول ظهور لتأمين فقدان الاستغلال في صورته الحديثة حينما كان في نطاق التكفل بخطر التوقف أو الانقطاع (*le risque d'interruption*) من طرف المؤسسة البريطانية (*The Minerva Universal*) وذلك سنة 1797، بعد ذلك سنة 1821 تولى مؤسسة (*The Beacon Fire insurance Company*) المهمة من خلال طرح منتج تأميني يتمثل في عقد تأمين يعتمد في الأساس على مبدأ التعويضات الأسبوعية تدفع خلال فترة التوقف عن نشاط المقاولة، غير أن النقلة المعبرة لم تتم إلا سنة 1899 بفضل أعمال أحد السماسرة

¹²²⁰ <https://www.wafaassurance.ma/ar/assurance-entreprise/produits/grandes-entreprises/les-biens/perte-dexploitation>

تاريخ الاطلاع 25-04-20

¹²²¹ ينقسم التأمين من حيث شكله إلى تأمين تعاضدي وتأمين تجاري، ومن حيث موضوعه من جهة أولى إلى تأمين اجتماعي وتأمين خاص ومن جهة ثانية إلى تأمين بحري وتأمين جوي وتأمين بري، هذا الأخير هو ما نظمته المشرع المغربي في مدونة التأمينات، فبعد أن أفرد القسم الأول للتأمينات بصفة عامة، قام بتنظيم التأمين من الأضرار في القسم الثاني ثم التأمين على الأشخاص في القسم الثالث.

¹²²² تنص الفقرة الأولى المادة 39 من المدونة على أنه: "إن التأمين المتعلق بالأموال هو عقد تعويض. ولا يمكن للتعويض المستحق على المؤمن لفائدة المؤمن له أن يتجاوز قيمة الشيء المؤمن عليه وقت الحادث."

¹²²³ يغطي التأمين على الأشخاص المخاطر التي تهدد الشخص المؤمن له وليس أمواله، ليشمل بالتالي حسب الفقرة 13 من المادة 1 من المدونة: "تغطية المخاطر المتوقف حدوثها على بقاء المؤمن له على قيد الحياة أو وفاته وكذا الرسملة والأمومة والتأمينات ضد المرض والعجز والزمالة".

¹²²⁴ يقوم على تأمين المؤمن له من الأضرار التي تلحقه في ذمته المالية نتيجة مطالبة الغير له بالتعويض، ونظمه المشرع في المواد من 61 إلى 64 من مدونة التأمينات.

¹²²⁵ وهو الذي يهدف إلى تغطية المخاطر التي من شأنها أن تصيب أشياء معينة بخسائر، مثل التأمين على الحريق أو على المحصولات أو انكسار الآلات.. ونظمه المشرع في المواد من 51 إلى 56 من المدونة.

¹²²⁶ حيث إن المقاولة التي تقوم بتأمين نشاطها وتحصل على تعويض عن خسائرها بسبب الأضرار التي تلحق هذا النشاط، تجد نفسها بعد ذلك لازالت تعاني من خسائر تبعية ناتجة عن توقف النشاط الذي تزاوله إما بصفة جزئية أو بصفة كلية، حيث تستمر في تكبد هذه الخسائر أثناء فترة الصيانة وإعادة تشييد المقاولة من جديد لغاية استئناف نشاطها من جديد بنفس الوتيرة الاعتيادية التي كان عليها قبل الحادث.

¹²²⁷ فعلى عكس الخسائر التي قد تصيب البضائع أو آلات الإنتاج نتيجة الحريق مثلاً والتي تعتبر خسائر مادية ملموسة، فإن خسائر فقدان الاستغلال تكون غير ملموسة لأنها تصيب أرقام معاملات المقاولة داخل السوق التي تنتقص مقارنة بما كان عليه الوضع قبل الحادث، كما قد تصيب سمعتها التجارية داخل السوق نتيجة توقف نشاطها.

¹²²⁸ نظراً لارتباطها بخسائر غير ملموسة كما سبقت الإشارة فهو يعتمد على مجموعة من المعطيات المحاسبية التي يتم استخراجها من حسابات نتائج المقاولة موضوع التأمين (سيتم التعرض لهذه العناصر مع توضيح لكيفية اشتغالها في فقرات قادمة من هذه الورقة)، على عكس الخسائر المادية الملموسة (بضائع، سلع، آلات الإنتاج..) التي يمكن قياسها.

البريطانيين "ليدوفيك مان *Ludovic Mann*" والتي تمثلت في استعمال انخفاض رقم الأعمال الناتج عن توقف نشاط المقولة في تقدير قيمة الخسارة المالية 1229.

وللموضوع أهمية نظرية تنجلي في محاولة النظر إلى هذا النوع من التأمين من الزاوية القانونية باعتباره غير منظم في مدونة التأمينات المغربية رغم وجوده على المستوى الواقعي، كما أنه على مستوى الكتابات القانونية يتصف بالقلة، حيث يتم معالجته في الغالب من الجانب الفني، أما على المستوى العملي فإنه يعتبر من الضمانات القوية التي يمكن لها مساعدة المقولة على الاستمرار في نشاطها، رغم توقفها الاضطراري بسبب المخاطر التي قد تصيبها أثناء فترة حياتها.

انطلاقاً مما تقدم يمكن عرض الإشكالية التالية:

إلى أي حد يمكن معالجة التأمين على فقدان الاستغلال من الزاوية القانونية لتتكامل والجوانب الفنية؟

ولمناقشة هذه الإشكالية فإنني سأطرق في هذه الورقة "لمرحلة التكوين" التي يمر منها التأمين على فقدان الاستغلال دون غيرها من المراحل، وفق التصميم التالي:

□ **المبحث الأول: الطرق القانونية لانعقاد التأمين على فقدان الاستغلال**

□ **المبحث الثاني: الآثار القانونية لانعقاد التأمين على فقدان الاستغلال**

المبحث الأول: الطرق القانونية لانعقاد التأمين على فقدان الاستغلال

بالنظر لتمييز التأمين بصفة عامة بتداخل الجانب الفني مع الجانب القانوني، فإن التأمين على فقدان الاستغلال لا يعتبر استثناء من هذه القاعدة، فهو يتطلب أركاناً قانونية لقيامه (المطلب الأول)، ثم مراحل عملية لإتمامه (المطلب الثاني)، وفي كليهما يعرف خصوصيات ينفرد بها.

المطلب الأول: انعقاد التأمين على فقدان الاستغلال من الناحية القانونية

لم ينظم المشرع المغربي التأمين على فقدان الاستغلال بشكل خاص، مما يستلزم إعمال القواعد العامة المطبقة على التأمين على الأشياء، هذا الأخير يقوم على نفس أركان أي عقد آخر فهو يستلزم التراضي، الأهلية، المحل، والسبب، وهو ما سأعرض له تباعاً باستثناء ركن السبب لأن ليس هناك ما يميزه عن ما هو منظم في النظرية العامة لقانون الالتزامات والعقود المغربي 1230.

الفقرة الأولى: التراضي في التأمين على فقدان الاستغلال

يتطلب قيام عقد التأمين على فقدان الاستغلال حصول التراضي أي توافق الإيجاب والقبول بين المقولة باعتبارها مكتتبة التأمين، والمؤمن، وذلك من خلال إفراغه في شكل مكتوب إما في نفس عقد التأمين الأساسي، أو في ملحق مستقل مادياً عن عقد تأمين الخسائر المادية (التأمين الأساسي) إلا أنه متصل به من حيث الآثار 1231، ويتم هذا الإفراغ وفق الشكل الذي اشترطه المشرع المغربي في المادة 11 من المدونة.

¹²²⁹ Jacques Prévôtès, Joël Eno, L'assurance des pertes d'exploitation, Editions Argus Assurances, 7^{ème} Edition, Paris, 1996, Page 10.

¹²³⁰ ظهير الالتزامات والعقود المغربي الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913).

¹²³¹ سيتم التعرض لكيفية إبرام عقد وملحق التأمين في فقرة لاحقة من هذه الورقة.

كما يجب أن يكون التراضي سليماً لا يشوبه عيب من عيوب الإرادة، حيث على المفاوضة ألا تدلي بتصريحات كاذبة أو تخفي معلومات تؤدي بموجبه إلى تغيير موضوع الخطر أو تنقص من أهميته في نظر المؤمن، فعلى سبيل المثال يجب التصريح بأرقام صحيحة فيما يتعلق برقم مبيعات المفاوضة 1232 سواء تعلق الأمر بمصاريفها الثابتة 1233، أو المصاريف المتغيرة 1234، أو مجمل الربح 1235، أو ربحها الصافي 1236 أو نسبة مجمل الربح 1237، لأن تقدير المؤمن وتوقعاته ستكون مبنية على هذه الأرقام، فمتى كانت غير صحيحة عيبت إرادة المؤمن ومست إدارة عملية التعاون بين مجموع المؤمن لهم، من أجل ذلك تدخل المشرع واعتبر العقد في هذه الحالة باطلاً إذا كان المؤمن له سيء النية طبقاً للمادة 30 من المدونة، مع إعطائه الخيار بين الإبقاء على العقد مع الزيادة في القسط أو فسخ العقد إذا كان المؤمن له حسن نية وفق مقتضيات المادة 31 من المدونة.

الفقرة الثانية: الأهلية في التأمين على فقدان الاستغلال

باعتبار أن المؤمن يكون طبقاً للتشريع المغربي إما شركة مساهمة (المادة 171 من المدونة) أو شركة تعاقدية للتأمين (المادة 173 من المدونة) فإن الأهلية لا تثار من الناحية العملية إلا للمؤمن له، حيث يتطلب في الأحوال العادية التوفر على أهلية إدارة الأموال 1238، أما فيما يتعلق بالمفاوضة فهي تتطلب الأهلية التجارية لمزاولة نشاطها التجاري والمحددة في 18 سنة طبقاً للمادة 209 من مدونة الأسرة، مع الأخذ بعين الاعتبار حالات نقصان الأهلية التي بموجبها يمكن للنائب الشرعي 1239 التدخل لإدارة أموال المفاوضة ومن تم إمكانية إبرام عقد التأمين بصفة عامة.

⁽¹²³²⁾ هي الأموال المدفوعة والأموال المستحقة الدفع للمفاوضة (المؤمن له) عن السلع المباعة والمسلمة وعن الخدمات التي قدمتها خلال مزاولة نشاطه التجاري (ثمن البيع كامل)، ويعتمد على الدورة المالية المحاسبية 12 شهراً من فاتح يناير إلى غاية نهاية دجنبر. **منعم الخفاجي، تأمين خسارة الأرباح الناتجة عن الحريق، الطبعة الأولى، مكتبة التأمين العراقي، 2014، ص 19.**

⁽¹²³³⁾ وتشكل المصاريف غير المباشرة التي تعتبر من عناصر العملية الإنتاجية والتي لا تتأثر بتوقعه أو اضطرابه، بل يستمر المشروع في تكبدها بشكل كامل أو بنفس نسبة الانخفاض في كمية الإنتاج وحسب الحالة أو ربما أقل قليلاً في بعض الأحيان ومن بين هذه المصاريف: الأجور ومكافآت المسيرين؛ أجور العمال؛ الفوائد التي تترتب على القروض؛ أفساط التأمين؛ الإيجار. منعم الخفاجي، نفس المرجع. ⁽¹²³⁴⁾ هي تلك المصاريف التي تتأثر بكمية الإنتاج تزداد بازدياده وتنخفض بانخفاضه إلى حد التوقف النهائي في حالة توقف الإنتاج كلياً، وهذه المصاريف غير قابلة للتأمين بموجب وثيقة التأمين على فقدان الاستغلال لأنها لا تتأثر في حالة توقف أو اضطراب الإنتاج. منعم الخفاجي، نفس المرجع.

⁽¹²³⁵⁾ هو الناتج من الربح الذي تحصل عليه المفاوضة والخاص بعملية البيع والشراء، دون أن تخصم منه المصاريف الإدارية وخصم الضرائب وتكاليف البنوك (تخصم من ثمن البيع الكامل ربحها دون أن تخصم من الربح مبالغ التكاليف). منعم الخفاجي، مرجع سابق، ص 20.

⁽¹²³⁶⁾ صافي الربح الذي يحصل عليه بطرح كل المصاريف والتكاليف الإدارية من ناتج الربح الكلي (تخصم من الربح المتأني عن البيع الكامل مبالغ التكاليف). ⁽¹²³⁷⁾ تحدد هذه النسبة ليسهل على المفاوضة معرفة معدل ربحها السنوي وبالتالي التمكن من مقارنته سواء على مستوى السنوات أو مع باقي المفاوضات المنافسة، وهو ناتج مجمل الربح على رقم المبيعات. منعم الخفاجي، نفس المرجع.

⁽¹²³⁸⁾ تعتبر الأهلية كاملة ببلوغ الراشد سنة 18 عشر سنة حسب المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية مما يترتب عليها توفره على أهلية الأداء، والتي بموجبها يكون الشخص قادراً على ممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاد تصرفاته طبقاً لما جاء في المادة 208 من مدونة الأسرة، مما يجعله أهلاً بالتالي لإبرام عقد التأمين، كما يبرم هذا العقد في حالات أخرى لبعض الأشخاص إما لتوفرهم على مؤهلات خاصة، أو من أجل الحفاظ على أموالهم طبقاً لمقتضيات المادة 226 من مدونة الأسرة المغربية. القانون رقم 07.03 بمثابة مدونة الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184، بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.

⁽¹²³⁹⁾ حالة كان النائب الشرعي هو الولي، تطبق أحكام المادة 240 من مدونة الأسرة، أما إذا كان النائب الشرعي وصياً أو مقدماً فلا يجوز له أن يستثمر أموال القاصر في التجارة إلا بعد الحصول على إذن خاص من القاضي طبقاً للمادة 14 من القانون 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 المؤرخ في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187.

الفقرة الثالثة: المحل في التأمين على فقدان الاستغلال

يتأسس التأمين على ثلاثة عناصر أساسية وهي الخطر والقسط ومبلغ التأمين، ويمكن القول إن من هذه العناصر الثلاثة يعتبر القسط هو محل التزام المؤمن له، ويعتبر مبلغ التأمين هو محل التزام المؤمن، أما الخطر وهو أهم هذه العناصر، فهو محل التزام كل من المؤمن له والمؤمن¹²⁴⁰.

من هذا المنطلق فإن تحقق الخطر المؤمن منه تنتج عنه خسارة مادية يتأثر بها المركز المالي للمؤمن له، ففي تأمين الحريق وبقية أنواع التأمين على الأموال، يكون المال المؤمن عليه كمحتويات المحل في تأمين الحريق، والسيارة في تأمين السيارات، هما محل التأمين حيث يتأثر المركز المالي للمؤمن له بتلفهما أو تضررهما بسبب تحقق الحادث المؤمن منه، إلا أنه فيما يخص التأمين على فقدان الاستغلال فإن رقم المبيعات هو الذي يتأثر بالحادث إذ يتلاشى هذا الرقم في حالة توقف العمل كلياً أو ينخفض في حالة اضطراب العمل، وهو ما أشار إليه تعريف مؤسسة التأمين المعتمد في هذه الورقة، حيث نص على أن " ضمانة فقدان الاستغلال تعمل على تعويض الخسائر المتعرض لها على إثر نقص في رقم المعاملات .."، ليكون بالتالي تعرض رقم معاملات المقاوله للخسارة هو الخطر المؤمن الذي يهدد المؤمن له إذا ما تحقق.

وتتحقق المخاطر المفضية للأضرار التي تترجم على شكل خسائر في رقم معاملات المقاوله هي متنوعة فقد تكون نتيجة حريق أو تكسر للآلات كما قد تكون ناتجة عن أسباب أخرى:

- **مخاطر تلحق بالموارد البشرية للمقاوله:** قد تلحق أضرار بالأفراد العاملين بالمقاوله والتي تشمل في العموم حوادث الشغل، المسؤولية المدنية تجاه الغير، والتي تترجم في نهاية الأمر إلى خسائر مالية تتحملها المقاوله جراء دفعها تعويضات للمتضررين.
 - **مخاطر تلحق بممتلكات المقاوله:** فقد تتعرض لمخاطر تمس المباني، المعدات والآلات، نتيجة حريق الذي ينتج عن امتداده خسارة مالية تعادل القيمة الحقيقية للعناصر التي احتواها الخطر، كما قد تشمل الخسارة المقاوله بأكملها، فتأتي على كافة عناصرها، محتوياتها، مواردها ومنتجاتها.
 - **مخاطر بسبب اعتماد تكنولوجيا المعلومات:** أدى اعتماد المقاوله لتكنولوجيا المعلومات في إدارة أعمالها لظهور العديد من المشكلات، تسبب لها خسائر فادحة من بينها مثلاً: تدمير قاعدة البيانات، التغيير في قاعدة البيانات، التغيير في برامج التشغيل..
- ما يمكن قوله بخصوص المخاطر التي تلحق المقاوله فهي تقريبا تشترك مع مختلف المؤمن لهم، فخطر الحريق مثلاً الذي يسبب تلف موجودات المقاوله هو الخطر نفسه الذي قد يتسبب في أضرار للأشخاص الطبيعيين إثر احتراق منازلهم، ونفس الأمر مع الفيضانات.. إلا أن خصوصية التأمين على فقدان الاستغلال تتجلى من ناحية أولى في شكل الأضرار التي تصيب المقاوله حيث تبقى لها طبيعة تقنية خاصة تتمثل في انخفاض رقم الأعمال، ومن ناحية ثانية في طريقة الحصول تقدير التعويض، وهي معطيات سأتي على ذكرها في الفقرات اللاحقة من هذه الورقة.

لكن هل يجب أن يشمل هذا الانخفاض أو النقصان جميع عناصر رقم المبيعات كما سبقت لها الإشارة والتي تقدمها المقاوله عند اكتتابها؟ أم الأمر يتطلب عناصر معينة بانخفاضها يتحقق الخطر وتحصل المقاوله على التأمين على فقدان الاستغلال؟

وتأكيد على هذا المقتضى منعت المادة 271 من مدونة الأسرة الوصي والمقدم من المساهمة بجزء من أموال القاصر في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة كما هو الحال مع إنشاء مقاوله بهدف المضاربة في السوق، إلا بإذن من القاضي المختص.
(1240) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة والتأمين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964 ص 1217.

بالرجوع دائما إلى التعريف المعتمد في هذه الورقة نجده ينص : **"وتضمن المؤمن له على فقدان الهامش الإجمالي المتعرض له أثناء فترة الضمانة.."**، والمقصود هنا بالهامش الإجمالي هو مجمل الربح الذي سبقت له الإشارة والذي يتكون من: المصاريف الثابتة + الربح الصافي 1241.

المطلب الثاني: انعقاد التأمين على فقدان الاستغلال من الناحية العملية

بعد أن تقرر المقولة اللجوء إلى المؤمن من أجل الاكتتاب فهي تراعي في اختيار المؤمن الذي يعرض التغطية التأمينية الأكثر اتساعا والتكلفة الأقل ارتفاعا، والتعويض الأكثر تناسبا، ليتم في مرحلة أولى إبرام عقد التأمين على الأشياء (الفقرة الأولى) ثم في مرحلة ثانية صياغة ملحق خاص بالتأمين على فقدان الاستغلال الذي قد ينجم عن تحقق مخاطر التأمين عن الأشياء (الفقرة الثانية)، ليتربط عن الارتباط بين التأمين الأصلي و التأمين على فقدان الاستغلال آثار خاصة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الخطوات العملية لانعقاد التأمين الأصلي

قلت بأنه أصلي لأنه العقد الأول الذي تبرمه المقولة لتشمله الأشياء المؤمن عليها، إلا أنه قبل الوصول لمرحلة التعاقد هناك بعض الخطوات السابقة الواجب اتباعها والتي تبدأ ب **"اقتراح التأمين"** الذي يعتبر بمثابة محرر يسلمه المؤمن أو من يمثله إلى مؤمن له محتمل والذي يجب على هذا الأخير أن يدرج فيه المعلومات اللازمة لتمكين المؤمن من تقييم الخطر المراد تغطيته ومن ثم تحديد شروط تلك التغطية (المادة 1/ف 8 من المدونة).

بعد ذلك تأتي **"مرحلة بيان المعلومات المتعلقة بشروط التعاقد"**، والتي بموجبها يسلم المؤمن له بيانا إخباريا يبين فيه شروط التغطية (المادة 10/ف 1 من المدونة)، ليتم بعد ذلك المرور **"لمرحلة مذكرة التغطية المؤقتة"** (المادة 10/ف 48 من المدونة) التي تهدف لتغطية المخاطر المباشرة التي قد تلحق بالمؤمن له في الفترة الفاصلة ما بين تحرير بوليصة التأمين وتسليم شهادة التأمين نظرا لما قد يستغرقه الأمر من وقت، لذلك أوجد المشرع هذه الآلية لحماية المؤمن له من خلال إثبات وجود الاتفاق المنعقد بينه وبين المؤمن، لحين إعداد بوليصة التأمين. وبالتالي فهو عقد بمفهوم الفقرة 37 من المادة الأولى من مدونة التأمينات التي اعتبرت عقد التأمين بأنه **"اتفاق بين المؤمن والمكتتب من أجل تغطية خطر ما.."**

بعد اتباع هذه الخطوات تأتي **مرحلة العقد** الذي عرفته الفقرة 37 من المادة الأولى من مدونة التأمينات التي اعتبرت عقد التأمين بأنه **"اتفاق بين المؤمن والمكتتب من أجل تغطية خطر ما. ويحدد هذا الاتفاق التزاماتها المتبادلة"**، وبالتالي فلا يعتبر عقد التأمين منعقدا بين المؤمن والمكتتب إلا متى تم الاتفاق بينهما على شروط التعاقد وعبر كل منهما على موافقته على الالتزام بتلك الشروط وفق ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 10 من مدونة التأمينات **"لا يلزم اقتراح التأمين لا المؤمن له ولا المؤمن. ولا تثبت التزاماتهما المتبادلة إلا بواسطة عقد التأمين.."**

وبالتالي يجب أن يتضمن عقد التأمين بين المقولة والمؤمن الشروط المحددة في المادة 12 من المدونة والتي من بينها: **"اسم وموطن الأطراف المتعاقدة؛ الأشياء المؤمن عليها والأشخاص المؤمن لهم؛ طبيعة الأخطار المضمونة؛ التاريخ الذي يبتدأ فيه الضمان الذي يلتزم به المؤمن؛ قسط واشتراك التأمين؛... المسطرة والقواعد المتعلقة بتقييم الأضرار من أجل تحديد مبلغ التعويض بالنسبة للتأمينات غير تأمينات المسؤولية.."**، بالإضافة لمجموعة من المقتضيات المنصوص عليها في الباب الثاني من القسم الأول من الكتاب الأول من المدونة والمعنون ب **"إثبات عقد التأمين وأشكال العقود وطرق انتقالها"**.

Rémi Moreau, L'assurance des pertes d'exploitation, cette méconnue, Revue Assurances et gestion des risques, vol (1241)

76(2), juillet 2008, Page 270.

لتبقى آخر مرحلة هو تجسيد هذا العقد الرضائي في شكل مكتوب من خلال "بوليصة التأمين" طبقا للفقرة 30 من المادة الأولى من مدونة التأمينات، ويسلم في النهاية المؤمن وثيقة للمؤمن له لإثبات وجود التأمين سماها المشرع "شهادة التأمين" 1242.

الفقرة الثانية: الخطوات العملية لانعقاد التأمين على فقدان الاستغلال

إن قرار المقاوله باعتماد التأمين على فقدان الاستغلال له طريقتين، **فالأولى** وهي التعبير عن إرادتها في العقد الأصلي بحيث يكون من بين بنود العقد اعتماد التأمين على فقدان الاستغلال، وتضمن نوعية الأخطار التي بتحقيقها يتضرر رقم مبيعات المقاوله، وهذا ما يستشف من البندين 2 و3 من المادة 12 من المدونة 1243 حيث لم تجعل كل عقد التأمين مرتبط بخطر واحد، وإنما فتحت المجال أمام ذكر الأشياء المؤمن عليها ثم طبيعة الأخطار المضمونة بصيغة الجمع، مما يترتب عليه إمكانية الجمع بين التأمين الأصلي (الحريق مثلا) والتأمين على فقدان الاستغلال (تأثير الحريق على رقم معاملات المقاوله) في عقد واحد.

أما الطريقة الثانية تجد أساسها في المادة الأولى من المدونة التي خصصها المشرع لعرض مجموعة من التعاريف لتيسير فهم موادها التي يزدوج فيها الطابع التقني العملي مع الطابع القانوني، فكانت بعض هذه التعاريف لها ارتباط بخطوات إبرام عقد التأمين الأصلي كما أشرت آنفا، والبعض الآخر له ارتباط بالاتفاقات الإضافية المؤسسة على عقد التأمين الأصلي، وأخص بذكر هنا مصطلح "ملحق" الذي نص عليه المشرع في الفقرة 51 من المادة الأولى حيث عرفه بأنه: "اتفاق إضافي بين المؤمن والمؤمن له يتم أو يعدل عقد التأمين ويصبح جزءا لا يتجزأ من بوليصة التأمين".

وبالرجوع للموقع الإلكتروني لشركة التأمين المعتمدة في هذه الورقة فهو اعتبر التأمين على فقدان الاستغلال بمثابة "عقد بسيط" توجد به جميع الضمانات مدمجة في نفس العقد الواحد 1244، وهو التعريف الذي قد لا يكون منسجما وتوجه المشرع بخصوص الاتفاقات اللاحقة على عقد التأمين الأصلي كما هو الحال مع تأمين على فقدان الاستغلال، حيث اعتبرها بمثابة ملحق هدفه تكميم العقد ليصبح جزءا لا يتجزأ من العقد الأصلي.

ويتعزز هذا الطرح في الحالة التي تقرر المقاوله التي لم تكن تعتمد على هذا النوع من التأمين الاشتغال به في فترة لاحقة، حيث لا يتصور تكييف هذا النوع من التأمين بأنه عقد بسيط بالمفهوم القانوني لهذا العقد والذي يقصد بكونه "ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجا من عقود متعددة..". 1245، والحال على أن التأمين على فقدان الاستغلال يرتبط بالعقد الأصلي وبالتالي الأمر يتعلق بأكثر من عملية، ناهيك على أن المشرع لم يضمن تلك التعاريف مصطلح "العقد البسيط".

انطلاقا مما سبق يتبين أن المقاوله تؤمن بداية على الأحداث المضمون عواقبها كالحريق مثلا الذي تتجسد عواقبه في تلف موجودات المقاوله المادية والتي ستوقف نشاطها بشكل آني، لتمتد الأضرار بشكل لاحق على مستوى رقم معاملاتهما وهو ما يتطلب تأمين إضافي لتغطية المقاوله عن الخسائر المترتبة على فقدان الاستغلال.

وبالتالي فالضرر الآني يجسده العقد الأصلي كما سبقت الإشارة أما الضرر على فقدان الاستغلال فهو ضرر لاحق سببه نفس الخطر المؤمن عليه إلا أنه يتميز بظروف وشروط خاصة، كما أنه ليس إلزامي لقيام العقد الأصلي بالنسبة للمقاوله، فهذه الأخيرة لها حق

(1242) تنص الفقرة 29 المادة الأولى من المدونة: "شهادة التأمين: وثيقة يسلمها المؤمن تثبت وجود التأمين".

(1243) تنص المادة 12 في البندين 2 و3 : "يؤرخ عقد التأمين الذي يبين الشروط العامة والخاصة في اليوم الذي تم فيه إكتتابه، ويتضمن على وجه الخصوص: - الأشياء المؤمن عليها والأشخاص المؤمن لهم - طبيعة الأخطار المضمونة..".

(1244) <https://www.wafaassurance.ma/ar/assurance-entreprise/produits/grandes-entreprises/les-biens/perte-dexploitation>

تاريخ الاطلاع 27-04-20

(1245) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 157.

التأمين عليه من عدمه فإن هي قررت التأمين اعتمدت طريقة الملحق التي سبقت لها الإشارة لتحديد كافة تلك الشروط الإضافية الخاصة بطبيعة التأمين على فقدان الاستغلال ليصبح تابعا لعقد التأمين الأصلي ومتصلا به، أما إذا لم تعتمد هذا الملحق يبقى لها الحق في التعويضات عن الأضرار الآتية بموجب العقد الأصلي دون الأضرار اللاحقة التي تمس رقم معاملاتها.

الفقرة الثالثة: آثار ارتباط التأمين الأصلي بالتأمين على فقدان الاستغلال

يتضح مما تقدم أن تأمين فقدان الاستغلال له علاقة وارتباط بعقد التأمين الأصلي الذي يغطي الخسائر المادية، ويمكن عرض أهم آثار هذه العلاقة على النحو التالي:

1. المخاطر التي يغطيها تأمين فقدان الاستغلال يجب أن تكون نفسها مشمولة بالعقد التأمين الأصلي عن الخسائر المادية (بمعنى إذا كان الخطر المؤمن عليه هو الحريق فلا يمكن للمقاولة أن تطالب بعوض التأمين على فقدان الاستغلال بسبب انكسار الآلات لأن هذا الخطر لم تأمن عليه المقاولة في عقد التأمين الأصلي، وبالتالي فتحقق خسائر مستقبلية وتأثر رقم معاملاتها بسبب انكسار الآلات لا يوجب لها الحصول على عوض التأمين على فقدان الاستغلال).
2. لا يمكن للمقاولة الاستفادة من عوض التأمين على فقدان الاستغلال المقدم من جانب المؤمن، ما لم تكن ملتزمة بتأديتها لأقساط التأمين الأصلي عن الحريق أو انكسار الآلات أو غيرها من المخاطر (بمعنى عدم جواز إصدار ملحق تأمين الخسارة عن الأرباح، ما لم يكن هناك عقد تأمين أساسي يغطي المخاطر المؤمن عليها ساري المفعول مع ضرورة جود هذا العقد عند وقوع الخطر).

المبحث الثاني: الآثار القانونية انعقاد التأمين على فقدان الاستغلال

يدخل عقد التأمين ضمن زمرة العقود الملزمة للجانبين التي ترتب التزامات متقابلة في ذمة كلا المتعاقدين، لينشأ بشكل مبدئي عن عقد التأمين على فقدان الاستغلال (بغض النظر عن كيفية إبرامه سواء في العقد الأصلي أو في ملحق) شأنه شأن سائر عقود التأمين نفس الالتزامات، إلا أنني سأحاول الوقوف عند الالتزامات التي تعرف خصوصية، فأتعرض للالتزام دفع قسط التأمين بالنسبة للمؤمن له (المطلب الأول)، ثم للالتزام دفع التعويض بالنسبة للمؤمن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزام المؤمن له بدفع قسط التأمين على فقدان الاستغلال

لقد نظم المشرع المغربي الأحكام العامة لهذا الالتزام ضمن مواد المدونة (الفقرة الأولى) إلا أن أحكامه الخاصة المرتبطة بالتأمين على فقدان الاستغلال تتطلب توسيع نطاق البحث نظرا لعدم معالجته من قبل المشرع المغربي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأحكام العامة للالتزام دفع قسط التأمين

يعتبر دفع القسط من بين الالتزامات المترتبة على عاتق المؤمن له طبقا للمادة 124620 من المدونة، فقد نصت في على إنه: "يلزم المؤمن له: 1. بأن يؤدي قسط التأمين أو الاشتراك في المواعيد المتفق عليها؛"، كما عرف البند 43 من المدونة القسط بأنه: "مبلغ مستحق على مكتب عقد التأمين مقابل ضمانات يمنحها المؤمن...". فبالنسبة لميعاد دفع القسط التأمين فهو يتم في الوقت المتفق عليه، وعلى أبعد تقدير خلال العشرة أيام الموالية لتاريخ استحقاقه 1247، وقد يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يبدأ في السريان إلا من

(1246) بالإضافة للالتزام دفع القسط فإن المؤمن له ملزم كذلك: "2... بأن يصرح بالضبط عند إبرام العقد بكل الظروف المعروفة لديه والتي من شأنها أن تمكن المؤمن من تقدير الأخطار التي يتحملها، 3. بأن يوجه إلى المؤمن في الآجال المحددة في العقد، التصريحات التي قد تكون ضرورية للمؤمن من أجل تحديد مبلغ قسط التأمين، إذا كان هذا القسط متغيرا، 4. بأن يصيب للمؤمن، طبقا للمادة 24 من هذا القانون، بالظروف المنصوص عليها في بوليصة التأمين والتي ينتج عنها تفاقم الأخطار، 5. بأن يشعر المؤمن بكل حادث من شأنه أن يؤدي إلى إثارة ضمان المؤمن، وذلك بمجرد علمه به وعلى أبعد تقدير خلال (5) أيام الموالية لوقوعه..."

(1247) تنص الفقرة 2 المادة 21 من المدونة: "في حالة عدم أداء قسط التأمين أو جزء منه داخل العشرة (10) أيام الموالية لتاريخ حلول أجل استحقاقه وبصرف النظر عن حق المؤمن في المطالبة القضائية بتنفيذ العقد، يحق للمؤمن توقيف الضمان عشرين (20) يوما بعد توجيه الإنذار إلى المؤمن له..."

وقت دفع القسط الأول، كما أن المؤمن قد يلجأ إلى تقسيم القسط السنوي ليستحق على دفعات تسهيلا على المتعاملين، كما قد جرت العادة على أن يتم الوفاء بالقسط مقدما في بداية كل فترة جديدة للتأمين، مع دفع القسط الأول عند إبرام العقد¹²⁴⁸. وبخصوص مكان دفع القسط فقد يؤدي بموطن المؤمن أو الوكيل الذي عينه لهذا الغرض، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك¹²⁴⁹، أما عن الوفاء بالقسط فهو يكون نقدا إلا أنه قد يكون بأية وسيلة أخرى يقبلها المؤمن مثل الوفاء بالشيك أو الكميالة أو الحوالة البريدية، مع الإشارة إلى أن ذمة المؤمن له لا تبرأ في مثل هذه الحالات إلا بقبض القيمة المالية من قبل المؤمن، ناهيك على أن الوفاء قد يتم بالمقاصة إن توفرت شروطها¹²⁵⁰. وإذا تم الإخلال بالالتزام دفع قسط التأمين فإن المشرع نص على مجموعة من الإجراءات الواجب اتباعها سواء تعلق الأمر بالتأمينات غير التأمين على الحياة، أو التأمينات المرتبطة بالتأمين على الحياة¹²⁵¹، وما يتعلق بموضوعنا وهي النوع الأول الذي نصت المادة 21 من المدونة على مراحل جزاء عدم أداء القسط فيه والمتمثلة: الإنذار¹²⁵² ثم توقيف الضمان¹²⁵³ ثم المطالبة القضائية بالتنفيذ¹²⁵⁴.

الفقرة الثانية: الأحكام الخاصة بالتأمين على فقدان الاستغلال

يحكم التزام دفع قسط التأمين مبدأ عام وهو تناسب القسط مع الخطر، بمعنى أن كل تغيير يطرأ على الخطر بالزيادة أو النقصان يتبعه تغيير مبلغ القسط في نفس الاتجاه¹²⁵⁵، وهو العامل المعتمد عليه لتحديد القسط في التأمين على فقدان الاستغلال في مرحلة أولى (أولا) إلا أنه ينضاف عليه في مرحلة ثانية عامل آخر وهو فترة التعويض (ثانيا).

أولا: عامل قياس شدة الخطر

يساعد هذا العامل في تحديد شدة الخطورة التي تتعرض لها الأموال المادية المؤمن عليها في عقد التأمين الأصلي للمقاولة كما لو تعلق الأمر بمنشآت المقاولة، أو البضائع، أو آلات الإنتاج... نتيجة تعرضها للخسارة بسبب مخاطر من قبيل الحريق أو انكسار الآلات

(1248) فؤاد معلل، الوسيط في قانون التأمين دراسة تحليلية على ضوء مدونة التأمين المغربية الجديدة، الطبعة الأولى، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2011، ص 107.

(1249) تنص الفقرة 1 المادة 21 من المدونة: "يؤدي قسط التأمين بموطن المؤمن أو الوكيل الذي عينه لهذا الغرض، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك".

(1250) فؤاد معلل، مرجع سابق، ص 108.

(1251) وهي الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 85 إلى 87 ثم المواد من 90 إلى 102 من مدونة التأمينات المغربية. (1252) تبدأ هذه المرحلة بعد مرور (10) أيام من تاريخ حلول أجل استحقاق القسط أو الاشتراك، حيث على المؤمن أن يوجه إنذار بالأداء إلى المؤمن له ينذر فيه بوجوب الدفع، طبقا للفقرة الثانية من المادة 21 من المدونة.

(1253) إذا لم يقيم المؤمن له أو من يحل محله بالوفاء بالقسط المستحق خلال (20) يوما من تاريخ توجيه الإنذار إليه من دون احتساب يوم توجيه الإنذار، فإن للمؤمن حق توقيف الضمان ولا يكون المؤمن بالتالي ملزما بالضمان بالرغم من بقاء المؤمن له ملزما بدفع القسط، كما أن المشرع لم يحدد المدة التي يستغرقها توقيف الضمان مما يعني أنها مدة مفتوحة وهذا يعني أن آثار توقيف الضمان تظل سارية إلى أن يدفع المؤمن له القسط موضوع الإنذار أو يمارس المؤمن حق فسخ العقد أو تنتهي مدة العقد. فؤاد معلل، مرجع سابق، ص 110 و 111.

كما أنه طبقا للمادة 2 من المادة 21 من المدونة ففي الحالة التي يكون فيها القسط السنوي مجزأ، فإن توقيف الضمان الناتج عن عدم أداء أحد أجزاء قسط التأمين تبقى آثاره سارية إلى غاية انصرام الفترة المتبقية من سنة التأمين، وفي كل الحالات يؤدي القسط أو جزؤه بموطن المؤمن بعد إنذار المؤمن له.

(1254) تبدأ انطلاقا من الفقرة 3 من المادة 21 من المدونة فإنه بانقضاء مدة (10) أيام من تاريخ توقيف الضمان أي (30) يوما من تاريخ الإنذار يصبح من حق المؤمن أن يختار بين طريقتين: إما المطالبة بفسخ العقد حيث عليه أن يوجه إلى المؤمن له رسالة مضمونة يخطر فيها بفسخ العقد وينتج الفسخ آثاره في هذه الحالة في نهاية اليوم (30) الموالي لتاريخ توجيه الإنذار، وإما يختار المؤمن الطريقة الثانية وهي المطالبة القضائية بتنفيذ العقد حيث يكون عليه عندئذ اللجوء للمحكمة لمطالبة المؤمن له بتنفيذ التزامه بدفع القسط المستحق مع المصاريف مع إمكانية المطالبة بالتعويض كذلك إن كان هناك ما يوجب. فؤاد معلل، مرجع سابق، ص 112.

(1255) فؤاد معلل، مرجع سابق، ص 107.

حيث يتم الاعتماد على القسط الذي تؤديه المقاوله لحمايتها من تحقق هذه المخاطر، من أجل تحديد قسط التأمين على فقدان الاستغلال الواجب على المقاوله دفعه لحمايتها من آثار هذه المخاطر التي قد تمتد لها بشكل لاحق، لذلك فمعدل تحقق الحريق وانكسار الآلات مثلاً يبقى المقياس الحقيقي المعتمد عليه لقياس شدة الخطورة¹²⁵⁶.

كما إن قسط التأمين على فقدان الاستغلال يجب ألا يقل عن معدل قسط التأمين على الحريق مثلاً الذي تؤديه المقاوله في التأمين الأصلي، وبالتالي إذا كان قسط التأمين عن الحريق هو 300.000 درهم فإن قسط التأمين على فقدان الاستغلال يجب ألا يقل عن هذا المبلغ، حيث يجب أن يساويه أو يفوقه¹²⁵⁷.

ثانياً: عامل مدة التعويض القصوى

قد تشهد المقاوله مدة توقف عن مزاولة النشاط تبدأ مع بداية وقوع الأضرار المادية التي أدت إلى توقف العمل وتنتهي باستئناف النشاط، وهذه المدة تكون غير معروفة مقدماً قبل وقوع الحادث، ولكن طولها من عدمه يعتمد على مجموعة من العوامل من قبيل: هل الحادث أدى إلى هلاك كلي للأصول أو هلاك جزئي؟ وما هي المدة اللازمة لإعادة تشييد منشآت المقاوله وإعداد تجهيزاتها لتعود إلى ما كانت عليه قبل الحادث؟

لذلك فمدة التوقف تعتمد بالأساس على حجم الأضرار المادية التي تؤثر بشكل مباشر في سرعة عودة المقاوله لوضعها السابق عن وقوع الحادث، ونظراً لاحتمال طول المدة في حالة كانت الأضرار جسيمة كان من الضروري أن يحد المؤمن من مسؤوليته بوضع حد أقصى لمدة التعويض بعقد أو ملحق التأمين على فقدان الاستغلال¹²⁵⁸، لذلك تسمى "مدة التعويض القصوى" أو "فترة الضمانة" كما أشار لها التعريف المعتمد في هذه الورقة: "وتضمن المؤمن له على فقدان الهامش الإجمالي المتعرض له أثناء فترة الضمانة.."

فمثلاً إذا شبَّ حريق وألحق أضراراً ببضائع المقاوله وآلاتها فإن المقاوله بموجب التأمين الأصلي تحصل على عوض الخسارة المادية للبضائع والآلات، إضافة للتعويض على فقدان الاستغلال المحدد إما بالعقد الأصلي أو بموجب الملحق، لكن كم هي المدة التي تحتاجها المقاوله للعودة لنشاطها الطبيعي والتي على أساسها سيحتسب التعويض؟ هنا يأتي دور مدة التعويض القصوى فبموجبها تحدد المقاوله أقصى مدة كافية لكي تعود لمزاولة نشاطها بشكل طبيعي قبل وقوع الحادث، وبالتالي فهي تؤمن على هذه المدة والتي قد تحددها في سنة مثلاً، لذلك متى تجاوزت مدة التعويض القصوى سنة فإن المؤمن لا يبقى ملتزماً بضمان الفترة اللاحقة عن هذه المدة. يستنتج مما سبق أن مدة التعويض القصوى تبتدأ مع بداية وقوع الأضرار المادية التي أدت إلى توقف العمل، ولكنها لا تزيد عن عدد الشهور المحددة في عقد أو ملحق التأمين عن الأضرار من طرف المقاوله حتى ولو كانت مازالت متوقفة عن مزاولة النشاط، وبالتالي فإن مدة التعويض يجب ألا تزيد عن أقصى مدة تعويض محددة في عقد أو ملحق التأمين على فقدان الاستغلال.

ويرتبط قسط التأمين الذي يجب على المقاوله أن تؤديه لفائدة المؤمن بهذه المدة بشكل أساسي حيث إنه كلما زادت مدة التعويض القصوى المرتبطة بالتأمين على فقدان الاستغلال، كلما زاد وارتفع قسط التأمين والعكس صحيح، إلا أنه بشكل عام فهي تحدد في 12 شهراً¹²⁵⁹.

¹²⁵⁶Allianz, L'assurance Pertes d'exploitation l'assurance vie de l'entreprise après un sinistre, Bruxelles, 2011, Page 11.

⁽¹²⁵⁷⁾ نبيل محمد مختار، تأمين فقد الخسارة، مقال منشور على موقع مقال: اقتصاد قانون، القاهرة، 2018.

¹²⁵⁸Inter Mutuelles Entreprise, Contrat d'assurance « Pertes d'exploitation », Paris, 2019, Page 10.

- Allianz, precite, page 8.

نبيل محمد مختار، مرجع سابق.

¹²⁵⁹Rémi Moreau, precite, page 271.

فعلى سبيل المثال قبل أن تحدد المقاول مدة التعويض القصوى فهي تعتمد على مجموعة من الاحصائيات من بينها عدد الآلات وحجم البضائع وحجم المنشآت.. وبالتالي كلما كانت هذه الاحصائيات تشير لأرقام مرتفعة فهي ستحاول تمديد مدة التعويض لفترة أطول، حتى تتمكن من تشييد المباني المتلفة بفعل خطر الحريق مثلاً واسترجاع نشاطها كما كان قبل وقوع الحادث، أما إذا كانت هذه الاحصائيات تشير لأرقام منخفضة فهي قد تختار مدة تعويض أقصر، غير أنه في جميع الأحوال تحديد مدة التعويض القصوى يبقى خاضعاً من جهة لقرار المقاول وفق طريقة تسييرها الخاصة، ومن جهة ثانية للتفاوض الذي سيحصل بين المقاول والمؤمن، لذلك فامتداد مدة التعويض القصوى يجعل المؤمن ملتزماً بضمانها وهو ما يعكس بالمقابل ارتفاع قسط التأمين، أما التقليل من هذه المدة فهو يخفض من القسط.

المطلب الثاني: التزام المؤمن بدفع تعويض التأمين على فقدان الاستغلال

نظراً لاعتبار التأمين على فقدان الاستغلال فرعاً من فروع التأمين على الأشياء الذي يدخل بدوره في زمرة التأمين من الأضرار بوجه عام فهو يقوم على مبدأ التعويض، ليشترك بالتالي التأمين على فقدان الاستغلال مع الأحكام العامة للتأمين من الأضرار في مقتضيات معينة (الفقرة الأولى)، وينفرد بصفة خاصة في مقتضيات أخرى لاسيما طريقة التعويض (الفقرة الثانية)، وهو ما سأحاول الاختصار والتبسيط في بسطه قدر المستطاع بالنظر لتداخل الجانب التقني بشكل أكبر من الجانب القانوني.

الفقرة الأولى: الأحكام العامة للالتزام دفع التعويض

نظراً لكون التأمين من الأضرار له صفة تعويضية محضة، فهو يقوم على المصلحة في التأمين 1260 حيث لا بد أن تكون للمؤمن له أو للمستفيد مصلحة في عدم تحقق الخطر، وأن تكون هذه المصلحة اقتصادية أي ذات قيمة مالية وتتمثل بالأساس في القيمة المعرضة للضياع في حالة تحقق الخطر المؤمن منه، لذلك فإن لم تكن للمستفيد مصلحة في التأمين كان العقد الذي يبرمه باطلاً لعدم وجود محل له ما دام أن خطر إصابته ذمته المالية بخسارة غير وارد 1261.

ويشمل التأمين عن الأضرار بصفة عامة كافة الحوادث التي تؤدي إلى تحقق الخطر المؤمن منه سواء تعلق الأمر بالأضرار الناتجة عن الحادث الفجائي أو الناتجة عن خطأ المؤمن له (المادة 1/17 من المدونة)، كما يضمن المؤمن الخسائر والأضرار التي يتسبب فيها أشخاص يكون المؤمن له مسؤولاً عنهم مدنياً (المادة 18 من المدونة) بموجب الفصل 85 من قانون ظهير الالتزامات والعقود المغربي.

أما الأضرار المستثناة من التأمين من الأضرار فقد تستثنى متى لحق الضرر الشيء المؤمن عليه نتيجة عيب خاص فيه (المادة 44 من المدونة)، أو قد تستثنى في حالة ما إذا كان الضرر ناتج عن الحرب والفتن والاضطرابات الشعبية (الفقرة 1 من المادة 18 من المدونة). كما أن الصفة التعويضية للتأمين على الأشياء تقضي إخضاع مبلغ التأمين الذي يلتزم المؤمن بدفعه عند تحقق الخطر لثلاثة قواعد أساسية وهي:

قاعدة تقدير التعويض: الأصل أن يكون المؤمن في حالة استعداد دائم لأداء قيمة التعويض الذي يستحق المؤمن له أو المستفيد أثناء فترة سريان التغطية التأمينية المتفق عليها، بشرط ألا يتجاوز أداؤه مبلغ التأمين المتفق عليه باعتباره الحد الأقصى لالتزام المؤمن عند وقوع الخطر منه، والهدف من تطبيق هذه القاعدة هو منع إثراء المؤمن له على حساب المؤمن 1262.

فمثلاً إذا نتج عن تحقق الخطر المؤمن منه ضرر قيمته 200.00 درهم وكان مبلغ التأمين المتفق عليه هو 500.00 درهم، فإن المؤمن لا يلتزم إلا بدفع قيمة الضرر وهي 200.00 درهم.

(1260) تنص المادة 40 من المدونة: "يمكن لكل شخص له مصلحة في الاحتفاظ بشيء أن يقوم بتأمينه..."

(1261) فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 141 و 142.

(1262) أحمد أبو السعود، عقد التأمين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية شاملة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 281.

وبالتالي فإن الأداء الذي يلتزم به المؤمن في التأمين من الأشياء، يتحدد من جهة بقيمة الضرر الناشئ عن تحقق الخطر المؤمن منه¹²⁶³، ومن جهة أخرى بمقدار مبلغ التأمين المتفق عليه في العقد¹²⁶⁴.

قاعدة النسبية: لقد نص المشرع المغربي على هذه القاعدة في المادة 43 من المدونة¹²⁶⁵، و مفادها أن مبلغ التعويض الذي يلتزم المؤمن بدفعه عند تحقق الخطر المؤمن منه يتحدد بنسبة مبلغ التأمين المتفق عليه في العقد وإلى قيمة الشيء المؤمن عليه، وبالتالي فمتى كان المبلغ المتفق عليه (400.00 درهم مثلاً) أقل من قيمة الشيء المؤمن عليه (قيمته 600.00 درهم مثلاً) فإنه والحالة هاته المؤمن يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يلحق بالشيء المؤمن في حدود مبلغ التأمين المتفق عليه (أي في حدود 600.00 درهم)، لذلك فهذه القاعدة قاصرة فقط على حالة التأمين البخس¹²⁶⁶.

قاعدة الحلول: نص المشرع المغربي على هذه القاعدة في المادة 47 من المدونة، وبمقتضى هذه القاعدة يحل المؤمن محل المؤمن له في رجوعه بالتعويض على الغير المسؤول عن إحداث الخطر المؤمن منه، حيث يترتب على الصفة التعويضية للتأمين على الأشياء أنه لا يجوز للمؤمن له أن يجمع بين مبلغ التأمين والتعويض، ومن تم يمكن للمؤمن أن يرجع على الغير المسؤول بمقدار التأمين الذي دفعه المؤمن له¹²⁶⁷. وانطلاقاً من أحكام المادة 47 يتبين أن الحلول يتطلب شروطاً حتى يحل المؤمن محل المؤمن له في دعواه تجاه الغير وهي: أن يكون المؤمن قد دفع تعويض التأمين للمؤمن له **"..المؤمن الذي دفع تعويض التأمين..."**؛ أن يكون المؤمن ملزماً بالأداء؛ أن يكون المؤمن له نفسه حق رفع دعوى المسؤولية على الغير؛ ألا يكون الحلول قد أصبح متعذراً لسبب راجع إلى المؤمن.

كما يترتب على الحلول مجموعة من الآثار سواء في مواجهة المؤمن، أو في مواجهة الغير المسؤول أو في مواجهة المؤمن له، ناهيك على القيود الواردة على حق الحلول سواء تعلق الأمر بعدم ممارسة حق الحلول تجاه بعض الأشخاص (الفقرة الأخيرة من المادة 47 من المدونة)، أو تعلق الأمر بتنازل المؤمن عن حقه في الحلول¹²⁶⁸.

الفقرة الثانية: الأحكام الخاصة بالتأمين على فقدان الاستغلال

يعتمد تقدير التعويض في التأمين على فقدان الاستغلال على مجموعة من العناصر التي يجب استحضارها (أولاً) قبل المرور لطريقة احتساب التعويض عن طريق عرض مثال تطبيقي (ثانياً)، على اعتبار أن التأمين على فقدان الاستغلال يهتم الخسائر التبعية المالية التي لا تستند على واقع مادي ملموس يمكن احتساب مبلغ التعويض على أساسه كما هو الحال في التأمين عن انكسار الآلات، وإنما يتم

⁽¹²⁶³⁾ تجب الإشارة إلى أن تحقق الخطر المؤمن منه قد يؤدي إلى هلاك الشيء المؤمن عليه هلاكاً كلياً، حيث يختلف تقدير الضرر بين ما إذا كان الشيء معداً للبيع، وبين ما إذا كان معداً للاستعمال، أو قد يؤدي إلى هلاك الشيء هلاكاً جزئياً حيث تقدير الضرر إما عن طريق التقدير المباشر أو عن طريق استئزال ما تبقى بعد الهلاك، أو قد يؤدي أخيراً لهلاك الشيء المؤمن عليه هلاكاً جزئياً متعاقباً. **للتفصيل أكثر راجع عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة والتأمين، مرجع سابق، ص 1598 إلى 1603.**

⁽¹²⁶⁴⁾ تجب يتم تحديد المبلغ المؤمن عليه في العقد إما بمجرد **تصريح من المؤمن له**، وفي هذه الحالة لا يعتبر المبلغ المؤمن عليه دليلاً على قيمة الشيء بل لا يعد حتى قرينة على تلك القيمة، كل ما هنالك أنه يعتبر بمثابة حد أقصى لقيمة التعويض الذي يلتزم المؤمن بدفعه، وإما **يتحدد هذا المبلغ باتفاق بين المؤمن والمؤمن له**، وفي هذه الحالة كذلك لا يعتبر المبلغ المؤمن عليه المحدد اتفاقاً دليلاً على قيمة الشيء، وإنما يعتبر مجرد قرينة على تلك القيمة، حيث متى وقع الضرر افترض أن ذلك المبلغ يشكل القيمة الحقيقية له. **فؤاد معلل، مرجع سابق، ص 153 152.**

⁽¹²⁶⁵⁾ نص المادة 43 من المدونة: "إذا تبين من التقديرات أن قيمة الشيء المؤمن عليه تفوق في يوم الحادث المبلغ المضمون، يعتبر المؤمن له مؤمناً نفسه بالنسبة للفائض ويحمل، بناء على ذلك، جزءاً نسبياً من الضرر، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك".

⁽¹²⁶⁶⁾ فؤاد معلل، مرجع سابق، ص 154.

⁽¹²⁶⁷⁾ أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين، الطبعة الثالثة، مطبعة نادي القضاة، القاهرة، 1991، ص 342 و 350.

⁽¹²⁶⁸⁾ للتفصيل أكثر راجع معلل ص 161 إلى 165.

احتساب مبلغ التعويض استنادا على أرقام ونتائج سابقة تتم مقارنتها مع نتائج وأرقام تأثرت سلبا بعد تحقق حادث مؤمن منه، وتستخرج هذه الأرقام من الوثائق المحاسبية للمقولة كما هي محددة في القانون 12699.88 سواء تعلق الأمر بالدفاتر المحاسبية أو القوائم التركيبية حيث يتم البناء عليها في عملية المقارنة لتحديد التعويض.

أولاً: العناصر المعتمد عليها لاحتساب التعويض على فقدان الاستغلال

ينبغي احتساب التعويض على فقدان الاستغلال على مجموعة من العناصر 1270 المحاسبية المتوفرة لدى المقولة، والتي تبنى على أسس تقنية وفنية تساعد في قياس نشاطها على المستوى الاقتصادي، وفيما يلي بعض العناصر المؤثرة في احتساب التعويض على فقدان الاستغلال:

(1) **عنصر رقم المبيعات :** هي الأموال المدفوعة والأموال المستحقة الدفع للمقولة (المؤمن له) عن السلع المباعة والمسلمة وعن الخدمات التي قدمتها خلال مزاولة نشاطه التجاري (ثمن البيع كامل)، ويعتمد على الدورة المالية المحاسبية 12 شهرا من فاتح يناير إلى غاية نهاية دجنبر 1271 .

(2) **عنصر مجمل الربح 1272:** هو الناتج من الربح الذي تحصل عليه المقولة والخاص بعملية البيع والشراء، دون أن تخصم منه المصاريف الإدارية وخصم الضرائب وتكاليف البنوك (تخصم من ثمن البيع الكامل ربحها دون أن تخصم من الربح مبالغ التكاليف)، وهو بذلك يختلف عن صافي الربح الذي يحصل عليه بطرح كل المصاريف والتكاليف الإدارية التي سبقت لها الإشارة آنفا من ناتج الربح الكلي (تخصم من الربح المتأتي عن البيع الكامل مبالغ التكاليف) وذلك على النحو التالي:

صافي الربح = مجمل الربح - مجمل المصاريف

(3) **عنصر نسبة مجمل الربح:** تحدد هذه النسبة ليسهل على المقولة معرفة معدل ربحها السنوي وبالتالي التمكن من مقارنته سواء على مستوى السنوات أو مع باقي المقاولات المنافسة، ويحدد على الشكل التالي:

نسبة مجمل الربح = مجمل الربح ÷ رقم المبيعات

(4) **عنصر رقم المبيعات السنوي:** وهو رقم المبيعات المتحقق خلال فترة 12 شهر التي تسبق الحادث، فلو توقفت المقولة مثلا المقولة بتاريخ 01/07/2019 فتعيين تاريخ رقم المبيعات السنوي سيكون هو 01/07/2018 لتجمع أرقام المبيعات من تاريخ 01/07/2018 إلى غاية 01/07/2019، فيكون مجموع هذه الأشهر مثلا هو 800.00 درهم، ليكون بالتالي هو رقم المبيعات السنوي الذي يسبق تاريخ وقوع الحادث.

(5) **عنصر رقم المبيعات القياسي:** وهو رقم المبيعات المتحقق خلال الفترة الزمنية المقابلة لفترة التعويض الفعلية والتي تقع خلال فترة (12) شهرا التي تسبق الحادث مباشرة، بمعنى أنه يتم استخدامه للمقارنة والقياس ما بين أشهر التوقف التي تعرفها المقولة وأشهر نشاطها خلال السنة التي تسبق الحادث.

⁽¹²⁶⁹⁾ ظهير شريف رقم 1.92.138 صادر في 30 من جمادى الآخرة 1413 (25 ديسمبر 1992) بتنفيذ القانون رقم 9.88 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها؛ الجريدة الرسمية عدد 4138 بتاريخ 5 رجب 1413 (30 ديسمبر 1992)، ص 1867، كما تم تنميته وتغييره. ⁽¹²⁷⁰⁾ Inter Mutuelles Entreprise, precite, Pages 2-3.

منعم الخفاجي، مرجع سابق، ص 20 وما بعدها.

نبيل محمد مختار، مرجع سابق.

⁽¹²⁷¹⁾ تنص المادة 7 من القانون 9.88 المتعلق بالقواعد المحاسبية على أن "مدة الدورة المحاسبية اثنا عشر شهرا، ويجوز بصورة استثنائية أن تكون أقل من ذلك".

⁽¹²⁷²⁾ وهو ما عبر عنه التعريف المعتمد في هذه الورقة بـ "الهامش الإجمالي"، حيث جاء في التعريف "...وتضمن المؤمن له على فقدان الهامش الإجمالي المتعرض له أثناء فترة الضمانة..".

مثلا لو أن مقالة توقف نشاطها لمدة 6 أشهر أي من تاريخ 01/06/2019 إلى غاية 30/12/2019 حيث بدأت تسترجع نشاطها تدريجيا، وبالتالي يتم الاعتماد على رقم مبيعات سنة 2018 خلال هذه المدة أي ابتداء من يونيو إلى نهاية دجنبر فيكون مجموع هذه الأشهر على سبيل المثال هو 400.00 درهم، فيكون هذا المبلغ هو رقم المبيعات القياسي ويسمى قياسي لأنه سيستخدم للقياس على فترة توقف المقالة أي من يونيو إلى نهاية دجنبر من سنة 2019.

(6) **عنصر رقم المبيعات الفعلي أثناء التعويض:** وهو رقم المبيعات الذي تحصل عليه المقالة بالمعنى المشار إليه أعلاه غير أن الفرق يكمن في التوقيت، حيث في هذه الحالة تتحصل المقالة على الأموال وهي في فترة استرجاعها لنشاطها، وليس في فترتها العادية.

(7) **عنصر العجز (النقص) في رقم المبيعات خلال مدة التعويض 1273:** يتم من خلاله معرفة حجم النقص على مستوى رقم المبيعات وفق المفهوم المبين أعلاه الذي ستتحمله المقالة خلال المدة التي تبدأ بتوقف نشاطها ثم البدء باستئنافه تدريجيا لحين الرجوع لنفس وضعية ما قبل الحادث وهذه المدة هي مدة التعويض وتحسب بالطريقة التالية:

العجز في دخل المبيعات = رقم المبيعات الفعلي أثناء التعويض - رقم المبيعات القياسي

(8) **عنصر مجمل الربح المفقود في رقم المبيعات:** وهو عبارة عن مجموع الأرباح التي ستفقدتها المقالة أثناء توقف نشاطها وفق مفهوم نسبة مجمل الربح المبين أعلاه، ويتم احتساب مجمل الربح المفقود على النحو التالي:

مجمول الربح المفقود = العجز في رقم المبيعات × نسبة مجمل الربح

(9) **عنصر قاعدة النسبية:** تطبق في التي يكون فيها مبلغ التأمين أقل من مجمل الربح المعرض للخطر (مبلغ الخطر)، ويحسب بالشكل الآتي:

مبلغ التأمين

مجمول الربح المفقود نتيجة العجز في دخل المبيعات × -----

مجمول الربح المعرض للخطر

(10) **عنصر مجمل الربح المعرض للخطر:** وهو الحالة التي يكون فيها رقم مبيعات المقالة السنوي مرتفع (800.00 درهم مثلا) مقارنة بالمبلغ الذي خصصته للتأمين على فقدان الاستغلال (400.00 درهم)، حيث يكون في هذه الحالة المبلغ المؤمن عليه أقل من القيمة الحقيقية للشيء المؤمن عليه ويتم احتساب **مجمول الربح المعرض للخطر** على النحو التالي:

مجمول الربح المعرض للخطر = رقم المبيعات السنوي × نسبة مجمل الربح

ثانيا: مثال تطبيقي لكيفية احتساب التعويض على فقدان الاستغلال

لتوضيح كيفية أعمال العناصر السالف ذكرها من أجل استخراج التعويض على فقدان الاستغلال، سأبسط المثال التالي 1274:

مقالة اجتاحتها حريق أدى إلى توقف نشاطها

(1273) وهو ما عبر عنه التعريف المعتمد في هذه الورقة بـ " .. تعويض الخسائر المتعرض لها على إثر نقص في رقم المعاملات.. ".

(1274) للتفصيل أكثر حول طريقة الحساب بشكل أكثر تفصيل راجع:

منعم الخفاجي، مرجع سابق، 22 وما بعدها.

نبيل محمد مختار، مرجع سابق.

- مبلغ التأمين الذي تم تقديره إما بتصريح من المفاوضة 1275 (المؤمن له) أو باتفاق مع المؤمن في عقد أو ملحق التأمين على فقدان الاستغلال هو **80.000 درهم** وهو مجمل الربح التقديري الذي تقدره المفاوضة.
- مدة التعويض القصوى المحددة في عقد أو ملحق التأمين على فقدان الاستغلال تساوي 12 شهرا.
- موضوع التأمين هو التعويض عن مجمل الربح (الهامش الإجمالي).
- تاريخ وقوع الحريق (الضرر) هو أول شهر أبريل 2019 (01/04/2019).
- توقف نشاط المفاوضة لمدة 6 أشهر ابتدأت من 01/04/2019 إلى 30/09/2019 وهو تاريخ انتهاء توقف نشاط المفاوضة.
- وبالإطلاع على الوثائق المحاسبية للمفاوضة برسم السنة المحاسبية المنتهية في 31/12/2018 يتضح أن:

- مجمل الربح (العنصر 2) عن السنة المالية السابقة لوقوع الحادث **100.000 درهم**.
- رقم المبيعات (العنصر 1) عن السنة المالية السابقة لوقوع الحادث **400.00 درهم**.
- نسبة مجمل الربح (العنصر 3) = مجمل الربح ÷ رقم المبيعات = $100.000 \div 400.00 = 25\%$
- رقم المبيعات الفعلي أثناء التعويض (العنصر 6) هو **60.000 درهم**.
- رقم المبيعات القياسي (العنصر 5) في نفس فترة توقف المفاوضة من السنة المالية السابقة لوقوع الحادث أي ما بين 01/04/2018 إلى 30/09/2018 كان يساوي: **200.000 درهم**.
- رقم المبيعات السنوي (العنصر 4) عن مدة 12 شهر السابقة لوقوع الحادث أي من 01/04/2018 إلى 01/04/2019 هو **440.000 درهم**.

انطلاقا من كل هذه المعطيات سيتم استخراج مبلغ التعويض على مجمل الربح أو الهامش الاجمالي وفق الخطوات التالية:

الخطوة الأولى: يجب أولا استخراج التعويض عن العجز (النقص) في رقم المبيعات خلال مدة التعويض (العنصر 7) ويتم ذلك

على النحو التالي:

العجز في رقم المبيعات = رقم المبيعات الفعلي أثناء التعويض (العنصر 6) - رقم المبيعات القياسي (العنصر 5)

العجز في دخل المبيعات = 140.000 = 60.000 - 200.000

الخطوة الثانية: احتساب مجمل الربح المفقود في رقم المبيعات (العنصر 8) وفق الطريقة التالية:

مجممل الربح المفقود = العجز في رقم المبيعات × نسبة مجمل الربح

مجممل الربح المفقود = 35000 = 140.000 × 25%

الخطوة الثالثة: احتساب مجمل الربح المعرض للخطر (العنصر 10) وفق الطريقة التالية:

مجممل الربح المعرض للخطر = رقم المبيعات السنوي × نسبة مجمل الربح

مجممل الربح المعرض للخطر = 110.000 = 440.000 × 25%

الخطوة الرابعة: مقارنة مجمل الربح المعرض للخطر مع مبلغ التأمين، فإذا كان المبلغ المؤمن عليه يقل عن القيمة مجمل الربح

المعرض للخطر (كما لو كان المبلغ المؤمن عليه يقل عن القيمة الحقيقية للشيء المؤمن عليه في التأمين عن الأشياء)، فإنه المؤمن في هذه الحالة لا يلزم بالتعويض إلا بنسبة تناسب مبلغ التأمين المصرح به عن طريق أعمال قاعدة النسبية.

⁽¹²⁷⁵⁾ كما سبق الإشارة فإن تحديد المبلغ يكون إما باتفاق بين المؤمن والمؤمن له، وإما يكون بمجرد تصريح من هذا الأخير، إلا أن هذا لا يعني منح سلطة تقدير مطلقة للمؤمن له في تقديراته، على اعتبار أن المشرع حمى المؤمن من طريق فتح الامكانية أمامه للمطالبة بإبطال العقد مع التعويض كلما بالغ المؤمن له في تقدير ذلك المبلغ عن سوء نية أو متعمدا، أما إذا تمت المغالاة عن حسن نية أي بدون قصد كان العقد صحيحا في حدود القيمة الحقيقية للشيء المؤمن عليه طبقا للمادة 41 من المدونة.

من خلال مقارنة مبلغ التأمين الذي هو **80.000 درهم** يتبين بأنه أقل من مجمل الربح المعرض للخطر **110.000**، ولذلك وجب إعمال قاعدة النسبية، وفق النحو التالي:

مبلغ التأمين

مجمّل الربح المفقود نتيجة العجز في دخل المبيعات × -----

مجمّل الربح المعرض للخطر

80.000

التعويض بعد تطبيق قاعدة النسبية = 25454 × 35000 -----
110.000

انطلاقاً مما تقدم يتبين أن المقاوله قامت بالتأمين عن ضرر فقدان الاستغلال (الذي يقاس عبر تضرر مجمل ربح المقاوله) بسبب خطر الحريق بمبلغ قيمته 80.000 درهم، في حين أن قيمة مجمل الربح الذي يؤثر في فقدان الاستغلال قيمته هي 110.000 درهم، ليكون المبلغ الذي أمنت عليه المقاوله لا يشكل سوى 72% من قيمة الربح الإجمالي التي تحصل عليه المقاوله في ظروف العادية، وبالتالي فالمقاوله ستحصل على تعويض نتيجة فقدان الاستغلال قيمته 25454 درهم الذي يشكل نسبة 72% من قيمة الربح الإجمالي أو الهامش الإجمالي المعرض للخسارة والقابل للتعويض.

الخاتمة:

بالاستناد إلى ما تقدم، فهذه الورقة المتواضعة تبقى مجرد محاولة لإعطاء الصبغة القانونية لهذا النوع من التأمين، نظراً لتزايد الحاجة إليه مع تزايد المخاطر عبر العالم على اختلاف أنواعها وما يترتب عليها من آثار اقتصادية تمس المقاوله بشكل مباشر، لذلك كان التركيز في هذه الورقة على "مرحلة التكوين" لما تشكله من أهمية في تحديد الأطراف سواء المؤمن أو المؤمن له (المقاوله)، فحاولت إسقاط القواعد العامة في التعاقد القانوني سواء على مستوى التراضي أو الأهلية أو المحل (الخطر).

كما حاولت بسط الطرق العملية لانعقاد التأمين على فقدان الاستغلال، وإعطاء تكييف قانوني لطبيعتها بالاعتماد على مدونة التأمينات المغربية، فاعتبرت أن هذا النوع من التأمين يأتي إما ضمن العقد الأصلي أو في شكل ملحق يتبع العقد الأصلي مع استحضار الآثار القانونية الناجمة عن هذه التبعية. وبالنظر لاستلزام التأمين على فقدان الاستغلال طرقاً قانونية لقيامه، فكان لا بد من بحث الآثار القانونية لهذا التأسيس سواء تعلق بالتزام دفع القسط الذي يقع على المقاوله المؤمن لها، أو الالتزام بدفع التعويض المترتب على عاتق المؤمن، محاولاً في النهاية بسط مثال تطبيقي لكيفية احتساب التعويض المستحق للمقاوله على فقدان الاستغلال، يجمع بين مجموعة من العناصر الفنية والقانونية.

في الختام تبقى هذه الورقة مجرد مدخل متواضع لموضوع التأمين على فقدان الاستغلال، الذي رغم بروز الجانب الفني فيه بشكل أكبر إلا أن هذا لم يمنع من محاولة تأطيره من الناحية القانونية، حتى تكفل للمقاوله الحماية المنشودة، كما أن التأمين على فقدان الاستغلال يبقى موضوع مهم، وله راهنيته ولعل أبرز مثال هو ما نعيشه اليوم بسبب "جائحة كورونا"، وما تخلفه من آثار على المستوى الاقتصادي تضر بشكل مباشر على استمرارية المقاوله.

وبالتالي إلى أي حد يمكن اعتبار جائحة كورونا خطراً يؤثر بشكل سلبي على رقم معاملات المقاوله مما يوجب استفادتها من

التعويض على فقدان الاستغلال؟

المراجع والمصادر

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ- النصوص القانونية:

- ظهير الالتزامات والعقود المغربي الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913).
- القانون رقم 07.03 بمثابة مدونة الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184، بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 418.
- القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 المؤرخ في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187.
- القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.238 بتاريخ 25 رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 - 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002) ص 3105، كما تم تغييره وتتميمه.
- القانون رقم 9.88 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.138 صادر في 30 من جمادى الآخرة 1413 (25 ديسمبر 1992)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4138 بتاريخ 5 رجب 1413 (30 ديسمبر 1992)، ص 1867، كما تم تتميمه وتغييره.

ب- كتب ومقالات:

- أحمد أبو السعود، عقد التأمين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية شاملة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين، الطبعة الثالثة، مطبعة نادي القضاة، القاهرة، 1991.
- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة والتأمين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- فؤاد معلال، الوسيط في قانون التأمين دراسة تحليلية على ضوء مدونة التأمين المغربية الجديدة، الطبعة الأولى، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2011.
- منعم الخفاجي، تأمين خسارة الأرباح الناتجة عن الحريق، الطبعة الأولى، مكتبة التأمين العراقي، العراق 2014.
- نبيل محمد مختار، تأمين فقد الخسارة، مقال منشور على موقع مقال: اقتصاد قانون، القاهرة، 2018.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية

- Allianz ,L'assurance Pertes d'exploitation l'assurance vie de l'entreprise après un sinistre, Bruxelles, 2011.
- Inter Mutuelles Entreprise, Contrat d'assurance « Pertes d'exploitation », Paris, 2019.
- Jacques Prévotès, Joël Eno, L'assurance des pertes d'exploitation, Editions Argus Assurances , 7 ème Edition, Paris , 1996.
- Rémi Moreau, L'assurance des pertes d'exploitation, cette méconnue, Revue Assurances et gestion des risques, vol 76(2), juillet 2008.

ثالثاً: المواقع الالكترونية

- www.wafaassurance.ma

رهن الديون والحسابات البنكية كأحد أبرز مستجدات القانون 21.18

دراسة مقارنة بين التشريع المغربي والتشريع الفرنسي

✍ محمد القدري

باحث بسلك الدكتوراه

كلية الحقوق السويسي الرباط

-الملخص باللغة العربية:-

يشكل رهن الديون ورهن الحسابات البنكية أهم أنواع الرهون دون التخلي عن الحيازة والتي تم استحداثها بموجب القانون 21.18، و تتجلى أهمية هذا النوع من الرهون في أنه يخول للتاجر إمكانية رهن المال مع الاحتفاظ بحيازته، وعليه فإن القانون 21.18 قنن هذا النوع من الرهن بعد أن لم يكن منظما قبل ذلك؛ إن الموضوع محل الدراسة يعالج التنظيم التشريعي لرهن الديون ورهن الحسابات البنكية، ومدى مساهمتها في دعم الائتمان وتشجيع الاستثمار، وقد اعتمدنا في سبيل الإجابة على ذلك، على التشريع الفرنسي كتشريع مقارن في هذا الإطار.

-الملخص باللغة الفرنسية:-

Le nantissement de créance et le nantissement de comptes bancaires sont les types les plus importants gages sans dépossession, qui ont été introduites conformément à la loi 21.18. Soyez organisé avant cela; Le sujet à l'étude porte sur la réglementation législative de nantissement des créances et nantissement des comptes bancaires, ainsi que sur l'ampleur de leur contribution au soutien du crédit et à l'encouragement de l'investissement.

Pour y répondre, nous nous sommes appuyés sur la législation française comme législation comparative à cet égard.

مقدمة

لعل من أهم ما يميز مجال المال والأعمال هو الائتمان ، فالتجار يكونون دائما مرتبطين بروابط متتابة يحكمها ما يصطلح عليه بالائتمان ، القلب النابض للتجارة ، إن الائتمان بهذا المدلول يعني الثقة المدعمة في الحصول على الأموال المقترضة والسلع المؤجل دفع ثمنها، وهو بذلك أحد أهم دعائم النشاط التجاري ، وبدونه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يستمر هذا النشاط أو يزدهر¹²⁷⁶ .

غير أن الائتمان ليس مجاني بل يتعين أن يستند إلى ضمانات، هذه الضمانات تتعدد وتتنوع بين ضمانات عينية وضمانات شخصية، ويمكن التمييز في ظل الضمانات العينية بين الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، الامتياز..... إلخ، فيما يخص الرهن الحيازي¹²⁷⁷ أو التقليدي حسب تعبير الفقه ، فإنه يتطلب انتقال حيازة الشيء المرهون من يد المدين الراهن إلى يد الدائن المرتهن، وهو ما يوفر الحماية اللازمة للدائن والغير معا: حماية الدائن المرتهن من خطر تصرف المدين في الشيء المرهون لشخص آخر حسن النية، وحماية الغير كذلك، إذ أن حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون يشكل إعلاما للغير بتعلق حق الدائن المرتهن بهذا الشيء¹²⁷⁸.

ولكن في أحيان كثيرة لا يستطيع التاجر أن يتخلى عن حيازة منقولاته مقابل الحصول على الائتمان لأنها من أدوات الإنتاج الضرورية لنشاطه الاقتصادي، ولذلك فالأفضل له أن يرهنها دون التجرد من حيازتها¹²⁷⁹، لذلك فقد ظهر نوع جديد من الرهن يصطلح عليه "بالرهن دون التخلي عن الحيازة"، وهو قريب في أحكامه من الرهن الرسمي، ويتخذ هذا النوع الجديد من الرهن العديد من الصور والأشكال، كرهن أدوات ومعدات التجهيز¹²⁸⁰، رهن المنتجات والمواد¹²⁸¹، رهن الديون... إلخ.

ويلاحظ في هذا الإطار أن المشرع المغربي نظم الأحكام القانونية الخاصة بالرهون دون حيازة بين نصوص متفرقة: مدونة التجارة، قانون الالتزامات والعقود¹²⁸²، إلى جانب نصوص خاصة. أما فيما يخص المشرع الفرنسي فقد نظم الأحكام الخاصة بالضمانات في إطار الكتاب الرابع من **قانون الالتزامات والعقود**، حيث ميز بين الضمانات الشخصية والضمانات العينية ، وعلى مستوى هذه الأخيرة فقد ميز المشرع بين الضمانات التي يمكن أن ترد على المنقولات فالعقارات¹²⁸³، وفيما يخص الضمانات الواردة على المنقولات وفق التشريع الفرنسي، فإنها تتخذ عدة أشكال¹²⁸⁴، وعلى العموم فإنه يمكن التمييز بين الرهون الوارد على المنقولات المادية فالمنقولات غير

¹²⁷⁶ - عبد الرحيم شميعة، القانون التجاري الأساسي، مطبعة سجلماسة، طبعة 2014، ص16.

¹²⁷⁷ - جاء في **الفصل 1170** من قانون الالتزامات والعقود المغربي والمعدل بموجب القانون 21.18 " الرهن إما أن يكون حيازيا أو بدون حيازة. وهو يتعلق بشيء، سواء كان منقولاً أو عقاراً أو حقاً معنوياً. وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء، بالأولوية على جميع الدائنين الآخرين، إذا لم يف له به المدين.

أما الرهن الحيازي فهو عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئاً لضمان التزام، والذي يقتضي التخلي عن حيازة الشيء محل الرهن الحيازي.

وأما الرهن بدون حيازة فهو عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئاً لضمان التزام، والذي لا يستلزم تخلي الراهن عن حيازة الشيء.

¹²⁷⁸ - بوعبيد عباسي، العقود التجارية دراسة تحليلية وفق القانون المغربي والمقارن، المطبعة والوراقة الوطنية، 2013، ص97.

¹²⁷⁹ - بوعبيد عباسي، مرجع سابق، ص97.

¹²⁸⁰ - المواد من 355 إلى 377 من مدونة التجارة المغربية.

جريدة رسمية عدد 4418 بتاريخ 3 أكتوبر 1996 ص 2187.

¹²⁸¹ - المواد من 378 إلى 392 من نفس القانون.

¹²⁸² - ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913).

¹²⁸³ - **L'article 2328** « Les privilèges peuvent être sur les meubles ou sur les immeubles ».

¹²⁸⁴ - **L'article 2329** "Les sûretés sur les meubles sont :

1° Les privilèges mobiliers ;

2° Le gage de meubles corporels ;

المادية أو المعنوية¹²⁸⁵. فيما يخص الرهن الوارد على المنقولات المعنوية فقد نظمته المشرع الفرنسي تحت اسم *1286le* « *nantissement de meubles incorporels* »، في المواد من 2355 إلى 2366.

من خلال ما سبق يمكن القول أن الرهون التي يمكن أن ترد على المنقولات المعنوية هي عديدة ومتنوعة، كرهن الأصل التجاري¹²⁸⁸، رهن براءة الاختراع¹²⁸⁹، رهن الديون..... إلخ؛ وتشترك هذه الأنواع من الرهون في اعتبارها رهون دون حيازة؛ وعليه فإن رهن الديون يعتبر من الرهون الواردة على المنقولات غير المادية-المعنوية-¹²⁹⁰.

أما فيما يخص المشرع المغربي، فإنه لم يتعرض إلى هذا النوع من الرهون إلا مع القانون 1291.18 و الذي عدل مقتضيات مدونة التجارة، حيث كان الهدف من صدوره بالأساس هو تقوية الضمانات المقدمة من طرف المقاولات الصغرى والمتوسطة، هذه الأخيرة التي تتوفر على ضمانات منقولة وليس عقارية، وعليه فإن صدور القانون المذكور كان يهدف المشرع من خلاله إلى تنويع هذه الضمانات، كتقنين رهن الديون والحسابات البنكية.

أما فيما يخص المشرع الفرنسي فقد عرف عدة تطورات فيما يرتبط برهن الديون، وقد كان يعرف هذا الإطار بعض الأنظمة الخاصة قبل اعتماد القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، ويتعلق الأمر بمرسوم قانون الصادر في 30 أكتوبر سنة 1935 والذي أنشأ نظام خاص لرهن الديون الناشئة في إطار الصفقات العمومية، فنظام حوالة الديون المهنية الذي تم إنشاؤه بالقانون الصادر في 2 يناير 1981، هذا الأخير يعتبر هو المساهم في بروز القواعد العامة لرهن الديون في التشريع الفرنسي والتي جرى تنظيمها في إطار القانون المدني الفرنسي، وينبغي التأكيد على أن التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي بموجب الأمر الصادر في 23 مارس 2006¹²⁹² المتعلق بالضمانات يعتبر من أهم التعديلات في هذا الإطار، والذي هدف إلى تبسيط الإجراءات المرتبطة بهذه الأخيرة¹²⁹³.

3° Le nantissement de meubles incorporels ;

4° La propriété retenue ou cédée à titre de garantie.

¹²⁸⁵ - les meubles incorporels.

1286- حدد المشرع الفرنسي المقصود ب nantissement في الفقرة الأولى من الفصل 2355 " "

"Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs."

¹²⁸⁷ - وحسب الفقه الفرنسي فإن هذا التمييز بين هذه المؤسسات لم يكن قائما قبل سنة 2006.

. Les notions de « gage » et de « nantissement » sont également clarifiées. Le gage concerne l'affectation en garantie de biens corporels, le nantissement celle de biens incorporels.

-A. Lienhard , Réforme des sûretés : présentation de l'ordonnance du 23 mars 2006, Dalloz actualité 05 avril 2006.

¹²⁸⁸ - والذي نظمته المشرع المغربي في الكتاب الثاني من مدونة التجارة وتحديدا في إطار الفصول من 106 إلى 110.

¹²⁸⁹ -أنظر المادة 56 وما بعدها من القانون 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية.

جريدة رسمية عدد 4776 (9 مارس 2000)، ص366.

¹²⁹⁰ -وقد حدد المشرع الفرنسي القواعد المطبقة على رهن الديون في إطار الفقرة الرابعة من الفصل 2355 من قانون الالتزامات والعقود

" Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre.

1291- رغم ذلك فالمشرع المغربي كان يعرف عدة تطبيقات لرهن الديون كرهن عقد التأمين ورهن الصفقات العمومية... إلخ.

¹²⁹² - Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, JO 24 mars.

¹²⁹³ -Johanna Bennephtali. Le nantissement de créance et les procédures collectives. Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit. Université Paris-Est, 2019. Français, page 16, 17, 18.

وتجدر الإشارة إلى أن رهن الديون أصبح اليوم مصدرا مهما من مصادر الحصول على الائتمان¹²⁹⁴. والدين¹²⁹⁵ هو حق الدفع أو الأداء الذي يتمتع به الدائن¹²⁹⁶ تجاه مدينه¹²⁹⁷؛ وهو يتخذ عدة أشكال وصور، كرهن الصفقات العمومية، رهن عقود التأمين، رهن الحسابات البنكية... إلخ. أما فيما يخص رهن الحسابات البنكية فإنه ليس إلا تطبيقا من رهن الديون وهذا ما أكد عليه المشرع المغربي، من خلال المادة 392-7 من مدونة التجارة¹²⁹⁸.

وحسب الفقه فإن فكرة الأموال المعنوية¹²⁹⁹، تتعارض وفكرة الحيازة¹³⁰⁰، لذلك يبقى نظام الرهن دون التخلي عن الحيازة هو النظام الأصح والمتوافق مع هذا النوع من الأموال، وهو ما جعل المشرع المغربي يدرج رهن الديون، إلى جانب رهن الحسابات البنكية، في إطار الرهون التي لا تقبل التخلي عن الحيازة.

أما المشرع الفرنسي فقد نظم رهن الحسابات البنكية في إطار القواعد العامة لرهن الدين، ذلك أن رهن الحسابات البنكية وإلى غاية سنة 2006 كان يخضع للقواعد المطبقة على الرهن بصفة عامة¹³⁰¹، مما لا يتوافق وهذا الأخير¹³⁰².

بناء على ما سبق، نخلص إلى صياغة الإشكالية التالية:

إلى أي حد سيساهم التنظيم التشريعي لرهن الديون ورهن الحسابات البنكية في تشجيع الاستثمار وتقوية الائتمان؟

بناء على الإشكالية المطروحة سنحاول معالجة الموضوع وفق التصميم الآتي:

المبحث الأول: القواعد العامة لرهن الديون

المبحث الثاني: رهن الحسابات البنكية كأحد تطبيقات رهن الديون

وينبغي التأكيد على أن اعتماد التشريع الفرنسي كتشريع مقارن، سيساهم لا محالة في تحديد وضعية التشريع المغربي والإجابة على الإشكالية المذكورة.

¹²⁹⁴ -Bui Duc Giang « sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien », thèse de doctorat en droit privé, soutenue le 2 juin 2014, université Panthéon-Assas, page 15.

¹²⁹⁵ - وتجدر الإشارة إلى أنه لا فيما يخص المشرع المغربي ولا المشرع الفرنسي لم يعرفوا المقصود برهن الديون، هذا وإن كان القضاء قد حاول التطرق والتعرض لهذه المسألة. فمثلا جاء في أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية "أن العقد الذي بموجبه يقوم المدين بإحالة ونقل جميع الحقوق المرتبطة بدين ممسوك في مواجهة أحد الأغيار وذلك على سبيل الضمان لدائن معين يعتبر رهنا للدين".

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un° nantissement de créance »

-Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du 19 décembre 2006 , N° de pourvoi: 05-16395 .

¹²⁹⁶ -« La créance est le droit au paiement que détient un créancier sur son débiteur »

¹²⁹⁷ -Johanna Bennephtali. Ouvrage précité, page 16.

¹²⁹⁸ - " يعتبر رهن الحساب البنكي رهنا للدين..... " .

¹²⁹⁹ -les meubles incorporels.

¹³⁰⁰ -Pierre Crocq, sûretés et publicité foncière, RTD Civ, juillet-septembre 2017, édition DALLOZ , page 697.

¹³⁰¹ - « le gage ».

¹³⁰² - Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 144.

المبحث الأول: القواعد العامة لرهن الديون¹³⁰³

إن رهن الديون يعتبر من أبرز مستجدات التي جاء بها القانون 21.18 وذلك من خلال تعديل مدونة التجارة، خاصة فيما يرتبط بالمقتضيات الخاصة بالعقود التجارية، وعليه فإن التطرق للنظام القانوني لهذا النوع من الرهن، يستلزم تحديد شروط قيامه (المطلب الأول) ثم تحديد الآثار التي تترتب على انعقاده (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قواعد إنشاء رهن الديون

قبل التطرق للشروط الموضوعية والشكلية لإنشاء رهن الديون (القرة الثانية)، ارتأينا تمييز هذا الأخير عن حوالة الديون المهنية وذلك لمظاهر التشابه القائمة بينهما (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى : تمييز رهن الديون عن حوالة الديون المهنية¹³⁰⁴

نظم المشرع المغربي، بمقتضى المواد من 529 إلى 536 من مدونة التجارة، نوعا آخر من حوالة الدين أو الحق، وذلك لدعم الثقة والائتمان في المجال التجاري ولتمكين كل فاعل اقتصادي من الحصول على التسهيلات الائتمانية، التي يقدمها البنك، بمجرد تسليمه لهذا البنك قائمة بديون مهنية كضمان لمبلغ الائتمان الذي منحه إياه، ذلك أنه إذا كان انتقال الديون والحقوق من الدائن الأصلي إلى شخص آخر منظما بالقواعد العامة لقانون الالتزامات والعقود، فإن هذا القانون يتضمن بحكم طبيعته بعض الأحكام التي من شأنها أن تتعارض مع النشاط البنكي والعمليات البنكية¹³⁰⁵.

وعليه، فإنه يمكن القول أن عملية رهن الديون أو حوالة الديون المهنية تنطوي على بعض مظاهر التشابه، خاصة عندما تكون **الحوالة على سبيل الضمان**¹³⁰⁶، ذلك أن المدين الراهن في عقد رهن الديون يقوم برهن هذه الأخيرة من أجل الحصول على الضمان، ونفس الأمر بالنسبة لحوالة الديون المهنية على سبيل الضمان، التي ينطوي محلها بالأساس على إحالة دين ممسوك على أحد الأغيار من أجل الحصول على الائتمان¹³⁰⁷، كما أن العقدين معا ينطويان تحت لواء العقود التجارية المنظمة بموجب الكتاب الرابع من مدونة التجارة¹³⁰⁸.

لكن رغم أوجه التشابه هذه، فإن النظام القانوني الذي يحكم حوالة الديون المهنية يختلف عن رهن الديون، فإذا كان هذا الأخير يخضع لقواعد الرهن باعتباره كعقد من عقود الرهن، فإن عقد حوالة الديون المهنية يخضع لقواعد الحوالة¹³⁰⁹ فيما يخص إحالة الدين، كما أن عقد حوالة الديون المهنية على سبيل الضمان لا يمكن تصوره إلا بالنسبة للبنوك كمستفيد من الضمان، هذا بخلاف رهن الديون، حيث أن المشرع جاء بمقتضيات عامة في هذا الإطار، وبالتالي فالمستفيد في هذا الضمان يمكن أن يكون أي شخص.

¹³⁰³ -nantissement de créance.

¹³⁰⁴ -cession des créances professionnelles.

« la cession de créances professionnelles est un procédé, constaté par un bordereau, permettant à une entreprise, le cédant, de transférer, à un établissement de crédit, le cessionnaire, la propriété de créances professionnelles déterminées en vue de la garantie d'un crédit consenti par le cessionnaire au cédant. La cession peut intervenir à titre de garantie, les créances cédées étant alors sans lien avec le crédit consenti par le cessionnaire, ou à titre d'escompte. »

<https://www.dalloz.fr/> consulté le 18/06/2020 à 21 :59

¹³⁰⁵ -محمد لفروجي، مرجع سابق، ص382.

¹³⁰⁶ -ذلك أن الحوالة يمكن أن تكون على سبيل التفويت أو على سبيل الضمان طبقا للفقرة الثانية من المادة 529 من مدونة التجارة.

¹³⁰⁷ -الفقرة الأولى من المادة 529 من مدونة التجارة.

¹³⁰⁸ -وإن كان رهن الديون قد نظمته المشرع في إطار عقود الرهن، أما حوالة الديون المهنية فهي صورة من صور العقود البنكية.

¹³⁰⁹ -أي حوالة الحق، أنظر بهذا الشأن الفصول من 189 إلى 208 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

الفقرة الثانية: الشروط الموضوعية والشكلية لإنشاء رهن الدين

لا تختلف الشروط الموضوعية لعقد رهن الدين عن باقي العقود عموماً، سواء فيما يرتبط بالأهلية أو الرضا أو المحل أو السبب، وإن كانت هناك بعض الخصوصية فيما يرتبط بمحل الرهن (أولاً)، كما أن المشرع تطلب شروط شكلية لإنشاء هذا النوع من الرهن (ثانياً).

أولاً: تحديد محل الرهن

كما سبقت الإشارة فإن عقد رهن الدين ينصب على مال منقول معنوي وهو الدين، أي الحق الذي تمتع به شخص (دائن) في مواجهة طرف آخر (مدين)، ويلاحظ في هذا الإطار أن المشرع توسع على مستوى هذا النوع من الرهن، خاصة فيما يرتبط بمحله، وعليه فإنه يجوز رهن أي دين قائم حالاً أو مستقبلاً، سواء كان مبلغه ثابتاً أو متغيراً، حتى ولو كان ناتجاً عن تصرف لاحق لم يحدد مبلغه بعد، سواء حددت هوية المدينين بهذا الدين أو لم تحدد. بل إن المشرع الفرنسي ومن خلال الفصل 2356 وما بعده من القانون المدني، يمكن القول أن أجاز رهن الديون بغض النظر عن مصدرها 1310 سواء تعلق الأمر بالعقد أو بعمل غير مشروع يوجب التعويض 1311، وأيضاً سواء تعلق الأمر بديون مدنية أو تجارية 1312، ولو كانت خاضعة لقانون أجنبي 1313.

وبخصوص قابلية الديون المستقبلية للرهن، فإن المشرع الفرنسي قد أجاز ذلك بمقتضى التعديل القانوني لسنة 1314 2006 على غرار المشرع المغربي، رغم ذلك فإن المشرع لم يحدد المقصود بالديون المستقبلية 1315 في القانون المدني 1316، هذا من شأنه حسب الفقه 1317 أن يثير عدة إشكالات حول الطابع أو الخصائص اللازمة لاعتبار الدين كونه دين مستقبلي من عدمه 1318؛ مع الإشارة في هذا الإطار إلى أن المشرع الفرنسي خصّ الديون المستقبلية بأحكام خاصة كما يتضح من خلال الفقرة الثالثة من الفصل 2356 من القانون المدني الفرنسي 1319.

وطبقاً للفقرة الأولى من المادة 392-2 فإنه يجوز أن ينصب رهن الدين على جزء منه، ما لم يكن غير قابل للتجزئة 1320، وهو نفس الحكم الذي نص المشرع الفرنسي من خلال الفقرة الثانية من الفصل 2358 من القانون المدني 1321.

¹³¹⁰ - François Moulière, nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire, RTDcom octobre/décembre 2011 n°4, édition DALLOZ, page 678.

¹³¹¹ - ويتعلق الأمر هنا بالمسؤولية التقصيرية.

¹³¹² - Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 96 et 97.

¹³¹³ - جاء في الفصل 392-4 من مدونة التجارة المغربية: " عندما يتم رهن دين بمقتضى عقد خاضع لقانون أجنبي، لضمان دين أو عدة ديون أخرى، يحتج بهذا الرهن بالمغرب تجاه المدين الذي يقيم في المغرب بصفة اعتيادية، وفق الشروط المنصوص عليها في القانون الذي يسري على الدين موضوع الرهن، مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاعتراف المتبادل بالمساطر القانونية والقضائية والإدارية التي صادقت عليها المملكة المغربية أو انضمت إليها، وكذا المقننات التشريعية المتعلقة بالنظام العام."

¹³¹⁴ - François Moulière, ouvrage précité, page 677.

¹³¹⁵ - François Moulière, ouvrage précité, page 678.

¹³¹⁶ Selon l'article L.313-23, al.2 du Code monétaire et financier français, **les créances futures « résultent d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés »**.-

¹³¹⁷ - François Moulière, ouvrage précité, page 678.

¹³¹⁸ - خاصة فيما يرتبط بالديون الاحتمالية التي لا يمكن أن تكون محل رهن.

¹³¹⁹ - « Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance. »

¹³²⁰ - أو غير قابل للانقسام.

¹³²¹ - L'article 2358 « Il peut porter sur une fraction de créance, sauf si celle-ci est indivisible. »

ثانيا: شكلية الرهن

نميز في هذا الإطار بين قواعد الكتابة (1) فقواعد الإشهار (2).

1- الكتابة

لم ينص المشرع المغربي على شرط الكتابة بشكل صريح لكنه استلزم أن يتضمن العقد العديد من العناصر، مما يفضي إلى القول بضرورة الكتابة، بحيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 1-392، على أنه يمكن 1322 أن يتضمن عقد الرهن الإشارة إلى العناصر التي تمكن من تحديد الدين المرهون في كل وقت، ولا سيما منها مبلغ الدين أو قيمته، ومكان الوفاء به، وسبب الالتزام به، وهوية المدينين الحاليين أو المستقبليين حسب الحالة، وأصنافهم عند الاقتضاء ونوعية العقد أو العقود التي نشأ الدين بموجبها، كما أن المشرع من خلال المادة 3-392 اشترط إشهار العقد في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة، وهي إمكانية يتعذر حصولها في ظل غياب أية كتابة.

و بخلاف المشرع المغربي فإن المشرع الفرنسي اشترط بشكل صريح أن يتم إبرام العقد كتابة تحت طائلة البطلان 1323، بما يفضي إلى القول إلى أن الكتابة الواردة في التشريع الفرنسي هي كتابة انعقاد، كما اشترط أن تتم الإشارة في العقد إلى الديون المضمونة وكذلك الديون محل الرهن 1324، وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعديل عرفه المشرع الفرنسي بموجب الأمر الصادر سنة 2006، حيث تبنى نظام خاص برهن الديون، وعمد إلى تبسيط الإجراءات، وبالتالي اشترط الكتابة كإجراء شكلي وحيد لسريان هذا النوع من الرهن، ذلك أن مقتضيات السابقة 1325 كانت تستلزم التسجيل وإشعار المدين كإجراءات لازمة لإنشاء الرهن 1326. كما أن المشرع الفرنسي حسب الفقه تجاوز الصبغة الآمرة التي كانت تصطبغ بها القواعد الخاصة برهن الديون، تاركا تنظيم مختلف القواعد خاضعة لإرادة الأطراف 1327. وهو التوجه الذي يبدو لنا سار عليه المشرع المغربي من خلال الفصل 1-392 من مدونة التجارة وما بعده 1328.

2- التقييد في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة:

يعتبر السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة من أبرز المستجدات التي جاء بها القانون 21.181329، ويهدف إحداث السجل المذكور إلى تجميع المعلومات المرتبطة بالأموال المرهونة، وبالتالي تسهيل عملية إخبار الأعيان خاصة الدائنين المحتملين على حقوق الأولوية المرتبطة بالمال المنقول 1330.

وبالرجوع إلى القانون 21.18، نجد المشرع المغربي قد نظم السجل الإلكتروني للضمانات المنقولة في ظل الباب الرابع 1331 من القانون المذكور، وحسب ما جاء في المادة 12 فإنه "يحدث سجل وطني إلكتروني للضمانات المنقولة يعهد بتدبيره إلى الإدارة، يشار

¹³²²-أي بشكل اختياري.

¹³²³-L'article 2356 du code civil « A peine de nullité, le nantissement de créance doit être conclu par écrit..... ».

¹³²⁴-la 2^{ème} paragraphe de l'article 2356 du code civil «.....Les créances garanties et les créances nanties sont désignées dans l'acte..... ».

¹³²⁵- C.civ. anc. art. 2075 « Le privilège énoncé en l'article précédent, ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. »

¹³²⁶- Johanna Bennephtali. Ouvrage précité, page 20.

¹³²⁷-Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 107.

¹³²⁸-حيث تكررت عبارة "يجوز" والتي تفيد أن مختلف القواعد هي قواعد مكملة يمكن للأطراف الاتفاق على خلافها.

¹³²⁹-جريدة رسمية عدد 6771 بتاريخ 22 أبريل 2019 ص 2058.

¹³³⁰-مذكرة تقديمية لمشروع القانون المتعلق بإصلاح نظام الضمانات المنقولة في المغرب.

¹³³¹-المواد من 12 إلى 18 من القانون 21.18.

إليه بعهدده بالسجل الوطني، تتم من خلاله عملية إشهار جميع أنواع الرهون بدون حيازة عن طريق تقييدها..". كما سبق أن أشرنا إلى ذلك فإن رهن الديون من الرهون دون التخلي عن الحيازة التي تستلزم الإشهار على مستوى السجل المذكور.

وحسب المادة 13 من نفس القانون فإنه "تحدد كفاءات إشهار الرهون بدون حيازة والضمانات المنقولة الأخرى بالسجل الوطني والتقييدات اللاحقة، وكذا التشطيبات المنصبة عليها بموجب نص تنظيمي، كما يحدد هذا النص التنظيمي كفاءات الاطلاع على السجل الوطني".

وقد صدر في هذا الإطار مرسوم بتاريخ 21 نونبر 2019 والمتعلق بتطبيق القانون المذكور خاصة الباب الرابع منه ، وقد حدد المرسوم مختلف الشكليات المرتبطة بالتقييد والإشهار 1332 على مستوى السجل المذكور 1333؛ هذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يشترط إشهار العقد، وإنما الكتابة فقط كما تمت الإشارة إلى ذلك. ويثار تساؤل بالنسبة للآثار المترتبة عن عدم التقييد في السجل المذكور، و من خلال المادة 3-392 يمكن القول أن إغفال هذه الشكلية لا يترتب عليه بطلان الرهن، وإنما يبقى فقط إجراء خاص من أجل سريان رهن الدين تجاه الأغيار.

المطلب الثاني: آثار رهن الديون وقواعد التحقيق

بمجرد انعقاد عقد الرهن واستجماع شروطه الشكلية والموضوعية، فإنه يترتب عليه مجموعة من الآثار، هذه الآثار منها ما يهم أطراف العقد ومنها ما يخص الأغيار ومنها ما يرتبط بمحل الرهن (الفقرة الأولى) وإذا كان المشرع قد بنى قواعد عامة لتحقيق الرهن بدون حيازة في إطار قانون الالتزامات والعقود المغربي، فإن هناك بعض الخصوصية بالنسبة لرهن الديون (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آثار رهن الديون

هذه الآثار تسري سواء في مواجهة أطراف العقد والأغيار (أولا) بما فيهم المدين الأصلي (ثانيا)، كما تمتد كذلك إلى محل الرهن (ثالثا).

أولاً: الآثار في مواجهة أطراف العقد والأغيار

يصبح رهن الدين ساري المفعول بين الأطراف ابتداء من تاريخ العقد ويحتج به في مواجهة الغير عن طريق التقييد في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة، أي كان تاريخ إنشاء الدين المرهون أو استحقاقه أو حله، هذا بخلاف الأمر بالنسبة للتشريع الفرنسي، حيث أن آثار العقد تسري في مواجهة الأطراف والأغيار من تاريخ العقد حسب الفصل 2361 من القانون المدني الفرنسي 1334، وهذا راجع بالأساس إلى أن المشرع الفرنسي لم يشترط إشهار العقد كما هو الأمر بالنسبة للمشرع المغربي. ولا يجوز للراهن ابتداء من تاريخ إنشاء الرهن، تغيير نطاق الحقوق المرتبطة بالديون المرهونة دون موافقة الدائن المرتهن، مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، وعليه فإنه يتعين على كل شخص توصل بأداء مبرئ من الدين المرهون أن يسلم هذا الأداء للدائن المرتهن بعد أن يشعره بذلك (أي الدائن المرتهن).

¹³³²- وجاء في المادة الثانية من المرسوم المذكور " يعهد بتدبير السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة إلى السلطة الحكومية المكلف بالعدل.

ومن أجل ذلك، تعمل السلطة الحكومية المكلفة بالعدل على إعداد منصة إلكترونية ليواء السجل المذكور، وتسهر على اتخاذ جميع الإجراءات التقنية اللازمة لوضعه رهن إشارة العموم....."

المنصة الإلكترونية: <https://rnesm.justice.gov.ma/>

¹³³³- جريدة رسمية عدد 6832 بتاريخ 21 نوفمبر 2019، ص 10806.

¹³³⁴- L'article 2361 « Le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. »

ثانيا: الآثار في مواجهة المدين:

تبنى كل من المشرع المغربي و المشرع الفرنسي قواعد مشابهة في هذا الإطار، حيث أن الرهن لا يسري في مواجهة المدين، إلا من تاريخ إشعاره 1335، وحسب ما جاء في المادة 392-5 فإنه "يجوز للدائن المرتهن في أي وقت أن يبلغ المدين برهن الدين، ويجوز له أيضا في أي وقت إذا اتفق الأطراف على ذلك أن يطلب من الراهن القيام بهذا التبليغ، وابتداء من تاريخ التوصل بهذا التبليغ، فإنه لا تبرأ ذمة المدين بكيفية صحيحة إلا في مواجهة الدائن المرتهن" ومتى كان المدين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، فإنه يجب التبليغ المذكور للمحاسب العمومي لديه أو من يقوم مقامه.

ونفس المقتضى أكد عليه المشرع الفرنسي من خلال الفصل 23621336 حيث اشترط ضرورة التبليغ للمدين أو انضمامه للعقد، وفي ظل غياب هذا التبليغ فإن يجوز للراهن الحصول على الأموال المتأتية من مدينه حسب الفقرة الثانية من الفصل المذكور 1337، أما فيما حالة التبليغ فإن الدائن المرتهن هو الذي يحق له الحصول على الأموال من جانب المدين 1338.

وخلال تنفيذ العقد، ومتى قام المدين بدفع مبالغ غير مستحقة من الدين المرهون إلى الدائن المرتهن، فالمشرع المغربي ميز بين عدة خيارات في هذا الإطار كما يتضح من خلال المادة 392-6 من مدونة التجارة 1339.

¹³³⁵ - Selon la doctrine « l'opposabilité au débiteur de la créance nantie suppose que le nantissement lui **soit notifié (et non signifié !)** ».

A. Lienhard, ouvrage précité, sans mentionner la page.

Pour la différence entre la notification et la signification.

La "notification" est la formalité par laquelle on tient officiellement une personne, informée du contenu d'un acte à laquelle elle n'a pas été partie (Voir "Cession de créance" notamment la cession de bail), ou par laquelle on lui donne un préavis, ou par laquelle on la cite à comparaître devant un tribunal, ou enfin, par laquelle on lui donne connaissance du contenu d'une décision de justice. La notification d'une décision de justice fait courir les délais de recours.

La "signification" est une forme de notification. elle est faite par un huissier de justice par le moyen d'un acte authentique appelé exploit

-Site électronique : <https://www.dictionnaire-juridique.com/> consulté le 06/06/2020 à 13 :04.

¹³³⁶ -L'article 23 62« Pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte.. »

¹³³⁷ « A défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance ».

¹³³⁸ -L'article 23 63« Après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts.»

¹³³⁹-المادة 392-6 من مدونة التجارة والتي جاء فيها " في حالة ما إذا دفع المدين مبالغ غير مستحقة من الدين المرهون إلى الدائن المرتهن، جاز لهما أن يتفقا على:

- أن يخصم الجزء المدفوع من الدين المرهون؛
- أو أن يعيد الدائن المرتهن الجزء المدفوع إلى المدين؛
- أو أن يحتفظ به الدائن المرتهن على سبيل الضمان في حساب خاص يفتح لدى مؤسسة ائتمان مؤهلة لتلقي الأموال من الجمهور إلى حين حلول أجله. ولا تخضع المبالغ الواردة في رصيد الحساب المشار إليه لمساطر التنفيذ باستثناء تلك التي تخص الدائن المرتهن الذي فتح الحساب باسمه.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي نص على مقتضيات مشابهة في هذا الإطار كما يتضح من خلال الفصل 2364.

"Les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue. Dans le cas contraire, le créancier nanti les conserve à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement

ثالثا: الآثار من حيث محل الرهن

إن رهن الديون، وكما سبقت الإشارة إلى ذلك فقد نظمته المشرع المغربي باعتباره رهن دون التخلي عن الحيابة، وعليه فإنه لا يترتب على إنشاء هذا النوع من الرهن انتقال حيابة الدين إلى الدائن المرتهن، بل إن هذا الدين باعتباره مال معنوي لا يتوافق وفكرة الحيابة، وعليه فإن رهن الدين هو نوع من الرهون التي لا تقوم على فكرة انتقال الحيابة¹³⁴⁰.

ويمتد الرهن إلى توابع الدين (كالفوائد المشتركة بين الأطراف)، ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك¹³⁴¹، والمشرع المغربي لا يختلف في هذا الإطار عن المشرع الفرنسي¹³⁴²، ولا يمكن إغفال دور توابع الدين وأهميتها في ضمان سداد الدين والفوائد المرتبطة به¹³⁴³.

الفقرة الثانية: تحقيق عقد رهن الديون

إنه و بحلول تاريخ عقد الرهن مع عدم أداء الدين من طرف المدين الراهن، يشكل إخلالا بالتزاماته يستدعي معه اللجوء إلى إجراءات التحقيق، وفي هذا الإطار فإنه يتعين التمييز بين فرضيتين:

1- حلول تاريخ الدين المضمون قبل تاريخ عقد الرهن¹³⁴⁴

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي والفرنسي قد سكتا عن هذه المسألة، وحسب بعض الباحثين، فإن الدائن المرتهن تكون له عدة خيارات، حيث يمكن له الانتظار إلى غاية حلول عقد الرهن من أجل الحصول على مستحقته، غير أن الدائن المرتهن لا يكون ملزما بالانتظار، إذ يمكن له المطالبة بتحقيق الرهن وذلك بموجب اتفاق أو من خلال اللجوء إلى القضاء، وفي هذه الحالة فإنه يصبح الدين ملكا للدائن المرتهن، ويتعين على هذا الأخير إرجاع المبالغ الزائدة في الحالة التي يكون فيها مبلغ الدين يفوق قيمة عقد الرهن¹³⁴⁵.

2- حلول تاريخ الرهن قبل تاريخ الدين المضمون¹³⁴⁶

لم ينص المشرع المغربي على مقتضيات صريحة بخصوص تحقيق هذا النوع من الرهن، هذا بخلاف الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي كما يتضح من خلال الفصل 2365 من القانون المدني¹³⁴⁷، وعليه فإن المشرع الفرنسي قد منح حق الخيار¹³⁴⁸ للدائن المرتهن بين

habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée. En cas de défaillance du débiteur de la créance garantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées."

¹³⁴⁰ - "Le nantissement de créance n'est pas une sûreté fondée sur le transfert de propriété du bien."

Johanna Benneptali. Ouvrage précité, page 21.

¹³⁴¹ - وعليه فإن الأمر يتعلق بقاعدة اختيارية يمكن للأطراف الاتفاق على خلافها.

¹³⁴² - L'article 2359 « Le nantissement s'étend aux accessoires de la créance à moins que les parties n'en conviennent autrement. »

¹³⁴³ -- Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 102.

¹³⁴⁴ - أي حلول الدين محل الرهن قبل التاريخ المحدد لعقد الرهن، حيث يكون مثلا عقد الرهن لمدة 3 سنوات، أما الدين محل الرهن والذي يعكس علاقة المدين بالراهن، يكون مبرما بمدة أقل من مدة عقد الرهن.

¹³⁴⁵ -- Johanna Benneptali. Ouvrage précité, page 22

¹³⁴⁶ - هذه الحالة معاكسة للحالة الأولى، حيث يحل عقد الرهن قبل تاريخ الدين.

¹³⁴⁷ - L'article 2365 « En cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y rattachent. Il peut également attendre l'échéance de la créance nantie. ».

¹³⁴⁸ - A. Lienhard, ouvrage précité, sans mentionner la page.

المطالبة بتحقيق الرهن والحصول على الدين إما باللجوء إلى القضاء أو وفق الاتفاق، أو يمكنه الانتظار إلى غاية تاريخ استحقاق الدين، وفي هذه الحالة فإنه استيفاء هذا الأخير يتم وفق الشروط المرتبطة بهذا الأخير وأيضا يتعين التمييز في حالة تبليغه من عدمه 1349، وفي حالة عدم التبليغ للمدين، فإن هذا الأخير يقوم بالأداء للمدين الراهن مباشرة، وأمام تشابه الأحكام القانونية بين كل من التشريع الفرنسي والمغربي، فإنه في نظرنا فإن هذه القواعد هي الواجبة التطبيق بالنسبة للتشريع المغربي.

من خلال ماسبق يمكن القول أن المشرع نظم رهن الديون وحدد العديد من القواعد العامة التي قد تسري على الكثير من أنواع رهن الديون، كرهن الحسابات البنكية، وعليه فإن السؤال المثار هنا هو: هل هناك خصوصية بالنسبة للتنظيم التشريعي لرهن الحسابات البنكية أم يبقى هذا الأخير خاضعا في مجمل أحكامه للقواعد العامة لرهن الديون؟

المبحث الثاني: رهن الحسابات البنكية كأحد تطبيقات رهن الديون

إن رهن الحسابات البنكية ليست إلا مجرد تطبيق من تطبيقات رهن الديون، كرهن الصفقات العمومية ورهن عقد التأمين... إلخ؛ وحسب الفقه فإن رهن الحسابات البنكية يلعب دورا محوري وفي غاية الأهمية على صعيد العمل البنكي 1350، حيث أن مختلف الضمانات العينية التي يستند عليها البنك خاصة على مستوى الالتزامات الدولية باعتباره دائن مرتهن تقوم على الحساب البنكي 1351، وعليه فإن التنظيم التشريعي لرهن الحسابات البنكية، سواء فيما يرتبط بكيفية انعقاده (المطلب الأول) أو من خلال تحديد آثاره وقواعد تحقيقه (المطلب الثاني) سيساهم لا محالة في دعم الائتمان وتشجيع الاستثمار.

المطلب الأول: انعقاد عقد رهن الحساب البنكي

يتعين التمييز بين الشروط المرتبطة بالمحل (الفقرة الأولى) تم تحديد قواعد الكتابة والإشهار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: محل الرهن وخصائصه

إن محل الرهن ينصب على الرصيد الدائن للحساب البنكي مما يقتضي تحديد المقصود بهذا الأخير (أولا) قبل التطرق للمقصود بالرصيد الدائن (ثانيا).

أولا: مفهوم الحساب البنكي

حسب المادة 487 من مدونة التجارة فإن الحساب البنكي ينقسم إلى صنفين: حساب بالاطلاع وحساب لأجل، وبالرجوع إلى المادة 493 من القانون المذكور نجد المشرع قد عرف **الحساب بالاطلاع** باعتباره "عقد بمقتضاه يتفق البنك مع زبونه على تقييد ديونهما المتبادلة في كشف وحيد على شكل أبواب دائنة ومدينة، والتي بدمجها يمكن في كل حين استخراج رصيد مؤقت لفائدة أحد الأطراف"، وهذا بخلاف **الحساب لأجل** الذي لم يعرفه المشرع، لكنه حسب الفقه فإذا كان الحساب بالاطلاع يفتح لاستعماله في تسجيل الديون المتبادلة بين البنك وزبونه في إطار تسوية المعاملات التي يجريانها معا بمناسبة تشغيل هذا الحساب، فإن الحساب لأجل لا يفتح على العكس من ذلك إلا من أجل توظيف الزبون لأمواله عن طريق إيداعها لدى البنك، ويكون هذا التوظيف بالتزام الزبون المعني بالأمر بترك ما له من أموال نقدية موضوعة بالبنك تحت تصرف هذا الأخير طيلة فترة زمنية معينة في مقابل إنتاج هذه الأموال فوائد حسب السعر المتفق عليه إبان إيداعها 1352.

¹³⁴⁹ - A. Lienhard, ouvrage précité, sans mentionner la page.

¹³⁵⁰ - Katarzyna KOLARSKA, LA REFORME DES SURETES, Mémoire soutenu En vue de l'obtention Du Master 2 professionnel « Banque et Finance », Année Universitaire : 2005/2006, Université René Descartes, page 39.

¹³⁵¹ - Katarzyna KOLARSKA, ouvrage précité, page 39.

¹³⁵² - محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، ص170.

وإذا كان المشرع المغربي قد تبنى قواعد خاصة لرهن الحسابات البنكية، فإن المشرع الفرنسي أخضع رهن الحسابات البنكية للقواعد العامة لرهن الدين¹³⁵³ باستثناء الإشارة الصريحة المشار إليها في الفصل 2360 من القانون المدني الفرنسي¹³⁵⁴.

ثانيا: محل الرهن (الرصيد الدائن)

يكون الدين المرهون هو الرصيد الدائن لهذا الحساب في تاريخ تحقيق الرهن، وعليه فإن الرصيد محل الدين لا يتحدد إلا بتاريخ تحقيق الرهن وتجر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي فصل في هذا الإطار فيما يخص محل الرهن، حيث أنه حسب الفصل 2360 من القانون المدني، فإن محل الرهن يشمل الرصيد الدائن للحساب المؤقت أو النهائي وذلك في تاريخ تحقيق الرهن وذلك مع تسوية العمليات الجارية¹³⁵⁵.

إن العلاقة بين المؤسسة البنكية وزبونها تشكل علاقة دائن بمدين، حيث أن البنك المودع لديه يلتزم بحفظ الوديعة¹³⁵⁶ باعتباره مدين تجاه الزبون المودع للأموال كدائن للمؤسسة المذكورة، وعليه فإن الرصيد الدائن يشكل حقا ماليا للزبون تجاه المؤسسة البنكية¹³⁵⁷. من خلال ما سبق يمكن القول أن عقد رهن الحسابات البنكية يتضمن ثلاثة أطراف، الدائن المرتهن (المستفيد من الرهن) والراهن (صاحب الحساب البنكي)، ثم المؤسسة البنكية باعتبارها مدينا لصاحب الحساب البنكي. وإذا كان محل الرهن يتحدد بتاريخ تحقيق الرهن، فإنه هناك بعض الأحكام الخاصة في حالة مساطر صعوبات المقاول؛ وعليه فإنه حالة فتح إحدى مساطر المعالجة (الإنقاذ، التسوية أو التصفية القضائية)، فإن حقوق الدائن تمارس على الرصيد الدائن بتاريخ فتح المسطرة¹³⁵⁸.

وعلى الرغم مما يبدو أن رهن الحسابات البنكية لا يتعارض والمساطر الجماعية، فإن الاجتهاد القضائي المقارن بلور تصورا يعكس ضعف هذا النوع من الضمانات داخل المساطر الجماعية¹³⁵⁹، وبالتالي فإن حقوق الدائن المرتهن للحساب البنكي تكاد تنعدم في ظل المساطر الجماعية خاصة أمام المقتضيات الآمرة¹³⁶⁰ لهذا الأخير.

¹³⁵³-لذلك سنكتفي في هذا الشق على القواعد الخاصة التي تميز رهن الحسابات البنكية في التشريع الفرنسي، أما القواعد الأخرى المطبقة فهي التي تحكم رهن الدين بشكل عام.

¹³⁵⁴ - Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 144.

¹³⁵⁵ -دون العمليات التي تم تسويتها بشكل نهائي.

¹³⁵⁶ -أنظر الأحكام الخاصة بالوديعة النقدية التي نظمها المشرع المغربي كأحد العقود البنكية في ظل المادتين 509 و510 من مدونة التجارة.

¹³⁵⁷ -Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 147 et 148.

¹³⁵⁸ -L'article 2360 du code civil français « Lorsque le nantissement porte sur un compte, la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution. Sous cette même réserve, au cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers contre le constituant, les droits du créancier nanti portent sur le solde du compte à la date du jugement d'ouverture. »

¹³⁵⁹ -selon la doctrine « la Cour de cassation décrète la mort à petit feu d'une sûreté, pourtant pleinement opposable à la procédure collective, par la consommation progressive de son assiette. »

-Charles Gijssbers, Le nantissement de compte bancaire à l'épreuve de la procédure collective du constituant (ou comment le créancier se trouve exproprié de sa sûreté...) (Com. 22 janv. 2020, n° 18-21.647, F-P+B, Bull. ; D. 2020. 212) RTD Civ. 2020, éditions DALLOZ, p.164.

¹³⁶⁰ -من هذه المقتضيات الآمرة ما يرتبط مثلا بالعقود الجارية سواء في التشريع المغربي أو التشريع الفرنسي.

-الفصل 588 من مدونة التجارة المغربية.

وحسب الفقرة الثانية من المادة 9-392 من مدونة التجارة المغربية فإنه لا يؤدي خصم جميع المبالغ الموجودة في الرصيد الدائن للحساب المرهون إلى انقضاء الرهن. وعلى الرغم من هذا المقتضى التشريعي، فإن تنصيب المشرع على أن الرصيد الدائن للحساب يتحدد بتاريخ تحقيق الرهن، يتضمن العديد من المخاطر بالنسبة للدائن المرتهن¹³⁶¹، خاصة من حيث انعدام الضمان، حيث يمكن أن يجد الدائن عند تاريخ تحقيق الرهن أمام رصيد مدين وليس دائن¹³⁶².

الفقرة الثانية: كتابة وإشهار عقد رهن الحسابات البنكية

يتطلب عقد رهن الحسابات البنكية على مستوى الشروط الشكلية كتابة العقد (أولاً) ثم إشهاره (ثانياً).

أولاً: كتابة العقد

حسب المادة 8-392 من مدونة التجارة المغربية فإنه يتضمن وصف الحساب المرهون المشار إليه في عقد الرهن، على الخصوص المعلومات التالية¹³⁶³: -اسم المؤسسة البنكية الماسكة للحساب المرهون-هوية صاحب الحساب المرهون ونوعية ورقم هذا الحساب-مبلغ الدين المرهون، وفي حالة عدم تحديده، بيان العناصر التي تمكن من التعرف عليه.

وعليه، فمن خلال العبارات التي جاءت بها هذه المادة يمكن القول أن المشرع المغربي اشترط كتابة العقد.

فيما يخص المشرع الفرنسي فقد سبقت الإشارة إلى أنه فيما يخص رهن الديون فالمشرع اشترط أن يتم ذلك بموجب عقد مكتوب تحت طائلة البطلان، وإذا كان المشرع الفرنسي وكذلك المشرع المغربي قد أشاروا إلى ضرورة تحديد مبلغ الدين المرهون، فإنه حسب بعض الباحثين¹³⁶⁴، فإنه لا يمكن تحديد مبلغ الدين بشكل دقيق وذلك عند تاريخ إنشاء عقد الرهن، والسبب في ذلك أن الدين المرهون هو الرصيد الدائن لهذا الحساب في تاريخ تحقيق الرهن¹³⁶⁵، بمعنى أن مبلغ الدين المرهون يتحدد بهذا التاريخ بالذات.

ثانياً: تقييد الرهن في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة.

علاوة على الكتابة، اشترط المشرع المغربي على غرار القواعد العامة لرهن الديون، أن يتم إشهار العقد على مستوى السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة¹³⁶⁶، بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يتبنى هذا النوع من الإشهار كما سبق أن أشرنا إلى ذلك.

"إمكان السنديك وحده أن يطالب بتنفيذ العقود الجارية بتقديم الخدمة المتعاقد بشأنها للطرف المتعاقد مع المقاول. ويفسخ العقد بقوة القانون بعد توجيه إنذار إلى السنديك يظل دون جواب لمدة تفوق شهراً. يجب على المتعاقد أن يفي بالتزاماته رغم عدم وفاء المقاول بالتزاماتها السابقة لفتح المسطرة. ولا يترتب عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات سوى منح الدائنين حق التصريح بها فيقائمة الخصوم....."

-L'article L622-13 du code de commerce française

I. - Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif.
II. - L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur.....".

¹³⁶¹ - Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 148.

¹³⁶²-لذلك ووعيا من المشرع المغربي بهذه المخاطر فقد أقر ضمانات حمائية للدائن المرتهن كما سوف نرى فيما بعد.

¹³⁶³-بمعنى أنه يمكن أن يتضمن معلومات أخرى.

¹³⁶⁴ - Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 150.

¹³⁶⁵ - المادة 7-392 من مدونة التجارة المغربية والفصل 2360 من القانون المدني الفرنسي

¹³⁶⁶ -لهذا نحيل إلى ما سبق ذكره بهذا الخصوص تفاديا للتكرار.

وطبقا للفقرة الأخيرة من المادة 392-7 فإنه لا يمكن الإحتجاج بهذا الرهن في مواجهة المؤسسة البنكية الماسكة للحساب المرهون، إذا لم يتم إشعارها به من قبل الدائن المرتهن¹³⁶⁷، ما لم تكن طرفا في عقد الرهن¹³⁶⁸، وهي نفس القواعد التي سبق الإشارة إليها بالنسبة لرهن الدين، سواء بالنسبة للتشريع المغربي أو التشريع الفرنسي¹³⁶⁹

المطلب الثاني: آثار رهن الحسابات البنكية بين القواعد العامة والخصوصيات

يرتب عقد رهن الحسابات البنكية مجموعة من الآثار التي تختلف باختلاف أطراف عقد الرهن (الفقرة الأولى) غير أن عدم احترام المدين الراهن صاحب الحساب البنكي لالتزاماته يدفع الدائن المرتهن إلى تفعيل إجراءات التحقيق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : عقد رهن الحساب البنكي وآثاره

لا تختلف آثار رهن الحسابات البنكية عن القواعد العامة لرهن الديون عموما سواء فيما يرتبط بآثاره تجاه أطراف العقد أو سريانه على الأغيار، باستثناء بعض الخصوصيات في جانب المدين الراهن، وعليه فإنه من أجل تحديد آثار العقد بالنسبة للمدين الراهن يتعين التمييز بين القاعدة (أولا) والاستثناء (ثانيا).

أولا: القاعدة

حسب المادة 392-9 من مدونة التجارة فإنه يستعمل الحساب المرهون بحرية من طرف الراهن، ولعل هذا يتماشى مع طبيعة وخصائص هذا النوع من الرهن باعتباره رهنا دون التخلي عن الحياة، ويساعد في تشجيع الاستثمار من خلال تمكين المقاوله الراهنة من السيولة المالية، غير أن تطبيقها على صعيد الواقع قد يثير العديد من المشاكل، لذلك فالمشرع تنبه إلى المسألة وأقر إمكانية لصالح الدائن المرتهن¹³⁷⁰ وذلك ما لم تطبق مقتضيات المادة 392-10 من مدونة التجارة (إمكانية تجميد الحساب).

ثانيا: الاستثناء

يجوز للدائن المرتهن حسب المادة 392-10 أن يتقدم إلى المؤسسة البنكية ماسكة الحساب المرهون بطلب تجميد مبلغ الرهن من الرصيد الدائن للحساب، إذا كان عقد الرهن ينص على ذلك، وفي هذه الحالة يتعين عليه إشعار الراهن بذلك. ومن آثار هذا التجميد هو منع أي عملية مدنية على المبلغ المرهون المجمد، ابتداء من تاريخ الإشعار المذكور وبعد تسوية العمليات الجارية. وتستثنى من عملية التجميد العمليات المدنية لفائدة الدائن المرتهن¹³⁷¹.

¹³⁶⁷ - l'article 2362 du Code civil français, « pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte ».

La notification de l'acte de nantissement au teneur de compte ou son intervention à l'acte de nantissement a lieu seulement si le teneur de compte n'est pas le créancier nanti¹³⁶⁶. Si le créancier nanti est en même temps le teneur de compte, l'acte de nantissement lui est opposable immédiatement à la date de constitution de l'acte en tant que débiteur de la créance grevée.

Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 151.

¹³⁶⁸ - بمعنى أن المؤسسة البنكية يمكن أن تكون هي نفسها الدائن المرتهن.

¹³⁶⁹ - المادة 392-5 من مدونة التجارة المغربية.

- الفصل 2362 من القانون المدني الفرنسي.

¹³⁷⁰ - وفي نظرنا، فإنه يصعب من الناحية العملية تصور رهن الحساب البنكي دون اللجوء إلى المقتضى التشريعي المنصوص عليه في المادة 392-10، ذلك أن الدائن المرتهن في الغالب يكون عبارة عن مؤسسة بنكية، وكما هو معروف فإن هذه الأخيرة تلجأ إلى اشتراط عدة ضمانات سواء كانت اتفاقية أو قانونية للحماية من مخاطر الإئتمان.

¹³⁷¹ - وطبيعة الحال، فإنه هذا الاستثناء يتماشى وخصوصية عقد رهن الحساب البنكي.

وينتهي تجميد مبلغ الرهن من الحساب ابتداء من تاريخ توجيه الدائن المرتهن للمؤسسة البنكية ماسكة الحساب إشعارا بانتهاء التجميد مع نسخة للراهن.

وأمام هذه الإمكانية التي نص عليها المشرع المغربي والتي شأنها ضمان الأمن التعاقدي للطرفين معا- فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للمشرع الفرنسي، لكن في نظرنا فإن العمل أو العرف البنكي سواء في فرنسا أو في المغرب، لا يستقيم دون مثل هذه الاشتراطات، وذلك سعيًا من المؤسسات البنكية إلى الحماية من مخاطر الائتمان المتعددة.

الفقرة الثانية تحقيق رهن الحسابات البنكية

بخلاف قواعد رهن الدين، حيث أن المشرع المغربي سكت بخصوص قواعد تحقيق الرهن، فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة لرهن الحسابات البنكية كما يتضح من خلال المادة 11-392. وعليه فإنه يجوز للدائن المرتهن، بعد استيفاء الإجراءات المنصوص عليها في الفصل 1219 من قانون الالتزامات والعقود، مطالبة المؤسسة البنكية ماسكة الحساب بدفع كل أو بعض الأموال المودعة في الرصيد الدائن للحساب المرهون، في حدود المبالغ غير المدفوعة برسم الدين المرهون.

وترتبط هذه الإجراءات بضرورة توجيه إنذار مع احترام الشكليات والأجل القانونية الخاصة به، ثم تقييده في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة وليتسنى كذلك إشعار باقي الدائنين المرتهنين المسجلين¹³⁷². أما فيما يخص التشريع الفرنسي، وحسب بعض الباحثين فإنه يتعين التمييز بين عدة حالات، كإمكانية اللجوء إلى المقاصة خاصة في الحالة التي يكون فيها البنك هو نفسه الدائن المرتهن¹³⁷³، وذلك أمام النجاعة التي أثبتتها هذه الأخيرة¹³⁷⁴؛ وحسب بعض الباحثين فإنه يجوز التمسك بالمقاصة حتى في الحالة التي تفتح فيها مساطر المعالجة، حيث يعتبر هذا الحكم استثناء من قواعد المتابعات الفردية¹³⁷⁵.

غير أنه في الحالة التي يكون فيها البنك ماسك الحساب ليس هو الدائن المرتهن فإنه في هذه الحالة يتم تطبيق الفصول من 2363 إلى 2365 من القانون المدني الفرنسي والتي سيق التطرق إليها عند معالجة القواعد الخاصة بتحقيق رهن الدين، وعليه فإنه يمكن للدائن المرتهن اللجوء إلى المساطر القضائية أو الاتفاقية من أجل أن يصبح هو المالك للرصيد الدائن للحساب وبالتالي تحصيل المبلغ

¹³⁷²- الفصل 1219 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "يوجه الدائن المرتهن إلى الراهن، وإلى المدين حسب الحالة، إنذارا يطلب بموجبه أداء المبالغ المستحقة. ويمكن أن يتضمن هذا الإنذار التنصيص على سقوط أجل باقي الأقساط في حالة عدم الأداء، وكذا إمكانية تحقيق الضمانة تبعا لذلك.

يحدد الإنذار المذكور أجلا يجب ألا يقل عن (15) يوما من تاريخ تبليغه، من أجل تمكين المدين من الوفاء بالمبالغ المستحقة. وفي حالة عدم الأداء وانقضاء الأجل، أمكن للدائن مباشرة إجراءات تحقيق الضمانة.

يجب أن يقوم الدائن المرتهن بعد انقضاء الأجل المذكور، بتقييد الإنذار الموجه من قبله، في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة الذي يشعر فوراً باقي الدائنين المرتهنين المسجلين.

وفي حالة ما إذا تعلق الأمر برهن حيازي، وجب على الدائن المرتهن إشعار المستفيدين منه بنيته في تحقيق الرهن، كلما كان ذلك متاحا. ويتعين على الراهن أو الغير الحائز، حسب الحالة، الامتناع عن التصرف في الأشياء المرهونة، أو القيام بأي تدبير من شأنه إنقاص قيمتها، دون موافقة الدائن، وذلك تحت طائلة تحميله المسؤولية عن ذلك."

¹³⁷³ - « La sûreté sur un compte, est plus efficace si le créancier garanti est en même temps le teneur de compte. Cela permet en effet permet le jeu de la compensation hors ou dans la procédure collective du constituant. Il n'en reste pas moins que si ce n'est pas le cas, la sûreté assure aussi une bonne protection du créancier garanti qui se voit offrir d'autres moyens de mise en œuvre de sa sûreté. »

Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 159.

¹³⁷⁴ - Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 154.

¹³⁷⁵ - Katarzyna KOLARSKA, ouvrage précité, page 41.

الخاص به¹³⁷⁶. وحسب الفقه، فإنه في الحالة التي لا يكون فيها الدائن المرتهن ليس هو ماسك الحساب محل الرهن، فإنه تثار العديد من المشاكل بشأن مساطر التحقيق¹³⁷⁷.

من خلال ما سبق، يمكن القول أن رهن الحسابات البنكية يخول للدائن المرتهن العديد من الضمانات، والتي من أبرزها حق التمتع بالأداء المباشر في مواجهة المدين الراهن¹³⁷⁸.

ختاماً وجواباً على الإشكالية المطروحة أعلاه، واعتماداً على الدراسة المقارنة للتشريع الفرنسي التي اعتمدها، يمكن القول أن المشرع المغربي استطاع من خلال التنظيم القانوني لرهن الديون والحسابات البنكية تشجيع الاستثمار وتعزيز الحصول على الائتمان من خلال ما يلي:

1- التنظيم التشريعي لهذه الرهون سيساهم لا محالة في تجاوز مسألة الفراغ التشريعي مما يحقق مبدأ الأمن القانوني والأمن التعاقد.

2- تقوية الإشهار من خلال اعتماد السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة.

3- اعتماد نظام خاص لرهن الحسابات البنكية بما يتوافق والعمل البنكي بخلاف المشرع الفرنسي.

4- تعزيز المشرع للحرية التعاقدية في مجال رهن الديون ورهن الحسابات البنكية من خلال تبني العديد من القواعد المكملة وهذا يتوافق مع مجال المال والأعمال.

4- تحقيق الأمن التعاقد، من خلال تحقيق التوازن بين جانب الدائن المرتهن والمدين الراهن.

6- توسيع وعاء الرهن، مما يجعل العديد من الأموال قابلة للرهن وهذا خلافاً للقواعد العامة.

7- تبسيط إجراءات إنشاء الرهن وإجراءات التحقيق بما يتوافق ومجال الأعمال.

¹³⁷⁶ - Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 154 et 155.

¹³⁷⁷ - Bui Duc Giang, ouvrage précité, page 155.

¹³⁷⁸ - Vanessa Pinto Hania, Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles, Thèse pour le Doctorat en Droit (Arrêté du 30 mars 1992) Présentée et soutenue publiquement devant le jury de l'Université Paris-Est Créteil, mercredi 7 décembre 2011, page 67.

مدونة الشغل وفق ما جرى به العمل القضائي

✍ كوثر البقالي

باحثة بسلك الدكتوراه

مختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بسطات

ملخص:

وتماشيا مع روح خصوصية القانون الاجتماعي المرسوم بطابعه التقدمي والواقعي المستمد من طبيعة العلاقة التي يعنى بتنظيمها وهي علاقة الأجراء بالمشغلين أو العمال بالمقاولة التي تختلف بحسب ظروف الشغل وتتطور تبعا للتطورات الاقتصادية والاجتماعية، فإن هذا التطور ينعكس بصفة مباشرة على طبيعة النوازل المعروضة على القضاء، ارتأينا أن نورد بعض التطبيقات القضائية في محاولة لإيجاد أجوبة على إشكاليات عملية مسكوت عنها قانونا، ومتضارب بشأنها قضاء،

لدى لا بد من معرفة المواقف الثابتة لقضاء محكمة النقض وما قد يطرأ عليها من متغيرات مفروضة بتطور الاجتهاد، مما يساعد حتما على تحقيق الأمن القضائي.

الكلمات المفتاحية:

بند شرط الحركية - شرط عدم المنافسة- مسطرة الصلح التمهيدي- الحد الأدنى للأجر - مسطرة الاستماع.

Résumé:

Conformément aux caractéristiques du droit social connu pour son trait progressif et réel, découlant de la relation réglementant les salariés aux employeurs, qui se différencie en fonction de la relation du travail et qui évolue, certes, selon les développements économiques et sociales.

Il convient de signaler que ces développements reflètent de façon directe les cas auxquels sont saisies les juridictions, pour cela, nous avons soulevé quelques cas soumis auprès des tribunaux dans la mesure où on essaiera de trouver des réponses en ce qui concerne les controverses jurisprudentiels et qui ne sont régis par le texte

Toutefois, cette étude nous permettra de connaître les revirements jurisprudentiels de la Cour de Cassation, en guise de réaliser la sécurité judiciaire.

مقدمة:

تقوم مدونة الشغل على جملة من المبادئ التي تسعى من خلالها إلى بلورة الأهداف التي تصبوا إليها، حيث تجسدت هذه المبادئ والأهداف في العديد من التجديدات التي تضمنتها هذه المدونة خدمة لاقتصادنا الوطني، ومساهمة في تطوير وتنظيم علاقات الشغل على أسس متوازنة ومتينة، تحقيقا لاستتباب السلم الاجتماعي بمختلف وحداتنا الإنتاجية، تحفيزا للاستثمار.

فإذا كانت النصوص القانونية لمدونة الشغل يفترض فيها الحل القانوني للنزاعات المعروضة أمام أقسام القضاء الاجتماعي، وإذا كان شرح موادها مرده التفسير الصحيح لها، فإن التطبيق العملي لهذه المواد وتفعيلها لا يبرز إلا من خلال ما تصدره المحاكم من أحكام وقرارات، ذلك أن محكمة النقض لا تقف عند حد التفسير، بل إلى مراقبة تطبيق القانون وتحديد وتكميله وإلغاء تناقضاته، أو عبارة أوضح، أن تكون إحدى غاياتها إعطاؤها التناسق اللازم لاحترامه وتطبيقه، لأنها المخولة لتوحيده في دائرة بعض مبادئ التفسير، ذلك أن النصوص التشريعية بما يميزها من عمومية وتجريد، تجعل القاضي يبحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع عن طريق الاستئناس بالأراء الفقهية والاجتهادات القضائية التي سبق وصدرت في نوازل مماثلة للنازلة المعروضة عليه، ومن ثم الاستقرار على قاعدة معينة فإنها تصير مصدرا تفسيريا مباشرا للقانون واجتهادا قضائيا يتمتع، من الناحية القانونية والعملية، بقوة ملزمة لا تقل إلزاما عما تتميز به القواعد القانونية المثبتة عنها.

ويعتبر عقد الشغل من العقود المسماة، وإذا كان هذا العقد قد نص عليه قانون الالتزامات والعقود، وعبر عنه بـ "عقد إجارة الخدمة"، فالجدير بالملاحظة أن العناصر المكونة لعقد الشغل تكمن في تقديم الخدمات أي أن يقدم الأجير خدماته البدنية أو الفكرية إلى المشغل الذي انتدبه، ثم الأجر وأخيرا التبعية القانونية.

فقانون الشغل جاء بالطابع الحمائي للأجراء عن طريق مقتضيات قانونية هدفها حماية الأجراء والوقوف إلى جانبهم واعتبارهم الطرف الضعيف في العلاقة الشغلية سواء أثناء إبرام العقد أو تنفيذه أو إنهائه، وذلك من خلال تنظيم إجراءات مسطرية متعلقة بممارسة الفصل التأديبي التي تهم عموم الأجراء في الفرع الخامس من الباب الخامس من القسم الأول من الكتاب الأول من مدونة الشغل، المعنون بالفصل التأديبي.

ومن الملاحظ أنه أن أغلب الحالات التي تصل إلى المحاكم يعتبر الفصل الذي تعرض له الأجير فيها تعسفيا بسبب عدم احترام هذه المسطرة أو جزء منها، بل إنه وبسبب دقتها وإجراءاتها الشكلية المرتبطة ببعض الآجال، ونظرا لكون أغلب المشغلين أو من يتولى مهامهم لا يكون لهم إلمام بها فإنه من النادر أن يسجل لهم احترامهم لهذه المسطرة، حتى يمكن القول بأنها سيف مسلط على رقابهم.

ومن هذا المنطلق يتحتم علينا طرح عدة تساؤلات ومنها:

- إلى أي حد يمكن أن نلمس تطور المفهوم الحمائي لعقد الشغل من خلال أهم القرارات الصادرة عن محكمة النقض، كمحكمة موكول إليها مهمة مراقبة حسن تطبيق القانون تطبيقا سليما؟
- إلى أي مدى يمكن لقضاء محكمة النقض مساهمة تحقيق ما يسمى بالسلم الاجتماعي والأمن القانوني والقضائي على مستوى المفهوم الحمائي لعقد الشغل؟
- كيف بسطت محكمة النقض رقابتها على مسطرة الفصل التأديبي، وما هو مضمون هذه المسطرة، وكيف كان توجيهها بخصوص إلزاميتها والحالات التي يتعين فيها سلوكها، وإلى أي حد تصل رقابتها على ممارسة دعوى الفصل، وما مداها في تقدير خطورة وجسامة الأسباب المنضمة برسالتها؟

تلكم إذن بعض النقاط التي سنتناولها من خلال دراستنا لمدونة الشغل وفق ما جرى به العمل القضائي، دراسة تطبيقية ميدانية، وخصوصا منها الصادرة عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء ومحكمة النقض، وتكمن في عصارة التجربة العملية في مادة نزاعات الشغل.

وكتقسيم لموضوعنا هذا ارتأينا تناوله في بحثين اثنين: الأول نخصصه لرقابة محكمة النقض على عقود الشغل، والثاني لرقابة محكمة النقض على مسطرة الفصل التأديبي.

المبحث الأول: الرقابة القضائية على عقود الشغل

المطلب الأول: شرط الحركية *La Clause de mobilité*

لم تتطرق مدونة الشغل الى شرط الحركية الا بشكل ضمني من خلال المادة 19 والمادة 37 من مدونة الشغل في اطار الحركة الداخلية داخل المقولة وكعقوبة تأديبية للاجير، حيث يبقى النصاب غير كافيان لتبيان موقف المشرع من تغيير مكان عمل الاجير في غياب شرط الحركية، لذلك فلا مناص للرجوع الى العمل القضائي وعلى رأسه محكمة النقض التي اعتبرت ان نقل الاجير من مدينة إلى أخرى او من مؤسسة الى أخرى دون التنصيص عليه في عقد الشغل يتسم بالتعسف من طرف المشغل، وأن امتناع الاجير عن الالتحاق بالمقر الجديد لا يعد خطأ جسيما في هذه الحالة، بل يشكل فصلا مقنعا، وأن هذا التغيير يعد تعديلا جوهريا في العقد 1379.

وعليه، فإن محددات النقل تقوم على مجموعة من الأسس منها أن يكون هناك بند في العقد يسمح بالنقل أو تعويض الاجير عن هذا النقل، وهذا ما أكدته محكمة النقض في إحدى قراراتها والتي جاء فيها: "نقل الاجير من مدينة إلى أخرى دون موافقته وحرمانه من الامتيازات التي كان يستفيد منها - طرد مقنع - نعم" 1380

وحيث انه من المعلوم قانونا أن شرط الحركية تنازعه مصلحة اثنين:

- (1) مصلحة المشغل في تنقل اليد العاملة مع توفير مرونة جغرافية تيسر سير العمل داخل المقولة؛
- (2) مصلحة الاجير في الاستقرار بمكان عمل معين والحفاظ على حقوقه الشخصية والعائلية؛

ومعناه، أن مشروعية هذه البنود تستمد منها مصلحة المقولة وألا تشكل تعسفا في استعمال الحق أو شططا من قبل المشغل. واللافت للانتباه، هو أن اغلبية عقود الشغل لا تتضمن بنودها المتعلقة بشرط الحركية، الرقعة الجغرافية التي من خلالها يحق للمشغل نقل الاجير.

وفي هذا الصدد، أوجبت محكمة النقض الفرنسية تضمين الرقعة الجغرافية بدقة ببند الحركية، أو بعبارة أخرى، الحدود الجغرافية التي تسمح للمشغل أن يتدخل لتغيير مكان عمل الاجير وذلك بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 19 ماي 2004 رقم 02-43-252 الذي جاء فيه باللغة الفرنسية ما يلي:

« Mais attendu que la Cour d'Appel qui a relevé d'une part l'absence de limite dans laquelle la mutation du salarié pouvait intervenir et d'autre part que la clause prévoyait que tout refus du salarié emporterait la rupture du contrat de travail, a pu décider la nullité de cette clause et a légalement justifié sa décision »

¹³⁷⁹ قرار رقم 511 صادر عن المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 5 مارس 1990 في الملف الاجتماعي عدد 88/9853.

¹³⁸⁰ قرار رقم 1/757 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 14 ماي 2019 في الملف الاجتماعي رقم 2017/1/5/3229 - منشور بسلسلة إصدارات المكتب الفني: المنازعات الشغل في ضوء قرارات محكمة النقض، العدد السابع، سنة 2020، الصفحة 13.

وهو ما ترجمته ما يلي:

" حيث إن ما أثارته محكمة الاستئناف من غياب الرقعة الجغرافية التي تمكن من نقل الأجير من جهة، ومن جهة أخرى، أن البند يشير في صلبه أن كل رفض صادر عن الأجير يؤدي إلى فسخ عقد الشغل، تكون قد بنت قرارها على أساس وعلته تعليلا سليما حينما قضت ببطلان بند الحركة "

ويمكن القول بأن المحاكم المغربية وعلى رأسها محكمة النقض أثبتت أمامهم مسألة عدم تحديد الرقعة الجغرافية في شرط الحركة المضمن بعقد الشغل، وكانت المحاكم تستبعد هذا الدفع دون الجواب عليه، وهو ما يعني ضمنا أن الدفع المذكور هو دفع مردود. وحيث أن محكمة النقض تسعى جاهدة إلى خلق نوع من التوازن بين مصلحة المفاوضة في نقل اجراءها من مدينة إلى أخرى أو مؤسسة إلى أخرى من جهة ومصلحة الاجير من حيث الاستقرار المهني والعائلي من جهة أخرى

المطلب الثاني: شرط عدم المنافسة

المشرع المغربي لم يعرف شرط عدم المنافسة تاركا الأمر للفقه بأنه: "الاتفاق الذي بمقتضاه يلتزم الأجير بعدم منافسة مشغله سواء من خلال إنشاء مشروع منافس، أو من خلال الاشتغال عند مشغل منافس وذلك ليس فقط أثناء سريان العقد بل حتى بعد انتهائه"، حيث أنه من المعلوم أن الأصل هو حرية العمل، وكل تقييد ورد بشأنه وجب أن يكون صريحا وواضحا خاصة شرط عدم المنافسة، بحيث يتعين أن يكون هذا الشرط محددا من حيث الزمان والمكان حسب الفصل 109 من قانون الالتزامات والعقود، وأن انعدام أحد هذين التحديدات يجعل الشرط باطلا وغير مرتب لأي أثر 1381، فورد هذا الشرط بصفة مطلقة بخصوص الزمان أو المكان، يجعله باطلا، ذلك أنه لا يمكن منع الأجير من العمل على جميع أرجاء تراب المملكة المغربية، ولا منعه بصفة دائمة.

وبما أن شرط عدم المنافسة الذي تم تضمينه بعقد الشغل، والذي من خلاله منع المشغل على اجيره العمل لدى شركة منافسة، فإن هذا الشرط ملزم للأجير استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليه في المادة 230 من قانون الالتزامات والعقود، وحيث أن إخلال الأجير بشرط عدم المنافسة يجعل المشغل محقا في الحصول على تعويض دون أن يتطلب الأمر إثبات الضرر الحاصل للمشغل من جراء ذلك، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرارها عدد 1385 المؤرخ في 20 أكتوبر 2011 في الملف الاجتماعي عدد 2010/1/5/390.

وغني عن البيان، أن المحكمة لا تكون ملزمة بتحديد العناصر التي اعتمدتها في تقدير التعويض لفائدة المشغل، إذ أن تقدير هذا التعويض يدخل في إطار ما تملكه من سلطة تقديرية والتي لا رقابة لمحكمة النقض عليها إلا من حيث التعليل 1382. غير أنه في المقابل، فإذا التزم الأجير خلال المدة المتفق عليها في عقد الشغل والتي يمنع فيها الاشتغال لدى شركة منافسة، فإن المشغل يكون ملزما بأداء الأجرة خلال المدة المذكورة، 1383 حيث أن تقديم طلب مقابل احترام شرط عدم المنافسة من قبل الأجير، المتمثل في استحقاق المدة المضمنة في العقد (اثني عشر شهرا) قبل حلول الأجل المتفق عليه عقدا، وذلك بعد مرور شهرين فقط على إنهاء العقد يكون مصير الطلب عدم القبول (عدم قبول الدعوى) نظرا لتقديم الطلب قبل الأوان المحدد له.

المطلب الثالث: الحد الأدنى للأجر

إذا كانت المادة 370 من المدونة تدرج ضمن الالتزامات التي تقع على عاتق المشغل حيث نصت على التزامه ب "أن يسلم أجراه عند أداء أجورهم، وثيقة إثبات تسمى ورقة الأداء"، إذ يفرض هذا الالتزام على المشغل القيام بتسليم الأجراء ورقة الأداء وأن يتم هذا التسليم أثناء أدائهم لأجورهم، كما ألزمته بأن تتضمن ورقة الأداء مجموعة من البيانات.

¹³⁸¹ قرار رقم 361 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 22 أبريل 2010 في الملف الاجتماعي عدد 2009/1/5/718 - غير منشور.

¹³⁸² قرار رقم 1279 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 14 يونيو 2012 في الملف الاجتماعي عدد 2011/1/5/854 - غير منشور.

¹³⁸³ قرار رقم 1/804 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 21 ماي 2019 في الملف الاجتماعي عدد 2018/1/5/695، المرجع السابق، الصفحة 64.

وقد يحصل أن يتمسك الأجير كونه يتقاضى أقل من الحد الأدنى للأجر، فالقاعدة المقررة بالمادة 356 من مدونة الشغل تنص على أنه لا يمكن أن يقل الأجر عن الحد الأدنى للأجر، وهو نفس الاتجاه الذي كرسته الاتفاقية الدولية رقم 26 الصادرة عن منظمة العمل الدولية التي وقع عليها المغرب في 14 مارس 1958.

وتبعا لذلك، يتضح أن الحد الأدنى للأجر هو من النظام العام، وبالتالي فما دام الأصل في الأجر هو من النظام العام، فإن المدعي بادعائه عدم الحصول على الحد الأدنى للأجر ومطالبته المشغل بمستحقات تكملة الأجر، يكون في مركز من يدعي خلاف الأصل ومن يدعي خلاف الأصل عليه الإثبات وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) في عدة قرارات نذكر منها القرار عدد 92 الصادر بتاريخ 21 يناير 2009 في الملف عدد 2008/1/5/697. وقد سارت المحكمة الابتدائية بفاس في نفس التوجه من خلال عملها القضائي مستشهدا بقرار محكمة النقض الموما إليه أعلاه 1384.

غير أن محكمة النقض غيرت موقفها، معتبرة أن إثبات الأجر بكامله يقع على عاتق المشغل باعتباره الملزم بمسك دفاتر الأداء أو اعتماد أساليب المحاسبة، حيث ورد في إحدى حيثيات قرارها ما يلي: "حيث صح ما نعتة الطاعنة على القرار المطعون فيه، ذلك أنه طبقا للمادة 356 من مدونة الشغل، فإنه لا يمكن أن يقل الحد الأدنى القانوني للأجر عن المبالغ التي تحدد بنص تنظيمي، ويكون باطلا طبقا للمادة 360 من المدونة كل اتفاق يرمي إلى تخفيض الأجر إلى ما دون الحد الأدنى القانوني للأجر. وأن الثابت من خلال وثائق الملف أن الطالبة تمسكت أمام قضاة الموضوع، بكون ما كانت تتقاضاه من أجره يقل عن الحد الأدنى للأجر، وهو ما يجعل عبء إثبات خلاف ذلك يقع على عاتق المشغل، لكون الأجير لا يمكنه إثبات واقعة سلبية، ولأن المادتين 370 و371 من المدونة أوجبتا على المشغل مسك "دفتر الأداء"، وتسليم أجراه ورقة الأداء، يضمنها وجوبا البيانات التي تحددها السلطة الحكومية المكلفة بالشغل، ومبلغ الأجر الذي يتقاضاه الأجير. والقرار المطعون فيه لما ذهب خلاف ذلك، وألقى على عاتق الطالبة إثبات ما تدعيه من تقاضيهما أجره تقل عن الحد الأدنى للأجر باعتبارها تدعي خلاف الأصل، يكون قد أخل بالمقتضيات القانونية المشار إليها أعلاه، ووجب نقضه وإبطاله" 1385.

فإذا ثبت جليا كون الأجير يتقاضى أجرا يقل عن الحد الأدنى، فإن المشغل يكون ملزما بأداء تكملة الأجر، وهو ما أكدته المادة 360 من المدونة باعتبار هذا المبدأ من النظام العام، وهو بطلان أي اتفاق كيفما كان نوعه. وتبعا لذلك، فإن العقد الرابط بين الطرفين إذا ما تضمن بندا ينص على ذلك، فإن ما يتضمنه هذا العقد مما يمكن اعتباره شرطا يعتبر باطلا، ويبقى العقد في باقي بنوده صحيحا 1386، فتخفيض الأجر وما يمثله من مساس بعنصر أو ركن أساسي في عقد الشغل قد يجعل من العسير أو من المستحيل على الأجير مواصلة عمله في ظل ذلك، لذلك دأب العمل القضائي لمحكمة النقض على اعتبار أي مغادرة للأجير لعمله بسبب هذا التخفيض مغادرة اضطرارية أو فصلا مقنعا أو فصلا غير مباشر لعقد الشغل ويستحق تبعا لذلك التعويضات المستحقة له عن إنهاء عقد الشغل.

المطلب الرابع: مسطرة الصلح التمهيدي

تعتبر مسطرة الصلح التمهيدي من أهم المستجدات التي أتت بها مدونة الشغل، بحيث أناطت المادة 532 من المدونة بالأعوان المكلفين بالتفتيش مهمة إجراء محاولات التصالح في مجال نزاعات الشغل.

¹³⁸⁴ حكم عدد 1741 الصادر بتاريخ 16 نونبر 2015 عن المحكمة الابتدائية بفاس في الملف عدد 2014/1501/1132 منشور بمجلة نماذج من العمل القضائي للمحكمة الابتدائية بفاس، الجزء الثاني، المادة الاجتماعية، العدد الأول سنة 2017، من الصفحة 119 إلى 127، والحكم عدد 745 الصادر بتاريخ 30 مارس 2016 عن المحكمة الابتدائية بفاس، نفس المرجع، من الصفحة 277 إلى 288.

¹³⁸⁵ القرار رقم 1/406 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 12 مارس 2019 في الملف الاجتماعي عدد 2018/1/5/2344. المرجع السابق، الصفحة 44.

¹³⁸⁶ القرار رقم 511 الصادر عن المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 23 ماي 2007 في الملف الاجتماعي عدد 2007/1/5/62. غير منشور.

وتجدر الإشارة إلى أن المدونة نظمت هذه المسطرة في الفقرة الثالثة من المادة 41، ثم تليها الفقرة الرابعة من نفس المادة والتي اشترطت توثيق التوصيل من خلال المصادقة عليه أمام السلطة المحلية، بل إنه قد تم إشراك جهة أخرى لا تقل أهمية في هذه العملية هي جهاز مفتشية الشغل، حيث يتعين أيضا أن يتم توقيع التوصيل المذكور بالعطف من قبل العون المكلف بتفتيش الشغل.

ومع ذلك، فالهدف من المصادقة عليه والتوقيع عليه بالعطف هو أن يكتسب التوصيل الحجية، وذلك بقصد الإدلاء به خاصة من قبل المشغل كحجة أمام المحكمة في حالة نفي الأجير توصله بالمبلغ موضوع الاتفاق.

فالغاية من محضر الصلح المشار إليه بالمادة 532 من المدونة، هو أن تكون له قوة الإبراء في حدود المبالغ المبينة فيه، فللملاحظ أن المادة 41 استعملت عبارة التوصيل وهو ما يفهم منه أن تحريره يكون من قبل الطرفين أو من أحدهما، وأن دور مفتش الشغل ينحصر في التوقيع بالعطف، بينما استعملت المادة 532 من المدونة عبارة محضر وهو ما يعني أن المفتش المذكور هو الذي يحرره ويوقع عليه بالعطف كما يوقع عليه الطرفان، لذلك فإننا نرى أنه يتعين أن يحرر التوصيل ومحضر مفتش الشغل في آن واحد.

فمسطرة الصلح التمهيدي تشكل مقدمة أو مرحلة سابقة على لجوء الأجير إلى المحكمة، وأن هذا الصلح فيكون محررا في توصيل مصادق عليه من طرف الجهة المختصة وغير قابل لأي طعن أمام المحاكم 1387. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض حينما صرحت في قرارها عدد 1996 الصادر بتاريخ 14 مارس 2007 في الملف الاجتماعي عدد 2010/1/5/1297 بأنه: **"إن اتفاق الصلح المبرم بين المشغل والأجير يعتبر نهائيا ولا يخول لهذا الأخير الطعن فيه أمام القضاء متى أبرم وفق المنصوص عليه قانونا ووقع عليه بالعطف مفتش الشغل".**

وحيث أنه، ففي حالة الحصول على تعويض في إطار مقتضيات المادة 41 من مدونة الشغل، يوقع توصيل استلام مبلغ التعويض من طرف الأجير والمشغل أو من ينوب عنه ويكون مصادقا على صحة إمضائه من طرف الجهة المختصة ويوقعه بالعطف العون المكلف بالتشغيل، وأن الاتفاق الذي يتم التوصل إليه في إطار الصلح التمهيدي يعتبر نهائيا وغير قابل للطعن أمام المحاكم 1388.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على مسطرة الفصل التأديبي

لا مراء في أن مسطرة الفصل التأديبي الواردة في مدونة الشغل من المواد 62 إلى 65، تعد من أهم المساطر المنظمة بمقتضى تشريع الشغل، بالنظر للآثار التي تترتب عن سلوكها أو جراء الإخلال بمقتضياتها، سواء على الأجير أو المشغل، وهو ما يحتم بداية تحديد مضمون هذه المسطرة استنادا لتوجهات محكمة النقض وموقفها من المقتضيات الشكلية للفصل، وتأصيلها للمبادئ القانونية الخاصة بها.

المطلب الأول: إلزامية سلوك مسطرة الاستماع

يعتبر الاستماع إلى الأجير جوهر هذه المسطرة إذ يستطيع المشغل أن يحصل منها على الجزئيات الدقيقة المرغوب فيها، والتي من شأنها أن تؤدي إلى القرار النهائي 1389، الذي قد يكون إما فصل الأجير أو التراجع عن ذلك سيما إذا تبين له عدم ارتكاب الأجير للخطأ الذي من أجله بوشرت المسطرة.

فقد نصت المادة 62 من المدونة على أن الاستماع للأجير يجب أن يتم داخل أجل ثمانية أيام من تبين ارتكاب الفعل المنسوب إليه، وهو ما يتضح من خلاله أن المشرع أكد بصيغة الوجوب على أن تتاح للأجير فرصة الدفاع عن نفسه بالاستماع إليه من طرف المشغل أو من ينوب عنه بحضور مندوب الأجراء أو الممثل النقابي في أجل لا يتعدى 8 أيام ابتداء من التاريخ الذي تبين فيه ارتكاب الفعل المنسوب

¹³⁸⁷ بشرى العلوي، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 8 ماي 2003، مطبعة النجاح الجديدة، الصفحة 33.

¹³⁸⁸ القرار 1/707 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 7 ماي 2019 في الملف الاجتماعي عدد 2019/1/5/483، المرجع السابق، الصفحة 39.

¹³⁸⁹ محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل - الجزء الثاني - المجلد الثاني، الصفحة 847.

إليه. وهكذا، فقد أضفى المشرع على مسطرة الفصل المشار إليها أعلاه صبغة إلزامية واعتبرها قواعد أمرية يترتب على خرقها وصف الفصل بطابع التعسف المبرر للتعويض

وهذا ما دأب عليه قضاء محكمة النقض في عدة قرارات نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

▪ القرار عدد 682 المؤرخ في 12 أبريل 2012 في الملف الاجتماعي عدد 2011/1/5/449:

"يتوجب على المشغل احترام مقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل تحت طائلة اعتبار الفصل تعسفيا يغني المحكمة عن مناقشة الأخطاء المنسوبة للأجير"

▪ القرار عدد 1484 المؤرخ في 27 أكتوبر 2011 في الملف الاجتماعي عدد 2010/1/5/1223:

"يعتبر عدم احترام المشغل لمسطرة الفصل الواردة في المادة 62 وما بعدها من مدونة الشغل خرقا لمقتضيات قانونية أمرية، يكون كل فصل مترتب عنه فصلا تعسفيا موجبا للتعويض. ثبوت واقعة الفصل التعسفي يعفي المحكمة من البحث عن الأخطاء المنسوبة للأجير"

▪ القرار عدد 501 الصادر بتاريخ 19 فبراير 2018 في الملف الاجتماعي عدد 2013/1/5/1935:

"تعد مقتضيات المادتين 62 و63 من مدونة الشغل تنزيلا من المشرع المغربي للاتفاقية الدولية رقم 158 لمنظمة العمل الدولية المتعلقة بمسطرة الفصل التأديبي لسنة 1982 والمصادق عليها من طرف المملكة المغربية بتاريخ 7 أكتوبر 1993. ولما كان الملف خال مما يفيد سلوك مسطرة الاستماع إلى الأجير أو ما يثبت توصيلها بمقرر الفصل طبقا لمقتضيات المادة 63 من مدونة الشغل، فإن المشغلة لا يجديها القول بأنها لجأت إلى مفتش الشغل خلال 48 ساعة من تبنيها للخطأ الجسيم المرتكب من قبل الأجير، لأن مسطرة المادتين 62 و63 من مدونة الشغل، إنما شرعت من أجل عدم مباغته الأجير بشأن العقوبة المزمع اتخاذها في حقه ولإتاحة الفرصة له للدفاع عن نفسه".

المطلب الثاني: أجل بدء سريان الاستماع

لقد حدد المشرع أجل الاستماع في ثمانية أيام، إلا أن هناك غموضا يكتنف تاريخ انطلاق هذا الأجل، بحيث أثير إشكال حول تاريخ بدء هذا الأجل، ومن ثم اختلف تاريخ انطلاقه حسب ظروف كل قضية.

وإن كان هذا الانقسام ما هو إلا انعكاس لتضارب قرارات محكمة النقض في تفسير عبارة "من التاريخ الذي تبين فيه ارتكاب الفعل المنسوب إليه"، ذلك أن محكمة النقض ذهبت تارة إلى أن أجل ثمانية أيام للاستماع للأجير ينطلق من تاريخ اكتشاف الخطأ المنسوب له، وذلك في قرارها عدد 789 المؤرخ في 23 ماي 2013 في الملف الاجتماعي عدد 13902012/2/5/658. ونفس التوجه أكدته مرة أخرى محكمة النقض في قرارها عدد 590 المؤرخ في 11 أبريل 2013 في الملف الاجتماعي عدد 13912012/2/5/1191.

¹³⁹⁰ ورد في إحدى حيثيات القرار عدد 789 ما يلي: "يبدأ أجل مسطرة الاستماع بمجرد علم المشغل بالخطأ الموجب للفصل دون الأخذ بعين الاعتبار أي معطى آخر قد يؤجل سلوك مسطرة الفصل التأديبي، فبعدم احترام المشغل لأجل ثمانية أيام من تاريخ العلم بالخطأ الموجب للفصل لسلوك مسطرة الاستماع إلى الأجير، يكون قد خرق مقتضيات المادة 62 المذكورة التي وردت بصيغة الوجوب وما يعتبر معه طرد الأجير طردا تعسفيا".

¹³⁹¹ ورد في بعض حيثيات القرار عدد 590 ما يلي: "يبدأ أجل مسطرة الاستماع بمجرد علم المشغل بالخطأ الموجب للفصل دون الأخذ بعين الاعتبار بأي مسطرة داخلية للتثبت من المخالفات كتعيين لجنة التحقيق وما على شاكلتها".

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض والذي تبني نفس الموقف السابق والذي جاء فيه ما يلي: "يشكل علم المشغل بتاريخ الأخطاء المرتكبة من طرف الأجير نقطة بداية أجل ثمانية أيام للاستماع لهذا الأخير تحت طائلة خرق مقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل والتي وردت بصيغة الوجوب وما ترتب على ذلك من اعتبار الطرد تعسفيا"¹³⁹².

غير أن محكمة النقض عادت وقررت أن أجل الاستماع ينطلق من تاريخ ارتكاب الخطأ، وأكدت أن تاريخ ارتكاب الخطأ هو نفسه تاريخ التبين منه، وذلك في قرارها عدد 1056 الصادر بتاريخ 18 شتنبر 2013 في الملف الاجتماعي عدد 2013/1/5/1626، الذي جاء في إحدى حيثياته:

"ومن جهة ثانية، حيث إنه وكما تنص على ذلك المادة 62 من مدونة الشغل فإنه يجب، قبل فصل الأجير، أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه بالاستماع إليه من طرف المشغل أو من ينوب عنه بحضور مندوب الأجراء أو الممثل النقابي بالمقابلة الذي يختاره الأجير بنفسه، وذلك داخل أجل لا يتعدى ثمانية أيام ابتداء من التاريخ الذي تبين فيه ارتكاب الفعل المنسوب إليه، ومن ثم فإن تاريخ تحرير محضر المعاينة من قبل المفوض القضائي الذي يفيد ارتكاب المطلوب لخطأ جسيم متمثل في قيامه بالمنافسة غير المشروعة للشركة الطالبة والذي حرر في 4 مارس 2010، يعتبر هو تاريخ تبين هذه الأخيرة للخطأ المذكور، خاصة وأنها قد ربطت اكتشافها لهذه الواقعة بتاريخ تحرير المحضر المشار إليه، وكما جاء في الكتاب الموجه من قبلها للمطلوب أيضا واقعة التغيب غير المبرر لأكثر من أربعة أيام، ولا يقوم مقام هذا التاريخ ما ضمن من تاريخ بصورة ما سمي ب (دفتر التخابر) بين الطالبة وبين مفتش الشغل، مما تبقى المحكمة المطعون في قرارها حينما اعتمدت تاريخ 4 مارس 2010 في احتساب أجل ثمانية أيام الواردة في المادة 62، واعتبرت توجيه الطالبة للاستدعاء بتاريخ 19 مارس 2010، خارج الأجل القانوني وما ترتب عن ذلك من عدم احترام الطالبة لمسطرة الاستماع ومن أن الطرد الذي تعرض له المطلوب تعسفيا، تكون قد بنت قرارها على أساس قانوني سليم وليس فيه أي تحريف للوقائع ودون أن يمثل التاريخ المذكور هو تاريخ العلم المفترض"¹³⁹³.

وقد سار القضاء في هذا الاتجاه مرتكزا على حرفية النص في كلمة "تبين" في قرار عدد 2944 صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 13 يوليوز 2016 في الملف الاجتماعي عدد 2014/1501/207 الذي جاء في إحدى حيثياته:

"المشرع حدد أجل الاستماع للأجير وهو 8 أيام يتبدى من التاريخ الذي تبين فيه للمشغلة ارتكاب الأجير الخطأ الجسيم الذي تدعيه، وفي النازلة هو تاريخ 2 أكتوبر 2013 علما أن الاستماع للأجير لم يتم إلا بتاريخ 17 دجنبر 2013 خارج الأجل المذكور".

وقد جاء في قرار آخر لمحكمة النقض ما يلي:

"الثابت من وثائق الملف أن تاريخ تبين الطاعة من ارتكاب المطلوب في النقض للخطأ الجسيم هو تاريخ الرسالة الصادرة منها إلى المطلوب من أجل توقيفه عن العمل والذي هو 30 أبريل 2011 في حين أن مسطرة الاستماع لم تنجز إلا بتاريخ 20 يونيو 2011 أي بعد مرور أجل الثمانية أيام المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه، والمحكمة المطعون في قرارها لما اعتبرت أن محضر الاستماع للمطلوب تم خارج الأجل المنصوص عليه في المادة 62 من المدونة ورتبت الآثار القانونية عنه، تكون قد بنت قرارها على أساس وطبقت المقتضى القانوني المحتج به تطبيقا سليما"¹³⁹⁴.

¹³⁹² قرار محكمة النقض عدد 790 المؤرخ في 23 ماي 2013 في الملف الاجتماعي عدد 2012/2/5/680 . غير منشور.

¹³⁹³ محمد سعد جرندي، الدليل العملي لمدونة الشغل: قراءة تحليلية نقدية لمقتضيات المدونة مدعمة بأهم اجتهادات محكمة النقض، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2016، الصفحة 370 وما يلها.

¹³⁹⁴ قرار عدد 2458 صادر بتاريخ 2 دجنبر 2015 في الملف الاجتماعي عدد 2014/1/5/822 . غير منشور.

وبرأيها المتواضع، فإنه ليس في العدل ولا المنطق في شيء، أن ينطلق أجل ثمانية أيام لإجراء الاستماع للأجير من تاريخ اقتراف الخطأ أو حتى العلم به من قبل المشغل، بل يقتضي ألا ينطلق إلا من تاريخ ثبوت ارتكاب الخطأ ومعرفة مرتكبه، على اعتبار أنه قد يحدث في بعض الحالات أن يرتكب الخطأ في تاريخ معين، ولا يعلم به المشغل إلا في تاريخ لاحق، ولا يتم التثبت من مرتكبه إلا بعد مدة من الزمن. وهو التوجه الذي انتهت إليه محكمة النقض في قرارها عدد 41 الصادر بتاريخ 15 يناير 2015 في الملف الاجتماعي عدد 2014/1/5/175 الذي جاء فيه ما يلي:

"من المقرر أن مشروع مدونة الشغل ولئن كان قد ألزم المشغل بالاستماع إلى الأجير قبل فصله حين مواجهته بارتكاب خطأ جسيم وحدد لذلك أجل ثمانية أيام ابتداء من تاريخ التبين من الخطأ طبقاً لأحكام المادة 62 من مدونة الشغل وليس من تاريخ اكتشافه، فإنه لم يمنعه من الاستماع إليه حتى قبل ختم إجراءات التحقيق معه بشأن الخطأ والتبين منه" 1395.

وأكدته محكمة النقض في قرارها 1/462 الصادر بتاريخ 25 أبريل 2017 في الملف الاجتماعي رقم 2016/1/5/1386، الذي جاء فيه ما يلي: **"خلال جلسة الاستماع تضمين تاريخ التبين من الخطأ الجسيم المنسوب للأجير إلزامي لاحتساب مدى احترام المشغل لأجل ثمانية أيام المنصوص عليها بالمادة 62 من مدونة الشغل - إغفاله - مسطرة الفصل التأديبي معيبة شكلاً - نعم" 1396.**

ونشير إلى أنه في حالة ما إذا لم يعلم المشغل الأجير بالخطأ المرتكب من قبله ولم يباشر مسطرة الاستماع في حقه داخل أجل 8 أيام بعدما تثبت من ارتكابه للخطأ فإنه يكون قد تنازل عن حقه في معاقبته عن ذلك، وبالتالي فإنه لا يمكن الركون إلى نفس السبب فيما بعد لتأديبه.

المطلب الثالث: الاستدعاء لجلسة الاستماع

إن إشعار الأجير من قبل مشغله أو من يقوم مقامه بالحضور لجلسة الاستماع بأية وسيلة من وسائل التبليغ القانونية، خاصة أن المادة 62 من مدونة الشغل لم تحدد ذلك، المهم أن تتحقق الغاية المتوخاة من ذلك بحيث ينبغي الإشارة في صلب الاستدعاء إلى:

- الأفعال المنسوبة إلى الأجير موضوع الاستماع 1397؛
- تاريخ التبين من ارتكاب الأفعال 1398؛

¹³⁹⁵ القرار عدد 41 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض - الغرفة الاجتماعية، العدد 19، السلسلة 4، الصفحة 34.

¹³⁹⁶ القرار عدد 1/462 منشور بالمرجع السابق، الصفحة 149.

¹³⁹⁷ القرار عدد 1065 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 11 يوليوز 2013 في الملف رقم 2012/2/5/1085 الذي جاء فيه:

"لكن، حيث إن المشغلة طالبة النقض وإن قامت باستدعاء أجيرها (المطلوب) ليوم الثلاثاء على الساعة العاشرة صباحاً لتاريخ 2008/12/02، إلا أنها لم تشر في الاستدعاء إلى سببه واكتفت بتذكيره لأمر يهيمه دون تحديد ماهية هذا الأمر، ولما كانت مقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل تنص على: يجب قبل فصل الأجير أن تتاح له فرصة الدفاع عن نفسه.... إلخ"، فإن هذا المقتضى القانوني وإن كان لا يحدد أية شكلية من الشكليات التي يجب توافرها في الاستدعاء الموجه للأجير قصد الاستماع إليه من أجل الخطأ المنسوب إليه، فإنه وضع ضماناً وصيانة لحقوق الأجير، ولا يتأتى له ذلك إلا بمعرفة سبب استدعائه وتحديد ذلك في الاستدعاء الموجه إليه من طرف مشغله حتى يكون مهياً للدفاع عن نفسه واختيار من ينوب عنه، وأنه أمام خلو الاستدعاء الموجه إليه مما ذكر يبقى غير ذي أثر، وتبعاً لذلك فإنه بعدم سلوك الطالبة لمسطرة الفصل التأديبي كما هو منصوص عليه في المواد 62 و63 و64 و65 من مدونة الشغل، يكون فصلها للأجير متسماً بطابع التعسف الموجب للتعويض، وذلك ما اعتمدته محكمة الموضوع."

¹³⁹⁸ هذه القاعدة سبق وأن ركتها المحكمة الاجتماعية بالدار البيضاء بمقتضى حكم صادر بتاريخ 18 دجنبر 2017 تحت عدد 9110 في الملف عدد 2017/1501/7395 والذي تم تأييده من طرف محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بمقتضى قرار صادر بتاريخ 26 مارس 2018 تحت عدد 1780 في الملف عدد 2018/1501/624.

- تاريخ انعقاد جلسة الاستماع 1399؛
- مكان وساعة انعقاد الجلسة؛
- إحضار مندوب الأجراء أو الممثل النقابي الذي سيؤازر الأجير أثناء هذا الإجراء؛

المطلب الرابع: محضر الاستماع

يتبين أن المشرع من خلال المادة 62 من مدونة الشغل في فقرتها الثانية، أنه اشترط أن يتم تحرير المحضر من قبل إدارة المقولة، وأن يوقع من قبل الأجير والمشغل أو من ينوب عنه، كما نص على تسليم نسخة من محضر الاستماع الذي تحرره إدارة المقولة في حالة إجراء الاستماع من قبل المشغل أو من ينوب عنه للأجير.

ومعناه، أن المحضر الذي يتضمن وقائع جلسة الاستماع يحضر من طرف إدارة المقولة، بحيث يشترط تضمين المحضر المذكور لتاريخ الأفعال المنسوبة للأجير مع استدعائه لجلسة الاستماع داخل أجل لا يتعدى 8 أيام من التاريخ الذي تبين فيه ارتكاب الفعل المنسوب له.

ذلك أن المشرع فرض الأجل المذكور من أجل تحريك مسطرة الفصل التأديبي حتى لا تبقى هذه المسطرة سيفاً مسلطاً على رقبة الأجير يحركه المشغل متى شاء، بل على هذا الأخير ألا يترأخى في أعمال هذه المسطرة متى تبين له ارتكاب الأجير لخطأ جسيم وإلا سقط حقه في ذلك. فإذا ثبت خلو الملف من محضر الاستماع، يكون المشغل قد أخل بمسطرة الفصل 1400 بما يترتب على ذلك من آثار، بما فيها المحاضر التي لا تتضمن التاريخ الذي تبين فيه ارتكاب الأفعال المنسوبة للأجير، فالمحاكم المغربية قد تعاملت بحزم بخصوص ضرورة احترام مقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل، حيث اعتبرت كل خرق لها بمثابة فصل تعسفي في حق الأجير نذكر منها قراراً صادراً عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، ويتعلق الأمر بالقرار الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 2016 في الملف الاجتماعي عدد 2016/1501/2300 والذي ورد في أحد تعليقاته ما يلي:

"إذ الثابت من وثائق الملف خاصة محضر الاستماع المؤرخ في 21 أبريل 2015 منه بخصوص الأخطاء المنسوبة إليه بأنه لم يتضمن تاريخ ارتكابه للخطأ المنسوب إليه حتى تتمكن المحكمة من مراقبة ما إذا كانت المشغلة قد احترمت أجل 8 أيام كأجل محدد للاستماع إليه من تاريخ ارتكابه للخطأ المنسوب إليه كما يتطلبه الفصل المذكور أعلاه، وهو ما يعد خرقاً لمقتضيات شكلية أمره يكون كل فصل يترتب عنه فصلاً تعسفياً موجباً للتعويض تغني المحكمة من ثبوت وجود الخطأ من عدمه".

وفي هذا الصدد، فإن نفس التوجه اعتمدته محكمة النقض في العديد من قراراتها، نذكر منه القرار الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 2012 تحت عدد 2047 في الملف الاجتماعي عدد 2012/2/5/500. يقع أحياناً أن يكون محضر الاستماع خالياً من توقيع الأجير، هنا يتعين على المشغل الإشارة إلى ذلك وسبب عدم وجود هذا التوقيع، وإلا اعتبرت المسطرة الفصل مختلة، فتوقيع الأجير على المحضر يعد بياناً إلزامياً طبقاً لمقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل، وأن خلوه من توقيع الأجير وكذا عدم تضمين سبب امتناعه يجعل المحضر والعدم سواء، وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض في قرارها عدد 1329 الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 2013 في الملف رقم 2012/2/5/1709 والذي جاء فيه:

¹³⁹⁹ القرار عدد 276 الصادر عن المجلس الأعلى سابقاً في الملف عدد 2006/1/5/913 بتاريخ 14/03/2007:

" وحيث إنه لما كان الاستماع إلى الأجير بشأن الخطأ المنسوب إليه من طرف مشغله يقتضي منطقياً أن يحدد هذا الأخير يوم وساعة انطلاق جلسة الاستماع، ويقوم باستدعائه لها حتى يتيح له فرصة الدفاع عن نفسه 27. ولا يغني عن هذا الإجراء اختفاء المشغلة في نازلة الحال، بما دفعت به من كونها " وجهت رسالة إلى الأجير (المطلوبة في النقض) بينت لها فيها الخطأ المتمسك به ضدها وطالبت منها أن تقدم لها ملاحظاتها مراعاة لمقتضيات الفصل 62 من مدونة الشغل."

¹⁴⁰⁰ قرار عدد 135 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 30 يناير 2014 في الملف الاجتماعي عدد 2013/1/5/919 - غير منشور.

"لكن حيث إنه لا جدال في أن كل مشغل يرغب في فصل أحد الأجراء من العمل بسبب ارتكابه لخطأ جسيم يجب قبل أن يقدم على ذلك سلوك المسطرة التأديبية في حقه والقيام بكامل الإجراءات المتعلقة بهذه المسطرة من أولها إلى نهايتها، وفق ما تنص عليه 39 المواد من 62 إلى 65 من مدونة الشغل... والثابت في نازلة الحال من محضر الاستماع المؤرخ في 2005/1/6 الذي استندت به الطاعنة خلوه من توقيع المطلوب في النقض وكذا الإشارة إلى سبب ذلك، ولا ما يفيد تسليمه نسخة منه..... وهكذا يتجلى واضحاً إخلال الطاعنة ببعض الإجراءات المتعلقة بمسطرة الفصل التي يجب التقيد بها بتمامها دون الاقتصار على بعضها فقط كما تم في هذه النازلة وهذا الإخلال يؤدي إلى اعتبار مسطرة الفصل باطلة ولا يواجه بها المطلوب في النقض...".¹⁴⁰¹

المطلب الخامس: الفقرة الأخيرة من المادة 62 من مدونة الشغل على ضوء المذكرة التوضيحية لأحكام المادة 62 الصادرة عن وزارة الشغل والإدماج المهني

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 62 من مدونة الشغل على أنه: "إذا رفض أحد الطرفين إجراء أو إتمام المسطرة، يتم اللجوء إلى مفتش الشغل".

إن صياغة الفقرة الأخيرة من المادة 62 من مدونة الشغل أثارت جدلاً قضائياً.

فإن محكمة النقض حسمت في تأويل الفقرة الأخيرة من المادة 62، بكون اللجوء إلى مفتش الشغل على ضوء هذه الفقرة لا يعني إجراء أو إتمام مسطرة الاستماع من لدن المفتش، وإنما هو فقط دليل على استكمال المشغل لجميع مراحل المسطرة كما هي منصوص عليها في المادة 62، على اعتبار أن الطرف الملزم بإجراء مسطرة الاستماع هو المشغل أو من ينوب عنه وليس مفتش الشغل، وأن مكان إجراء هذه الجلسة هو المقابلة وليس مفتشية الشغل، بل وذهبت إلى حد اعتبار أن مفتش الشغل لا يمكنه مجرد الحضور عند إجراء المسطرة بالمقابلة لأنه ليس من الأشخاص المذكورين في المادة 62 الذين يمكنهم الحضور في جلسة الاستماع.

وفي هذا الصدد جاء في إحدى قرارات محكمة النقض ما يلي:

"حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار المطعون فيه، ذلك أن الفقرتين الأولى والثانية من المادة 62 من مدونة الشغل إذا كانتا واضحتي الدلالة، من حيث وجوب اتباع الشكليات الواردة بها، ويفهم المراد منهما من اللفظ نفسه، فإن الفقرة الثالثة من المادة نفسها، غير واضحة الدلالة من لفظها، لعدم بيان المشرع المراد من اللجوء إلى مفتش الشغل...".

وأضاف نفس القرار:

"لا يمكن إتمام مسطرة الاستماع أمام مفتش الشغل لأن نص المادة 62 من مدونة الشغل واضحة وصريحة في كون مسطرة الاستماع تتم داخل المقابلة، داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ التبين من الخطأ لأن قول العكس من شأنه أن يفرغ الأجل المنصوص عليه بالفقرة الأولى من فحواه. وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، لما بنت قرارها على أساس خرق مسطرة الفصل بعدم اللجوء لمفتش الشغل لاستكمال المسطرة، بعد رفض الأجير التوقيع على محضر جلسة الاستماع، تكون قد خرقت المقتضيات القانونية المستدل بها وجاء قرارها معللاً تعليلاً فاسداً"¹⁴⁰².

نفس التوجه أكدته محكمة النقض في قرارها عدد 1/79 المؤرخ في 15 يناير 2019 في الملف الاجتماعي رقم 2017/1/5/2935 بحيث تبنت نفس علل القرار المشار إليه أعلاه جملة وتفصيلاً، غير أنه أضاف ما يلي:

¹⁴⁰¹ القرار عدد 1329 منشور بالمذكرة التوضيحية لأحكام المادة 62 من مدونة الشغل على ضوء الاجتهاد القضائي، الصفحة 42 - 43.

¹⁴⁰² القرار عدد 523 الصادر بتاريخ 16 ماي 2017 في الملف الاجتماعي عدد 2016/1/5/1616.

"... وهو ما يفيد منه أن الغرض من اللجوء إلى مفتش الشغل هو مجرد الإخبار بتعذر إنجاز مسطرة الاستماع أو إتمامها، وليس مباشرتها أو الإشراف عليها أو مواصلتها وهو بذلك يعتبر مجرد إجراء إداري لم يثبت أيضا حصول أي ضرر من عدم سلوكه للمطلوب في النقض".¹⁴⁰³.

كما أن هذا التوجه تبنته الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء¹⁴⁰⁴، وهي بدورها تبنت نفس علل قرار محكمة النقض عدد 523 المشار إليه أعلاه جملة وتفصيلا.

غير أنه لا نشاط هذا التوجه القضائي، وبنظرنا فإن الفقرة الأخيرة من المادة 62 من مدونة الشغل تلزم المشغل باللجوء إلى مفتش الشغل قبل اتخاذ مقرر الفصل بعده، ومعناه، أن المشغل ملزم باللجوء إلى مفتش الشغل قصد مجرد الإخبار بعدم سلوك مسطرة الاستماع، (نظرا لتخلف الأجير عن جلسة الاستماع، أو لحضوره وعدم رغبته في الكلام، أو لامتناعه عن التوقيع على محضر الاستماع)، وليس عن استكمال الاستماع إليه، على اعتبار أن مسطرة الاستماع تتم داخل المداولة وليس لدى مفتش الشغل، إذ أن الاستماع ليس من اختصاصات هذا الأخير، لكن اللجوء إلى مفتش الشغل قصد إخباره يبقى إجراء لا محيد عنه ولا يمكن إلغاؤه إلا بمقتضى نص تشريعي.

تأسيسا لما سلف بيانه، فإن تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 62 من مدونة الشغل يبقى في نظرنا إلزاميا على المشغل، وأن عدم لجوء هذا الأخير لمفتش الشغل من أجل إخباره بمآل مسطرة الاستماع وقبل اتخاذ مقرر الفصل، يعتبر منه خرقا لإجراء جوهري وبالتالي اعتبار الفصل تعسفيا.

المطلب الخامس: حضور مفتش الشغل خلال مسطرة الاستماع

أصدرت محكمة النقض قرارا فريدا خلق جدلا وسط الأوساط المهنية والقضائية بين مؤيد ومعارض، معتبرة حضور المفوض القضائي لجلسة الاستماع يشكل خرقا لمقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل، إذ جاء في حيثيات القرار ما يلي:

"حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أن المشرع إن كان قد أوجب توفير فرصة الدفاع للأجير عن نفسه ضد ما نسب إليه من أخطاء جسيمة، من خلال المادة 62 من مدونة الشغل، فإنه كان حريصا على أن يكون محضر الاستماع داخل المداولة، ولم يسمح بحضورها إلا للشخص الذي يؤازر الأجير، شريطة أن يكون مندوبا للأجراء أو ممثلا نقابيا، أو من ضمن أجراء المداولة، مستبعدا، تدخل أي أجنبي عن علاقة الشغل في إنجاز هذه المسطرة، وقد تبين أن الطاعنة، سمحت للمفوض القضائي بحضور جلسة الاستماع، والتوقيع عليه، وكأنه طرفا في المسطرة، وهو ما يعد تجاوزا، لمقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل، وأن المحكمة بعدم جوابها على هذا الدفع، تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا، مما يعرضه للنقض".¹⁴⁰⁵.

ونحن لا نتفق مع هذا القرار لمجموعة من الاعتبارات نوردتها كالآتي:

- أولا: هذا القرار فيه ضرب للأمن القانوني والقضائي على اعتبار أن مجموعة من القضايا كانت معروضة على القضاء الاجتماعي وعرفت حضور المفوض القضائي خلال جلسة الاستماع ولم تجعل مسطرة الفصل مختلة؛
- ثانيا: المذكرة التوضيحية لأحكام المادة 62 من مدونة الشغل على ضوء الاجتهاد القضائي لم تستثن من حضور جلسة الاستماع، بحيث يمكن للمشغل أن ينتدبه بناء على طلب في إطار المعاينة المجردة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 15 من رقم

¹⁴⁰³ القرار عدد 1/79 منشور بالمرجع السابق، الصفحة 23.

¹⁴⁰⁴ قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 47 الصادر بتاريخ 7 يناير 2019 في الملف الاجتماعي عدد 2017/1501/6726.

¹⁴⁰⁵ القرار عدد 1/436 المؤرخ في 19 مارس 2019 في الملف الاجتماعي عدد 2018/1/5/1048، منشور بالمرجع السابق، الصفحة 54.

81.03 المنظم لمهنة المفوضين القضائيين، في حين يحق للأجير أن يتقدم إلى رئيس المحكمة الابتدائية في إطار الأوامر المبنية على طلب قصد انتداب أحد المفوضين القضائيين تكون مهمته القيام بمعاينة ما سيجري خلال الجلسة المذكورة؛

— **ثالثا:** حضور المفوض القضائي يمثل ضمانا للمشغل والأجير، إذ مهمته تقتصر على معاينة أطوار جلسة الاستماع من خلال تحريرها في محضر مستقل عن محضر الاستماع الذي تنجزه إدارة المفاولة، والذي يعد بمثابة محضر رسمي لا يطعن فيه إلا بالزور لكونه صادر عن جهة رسمية؛

— **رابعا:** فباستقراء حيثيات القرار المذكور، نجد أن المفوض القضائي قد وقع على محضر الاستماع وهو ما يمكن أن نتفق معه في هذا الباب، إذ أن مدونة الشغل في مادتها 62 جعلت المشغل أو من ينوب عنه، الأجير، مندوب الأجراء أو الممثل النقابي بالمفاولة الذي يختاره الأجير بنفسه، كما يمكن للشهود أيضا الحضور في جلسة الاستماع ما لم ينازع الأجير في ذلك، هم من يجب عليهم الحضور في جلسة الاستماع والتوقيع على محضر الاستماع، وبالتالي كان على القرار المذكور أن يغير من صيغته بأن المفوض القضائي لا يسمح له بالتوقيع على محضر الاستماع بدل جعل حضوره يشكل خرقا لمقتضيات المادة 62 من مدونة الشغل؛

خاتمة:

المشغل المغربي حين أعطى سلطة تأديبية للأجير اخضعها لرقابة السلطة القضائية باعتبارها الضامن الحقيقي لإعادة التوازن بين طرفي العلاقة الشغلية لكي لا تحيد هذه السلطة عن المقاصد التي شرعت من أجلها

واقع تطبيق ممارسات إدارة الموارد البشرية الالكترونية (E-HRM)

في وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الأردن من وجهة نظر الموظفين دراسة ميدانية

أ.م.م. سليمان علي الصلاحين

دكتور في إدارة الأعمال - المملكة الأردنية الهاشمية

الملخص

هدفت الدراسة الى التعرف على واقع ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية في وزارة التخطيط والتعاون الدولي من وجهة نظر موظفي الوزارة ، تناولت الدراسة ابعاد ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية (الاتصالات الالكترونية، التعويضات الالكترونية، الاستقطاب الداخلي الالكتروني)، تكون مجتمع الدراسة من (200) موظف وموظفة استخدم الباحث استبانة مكونة من (12) فقرة كأداة للدراسة ، تم استخدام نظام التحليل الاحصائي (SPSS) لتحليل بيانات الدراسة، تم توزيع (200) استبانة، وتم استرداد (155) استبانة واستبعاد (4) استبانة بسبب عدم اكتمال إجابة الباحثين عليها، بلغت الاستبيانات الخاضعة للتحليل (151) استبانة، وتشكل ما نسبته (75.5%) من مجموع الاستبيانات الموزعة، استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي ، اظهرت نتائج الدراسة بان ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية جاءت بنسب مرتفعة ، وهي على التوالي الاتصالات الالكترونية (87%) الاستقطاب الداخلي الالكتروني (81.6%) التعويضات الالكترونية (80.4%) ، اوصت الدراسة بضرورة التوسع في تطبيق ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية في وزارة التخطيط والتعاون الدولي لتشمل باقي الممارسات مثل تقييم الاداء الالكتروني، التدريب الالكتروني.

الكلمات المفتاحية: ادارة الموارد البشرية الالكترونية E-HRM، الاتصالات الالكترونية، التعويضات الالكترونية، الاستقطاب الداخلي الالكتروني.

Abstract

The Reality of Electronic Human resource Management (E-HRM) in ministry of planning and international cooperation in Jordan: The employees perspective: Field study

The study aimed to identify the reality of electronic human resources management practices in the Ministry of Planning and International Cooperation from the point of view of the ministry's employees. The study dealt with the dimensions of human resources management practices (electronic communications, electronic compensation, internal polarization). The questionnaire was used to analyze the study data, 200 questionnaires were distributed, 155 questionnaires were retrieved and 4 questionnaires were excluded due to the incomplete response of the respondents. Reached (75.5%) of the total questionnaires distributed. The researcher used the analytical descriptive method. The results of the study showed that the practices of electronic human resources management were high, respectively, namely electronic communications (87%), internal polarization (81.6%) of the electronic compensation (80.4%), the study recommended the need to expand the application of electronic human resources management practices in the Ministry of Planning and International Cooperation to include other practices such as electronic performance assessment, electronic training.

Key Words: Electronic Human resource Management (E-HRM), Electronic Communications, Electronic compensation, internal polarization of electronic.

مقدمة

يعتبر التطور التكنولوجي وظهور الانترنت من العوامل التي ساهمت بشكل كبير في تحسين وسائل الاتصال وذلك من خلال تحويل أغلب الاعمال التقليدية الى اعمال الكترونية ومع هذا التطور السريع والهائل في تكنولوجيا المعلومات اصبح من الضروري انتقال هذا التطور الى الوظائف والممارسات في الاعمال لتصبح وظائف وممارسات الكترونية من خلال تحويل الملفات الورقية الى الكترونية لاسيما ان العلاقات بين الحكومة ومنظمات الاعمال على اختلافها اصحت تنظم وتدار من خلال شبكات الانترنت الداخلية والخارجية 1406 لقد اجتاحت التطور في تكنولوجيا المعلومات العديد من الوظائف والممارسات مثل التجارة الالكترونية والتسويق الالكتروني والصيرفة الالكترونية فكان من الطبيعي ان تتأثر بها وظائف وممارسات ادارة الموارد البشرية حيث اصبح يطلق عليها مصطلح الادارة الالكترونية للموارد البشرية *E-HRM* والذي يعبر عن استخدام ادارة الموارد البشرية لوسائل التكنولوجيا الحديثة في ممارسة وظائفها 1407.

وبناء على ما سبق سنتناول هذه الدراسة واقع ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية في وزارة التخطيط والتعاون الدولي من وجهة نظر الموظفين من خلال مبحثين **المبحث الاول** يسلط الضوء على ادارة الموارد البشرية الالكترونية (*E-HRM*) من خلال التطرق الى اربعة فروع يغطي من خلالها الجوانب المهمة لإدارة الموارد البشرية الالكترونية (*E-HRM*) وهي الفرع الاول مفهوم ادارة الموارد البشرية الالكترونية (*E-HRM*) والفرع الثاني اهداف ادارة الموارد البشرية الالكترونية (*E-HRM*) والفرع الثالث متطلبات تطبيق ادارة الموارد البشرية الالكترونية (*E-HRM*) والفرع الرابع النتائج التي تحقّقها ادارة الموارد البشرية الالكترونية (*E-HRM*)، اما **المبحث الثاني** فانه سيتم من خلاله توضيح الاجراءات التطبيقية للدراسة والتي عمل الباحث من خلالها على استخراج اهم النتائج حيث يتكون المبحث من ثلاثة فروع الفرع الاول منهجية الدراسة والفرع الثاني عرض نتائج الدراسة ومناقشتها والفرع الثالث الاستنتاجات والتوصيات.

2.1: مشكلة الدراسة

تعتبر الدراسات التي تناولت موضوع ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية قليلة ونادرة وخصوصا في الدول النامية في حين تركزت اغلب الدراسات في الدول المتقدمة مثل الولايات المتحدة الامريكية والدول الاوروبية 1408 كما ان موضوع ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية لم يبحث بشكل كافي في القطاع العام وذلك لاعتماد كثير من المؤسسات الحكومية على ممارسات ادارة الموارد البشرية التقليدية .

ونظرا للتغير السريع الذي يشهده عالمنا من حيث التطور التكنولوجي وتوظيف التكنولوجيا في قطاعات عديدة منها القطاع العام وبما ان القطاع الخاص ونظرا لطبيعة المنافسة عمل على استغلال التكنولوجيا للحصول على ميزة تنافسية ضمن بيئته كان لابد من تسليط الضوء على القطاع العام وواقع استغلاله للتكنولوجيا خصوصا ضمن ادارة الموارد البشرية والتي تعتبر من اهم الادارات في القطاع العام والتي تتأثر كغيرها من الادارات بالتطور التكنولوجي.

تعتبر تجربة الاردن في ادارة الموارد البشرية الالكترونية في بدايات تطورها الاولى 1409 على مستوى كافة القطاعات ومنها القطاع العام وبما ان وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الاردن تعتبر من الوزارات المتميزة حيث حصلت الوزارة على جائزة الملك عبدالله

¹⁴⁰⁶ يوسف محمد يوسف ابو امونه، واقع ادارة الموارد البشرية الالكترونية في الجامعات الفلسطينية النظامية، قطاع غزة، رسالة ماجستير، ادارة اعمال، جامعة غزة للاسلامية، 2009، ص3.

¹⁴⁰⁷ امال ديلمى، دور الادارة الالكترونية للموارد البشرية في تعزيز ادارة المعرفة، دراسة حالة مؤسسة سونلغاز، وكالة ام البواقي، رسالة ماجستير في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة ام البواقي، الجزائر، 2015، ص أ.

¹⁴⁰⁸ ايسر الخشمان، اثر ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية على اداء الاعمال في قطاع الاتصالات الاردنية من وجهة نظر الموظفين، رسالة دكتوراه في ادارة الاعمال، جامعة العلوم الاسلامية العالمية، الاردن، 2014، ص6.

ايسر الخشمان، مرجع سابق، ص6. ¹⁴⁰⁹

الثاني للتميز على مستوى القطاع العام لأكثر من مرة، كان لابد من دراسة واقع ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية فيها ومدى استفادتها من التطور التكنولوجي وخاصة ادارة الموارد البشرية.

3.1: اسئلة الدراسة

ولمعرفة واقع ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية من وجهة نظر الموظفين في وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الاردن كان لابد من طرح التساؤلات التالية:

- ما هو واقع ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية بأبعادها (الاتصالات الالكترونية، التعويضات الالكترونية، الاستقطاب الداخلي الالكتروني) في وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الاردن من وجهة نظر الموظفين فيها ؟
- هل توجد فروقات في تقديرات الباحثين لمستوى ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية في وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الاردن تعزى للمتغيرات الديموغرافية (الجنس، العمر، المستوى العلمي، المستوى الوظيفي سنوات الخبرة) ؟

4.1: فرضيات الدراسة

انطلاقاً من التساؤلات السابقة الذكر، وبناء على ما تم التوصل إليه من نتائج للدراسات السابقة حول الموضوع تم اقتراح الفرضيات التالية:

- هناك تطبيق لممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية بأبعادها (الاتصالات الالكترونية، التعويضات الالكترونية، الاستقطاب الداخلي الالكتروني) عند مستوى الدلالة ($\alpha \leq 0.05$) في وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الاردن في تقديرات الباحثين.
- لا توجد فروقات ذات دلالة احصائية لتطبيق ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية بأبعادها (الاتصالات الالكترونية، التعويضات الالكترونية، الاستقطاب الداخلي الالكتروني) في وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الاردن عند مستوى الدلالة ($\alpha \leq 0.05$) تعزى للمتغيرات الديموغرافية (الجنس، العمر، المستوى العلمي، المستوى الوظيفي، سنوات الخبرة) ؟

5.1: أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى الإجابة عن التساؤلات المطروحة أي التعرف على واقع تطبيق ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية في وزارة التخطيط والتعاون الدولي بأبعادها (الاتصالات الالكترونية، التعويضات الالكترونية، الاستقطاب الداخلي الالكتروني) من وجهة نظر موظفي الوزارة وما مدى اختلاف هذا التطبيق تبعاً لمتغير الجنس والعمر والمستوى العلمي والمستوى الوظيفي وسنوات الخبرة كذلك التعرف على مدى اهتمام وزارة التخطيط والتعاون الدولي بممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية.

6.1: أهمية الدراسة : تعد هذه الدراسة من الدراسات القليلة التي تتناول موضوع ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية حيث يمتاز هذا النوع من الدراسات بندرته في البيئات العربية ككل حيث تأتي هذه الدراسة لتجسير الفجوة في هذا المجال اضافة الى اثرها المكتبة العربية بهذا النوع من الدراسات .

كما تعد هذه الدراسة من الدراسات القليلة التي تتناول موضوع ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية في المؤسسات الحكومية في الاردن وعلى وجه الخصوص وزارة التخطيط والتعاون الدولي لما تتمتع به هذه الوزارة من اهمية على مستوى القطاع العام في الاردن حيث تعتبر من الوزارات الرائدة والمتميزة في الاردن حيث حصلت الوزارة على جائزة الملك عبدالله الثاني للتميز اكثر من مرة .

كما يأمل الباحث أن تفيد نتائج هذه الدراسة المسؤولين والمديرين ومنتخذي القرار في وزارة التخطيط والتعاون الدولي للتعرف على واقع تطبيق ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية في الوزارة لمراعاته و اتخاذ التدابير اللازمة في ذلك.

7.1: المفاهيم الاجرائية للدراسة

ادارة الموارد البشرية الالكترونية (E-HRM) : وهي مفهوم يعبر عن عملية استخدام تكنولوجيا المعلومات في ممارسة وظائف ادارة الموارد البشرية من خلال الانترنت ووسائل التكنولوجيا الحديثة بما ينسجم مع التغيرات الحاصلة في بيئة المنظمة الداخلية والخارجية¹⁴¹⁰.

الاتصالات الالكترونية: تعرف الاتصالات الالكترونية على انها " العملية التي يتم من خلالها ارسال واستقبال المعلومات من المرسل للمستقبل عبر الوسائل الالكترونية التي توفرها المنظمات لتسهيل انتاج ونقل وتبادل وتفهم للمعلومات والافكار والآراء من شخص لآخر ومن مستوى اداري الى اخر بقصد التأثير واحداث الاستجابة المطلوبة من قبل كافة الموارد البشرية داخل المنظمة"¹⁴¹¹.

التعويضات الالكترونية: هي عبارة عن مجموعة من التطبيقات الالكترونية التي تسمح للموظفين بالاطلاع على مكافاتهم ومزاياهم المالية كالأجور والعلاوات والمكافآت والزيادة السنوية وكافة المعلومات المالية الخاصة بهم¹⁴¹².

الاستقطاب الالكتروني: وهو عبارة عن احدى الطرق التي تستخدمها المنظمات يتم من خلالها جذب ذوي الكفاءات التي تتناسب مؤهلاتهم وكفاءاتهم مع الوظيفة المعلن عنها من خلال استخدام شبكة الانترنت¹⁴¹³.

الاستقطاب الداخلي الالكتروني: يعرفه الباحث من منظوره الخاص على انه العملية التي يتم من خلالها الاعلان داخل المنظمة الكترونيا من خلال شبكة المعلومات الداخلية للمنظمة (الانترانت) عن وجود وظائف شاغرة داخل المنظمة وذلك لتعبئتها من داخل المنظمة وليس خارجها بحيث يتم استقطاب الموظفين الكترونيا من خلال ارسال السيرة الذاتية الكترونيا الى ادارة الموارد البشرية حيث تبين حسب علم الباحث عدم التطرق لهذا المفهوم في الدراسات السابقة.

8.1: الدراسات السابقة وما يميز هذه الدراسة

2.8.1 الدراسات العربية:

دراسة (حامد لمياء، 2017) بعنوان "اثر الاستقطاب الالكتروني على الالتزام التنظيمي: اختبار الدور الوسيط للتدريب الالكتروني -دراسة ميدانية في البنوك الاسلامية الاردنية في عمان" هدفت الدراسة الى التعرف على اثر الاستقطاب الالكتروني على الالتزام التنظيمي والتدريب الالكتروني متغير وسيط حيث اعتمدت الباحثة على المنهج الوصفي التحليلي شمل مجتمع الدراسة جميع البنوك الاسلامية في الاردن والبالغ عددها اربع بنوك وفروعها المنتشرة في عمان اما وحدة المعاينة فتكونت من (66) مستجيب من مدراء وموظفين قسم الموارد البشرية في البنوك الاسلامية العاملة في الاردن واستخدمت الباحثة الاستبانة كاداة لجمع البيانات.

وقد اظهرت نتائج الدراسة وجود اثر ذو دلالة احصائية على اثر الاستقطاب الالكتروني والذي يتضمن (جذب الالكتروني، تقييم الالكتروني، اختيار الالكتروني) على الالتزام التنظيمي كما بينت الدراسة وجود دور وسيط للتدريب الالكتروني عند مستوى الدلالة ($as0.05$).

وبناء على النتائج قدمت الباحثة عددا من التوصيات ابرزها: اجراء المزيد من الدراسات على اثر الاستقطاب الالكتروني في التخفيف من معدل دوران العاملين في البنوك الاسلامية، حيث تعتبر مشكلة دوران العاملين من المشكلات الكبيرة التي تواجه المنظمات بشكل

¹⁴¹⁰ عبد الله الرواحنة، جودة انظمة ادارة الموارد البشرية الالكترونية على كفاءة اداء العاملين دراسة حالة مجموعة الاتصالات الاردنية (اورنج)، رسالة ماجستير اعمال الكترونية، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2013، ص8.

¹⁴¹¹ ايسر الخشمان، مرجع سابق، ص13.

¹⁴¹² ايسر الخشمان، مرجع سابق، ص13.

¹⁴¹³ لمياء عدنان جبارة حامد، اثر الاستقطاب الالكتروني على الالتزام التنظيمي اختبار الدور الوسيط للتدريب الالكتروني، دراسة ميدانية في البنوك الاسلامية الاردنية في عمان، رسالة ماجستير في ادارة الاعمال الالكترونية، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2017، ص18.

عام والبنوك بشكل خاص، واجراء المزيد من الدراسات على أنشطة دوائر الموارد البشرية في كافة القطاعات الاقتصادية في الاردن وذلك للتعرف على واقع واحتياجات الموارد البشرية والعمل على تطوير مستوى معرفة الموارد البشرية الاردنية اذ تعتبر الموارد البشرية هي المورد الاعم وهي الميزة التنافسية في ظل ضعف الموارد الاقتصادية والامكانيات الاخرى.

دراسة (احمد ابراهيم، 2016) بعنوان "أثر فوائد الاستقطاب الالكتروني على معدل الدوران الوظيفي-دراسة حالة في شركة امنية للاتصالات" هدفت الدراسة هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على أثر فوائد الاستقطاب الالكتروني المتمثلة/ بالكلفة، والفاعلية، والعدالة/ على معدل الدوران الوظيفي بأبعاده المتمثلة/ بالرضا الوظيفي والولاء التنظيمي/، حيث تم اعتماد عينة عشوائية بلغ تعدادها 154 مبحوثاً من العاملين في شركة امنية للاتصالات، وتم اجراء الدراسة بأسلوب المنهج الوصفي التحليلي. وتوصلت الدراسة الى عدة نتائج أهمها: وجود أثر ذو دلالة إحصائية للاستقطاب الالكتروني والتي تمثلت في/ الكلفة، الفاعلية والعدالة/ على معدل الدوران الوظيفي.

وقد أوصت الدراسة بضرورة العمل على وضع سياسات واجراءات من شأنها تعزيز العمل على الاستقطاب الالكتروني في الشركات لما له من مساهمة في تقليل تكلفة الاستقطاب بالشركات، والعمل على تخفيض معدل الدوران الوظيفي في الشركات من خلال استقطاب الموظفين المؤهلين وتحفيزهم.

- **دراسة (الخشمان ايسر، 2014) بعنوان " اثر ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية على اداء الاعمال في قطاع الاتصالات الاردنية من وجهة نظر الموظفين"** هدفت الدراسة الى التعرف على اثر ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية بأبعادها (الاستقطاب الالكتروني، الاختيار الالكتروني، التدريب الالكتروني، تقييم الاداء الالكتروني، الاتصالات الالكترونية، التعويضات الالكترونية) على اداء الاعمال التشغيلي بأبعاده (الوقت، الكلفة، جودة الخدمات، المرونة) في قطاع الاتصالات الاردنية والمتمثلة بشركات الاتصالات الخلوية الثلاث (زين، اورانج، امنية) وتكون مجتمع الدراسة من جميع العاملين في الوظائف الاشرافية في الشركات الثلاث والبالغ عددهم (329) موظفا وموظفة، ولتحقيق اهداف الدراسة استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي واعتمد على استراتيجية المسح حيث تم اختيار عينة عشوائية طبقية متناسبة مكونة من (178) موظفا وموظفة ممثلة لمجتمع الدراسة، وتم الاعتماد على الاستبانة كأداة رئيسية للدراسة في جمع البيانات واسترجاع (144) استبانة صالحة للتحليل وتم تحليل البيانات باستخدام برنامج التحليل الاحصائي *spss* حيث تمت عملية التحليل بالاعتماد على الاحصاء الوصفي والاحصاء التحليلي، وقد اظهرت نتائج الدراسة وجود اثر ايجابي ذي دلالة احصائية وبقوة تفسيرية مرتفعة لممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية بمحاورها (الاستقطاب الالكتروني، الاختيار الالكتروني، التدريب الالكتروني، تقييم الاداء الالكتروني، الاتصالات الالكترونية، التعويضات الالكترونية) على اداء الاعمال التشغيلي بمحاوره (الوقت، الكلفة، جودة الخدمات، المرونة)، اوصت الدراسة بضرورة الاهتمام بكافة ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية حاضرا وتعزيزها مستقبلا لأهميتها الكبير في تحسين الاداء التشغيلي من خلال مواكبة كافة التطورات التكنولوجية لتطوير الوظائف الداخلية وبخاصة وظيفة ادارة الموارد البشرية و اجراء المزيد من الدراسات المستقبلية حول ادارة الموارد البشرية الالكترونية.

دراسة (ابو امونة، 2009) بعنوان "واقع ادارة الموارد البشرية الكترونيا في الجامعات الفلسطينية النظامية-قطاع غزة"

هدفت الدراسة الى التعرف على واقع تطبيق ادارة الموارد البشرية الالكترونية في الجامعات الفلسطينية النظامية في قطاع غزة والتعرف على وضوح اهمية دور ادارة الموارد البشرية الكترونيا لدى مستويات الادارة المختلفة بالاضافة الى التعرف على انظمة الموارد البشرية المستخدمة في الجامعات ولتحقيق اهداف الدراسة استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي واستخدم الاستبانة لجمع البيانات من عينة الدراسة والبالغ عددهم (183) فردا.

وتوصلت الدراسة الى ان وضوح اهمية ادارة الموارد البشرية الكترونيا ودعم الادارة العليا متوفران ويسهمان بشكل كبير في عملية التحول الى الادارة الالكترونية بشكل عام وادارة الموارد البشرية الالكترونية بشكل خاص، كما اظهرت النتائج وجود تطبيق لوظائف وانشطة ادارة الموارد البشرية الالكترونية وكان التميز لصالح الجامعات الاسلامية.

واوصت الدراسة بضرورة تعزيز وظائف ادارة الموارد البشرية الالكترونية واعطاء الاولوية للتحول الى الادارة الالكترونية وتوفير الدعم المالي لمراكز تكنولوجيا المعلومات والاستفادة المثلى من وسائل تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في تنفيذ أنشطة ووظائف ادارة الموارد البشرية الالكترونية.

دراسة (الخوالدة والحنيطي، 2008) بعنوان "اثر استخدام تكنولوجيا المعلومات على الابداع الاداري في المؤسسات العامة الاردنية" هدفت الدراسة الى التعرف على اثر استخدام تكنولوجيا المعلومات على الابداع الاداري في المؤسسات العامة الاردنية بالإضافة الى التعرف على العلاقة بين استخدام التكنولوجيا والابداع الاداري ولتحقيق اهداف الدراسة استخدم الباحثان المنهج الوصفي التحليلي وكانت اداة الدراسة استبانة طبقت على عينة الدراسة البالغة (289) موظفا وموظفة من مجتمع الدراسة المتمثل بجمعي العاملين في المؤسسات العامة الاردنية.

وكانت اهم النتائج التي توصلت اليها الدراسة ان هناك وجود علاقة ايجابية بين استخدام تكنولوجيا المعلومات والابداع الاداري واوصت الدراسة بضرورة توفير تكنولوجيا المعلومات لمختلف المستويات والوحدات الادارية واتمته اعمالها وذلك لزيادة السرعة والدقة في انجاز المهام.

3.8.1 الدراسات الاجنبية:

دراسة (Sareen&Subramanian) بعنوان "E-HRM: A Strategigic"

International Journal of Human Resource Studies, 2012, Vo1.2, No,3

"ادارة الموارد البشرية الالكترونية:مراجعة استراتيجية" هدفت الدراسة الى استعراض الابحاث التي اجريت في مجال ادارة الموارد البشرية الالكترونية وذلك لمناقشة اثر ادارة الموارد البشرية الالكترونية على خبراء الموارد البشرية بالاضافة الى توفير نظرة ثاقبة لآطار الموارد البشرية الالكترونية وتحديد الفوائد والمحددات لها.

وقد توصلت الدراسة الى استخدام تكنولوجيا والاتصالات المعلومات سهلت من تحولات ادارة الموارد البشرية وجعلتها قادرة على تقديم خدماتها بشكل افضل وتطوير نماذج الاعمال الجديدة للمنظمات الخلاقة والمبدعة وكما ان ادارة الموارد البشرية الالكترونية تعتبر استراتيجية للخدمات الداخلية لمواجهة التحديات الخارجية وتوصلت الدراسة ايضا الى ان فوائد ادارة الموارد البشرية تتمثل في زيادة الانتاجية وتحقيق وفورات في التكاليف والاعباء الادارية بالاضافة الى تقديم خدمات عالية الجودة للعملاء الداخليين للمنظمة لان تطبيقها يؤدي الى زيادة تحسين وظيفة التوجه لخدمة العميل ومن نتائج الدراسة انها توصلت الى اربعة عوامل لدعم استخدام ادارة الموارد البشرية الكترونيا وهي تحسين الانتاجية وخفض التكاليف وتحقيق العائد على الاستثمار وتحسين الاتصالات بين الموظفين واوصت الدراسة بضرورة اجراء المزيد من المناقشات والابحاث حول ادارة الموارد البشرية الالكترونية.

دراسة (Davoudi&Fartash, 2012) بعنوان "Electronic Human Resource Management :New Avenues Which Lead to Organizational Success".

"ادارة الموارد البشرية الالكترونية:سبلا جديدة تقود الى النجاح التنظيمي"

هدفت الدراسة الى توضيح الدور الهام الذي تلعبه ادارة الموارد البشرية الالكترونية (E-HRM) في المنظمات من خلال استعراض الادبيات ذات الصلة حول ادارة الموارد البشرية الالكترونية ووصف اهداف ادارة الموارد البشرية الالكترونية في المنظمات وانواعها

وتطبيقاتها وفوائدها وتحديد بعض العوامل التي تسهم في انجاح تنفيذها للوصول الى الهدف الرئيسي لهذه الورقة المتمثل في توضيح اهمية دور تكنولوجيا المعلومات في دعم ممارسات ادارة الموارد البشرية من خلال تطوير نموذج نظري يوفر مزيدا من التبصر لمديري المنظمات واصحاب المصالح على اهمية دمج ممارسات ادارة الموارد البشرية مع تكنولوجيا المعلومات التي تساهم في تحقيق نتائج تنظيمية متفوقة.

Employee's Satisfaction Towards E-HRM in Service Organization بعنوان "Gupta&Saxena, 2011" دراسة)

"رضا الموظفين تجاه ادارة الموارد البشرية الالكترونية في المنظمات الخدمية"

هدفت الدراسة الى التعرف على مدى رضا الموظفين في قطاعي البنوك وتكنولوجيا المعلومات في الهند حول نظام ادارة الموارد البشرية الالكترونية (E-HRM) وقد تم تطبيق هذه الدراسة على عينة مكونة من (400) موظفا وموظفة من العاملين في قطاع تكنولوجيا المعلومات وقطاع البنوك في الهند.

توصلت الدراسة الى ان هناك ستة عوامل تؤثر على مدى رضا الموظفين عن النظام في القطاعين المذكورين اعلاه وهي كفاءة استخدام الوقت، تحسين نظام العمل، التواصل السريع، ادارة الموظفين، التركيز على ارضاء العملاء، فوائد ومزايا استخدام النظام.

واوصت الدراسة بضرورة توجيه نظام ادارة الموارد البشرية الالكترونية (E-HRM) نحو ارضاء العملاء (المراجعين) بالإضافة الى زيادة تواصل الموظفين عبر الانترنت ومناقش مشاكلهم وحلها من خلال استخدام نظام (E-HRM) لرفع مستوى رضاهم عن تطبيقه واتاحة الفرصة للموظفين لإدارة انفسهم ذاتيا والعمل على تخفيف اعباء الاعمال الادارية وادارة الوقت بكفاءة من خلال تطبيق نظام ادارة الموارد البشرية الالكترونية ليزيد من شعور الموظفين بالرضا.

The Contribution of E-HRM to HRM Effectiveness: Results from a بعنوان "Ruel, Bondarouk & Vander, 2007" دراسة)

Quantitative Study in Dutch Ministry"

"مساهمة ادارة الموارد البشرية الالكترونية في فعالية ادارة الموارد البشرية: نتائج من دراسة كمية في الوزارة الهولندية"

هدفت الدراسة الكمية التي اجريت على وزارة الداخلية الهولندية الى قياس المدى الذي يساهم في تطبيق نظام ادارة الموارد البشرية الإلكترونية في كفاءة ادارة الموارد البشرية على الوزارة.

وكان من اهم النتائج التي توصلت اليها الدراسة هو ان التطبيق الفعلي لنظام ادارة الموارد البشرية الالكترونية له اثر على الكفاءة التشغيلية والاستراتيجية لادارة الموارد البشرية وان تطبيقات ادارة الموارد البشرية الالكترونية لها تاثير ايجابي على تقنية وفعالية استراتيجية ادارة الموارد البشرية ويتجلى ذلك بالخصوص في الجودة المدركة لمحتوى وبنية التطبيقات الالكترونية لادارة الموارد البشرية.

وقد اوصت الدراسة بضرورة اجراء المزيد من البحوث المتعلقة بقياس كفاءة ادارة الموارد البشرية الالكترونية وبإدخال المزيد من المتغيرات للنموذج الذي توصل اليه الباحث.

9.1 ما يميز هذه الدراسة

من خلال مراجعة الباحث للدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع تبين للباحث ما يلي:

لم يتم التطرق الى موضوع الاستقطاب الداخلي الالكتروني في الدراسات السابقة حيث يستعرضه الباحث حسب علمه للمرة الاولى في هذه الدراسة حيث تطرقت اغلب الدراسات الى الاستقطاب الالكتروني والذي يقصد به الاستقطاب من خارج المنظمة .

لم تتناول الدراسات السابقة ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية في القطاع العام في الاردن وتأتي هذه الدراسة لتتناوله في وزارة التخطيط والتعاون الدولي وهي من الوزارات الرائدة في القطاع العام في الاردن.

1.2 ادارة الموارد البشرية الالكترونية(E-HRM)

2.1.2 مفهوم ادارة الموارد البشرية الالكترونية(E-HRM)

يمكن تعريف مفهوم ادارة الموارد البشرية الالكترونية على انه عبارة عن استخدام وتطبيق التقنيات الموجودة على الويب في الانظمة ذات الارتباط بالموارد البشرية مما يتيح امكانية وصول المعلومات المتعلقة بالموارد البشرية ضمن اوسع نطاق مما يساهم في توفير الفرصة لإدارة هذه المعلومات 1414 كما يمكن تعريفها على انها التكامل بين العمليات التي يقوم بها الافراد في المنظمة وبين التكنولوجيا وذلك من خلال استخدام تطبيقات الويب وصولا الى ممارسة وظائف ادارة الموارد البشرية. 1415

- وتعرف كذلك بأنها تطبيق أي تكنولوجيا تمكن المدراء والعاملين من الدخول المباشر إلى إدارة الموارد البشرية وخدمات المنظمة الأخرى من أجل الاتصال ، تقييم الأداء ، إدارة الفرق ، إدارة المعرفة والتعليم ولأغراض إدارية أخرى 1416.

وتعرف ادارة الموارد البشرية الالكترونية على انها الطريقة التي يتم من خلالها تطبيق استراتيجيات وسياسات وممارسات ادارة الموارد البشرية من خلال استخدام التكنولوجيا 1417.

بناء على التعريفات السابقة يعرف الباحث مفهوم ادارة الموارد البشرية الالكترونية من منظوره الخاص على انها عبارة عن ممارسة ادارة الموارد البشرية لوظائفها ومهامها من خلال استغلالها للتطبيقات والوسائل الالكترونية المتاحة وصولا الى الاستغلال الامثل للوقت والجهد والتكلفة مما يساهم في تحقيق جودة العمل المطلوبة.

3.2.2 اهداف ادارة الموارد البشرية الالكترونية(E-HRM)

تهدف ادارة الموارد البشرية الالكترونية الى تعزيز المرونة وتبسيط الاجراءات من خلال تقليل التكاليف وزيادة كفاءة وفعالية ادارة الموارد البشرية بما يساهم في خدمة العاملين في المنظمة 1418، كما ان التغيرات الحاصلة في البيئة الخارجية للمنظمة والتقدم العلمي السريع وتأثيرات العولمة ساهم الى حد كبير في تحديد متطلبات اللازمة للقوى العاملة مما ادى الى توجه العديد من المنظمات نحو ادارة الموارد البشرية الالكترونية.

تتجه المنظمات نحو ادارة الموارد البشرية الالكترونية لعدة اهداف اهمها على النحو التالي 1419:

¹⁴¹⁴ رحمانى عبدالجليل، معزوزة سميرة، فعالية الادارة الالكترونية في تنمية الموارد البشرية وتحسين اداء العاملين بالمؤسسة، دراسة تحليلية ميدانية لمؤسسة بنك الجزائر الخارجي وكالة خميس مليانة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة بونعامة الجليلي، الجزائر، 2015، ص74.

¹⁴¹⁵ Puja sareen, study of employee satisfaction toward e-hrm system, research paper, European journal of applied business management, 1, 2015, pp, 1-18, p5

¹⁴¹⁶ Steve foster, an exploratory analysis of E-HRM un the context of HRM transaction, 2008, business school, university of Hertfordshire, Hatfield, Herts, AI10, 9AB, P4.

¹⁴¹⁷ Emma parry and shaun Tyson, Desired goals and actual outcomes of E-HRM, cranfield school management, Human resource management journal, volume 21, No3, 2011, p3.

¹⁴¹⁸ يوسف ابو امونة، مرجع سابق، ص77.

¹⁴¹⁹ Ruel&others, E -HRM: innovation or irritation ,an explorative empirical study in five large companies on web-based HRM, management revue, vol15, issue3, 2004, p367.

- تطوير وتحسين التوجهات الاستراتيجية للموارد البشرية.
- الحد من زيادة النفقات والتكاليف.
- تحسين الخدمات المقدمة للعملاء وتبسيط الاجراءات بما يخدم الادارة والعاملين.

كما تعمل ادارة الموارد البشرية الالكترونية على تحقيق اهداف ادارة الموارد البشرية بشكل اوسع واعم كما ان هناك دورا مهما لإدارة الموارد البشرية الالكترونية يتمثل في زيادة الكفاءة وتخفيض التكاليف التشغيلية داخل المنظمة كمان لها دورا فعالا في سرعة انجاز المهام المنوطة بإدارة الموارد البشرية اضافة الى تقليل عدد موظفي ادارة الموارد البشرية كما تعمل على زيادة التواصل بين العاملين في داخل المنظمة وبين العاملين ومن هم خارج المنظمة. 1420

4.3.2 متطلبات تطبيق ادارة الموارد البشرية الالكترونية (E-HRM)

ان التطبيق الناجح والفعال لإدارة الموارد البشرية الالكترونية يحتاج في البداية الى دعم الادارة العليا من خلال توفير البنية التحتية اللازمة من برمجيات ومتطلبات تكنولوجية ضرورية فضلا عن تقديمها الكفاءات البشرية المؤهلة للعمل على التطبيقات اللازمة لتفعيل ادارة الموارد البشرية الالكترونية.

كما ان وجود الشبكات الالكترونية مثل الانترنت والاترانت يساهم الى حد كبير في دعم متطلبات ادارة الموارد البشرية الالكترونية حيث تمتاز هذه الشبكات بالسرعة الفائقة وسهولة الوصول اليها مما يخفف التكاليف على المنظمة ويزيد من كفاءة وفعالية ممارسة ادارة الموارد البشرية لوظائفها ومهامها بشكل افضل 1421.

كما ان متطلبات تطبيق ادارة الموارد البشرية الالكترونية تمتاز باختلافها من منظمة الى اخرى ولكي تضمن هذه المنظمات فعالية اكبر في تطبيق نظام ادارة الموارد البشرية الالكترونية لابد لها ما يلي 1422:

- استجابة مستخدمي هذه الانظمة وانسجامهم معها مما يسهل عملية التواصل معهم بكافة المراحل اضافة الى اسهامهم بشكل كبير في عملية التغذية الراجعة.
- رفع كفاءة مستخدمي هذه الانظمة من خلال تدريبهم عليها مما يعود بالنفع الى المنظمة وعلى المستخدمين من هذه الانظمة.
- تبسيط وتسهيل عمل هذه الانظمة والابتعاد عن التعقيد يؤدي الى تقبلها بشكل اسرع بين المستخدمين والمستخدمين على حد سواء.

والجدير بالذكر في هذا السياق التطرق الى نجاح وفشل تطبيقات ادارة الموارد البشرية الالكترونية (E-HRM) حيث تعتمد على مجموعة من العوامل اهمها 1423:

- الثقافة التنظيمية السائدة داخل المنظمة.
- كفاءة ومهارات العاملين ومقدرتهم على استخدام هذه التطبيقات.
- مدى التعاون والتنسيق بين الادارات المختلفة داخل المنظمة وعلى وجه الخصوص ادارة الموارد البشرية وادارة تكنولوجيا المعلومات.

¹⁴²⁰ Emma parry&shountyson,2011,p4,p5,p6.

¹⁴²¹ حسين وليد حسين، توظيف المعرفة الضمنية للمديرين في ادارة الموارد البشرية الالكترونية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مجلة العلوم الاقتصادية والادارية، جامعة بغداد، 2016، المجلد 22، العدد 93، ص 321.

¹⁴²² يوسف ابو امونة، مرجع سابق، ص 82، ص 83.

¹⁴²³ امال ديلمى، مرجع سابق، ص 67.

5.4.2 النتائج التي تحققها تطبيقات ادارة الموارد البشرية الالكترونية (E-HRM)

يمكن تقسيم النتائج التي تحققها تطبيقات ادارة الموارد البشرية الالكترونية الى قسمين قسم يتعلق بالمنظمة ككل وقسم يتعلق بإدارة الموارد البشرية على وجه الخصوص 1424 :-

- **النتائج التي تحققها تطبيقات الموارد البشرية الالكترونية (E-HRM) بالنسبة للمنظمة.**
لابد من الاخذ بعين الاعتبار وجود فرق بين اهداف ادارة الموارد البشرية الالكترونية والنتائج التي يتوقع ان تحققها ادارة الموارد البشرية الالكترونية ذاتها حيث تهدف الى تطوير وتحسين الخدمات المقدمة للموظفين، والحد من التكاليف المالية وزيادة الكفاءة داخل المنظمة 1425، وفيما يلي اهم النتائج المتحققة:-

- ايجاد بيئة عمل محفزة قادرة على التعامل مع التغييرات الحاصلة مما يعزز الثقة والتفاعل بين الادارة العليا وباقي العاملين في المنظمة.

- زيادة تنافسية المنظمة ضمن بيئتها من خلال امتلاك العاملين فيها قدرات ومهارات تعليمية جديدة.
- الحد من التكاليف المالية والتوفير ماليا على المنظمة نتيجة استخدام تطبيقات ادارة الموارد البشرية الالكترونية.

- **النتائج التي تحققها تطبيقات ادارة الموارد البشرية الالكترونية (E-HRM) بالنسبة لإدارة الموارد البشرية.**
ان التوجه نحو ادارة الموارد البشرية الالكترونية لا يعني باي شكل من الاشكال الاستغناء عن ادارة الموارد البشرية التقليدية بل تعني تطويرها وتحسين ادائها من خلال استخدام التكنولوجيا 1426 .

كما ان ادارة الموارد البشرية تسفيد بشكل كبير من عملية تطبيق التكنولوجيا داخلها لما لها من نتائج ايجابية تنعكس عليها بشكل واضح ويبين تاليا اهم هذه النتائج 1427:

- المساهمة في دعم القرارات الاستراتيجية للإدارة العليا.
- الحد من المهام الروتينية لإدارة الموارد البشرية من خلال أتمته هذه المهام .
- تطوير الادارة الابداعية في المنظمة من خلال تطبيق الاختيار الالكتروني، التقييم الالكتروني.
- انتقال ادارة الموارد البشرية الى مرحلة المشاركة الاستراتيجية في المنظمة.

1.3 الإجراءات التطبيقية للدراسة

2.1.3 منهجية الدراسة

- **المنهجية:** تماشيا مع أهداف هذه الدراسة وطبيعتها تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي الذي يتم فيه القيام بوصف الدراسة ثم تحليلها وتفسيرها في ظروفها الطبيعية كما هي في الواقع.
- **مجتمع وعينة الدراسة :** تالف مجتمع الدراسة من موظفي وزارة التخطيط والتعاون الدولي الأردنية والبالغ عددهم (240) موظف/ موظفة، حيث قام الباحث بالإجراء الذي يكون فيه لجميع الأفراد في مجتمع الدراسة نفس الاحتمال في أن يتم اختيارهم في عينة الدراسة بشكل مستقل، والمقصود بالمستقل أن اختيار احد الأفراد في المجتمع ليكون ضمن أفراد عينة الدراسة

يوسف ابو امونة، مرجع سابق، ص 108، 1424

رحماني عبد الجليل، معزوزة سميرة، مرجع سابق، ص 86، ص 87، 1425

رحماني عبد الجليل، معزوزة سميرة، مرجع سابق، ص 87، 1426

1427 Kiarash Fartash, electronic human resource management: new avenues which leads to organizational success, faculty of management of economics, semnan university, iran, spectrum: A journal of multidisciplinary research, vol1. issue2, 2012, p81.

لا يؤثر على الأفراد الآخرين بأي شكل من الأشكال¹⁴²⁸، وذلك بأخذ عينة عشوائية بسيطة ملائمة لمجتمع الدراسة، وللوصول إلى حجم العينة المناسب وليكون ممثل لمجتمع الدراسة لجأ الباحث للجدول العشوائي¹⁴²⁹ لتحديد حجم العينة المناسب عند مستويات مختلفة بناءً على حجم المجتمع الأصلي، وبافتراض أن هامش الخطأ المسموح به هو 5%، والذي أظهر أن حجم العينة يجب أن لا يقل عن (148) مجيب. وتأسيساً على ذلك تم توزيع (200) استبانة، وتم استرداد (155) استبانة واستبعاد (4) استبيانات بسبب عدم اكتمال إجابة الباحثين عليها، حيث بلغت الاستبيانات الخاضعة للتحليل (151) استبانة، وبالتالي فإن نسبة الاستبيانات المستخدمة في التحليل (75.5%) من مجموع الاستبيانات الموزعة.

• أداة الدراسة:

قام الباحث بتطوير استبانة كأداة للدراسة، حيث تم تطويرها بشكل يتناسب مع عنوانها، حيث تكونت الاستبانة من الأقسام التالية:

- **القسم الأول:** الأسئلة المتعلقة بالمعلومات الديموغرافية.
- **القسم الثاني:** الأسئلة المتعلقة بقياس واقع ممارسات إدارة الموارد البشرية في وزارة التخطيط والتعاون الدولي. وتم صياغة أداة الدراسة على شكل استبانة تكونت صورتها النهائية من (16) فقرة، حيث اعتمدت الدراسة مقياس ليكرت الخماسي التدريجي في الاستبانة لإعطاء مرونة أكثر لأفراد العينة في الاختيار حيث تراوحت قيمه بين (1-5) والموضحة في الجدول رقم (1).

الجدول رقم (1) مقياس ليكرت الخماسي التدريجي

درجة المقياس	موافق بشدة	موافق	محايد	غير موافق	غير موافق بشدة
درجة التطبيق	(5)	(4)	(3)	(2)	(1)
الوزن النسبي	%100-81	%80-61	%60-41	%40-21	%20-1

وتم معالجة مقياس ليكرت وفقاً للمعادلة التالية (Sekaran & Bougie, 2012):

$$\text{طول الفئة} = \frac{\text{الحد الأعلى للبديل} - \text{الحد الأدنى للبديل}}{\text{عدد المستويات}} = \frac{(1-5)}{3} = 1.33$$

طول الفئة + أقل وزن = $1 + 1.33 = 2.33$ فتصبح درجة التطبيق الأولى (1-2.33) وبمستوى متدني
وللانتقال للفئة الثانية $2.33 + 1.33 = 3.66$ فتصبح درجة التطبيق الثانية (2.34-3.66) وبمستوى متوسط
وللانتقال للفئة الثالثة $3.66 + 1.33 = 5$ فتصبح درجة التطبيق الثالثة (3.67-5) وبمستوى مرتفع

وبناءً على المعالجة تم تحديد درجة التطبيق النسبية وفقاً للآتي:

¹⁴²⁸ محمد وليد البطش، فريد كامل ابو زينة، مناهج البحث العلمي، تصميم البحث والتحليل الإحصائي، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة 2007، عمان، الأردن.

¹⁴²⁹ Sekaran, U., & Bougie, R., (2012). Research Methods for Business: A Skill Building Approach, (6th ed), NY: John Wiley & Sons Inc, New York.

درجة التطبيق المرتفعة: وتشمل الفقرات التي حصلت على متوسطات حسابية أكبر من (3.66). بينما درجة التطبيق المتوسطة: وتشمل مجموعة الفقرات التي تراوحت متوسطاتها الحسابية بين (2.34-3.66). في حين أن درجة التطبيق المتدنية: وتشمل مجموعة الفقرات التي حصلت على متوسطات حسابية أقل من (2.34).

• اختبار ثبات أداة الدراسة:

يقصد بالثبات مدى التوافق والاتساق في نتائج الاستبيان، والاستقرار في النتائج عبر الزمن، فالاختبار الثابت يعطي النتائج نفسها إذا طبق على المجموعة نفسها من الأفراد مرة أخرى 1430، لقد تم التأكد من مدى ثبات الأداة المستخدمة في قياس المتغيرات التي تشتمل عليها الاستبانة، من خلال احتساب قيمة معامل الاتساق (*Cronbach Alpha*) حيث تكون النتيجة مقبولة إحصائياً إذا كانت قيمته أكبر من (0.60)، وكلما اقتربت القيمة من (1) واحد أي 100%، دل هذا على درجات ثبات أعلى لأداة الدراسة، وبالنظر إلى البيانات الواردة في الجدول رقم (2)، نجد أن نتيجة ألفا كرونباخ للعينة النهائية كانت (87.45%)، لذا يمكن وصف أداة الدراسة بالثبات، وأن البيانات التي تم الحصول عليها من خلالها مناسبة لقياس المتغيرات، وتخضع لدرجة اعتمادية عالية.

جدول رقم (2) ثبات أداة الدراسة للمتغيرات الدراسة بالاعتماد على *Cronbach Alpha*

متغيرات الدراسة	عدد الفقرات	(<i>Cronbach Alpha</i>)
الاتصالات الالكترونية	4	74.77%
التعويضات الالكترونية	4	83.43%
الاستقطاب الداخلي الالكتروني	4	82.91%
المؤشر العام لأداة الدراسة	16	87.45%

• أسلوب المعالجة الإحصائية:

اعتمدت الدراسة على الأساليب الإحصائية التالية:

مقاييس الإحصاء الوصفي (*Descriptive Statistic Measures*) وذلك لوصف خصائص عينة الدراسة، حيث تم استخدام النسب المئوية والتكرارات، وذلك لتحليل إجابات الباحثين عن فقرات الاستبانة فقد تم استخدام الأوساط الحسابية والانحرافات المعيارية. مقاييس الإحصاء الاستدلالي: تم الاعتماد على البرنامج الإحصائي للعلوم الاجتماعية (*SPSS*) وذلك لتتمكن من تطبيق الأساليب والمؤشرات الإحصائية التالية:

اختبار (*One Sample T-test*) وذلك لأخذ وجهة نظر العينة بناء على إجاباتهم.

معامل ثبات أداة الدراسة (*Cronbach Alpha*) لاختبار ثبات أداة الدراسة.

اختبار (*Independent- Samples T-Test*): لمعرفة الفروق في واقع ممارسات إدارة الموارد البشرية تبعاً للجنس.

اختبار التباين الأحادي (*One Way ANOVA*): لمعرفة الفروق في ممارسات إدارة الموارد البشرية تبعاً (للعمر، والمستوى العلمي، والمستوى الوظيفي، وسنوات الخبرة).

3.2.3 عرض نتائج الدراسة ومناقشتها

4.3.3 وصف خصائص عينة الدراسة:

يهدف هذا الجزء من الدراسة إلى بيان الأعداد (التكرارات) والنسب المئوية للمتغيرات الديموغرافية للأفراد المجيبين والمتعلق

¹⁴³⁰ فايز جمعه النجار، نبيل جمعه النجار، ماجد راضي الزعبي، أساليب البحث العلمي منظور تطبيقي، إعادة الطبعة الرابعة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان الدردن، 2017، ص 144.

بالقسم الأول من الاستبانة، وفيما يلي توضيح لإجابات أفراد عينة الدراسة والمبينة في الجدول رقم (3).

الجدول (3) وصف خصائص أفراد عينة الدراسة

المتغير	الفئة	التكرار	النسبة المئوية
الجنس	ذكر	83	55%
	أنثى	68	45%
	المجموع	151	100%
العمر	أقل من 30 سنة	6	4%
	30-35 سنة	32	21.2%
	36-40 سنة	41	27.2%
	41-45 سنة	31	20.5%
	45 سنة فأكثر	41	27.2%
	المجموع	151	100%
المستوى العلمي	دبلوم متوسط	14	9.3%
	بكالوريوس	51	33.8%
	دبلوم عالي	9	6%
	ماجستير	67	44.4%
	دكتوراه	10	6.6%
	المجموع	151	100%
المستوى الوظيفي	مدير دائرة	12	7.9%
	رئيس قسم	38	25.2%
	موظف	101	66.9%
	المجموع	151	100%
سنوات الخبرة	أقل من 3 سنوات	7	4.6%
	3-5 سنوات	9	6%
	5-7 سنوات	8	5.3%
	7 سنوات فأكثر	127	84.1%
	المجموع	151	100%

نلاحظ من الجدول رقم (3) أن 55% من أفراد عينة الدراسة ذكور، بينما 45% منها إناث، وهذا مؤشر على اهتمام وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الأردن بتعيين وتوظيف كلا الجنسين، كما تبين أن 27.2% من أفراد عينة الدراسة تتراوح أعمارهم بين 36-40 سنة، وكذلك لنفس النسبة تزيد أعمارهم عن 45 سنة، بينما 4% من أفراد عينة الدراسة تقل أعمارهم عن 30 سنة، وهذا مؤشر على أن أغلب أفراد عينة الدراسة من الفئات العقلانية والتي بدورها تتحمل ضغوط العمل وقدرتها على اتخاذ القرارات الصائبة في مجال العمل. ونلاحظ أن 44.4% من أفراد عينة الدراسة مؤهلاتهم العلمية بدرجة الماجستير، تليها 33.8% منها بكالوريوس، بينما 6% منها دبلوم عالي وهذا مؤشر على أن موظفي وزارة التخطيط والتعاون الدولي يتمتعون بمستويات أكاديمية وأن الوزارة في عمليات الاختيار والتعيين تركز على

من يحملون الشهادات الجامعية. وتبين أن 66.9% من أفراد عينة الدراسة موظفين، تليها 25.2% رؤساء أقسام، بينما 7.9% مدراء لدوائر، وهذا أمر منطقي في السلم الوظيفي، ونلاحظ من الجدول رقم (2) أن 84.1% من أفراد عينة الدراسة تزيد سنوات خبرتهم في وزارة التخطيط والتعاون الدولي عن 7 سنوات، تليها 6% تتراوح خبرتهم بين 3-5 سنوات، بينما 4.6% من أفراد عينة الدراسة تقل خبرتهم عن 3 سنوات، وهذا مؤشر على امتلاك أفراد عينة الدراسة خبرة جيدة نسبياً مما يمكنهم من الإجابة بموضوعية على فقرات أداة الدراسة وإمكانية الاعتماد عليها.

5.4.3 وصف نتائج الدراسة:

يهدف هذا الجزء إلى استخراج المتوسطات الحسابية والانحرافات المعيارية وبيان درجة التطبيق وترتيب الفقرات عند المتوسطات الحسابية لوصف اتجاهات عينة الدراسة نحو ممارسات إدارة الموارد البشرية الالكترونية:

-الاتصالات الالكترونية:

يبين الجدول رقم (4) الوسط الحسابي والانحراف المعياري والترتيب لإجابات المبحوثين نحو الاتصالات الالكترونية والذي تم قياسه اعتماداً على (4) فقرات.

الجدول رقم (4) المتوسط الحسابي والانحراف المعياري لإجابات أفراد عينة الدراسة نحو الاتصالات الالكترونية

رقم الفقرة	الفقرات	المتوسط الحسابي	الانحراف المعياري	درجة التطبيق	النسبة المئوية	الترتبة
1	الوزارة توفر وسائل الاتصالات الالكترونية المختلفة لكل المستويات الإدارية فيها لتسهيل انجاز العمل.	4.41	0.494	مرتفعة	88.2	1
2	المراسلات الالكترونية الداخلية معتمدة رسمياً في الوزارة.	4.30	0.681	مرتفعة	86	3
3	الاتصالات الالكترونية تسهل عملية التفاعل بين الإدارات المختلفة في الوزارة.	4.41	0.592	مرتفعة	88.2	2
4	الاتصالات الالكترونية تعمل على الحفاظ على امن وسرية المعلومات المنقولة من الضياع والتحريف والفقْدان وضمان عدم التأخير في وصولها للجهة المرسل إليها.	4.29	0.639	مرتفعة	85.8	4
المؤشر الكلي		4.35	0.457	مرتفعة	87%	

يشير الجدول إلى أن هذا البعد حقق وسطاً حسابياً (4.35) ونسبة (87%) من مساحة المقياس الكلي، وبانحراف معياري قدره (0.457)، وهو ما يشير إلى أن مستوى تطبيق الاتصالات الالكترونية قد جاء ضمن المستوى المرتفع وذلك من وجهة نظر موظفي وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الأردن. وقد تبين من النتائج في الجدول رقم (4) إلى أن الفقرة رقم (1) والتي تنص على "الوزارة توفر وسائل الاتصالات الالكترونية المختلفة لكل المستويات الإدارية فيها لتسهيل انجاز العمل" قد احتلت الترتيب الأول بمتوسط حسابي مقداره (4.41) وبانحراف معياري مقداره (0.494)، ومن ناحية أخرى حصلت الفقرة رقم (4) والتي تنص "الاتصالات الالكترونية تعمل

على الحفاظ على أمن وسرية المعلومات المنقولة من الضياع والتحرير والفقدان وضمان عدم التأخير في وصولها للجهة المرسل إليها" على أقل المتوسطات الحسابية والذي بلغ (4.29) وبانحراف معياري مقداره (0.639).

-التعويضات الالكترونية:

يبين الجدول رقم (5) الوسط الحسابي والانحراف المعياري والترتيب لإجابات المبحوثين نحو التعويضات الالكترونية والذي تم قياسه اعتماداً على (4) فقرات

الجدول رقم (5) المتوسط الحسابي والانحراف المعياري لإجابات أفراد عينة الدراسة نحو التعويضات الالكترونية

رقم الفقرة	الفقرات	المتوسط الحسابي	الانحراف المعياري	درجة التطبيق	النسبة المئوية	الرتبة
1	الوزارة تستخدم أنظمة التعويضات الالكترونية لتسهيل عملية تبادل المعلومات المالية الخاصة بالموظفين كقسمة الراتب الشهري والاقتطاعات المالية والزيادات السنوية والمكافئات وغيرها.	4.29	0.689	مرتفعة	85.8	1
2	نظام التعويضات الالكترونية يوفر خاصية الأمن والسرية للمعلومات المتعلقة بالموظفين وخاصة المالية منها.	4.19	0.820	مرتفعة	83.8	2
3	نظام التعويضات الالكترونية يعمل على زيادة الولاء والانتماء ورفع الروح المعنوية للموظفين.	3.74	0.860	مرتفعة	74.8	4
4	نظام التعويضات الالكترونية يعمل على زيادة كفاءة العمل من خلال تعديل المعلومات المالية الخاصة بالموظف بأسرع وقت ممكن .	3.88	0.856	مرتفعة	77.6	3
المؤشر الكلي		4.02	0.661	مرتفعة	80.4%	

يشير الجدول إلى أن هذا البعد حقق وسطاً حسابياً (4.02) ونسبة (80.4%) من مساحة المقياس الكلي، وبانحراف معياري قدره (0.661)، وهو ما يشير إلى أن مستوى التعويضات الالكترونية قد جاء ضمن المستوى المرتفع وذلك من وجهة نظر موظفي وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الأردن. وقد تبين من النتائج في الجدول رقم (5) إلى أن الفقرة رقم (1) والتي تنص على "الوزارة تستخدم أنظمة التعويضات الالكترونية لتسهيل عملية تبادل المعلومات المالية الخاصة بالموظفين كقسمة الراتب الشهري والاقتطاعات المالية والزيادات السنوية والمكافئات وغيرها" قد احتلت الترتيب الأول بمتوسط حسابي مقداره (4.29) وبانحراف معياري مقداره (0.689)، ومن ناحية أخرى حصلت الفقرة رقم (3) والتي تنص "نظام التعويضات الالكترونية يعمل على زيادة الولاء والانتماء ورفع الروح المعنوية للموظفين" على أقل المتوسطات الحسابية والذي بلغ (3.74) وبانحراف معياري مقداره (0.860).

-الاستقطاب الداخلي الالكتروني:

يبين الجدول رقم (6) الوسط الحسابي والانحراف المعياري والترتيب لإجابات المبحوثين نحو الاستقطاب الداخلي الالكتروني والذي تم قياسه اعتماداً على (4) فقرات.

الجدول رقم (6) المتوسط الحسابي والانحراف المعياري لإجابات أفراد عينة الدراسة نحو الاستقطاب الداخلي الالكتروني

رقم الفقرة	الفقرات	المتوسط الحسابي	الانحراف المعياري	درجة التطبيق	النسبة المئوية	الرتبة
1	الإعلان عن الوظائف الشاغرة يتم من خلال بوابة الوزارة الالكترونية.	4.12	0.682	مرتفعة	82.4	3
2	الاستقطاب الداخلي الالكتروني يعتبر مصدراً مهماً للتوظيف في الوزارة.	4.13	0.751	مرتفعة	82.6	2
3	الاستقطاب الداخلي الالكتروني يساعد في تطوير كفاءة عملية التوظيف في الوزارة.	4.13	0.709	مرتفعة	82.6	1
4	الاستقطاب الداخلي الالكتروني يؤدي إلى جذب الأفراد المؤهلين الذين يتعذر الوصول إليهم بالطرق التقليدية.	3.96	0.765	مرتفعة	79.2	4
المؤشر الكلي		4.08	0.592	مرتفعة	81.6%	

يشير الجدول إلى أن هذا البعد حقق وسطاً حسابياً (4.08) ونسبة (81.6%) من مساحة المقياس الكلي، وبانحراف معياري قدره (0.592)، وهو ما يشير إلى أن مستوى الاستقطاب الداخلي الالكتروني قد جاء ضمن المستوى المرتفع وذلك من وجهة نظر موظفي وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الأردن. وقد تبين من النتائج في الجدول رقم (6) إلى أن الفقرة رقم (3) والتي تنص على "الاستقطاب الداخلي الالكتروني يساعد في تطوير كفاءة عملية التوظيف في الوزارة" قد احتلت الترتيب الأول بمتوسط حسابي مقداره (4.13) وبانحراف معياري مقداره (0.709)، ومن ناحية أخرى حصلت الفقرة رقم (4) والتي تنص "الاستقطاب الداخلي الالكتروني يؤدي إلى جذب الأفراد المؤهلين الذين يتعذر الوصول إليهم بالطرق التقليدية" على أقل المتوسطات الحسابية والذي بلغ (3.96) وبانحراف معياري مقداره (0.765).

6.5.3 اختبار فرضيات الدراسة.

يتعلق هذا الجزء من الدراسة باختبار فرضيات الدراسة حيث تم اعتماد على مستوى الدلالة ($\alpha \leq 0.05$) كقاعدة لرفض أو قبول الفرضيات، بمعنى إذا كانت قيمة α تساوي أو اقل من 5% فإننا نرفض الفرضية العدمية، وإذا كانت أعلى من 5% فإننا نقبل الفرضية العدمية. كذلك إذا كانت القيمة المحسوبة أكبر من قيمتها الجدولية نرفض الفرضية العدمية، بينما إذا كانت القيمة المحسوبة أقل من قيمتها الجدولية نقبل الفرضية العدمية.

7.6.3 نتائج اختبار فرضية الدراسة الأولى:

Ho.1: لا يوجد تطبيق للممارسات إدارة الموارد البشرية الالكترونية (الاتصالات الالكترونية، التعويضات الالكترونية، الاستقطاب الداخلي الالكتروني) عند مستوى الدلالة ($\alpha \leq 0.05$) في وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الأردن.

Ha.1: يوجد تطبيق للممارسات إدارة الموارد البشرية الالكترونية (الاتصالات الالكترونية، التعويضات الالكترونية، الاستقطاب الداخلي الالكتروني) عند مستوى الدلالة ($\alpha \leq 0.05$) في وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الأردن.

جدول (7) نتائج اختبار فرضية الدراسة الأولى

النتيجة	درجة الحرية <i>DF</i>	<i>T</i> <i>SIG</i>	<i>T</i> الجدولية	<i>T</i> المحسوبة	المتغير
هنالك تطبيق	150	*0.00	1.96	36.396	الاتصالات الالكترونية
هنالك تطبيق	150	*0.00	1.96	19.044	التعويضات الالكترونية
هنالك تطبيق	150	*0.00	1.96	22.528	الاستقطاب الداخلي الالكتروني
هنالك تطبيق	150	*0.00	1.96	30.433	ممارسات إدارة الموارد البشرية
*معنوية عند مستوى معنوية $\alpha \leq 0.05$					

لقد تم استخدام اختبار *One Sample t-test* ونجد من مطالعتنا لنتائج الحاسوب في الجدول السابق أن قيمة *T* المحسوبة لجميع المتغيرات أكبر من قيمتها الجدولية، وبما أن قاعدة القرار هي: تقبل الفرضية العدمية (*Ho*) إذا كانت القيمة المحسوبة أقل من القيمة الجدولية، وترفض القيمة العدمية (*Ho*) إذا كانت القيمة المحسوبة أكبر من القيمة الجدولية،

وبالتالي فإننا نرفض القيمة العدمية *Ho* ونقبل الفرضية البديلة *Ha*، وبلغ مستوى الدلالة (*Sig*) لجميع المتغيرات قيم أقل من 0.05، وهذا يعني يوجد تطبيق للممارسات إدارة الموارد البشرية الالكترونية (الاتصالات الالكترونية، التعويضات الالكترونية، الاستقطاب الداخلي الالكتروني) عند مستوى الدلالة ($\alpha \leq 0.05$) في وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الأردن.

8.7.3 نتائج اختبار فرضية الدراسة الثانية:

Ho.2: لا توجد فروق ذات دلالة إحصائية عند مستوى الدلالة ($\alpha \leq 0.05$) لتطبيق ممارسات إدارة الموارد البشرية الالكترونية في وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الأردن تعزى للمتغيرات الديموغرافية (الجنس، العمر، المستوى العلمي، المستوى الوظيفي، سنوات الخبرة).

جدول (8) نتائج اختبار فرضية الدراسة الثانية

المتغير	الفئات	الوسط الحسابي	الانحراف المعياري	نوع الاختبار	القيمة المحسوبة	القيمة الجدولية	قيمة (<i>Sig</i>)	نتيجة <i>HO</i>
الجنس	ذكر	4.13	0.468	<i>T-Test</i>	-0.829	1.96	0.409	قبول
	أنثى	4.19	0.465					
العمر	أقل من 30 سنة	4.14	0.440	<i>One Way ANOVA</i>	1.448	2.37	0.221	قبول
	30-35 سنة	4.00	0.552					
	36-40 سنة	4.16	0.485					
	41-45 سنة	4.27	0.435					
	45 سنة فأكثر	4.18	0.383					
	دبلوم متوسط	4.33	0.454		0.956	2.37	0.434	قبول

				0.487	4.13	بكالوريوس	المستوى العلمي
				0.587	4.26	دبلوم عالي	
				0.445	4.15	ماجستير	
				0.389	4.00	دكتوراه	
قبول	0.456	3.60	0.790	0.516	4.01	مدير دائرة	المستوى الوظيفي
				0.356	4.13	رئيس قسم	
				0.496	4.18	موظف	
قبول	0.388	2.60	1.014	0.239	4.02	اقل من 3 سنوات	سنوات الخبرة
				0.373	3.97	3-5 سنوات	
				0.521	4.02	5-7 سنوات	
				0.476	4.18	7 سنوات فأكثر	

تشير نتائج الجدول رقم (8) إلى أنه لا يوجد فروق ذات دلالة إحصائية عند مستوى دلالة ($\alpha \leq 0.05$) لتطبيق ممارسات إدارة الموارد البشرية الالكترونية في وزارة التخطيط والتعاون الدولي في الأردن تعزى للمتغيرات الديموغرافية (الجنس، العمر، المستوى العلمي، المستوى الوظيفي، سنوات الخبرة)، كون قيمة (*Sig*) لجميع المتغيرات الديموغرافية أكبر من 0.05، كذلك القيمة المحسوبة لجميع المتغيرات اقل من قيمتها الجدولية وبالتالي وبحسب قاعدة القرار فإننا نقبل الفرضية العدمية *H0* ونرفض الفرضية البديلة *Ha*.

1.4 الاستنتاجات والتوصيات

2.1.4 الاستنتاجات

- يلاحظ بان ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية جاءت بنسب مرتفعة وهي على التوالي الاتصالات الالكترونية (87%) الاستقطاب الداخلي الالكتروني (81.6%) التعويضات الالكترونية (80.4%) وهذا يدل على اهتمام ادارة الموارد البشرية في الوزارة باستخدام التكنولوجيا ضمن ممارساتها.
- حققت الاتصالات الإلكترونية أعلى نسبة حيث بلغت (87%) وهذا طبيعي حيث تعتمد الوزارة في جميع اتصالاتها على الايميلات والرسائل الالكترونية في ظل الانتشار الواسع للتكنولوجيا علما بان وزارة التخطيط والتعاون الدولي حاصلة على جائزة التميز للأداء الحكومي اكثر من عام.
- جاءت النسبة الاقل للتعويضات الالكترونية بنسبة (80.4%) وبرغم انها نسبة مرتفعة الا ان ذلك يدل على ان ما يحد من ارتفاع هذه النسبة هو ارتباط الامور المالية بشكل عام بالدائرة المالية واختصاص ادارة الموارد البشرية فقط بما يخص الموظفين.
- تمارس الوزارة ثلاثة ممارسات للموارد البشرية وجميع نسبها مرتفعة مما يشجع على التوسع في هذه الممارسات كون البيئة التنظيمية داعمة لهذا التوجه.
- لا يوجد هناك فروقات ذات دلالة احصائية لممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية في وزارة التخطيط والتعاون الدولي تعزى للمتغيرات الديموغرافية.

3.2.4 التوصيات

- توسيع تطبيق ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية لتشمل باقي الممارسات مثل تقييم الاداء الالكتروني، التدريب الالكتروني داخل وزارة التخطيط والتعاون الدولي.
- الاعتماد بشكل اكبر على الوسائل التكنولوجية الحديثة وخصوصا في ادارة الموارد البشرية لتقليل الجهد والوقت والتكاليف.
- ربط ممارسات ادارة الموارد البشرية الإلكترونية بالأداء المؤسسي للوزارة.
- اجراء المزيد من الدراسات التي تعنى بممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية وخصوصا في القطاع العام.

المراجع والمصادر

➤ الكتب

- فايز جمعه النجار، نبيل جمعه الزعبي، ماجد راضي، اساليب البحث العلمي منظور تطبيقي، اعادة الطبعة الرابعة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2017.
- محمد وليد البطش، فريد كامل ابو زينة، مناهج البحث العلمي، تصميم البحث والتحليل الإحصائي، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة 2007، عمان، الأردن.

➤ المجالات العلمية

- حسين وليد حسين، توظيف المعرفة الضمنية للمديرين في ادارة الموارد البشرية الالكترونية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مجلة العلوم الاقتصادية والادارية، جامعة بغداد، 2016، المجلد 22، العدد 93،

➤ الرسائل الجامعية

- ايسر الخشمان، اثر ممارسات ادارة الموارد البشرية الالكترونية على اداء الاعمال في قطاع الاتصالات الاردنية من وجهة نظر الموظفين، رسالة دكتوراه في ادارة الاعمال، جامعة العلوم الاسلامية العالمية، الاردن، 2014، ص 6.
- امال ديلمي، دور الادارة الالكترونية للموارد البشرية في تعزيز ادارة المعرفة، دراسة حالة مؤسسة سونلغاز، وكالة ام البواقي، رسالة ماجستير في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة ام البواقي، الجزائر، 2015، ص أ.
- رحمانى عبد الجليل، معززة سميرة، فعالية الادارة الالكترونية في تنمية الموارد البشرية وتحسين اداء العاملين بالمؤسسة، دراسة تحليلية ميدانية لمؤسسة بنك الجزائر الخارجي وكالة خميس مليانة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة بونعامة الجيلالي، الجزائر، 2015، ص 74.
- عبد الله الرواحنه، جودة انظمة ادارة الموارد البشرية الالكترونية على كفاءة اداء العاملين دراسة حالة مجموعة الاتصالات الاردنية (اورنج)، رسالة ماجستير اعمال الكترونية، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2013، ص 8.
- لمياء عدنان جبارة حامد، اثر الاستقطاب الالكتروني على الالتزام التنظيمي اختبار الدور الوسيط للتدريب الالكتروني، دراسة ميدانية في البنوك الاسلامية الاردنية في عمان، رسالة ماجستير في ادارة الاعمال الالكترونية، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2017، ص 18.
- يوسف محمد يوسف ابو امونه، واقع ادارة الموارد البشرية الالكترونية في الجامعات الفلسطينية النظامية، قطاع غزة، رسالة ماجستير، ادارة اعمال، جامعة غزة الاسلامية، 2009،

➤ المراجع الاجنبية

- Emma parry and shaun Tyson, Desired goals and actual outcomes of E-HRM, cranfield school management, Human resource management journal, volume 21, No 3, 2011, p3.
- Kiarash Fartash, electronic human resource management: new avenues which leads to organizational success, faculty of management of economics, semnan university, iran, spectrum: A journal of multidisciplinary research, vol 1, issue 2, 2012, p81.
- Puja sareen, study of employee satisfaction toward e-hrm system, research paper, European journal of applied business management, 1, 2015, pp, 1-18, p5
- Ruel & others, E -HRM: innovation or irritation, an explorative empirical study in five large companies on web-based HRM, management revue, vol 15, issue 3, 2004, p367.
- Steve foster, an exploratory analysis of E-HRM in the context of HRM transaction, 2008, business school, university of Hertfordshire, Hatfield, Herts, A110, 9AB, P4.
- Sekaran, U., & Bougie, R., (2012). Research Methods for Business: A Skill Building Approach, (6th ed), NY: John Wiley & Sons Inc, New York.

العنف في الملاعب الرياضية - دراسة شرعية قانونية-

✍ مصحفى اصيحي

عدل موثق وباحث باحث بسلك الدكتوراه
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس
جامعة سيدي محمد بن عبد الله

ملخص المقال:

يعد العنف في الملاعب الرياضية من الآفات الخطيرة التي تخدش صورة الرياضة وتحد من تقدمها سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وقد بدأت تتصاعد حدتها بشكل كبير؛ مما يترتب عليها مساس بأرواح الناس وممتلكاتهم، مما كان لها أثر كبير على جمالية اللعبة ومردوديتها التربوية والاجتماعية والاقتصادية، وقد اقتضت معالجة هذا الموضوع لدى الباحثين على الدراسة القانونية فحسب ولم تتناوله من الناحية الشرعية، مما جعلها معالجة جزئية، لأن المجال القانوني ما هو إلا حلقة لن تكون قادرة لوحدها على مواجهة الظاهرة والتصدي لها، بل يحتاج إلى الجانب الشرعي الذي لا تخفى أهميته في تهذيب النفوس وردعها عن ارتكاب الدنايا من الأفعال، وقد يكون هذا الجانب أشد وقعا في النفوس من العقوبات القانونية، وقد عززنا هذه الدراسة بالإضافة إلى تشخيص المشكلة، ببيان الآليات الكفيلة بمواجهة الظاهرة، عبر بيان دور المؤسسات الدينية والاجتماعية، وبيان أهمية الإعلام والخطة الأمنية كذلك.

وقد خالصنا إلى أن هذه الظاهرة منبوذة سواء على المستوى الشرعي؛ حي وردت مجموعة من الأدلة تدل على تحريمه، كما أن هناك مجموعة من الأسباب الشرعية يمكن الاستناد عليها لممنعه، ومنبوذة على المستوى القانوني حيث أصدر المشرع القانون 09.09 المتعلق بنيد العنف بالملاعب الرياضية، وأقر مسؤولية جنائية تترتب على فعله، وقد ذيلنا مقالنا بمجموعة من المقترحات التي نرى أن من شأنها أن تقلص من هذه الظاهرة.

Astract :

La violence dans les stades où le Hooliganisme est considéré parmi les fléaux les plus dangereux qui entravent au développement du sport que ce soit au niveau national ou international, cette calamité prend de plus en plus d'ampleur une chose qui expose la vie des individus est de leurs biens à un réel danger. Cela affecte la beauté du sport ainsi que ses rôles éducatif, social et surtout économique. Les études faites à cet égard se contentent de traiter le volet légal/ législatif de ce phénomène sans évoquer l'aspect religieux ce qui fait de ces études des recherches partielles et plus ou moins incomplètes. Vu que la loi n'est qu'une partie d'un tout indivisible est à elle seule ne saura affronter ou mettre fin à ce problème. La religion a toujours pu discipliner et apaiser les esprits plus que n'importe quelle loi, or, elle pourrait être le remède et contribuer à l'élimination de ce fléaux. En plus du diagnostique la présente étude est renforcée par l'exposition des mécanismes et des institutions sociales et religieuses qui pourraient jouer un rôle dans la lutte contre cette calamité.

En guise de conclusion la violence ne peut être tolérable en aucun cas et sous aucun prétexte notamment dans les stades régulés par l'éthique du sport. En effet plusieurs preuves interdisent cet acte dans les référentiels religieux, Sur lesquels nous pouvons nous appuyer pour interdire la violence dans les stades et la considérer comme un péché. Le législateur de son côté a publié la loi 09 09 qui interdit la violence dans les stades et criminalise ses actes. Vers la fin de cet article nous soulignons quelques suggestions de solutions qui pourraient contribuer à affronter ce phénomène.

المقال:

أصبحت الرياضة تشكل جزءا كبيرا من اهتمامات المجتمعات في العالم أجمع، فلا تخفى أهميتها في صحة الأبدان وبث روح التنافس وتنمية صفة العطاء والإقدام في الشباب¹⁴³¹. كما أنها تعد ظاهرة اجتماعية حضارية تعكس مستوى التطور والرقى داخل المجتمع، حيث تعد أبرز دعائم التنمية الشاملة؛ لأنها تعنى بأهم عنصر وهو الإنسان فكرا وجسدا، وقد تحولت من مجرد نشاط يمارس كهواية إلى صناعة تبنى على أسس علمية متخصصة، فتبوأ تدرجيا مكانة متميزة في منظومة المجتمع عامة¹⁴³².

والرياضة بما هي عليه الآن ليست وليدة اللحظة، بل حصيلة جهود إنسانية لفترات تاريخية متلاحقة، مرت بمراحل كثيرة من التطور وأسهمت في وضعها وتطويرها عدة حضارات سابقة، وقد تم تصوير ونحت كثير من طقوس الأحداث الرياضية في لوحات تصويرية تعود لعهد الرومان والإغريق والفراعنة القدماء.

والبيئة الإسلامية اهتمت -أيضا- بالرياضة؛ وقد وردت مجموعة من الأدلة تدل على مشروعيتها، وقد قال الله تعالى "وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ" [الأنفال: 60]، وقد رغب **الرسول** صلى الله عليه وسلم في الاهتمام بما يقوي **الجسد** ويحفظه صحيحاً سليماً، ووردت أحاديث من السنة النبوية ترشد إلى القيام بالرياضة البدنية؛ ومنها ما رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه سابق بالخيل التي أضمرت¹⁴³³، من الحفيا¹⁴³⁴، وكان أمدها ثنية الوداع¹⁴³⁵، وسابق بين الخيل التي لم تضر إلى مسجد "بني زريق"، وكان ابن عمر فيمن سابق فيها، وزاد في حديث أيوب من رواية حماد قال عبد الله: "فجئت سابقاً، فطفف بي الفرس المسجد"¹⁴³⁶.

وفي العصر الحديث نجد بأن المجال الرياضي تطور بشكل كبير؛ حيث تأثر بالتقدم العلمي والاختراعات الحديثة فأصبح جزء من مقومات حياة الشعوب، فقد استطاع أن يواكب ويتفاعل بشكل كبير مع مستجدات ومتغيرات العصر الحالي، حيث يحتل مكانة متميزة في منظومة المجتمع ككل، ولم يعد وسيلة تربوية تساهم في تهذيب وتطويع الملكات الجسدية وغرس القيم النبيلة فقط، بل أصبح قطاعا اقتصاديا يسيل لعاب رجال الأعمال والقنوات التلفازية ومؤسسات الدولة، حيث يعد من أهم المشروعات استثمارا نظرا للقيمة التجارية والاقتصادية والمالية، ويبدو أنه في الوقت الذي يتطور فيه المجال الرياضي وما ينتج عنه من تعدد الألعاب وتنوعها، نجد الوعي القانوني -أيضا- في تطور دائم ومستمر، على مستوى التشريع والفقه والقضاء. ووعيا من المشرع المغربي بأهمية هذا المجال أصدر مجموعة من القوانين¹⁴³⁷؛ استجابة للتحويلات الدولية والوطنية، ومن أهم القوانين ما يتعلق بزجر العنف الرياضي¹⁴³⁸. والذي جاء نتيجة لما شهدته

¹⁴³¹ - محمد عبد الرزاق السيد إبراهيم الطببائي، المسابقات الرياضية وابطها الفقهية وآثارها الجنائية دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، مقال نشر بمجلة الحقوق، عدد 1، 2004، ص73.

¹⁴³² - عبد الرزاق العكاري، الرياضة بالمغرب في أفق حكاية جيدة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2008، ص5.

¹⁴³³ - تضمير الفرس: أن تعلفه حتى يسمن، ثم ترده إلى القوت، وذلك في أربعين يوما، وهذه المدة تسمى المضمار.

¹⁴³⁴ - الحفيا: موقع قرب المدينة المنورة، على بعد خمسة عشر كيلو مترا منها، ويعرف اليوم ب (الزبير).

¹⁴³⁵ - هي ثنية مشرفة على المدينة من جهة سلع الشرقية، وهي الآن على طريق من يريد الذهاب إلى مكة، وسميت بذلك لأنها موقع المسافرين.

¹⁴³⁶ - أخرجه البخاري في كتاب الجهاد، باب إضمار الخيل للسبق، ج(2870)، ومسلم في كتاب الإمارة، باب المسابقة بين الخيل وتضميرها، ج(1491/3).

¹⁴³⁷ - ظهور شريف رقم 1.10.150 صادر في 13 رمضان 1431 (24 أغسطس 2010)، بتنفيذ القانون رقم 30.09 المتعلق بالتربية البدنية والرياضية؛ صادر بالجريدة الرسمية عدد 5885 ذو القعدة 1431 (25 أكتوبر 2010).

- ظهور شريف رقم 1.17.26 صادر في 8 ذي الحجة 1438 (30 أغسطس 2017)، بتنفيذ القانون رقم 97.12 المتعلق بمكافحة تعاطي المنشطات في مجال الرياضة، صادر بالجريدة الرسمية عدد 6604 ص 5048 (14 سبتمبر 2017).

¹⁴³⁸ - أضيف بالمادة الأولى من القانون 09.09 المتعلق بتتيميم مجموعة القانون الجنائي، الصادر بتنفيذه ظهور شريف رقم 1.11.38 بتاريخ 29 جمادى الآخرة 1432 (2 يونيو 2011)؛ الجريدة الرسمية، عدد 5956 بتاريخ 27 رجب 1432 (30 يونيو 2011)، ص3081.

الساحة الرياضية العالمية والوطنية خلال السنوات الأخيرة من تصاعد لظاهرة العنف في الملاعب، وما ترتب عليها على الصعيد الوطني من أحداث مست أرواح الناس وممتلكاتهم، مما أثر على جمالية اللعبة وأثر في مردوديتها التربوية والاجتماعية والاقتصادية¹⁴³⁹.

وقد حاولت من خلال هذا المقال الكشف عن الأساس الشرعي والقانوني لنبذ العنف بالملاعب الرياضية، وبيان الآليات الكفيلة بمواجهة هذه الظاهرة الخطيرة، وذلك بهدف إبراز مخاطر هذه الأفة التي تعد من أشنع صور الإضرار بأمن المجتمع واستقراره، والبحث عن الحلول الكفيلة بالحد أو الانقاص منها. فلا يمكن أن ننكر أننا بصدد ظاهرة متجذرة تحتاج إلى الدراسة والفهم لأن معظم الدول تعاني منها؛ وذلك بسبب ما يصاحب المباريات من تخريب وتدمير وقتل، ويعد المغرب من ضمن الدول التي تعاني بشكل كبير من الشغب في الملاعب، مما يهدد الأمن والاستقرار، ويعرقل تقدم الرياضة الوطنية، كما أن الحاجة أصبحت ماسة إلى وضع مقاربة تجمع بين ما هو شرعي وما هو قانوني؛ بما من شأنه أن يعطي رؤية واضحة للعنف في الملاعب الرياضية، والواقع العملي خير شاهد على انتشار هذه الظاهرة وتعدد أشكال ممارستها واتساع نطاقها وعدم اقتصرها على فئة دون أخرى، مما يجعل القضاء مطالباً بضرورة استيعاب مقتضيات القانون 09.09 وحسن تطبيقه، كما ينبغي نشر ثقافة نبذ العنف بجميع أشكاله، وضرورة تشجيع الناس بالحس الرياضي السليم، والتي يلاحظ أنه ضعيف في المجتمع وخاصة في فئة الأحداث، مما يؤدي إلى انتشار العنف في الملاعب واتساع رقعته.

وقد اقتضت معالجة هذا الموضوع لدى الباحثين على الدراسة القانونية فحسب ولم تتناوله من الناحية الشرعية، مما جعلها معالجة جزئية، لأن المجال القانوني ما هو إلا حلقة لن تكون قادرة لوحدها على مواجهة الظاهرة والتصدي لها، بل يحتاج إلى الجانب الشرعي الذي لا تخفى أهميته في تهذيب النفوس وردعها عن ارتكاب الدنيا من الأفعال، وقد يكون هذا الجانب أشد وقعا في النفوس من العقوبات القانونية، بالإضافة إلى ما سبق، فإن هذا المقال لم يقتصر على تشخيص المشكلة فحسب، بل تعزز ببيان الآليات الكفيلة بمواجهة العنف في الملاعب الرياضية، عبر بيان دور المؤسسات الدينية والاجتماعية، وبيان أهمية الإعلام والخطة الأمنية كذلك.

بناء على ما سبق، فإن الإشكالية المركزية لهذا الموضوع كالآتي: **من أين يستمد نبذ العنف في الملاعب الرياضية أساسه، وما الآليات الكفيلة بالتصدي إليه؟**

تحقيقاً لمرامي هذا الموضوع سنقسمه على النحو التالي:

المبحث الأول: الأساس الشرعي والقانوني لنبذ العنف في الملاعب الرياضية.

المبحث الثاني: الآليات الكفيلة بمواجهة العنف في الملاعب الرياضية.

المبحث الأول: الأساس الشرعي والقانوني لنبذ العنف في الملاعب الرياضية

يعتبر العنف في الملاعب الرياضية من الآفات الاجتماعية التي انتشرت بشكل كبير في مجتمعاتنا، وعليه فإن معالجة هذه الظاهرة يقتضي بيان أساس نبذ العنف في الملاعب الرياضية، سواء من الناحية الشرعية "المطلب الأول"، أو من الناحية القانونية "المطلب الثاني".

المطلب الأول: الأساس الشرعي لنبذ العنف

إن معالجة الأساس الشرعي لنبذ العنف في الملاعب الرياضية يقتضي تعريف العنف وتمييزه عما يشبهه به (الفقرة الأولى) وإبراز مختلف الأدلة لتحريمه (الفقرة الثانية)، بالإضافة إلى بيان الأسباب الشرعية التي تمنعه، (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى تعريف العنف وتمييزه عما يشبهه به

قبل أن نميز العنف عما يشبهه به، محاول تعريفه من الناحية اللغوية (أ) والاصطلاحية (ب).

¹⁴³⁹ - حفصة المومني، الجريمة الرياضية بين القانون الجنائي والقانون التأديبي للجامعة الملكية المغربية لكرة القدم، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2012/2013، ص 2.

أولاً: تعريف العنف

جاء في لسان العرب لابن منظور¹⁴⁴⁰ "العُنْفُ الخَرْقُ بالأمر وَقِلَّةُ الرَّفْقِ بِهِ، وَهُوَ ضِدُّ الرَّفْقِ. عُنْفٌ بِهِ وَعَلَيْهِ يَعْنفُ عُنْفًا وَعَنَافَةً وَأَعْنَفَهُ وَعَنْفَهُ تَعْنِيفًا، وَهُوَ عَنِيفٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَفِيقًا فِي أَمْرِهِ. وَاعْتَنَفَ الْأَمْرُ: أَخَذَهُ بَعْنَفٍ. وَفِي الْحَدِيثِ: إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يُعْطِي عَلَى الرَّفْقِ مَا لَا يُعْطِي عَلَى الْعُنْفِ".

وعليه فإن العنف يدل على القوة والقسوة والشدة وعدم الرفق، وترجمة كلمة عنف للغة الفرنسية هي "VIOLENCE" التي تعني استعمال القوة تجاه شخص أو شيء ما.

فالعنف هو كل فعل ظاهر أو مستتر، مباشر أو غير مباشر، مادي أو معنوي، موجه لإلحاق الأذى بالذات أو الآخر أو الجماعة، أو الاعتداء على ملكية أحد، وهذا الفعل مخالف للقانون، ويعرض مرتكبه للوقوع تحت طائلة القانون.

وقد عرفه البعض بأنه "ذلك السلوك غير السوي نظرا للقوة المستخدمة فيه، والذي بفعله تنتشر المخاوف والأضرار، ويترك أثارا مؤلمة على الأفراد من النواحي الاجتماعية والاقتصادية، التي يصعب علاجها في وقت قصير، ومن ثم فإنه يدمر أمن وأمان أفراد المجتمع باعتباره، سلوكا إجراميا، يتسم بالوحشية، نحو الأفراد والأشياء، من خلال التخريب والضرب والقتل¹⁴⁴¹.

وعليه فإن العنف يشير إلى أشكال، من الاعتداءات التي تظهر بين الأفراد وفي حياة المجتمعات.

ثانياً : تمييز العنف عما يشبهه به

إن تحليل أي ظاهرة، يحتاج تمييزها عن المفاهيم المشابهة لها، وعليه سنبين العنف والقوة، وبين العنف والإرهاب. فالقوة هي مبعث النشاط والحيوية، وهي ضد الضعف، وتنقسم إلى طبيعية وحيوية وعلمية، كما تنقسم إلى باعثة وفاعلة.

وهكذا فإن القوة تختلف عن العنف في كونها ذات مدلول إيجابي، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: "المؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف، وفي كل خير"¹⁴⁴². بينما العنف ذو مدلول سلبي لكونه يدل على إثارة الشر، أو الفتنة بين الجماعة، وذلك بإيقاع الأذى والشر وإثارة الفوضى، وجر الناس للتصادم والقتال. وبالتالي فإنه سلوك عدواني، حيث يوجه الفرد عدوانه نحو الآخرين، والمنشآت والممتلكات الفردية، والحكومية على السواء، إما بإطلاق ألفاظ السب والسخرية والاستهجان، أو بالتخريب والتشويه والتدمير. وبناء عليه فإن العنف غير مقبول في كل المجتمعات، وهو منبذ شرعا وقانونا، أما القوة فإنها صفة لا تتعارض مع التشريعات سواء كانت سماوية أو وضعية.

أما الإرهاب فقد ورد في لسان العرب، في مادة "رهب"، رهب: رَهَبَ، بِالْكَسْرِ، يَرْهَبُ رَهْبَةً وَرَهْبًا، بِالضَّمِّ، وَرَهْبًا، بِالتَّخْرِيكِ، أَيْ خَافَ. وَرَهَبَ الشَّيْءَ رَهْبًا وَرَهْبًا وَرَهْبَةً: خَافَهُ. وَالْأَسْمُ: الرُّهْبُ، والرُّهْبِيُّ، والرَّهْبُوتُ، والرَّهْبُوتِيُّ؛ وَرَجُلٌ رَهْبُوتٌ. يُقَالُ: رَهْبُوتٌ خَيْرٌ مِنْ رَحْمُوتٍ، أَيْ لَأَنْ تُرْهَبَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تُرْحَمَ. وَتَرْهَبَ غَيْرُهُ إِذَا تَوَعَّدَهُ¹⁴⁴³. بذلك الإرهاب في اللغة العربية، يدور حول هذه المعاني، أي الخوف والفرع والرهب والتهديد، وكلها تصب في معنى واحد.

وبناء عليه فإن العنف والإرهاب، لهما ارتباط وثيق، ووجه الارتباط بينهما، أن العنف يعتبر أداة وآلية لحصول الإرهاب، وكلاهما يشكلان جريمة يعاقب عليها القانون، إلا أن وجه الاختلاف بينهما، أن العنف يندرج تحت لواء القانون الجنائي ضد أفراد أو جهات

¹⁴⁴⁰ ابن منظور، لسان العرب مادة عنف، الناشر: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - 1414 هـ.

¹⁴⁴¹ عمر فكري " العنف المرتكب أثناء المباريات والتظاهرات الرياضية، أو بمناسبتها على ضوء القانون 09/09 " بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش 2016/2017.

¹⁴⁴² رواه مسلم ، في كتاب القدر، باب استعن بالله ولا تعجز رقم الحديث 6868.

¹⁴⁴³ لسان العرب، مادة رهب، الناشر: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - 1414 هـ.

معينة، في حين أن جرائم الإرهاب تحسب على الجرائم ضد الإنسانية، وهي جرائم جماعية وجرائم إبادة، وتحكمها غالباً، قواعد القانون الدولي الإنساني، إضافة إلى القوانين الوطنية، وإذا كانت توجد علاقة مباشرة بين الفاعل والمجني عليه، في جرائم العنف، فغالباً ما تكون هذه العلاقة مفقودة بين الإرهابي وضحاياه، في الجرائم الإرهابية.

ونافلة القول، أن رسم خطوط فاصلة بين الإرهاب والعنف على مستوى الممارسة العملية، هو أمر بالغ الصعوبة، على اعتبار أن الإرهاب يستند في ممارسته بشكل كبير على العنف.

الفقرة الثانية: الأدلة الشرعية على تحريم العنف

وردت مجموعة من الأدلة الشرعية تحرم العنف، وتحت على نشر قيم السلم والتسامح سواء من القرآن أو من السنة المطهرة.

أولاً. من القرآن الكريم

لا يخفى أن هنالك أكثر من آية تدعو إلى اللين والسلم ونبذ العنف والبطش، وهي في نفس الوقت أدلة على نبذ العنف وتجسيد قيم العفو والسلم والصفح، ومن هذه الآيات:

- قوله تعالى: {وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ} 1444.
- قوله تعالى: {إِنْ تَبْدُوا خَيْرًا أَوْ تُخَفُّهُ أَوْ تُعْفُوا عَنْ سُوءٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُوًّا قَدِيرًا} 1445 .
- قوله تعالى: {وَلْيَعْفُوا وَلْيَصْفَحُوا أَلَا تُحِبُّونَ أَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ} 1446 ..

ومن آيات السلم:

- قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً} 1447.
- وقد دعا الله رسوله إلى الجنوح للسلم، إذا جنح لها المشركون، فقال تعالى: {وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ} 1448.
- قال تعالى داعياً عباده المؤمنين إلى اعتزال القتال، إثر جنوح المشركين إلى السلم: {فَإِنْ اعْتَزَلُواكُمْ فَلَمْ يَقَاتِلُواكُمْ وَالْقَوْلُ إِلَيْكُمْ السَّلَامُ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا} 1449 .

وهكذا فإن الإسلام دين السلم وشعاره السلام، فبعد أن كان أهل الجاهلية مولعين بسفك الدماء، جاء الإسلام وأخذ يدعوهم إلى السلم والوئام ونبذ الحروب والمشاحنات.

ومن آيات الصفح:

- قوله تعالى: {وَإِنْ تَعْفُوا وَتَصْفَحُوا وَتَغْفِرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ} 1450
- قوله تعالى: {وَلْيَعْفُوا وَلْيَصْفَحُوا أَلَا تُحِبُّونَ أَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَكُمْ} 1451 .

¹⁴⁴⁴البقرة: 237

¹⁴⁴⁵النساء: 149

¹⁴⁴⁶النور: 22

¹⁴⁴⁷البقرة: 208

¹⁴⁴⁸الأنفال: 61

¹⁴⁴⁹النساء: 90

¹⁴⁵⁰التغابن: 14

¹⁴⁵¹النور: 22

• قوله تعالى: {فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاصْفَحْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ} 1452 .

وهكذا يلاحظ أن هناك آيات صريحة تحث المسلمين على الصفح، وعدم الإساءة إلى الآخرين، بالإضافة إلى أن هناك آيات تدل على الغفران ونشر المحبة والعفو عن السيئة.

ثانياً: من السنة النبوية

لا تخلو السنة النبوية من مجموعة من الأدلة على نبذ العنف، وترك الإساءة للغير، فالمستحب للأحاديث الواردة عن النبي صلى الله عليه وسلم، يجدها تؤكد على نبذ العنف، وتحث على الرفق والتسامح، والمودة والرحمة والحلم.

وقد وصف أبو سعيد الخدري رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: " هين المقولة، لين الحلقة، كريم الطبيعة، جميل المعاشرة، طلق الوجه، بساما من غير ضحك، شديدا من غير عنف".

ومن الأحاديث التي تدل على الرفق، ما رواه أبو الدرداء، رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

"مَنْ أُعْطِيَ حَظَّهُ مِنَ الرَّفْقِ فَقَدْ أُعْطِيَ حَظَّهُ مِنَ الْخَيْرِ، وَمَنْ حُرِمَ حَظَّهُ مِنَ الرَّفْقِ فَقَدْ حُرِمَ حَظَّهُ مِنَ الْخَيْرِ". 1453.

وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «يَا عَائِشَةُ» إِنَّ اللَّهَ رَفِيقٌ يُحِبُّ الرَّفْقَ، وَيُعْطِي عَلَى الرَّفْقِ مَا لَا يُعْطِي عَلَى الْعُنْفِ، وَمَا لَا يُعْطِي عَلَى مَا سِوَاهُ 1454.

وعن عائشة رضي الله عنها أيضاً، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إِنَّ الرَّفْقَ لَا يَكُونُ فِي شَيْءٍ إِلَّا زَانَهُ، وَلَا يُنْزَعُ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا شَانَهُ». 1455.

ومن الأحاديث الدالة على التسامح، والرحمة والتعاطف ما رواه ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ لَا يَظْلِمُهُ وَلَا يُسْلِمُهُ، وَمَنْ كَانَ فِي حَاجَةِ أَخِيهِ كَانَ اللَّهُ فِي حَاجَتِهِ، وَمَنْ فَرَّجَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً، فَرَّجَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرْبَاتٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا سَتَرَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» 1456.

وروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "اسْمَحْ يُسْمَحْ لَكَ" 1457.

وعن جابر رضي الله عنه قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «إِنَّ الشَّيْطَانَ قَدْ أَيَسَّ أَنْ يَعْبُدَهُ الْمُصَلُّونَ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ، وَلَكِنْ فِي التَّحْرِيشِ بَيْنَهُمْ» 1458.

1452 المائدة: 13

1453 أخرجه الترمذي في السنن، أبواب البر والصلة، باب ما جاء في الرفق رقم 2013/المحقق: بشار عواد معروف

الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت سنة النشر: 1998 م عدد الأجزاء: 6.

1454 أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب باب فضل الرفق رقم الحديث 2593 .

1455 أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب باب فضل الرفق رقم الحديث 2594 .

1456 أخرجه البخاري في كتاب المظالم والغصب باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه رقم 2442، وأخرجه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم رقم 2580.

1457 رواه أحمد في مسنده رقم الحديث 2233 ج 3 ص 27 ، المحقق: أحمد محمد شاكر الناشر: دار الحديث - القاهرة الطبعة: الأولى، 1416 هـ - 1995 م عدد الأجزاء: 8.

1458 أخرجه مسلم، كتاب صفة القيامة والجنة والنار باب تحريش الشيطان وبعثه سراياه لفتنة الناس وأن مع كل إنسان قرينا، رقم 2812.

وعنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: **دَبَّ إِلَيْكُمْ دَاءُ الْأُمَمِ قَبْلَكُمْ: الْحَسَدُ وَالْبَغْضَاءُ، هِيَ الْحَالِقَةُ، لَا أَقُولُ تَخْلُقُ الشَّعَرَ وَلَكِنْ تَخْلُقُ الدِّينَ، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا تَدْخُلُوا الْجَنَّةَ حَتَّى تُؤْمِنُوا، وَلَا تُؤْمِنُوا حَتَّى تَحَابُّوا، أَفَلَا أُبَيِّنُكُمْ بِمَا يَثْبُتُ ذَلِكَ لَكُمْ؟ أَفْشُوا السَّلَامَ بَيْنَكُمْ**." 1459

ومن الأحاديث التي تدل على **الحلم**، ما رواه معاذ بن أنس رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**مَنْ كَفَمَ غَيْظًا، وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى أَنْ يُنْفِذَهُ، دَعَاهُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى عَلَى رُءُوسِ الْخَلَائِقِ حَتَّى يُخَيِّرَهُ مِنْ أَى الْخُورِ شَاءَ**» 1460.

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «**مَا ضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَيْئًا قَطُّ بِيَدِهِ، وَلَا امْرَأَةً، وَلَا خَادِمًا، إِلَّا أَنْ يُجَاهِدَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَمَا نِيلَ مِنْهُ شَيْءٌ قَطُّ، فَيَنْتَقِمَ مِنْ صَاحِبِهِ، إِلَّا أَنْ يُنْتَهَكَ شَيْءٌ مِنْ مَحَارِمِ اللَّهِ، فَيَنْتَقِمَ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ**» 1461.

وبناء عليه فالأحاديث الدالة على هذا المعنى كثيرة، وكل ذلك من أجل إحلال السلام محل العنف والفرق مكان الشدة، ولأجل الحفاظ على تماسك الصف المسلم، وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**لَا يُشِيرُ أَحَدُكُمْ عَلَى أَخِيهِ بِالسَّلَاحِ، فَإِنَّهُ لَا يَدْرِي، لَعَلَّ الشَّيْطَانَ يَنْزِعُ فِي يَدِهِ، فَيَقْعُ فِي حُفْرَةٍ مِنَ النَّارِ**» 1462

الفقرة الثانية : الأسباب الشرعية التي تمنع العنف في الملاعب الرياضية

توجد مجموعة من الاعتبارات الشرعية يمكن الاستناد إليها لنبد العنف في الملاعب الرياضية، فالعنف من شأنه، أن يؤدي إلى إحياء دعوى الجاهلية والتعصبات القومية (أولاً)، كما يؤدي إلى القتال والسباب (ثانياً)، بالإضافة إلى الترويع والتخويف (ثالثاً).

أولاً. إحياء دعوى الجاهلية والتعصبات القومية

يقصد بهذا السبب، رفع شعارات جاهلية عبر الافتخار بالإقليمية، أو القبلية أو القومية والتعلق بالحسب والنسب.

ولقد حرم الإسلام كل ذلك ودليل ذلك ما رواه الشيخان، عن جابر رضي الله عنه، قال: " **عَزَّوْنَا مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَقَدْ ثَابَ مَعَهُ نَاسٌ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ حَتَّى كَثُرُوا، وَكَانَ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ رَجُلٌ لَعَابٌ، فَكَسَعَ أَنْصَارِيًّا، فَعَضَبَ الْأَنْصَارِيُّ غَضَبًا شَدِيدًا حَتَّى تَدَاعَوْا، وَقَالَ الْأَنْصَارِيُّ: يَا لِلْأَنْصَارِ، وَقَالَ الْمُهَاجِرِيُّ: يَا لِلْمُهَاجِرِينَ، فَخَرَجَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: " مَا بَالُ دَعْوَى أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ؟ ثُمَّ قَالَ: مَا شَأْنُهُمْ " فَأُخْبِرَ بِكَسَعَةِ الْمُهَاجِرِيِّ الْأَنْصَارِيَّ، قَالَ: فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «دَعَوْهَا فَإِنَّهَا خَبِيثَةٌ» 1463. وفي رواية مسلم : "فإنها منتنة".**

فمن خلال هذا الحديث يتبين، أن الإسلام أبطل كل معايير الجاهلية في التفاضل بين الناس، وأقر ميزانا واحدا للتفاضل، وهو التقوى. قال تعالى : { **إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ** } 1464. وهكذا فإن الرفعة لا تتال إلا بالإيمان والتقوى، والدنو يكون بالابتعاد عنهما،

¹⁴⁵⁹ أخرجه الترمذي في سننه ، حديث رقم 2510 ، 4 / 245 المحقق: بشار عواد معروف الناشر: دار الغرب الإسلامي – بيروت سنة النشر: 1998 م عدد الأجزاء: 6 .

¹⁴⁶⁰ أخرجه أحمد في مسنده رقم الحديث 15675، ج 3 ص 440. الناشر : مؤسسة قرطبة – القاهرة عدد الأجزاء : 6.

¹⁴⁶¹ أخرجه مسلم في كتاب الفضائل باب مبادئه صلى الله عليه وسلم للآثام واختياره من المباح، أسهله وانتقامه لله عند انتهاك حرمة رقم الحديث 2328.

¹⁴⁶² أخرجه البخاري في كتاب الفتن باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من حمل علينا السلاح فليس منا» رقم 7072 ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب باب النهي عن الإشارة بالسلاح إلى مسلم رقم 2617

¹⁴⁶³ أخرجه البخاري في كتاب المناقب، باب ما ينهى من دعوة الجاهلية رقم الحديث 3330. وأخرجه مسلم في البر والصلة والآداب باب نصر الأخ ظالما أو مظلوما رقم 2584.

¹⁴⁶⁴ الحجرات: 13

ومن نتائج دعوى الجاهلية، أنها تفك رابطة الأخوة بين المؤمنين، قال تعالى: {إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ} 1465 . كما أنها تشل مفهوم الجسدية المذكور في الحديث: "مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادُّهِمْ، وَتَرَاحُمِهِمْ، وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهَرِ وَالْحُمَّى" 1466.

وبناء عليه فإن من أهم أسباب العنف في الملاعب الرياضية، إحياء دعوى العنف والعصبيات القومية، فترى عبارات التفاخر بالأنساب والأعراق تملأ المدرجات، كما تجد شعارات من التفاخر بالقوميات والعصبيات الرياضية، مما يؤدي إلى التخاصم والتهاجر.

ثانيا: القتال والسباب

إن من أعظم الأسباب الشرعية التي تمنع العنف في الملاعب الرياضية، ما يترتب عنه من اقتتال وسباب، فهذه من المصائب العظمى التي تصب في قطع أواصر الأخوة بين المؤمنين، وإذابة وشائج المحبة بينهم. ففيما يخص القتل فإنه من أعظم الجرائم، لأنه يؤدي إلى إزهاق روح الإنسان بدون وجه حق، ظلما وعدوانا، وهو اعتداء على حق الإنسان في الحياة، قال تعالى: {مَنْ أَجْلٌ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا} 1467

وقوله تعالى: {وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ} 1468 . وفي الحديث الذي رواه البراء بن عازب، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لَزَوَالِ الدُّنْيَا أَهْوَنُ عَلَى اللَّهِ مِنْ قَتْلِ مُؤْمِنٍ بِغَيْرِ حَقٍّ" 1469.

وعن معاوية رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كُلُّ ذَنْبٍ عَسَى اللَّهُ أَنْ يَغْفِرَهُ إِلَّا الرَّجُلُ يَقْتُلُ الْمُؤْمِنَ مُتَعَمِّدًا وَالرَّجُلُ يَمُوتُ كَافِرًا» 1470.

أما السباب، فقد وردت الكثير من الأدلة في تحريمه، من القرآن والسنة:

قال تعالى: {وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا} 1471 .

وقال تعالى: {وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ} 1472 .

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «سَبَابُ الْمُسْلِمِ فُسُوقٌ وَقِتَالُهُ كُفْرٌ» 1473. متفق عليه.

وعنه صلى الله عليه وسلم أيضا أنه قال: "لَيْسَ الْمُؤْمِنُ بِالطَّعَانِ وَلَا اللَّعَانِ وَلَا الْفَاحِشِ وَلَا الْبَذِيءِ" 1474.

ونافلة القول، أن القتل والسباب آفتان خطيرتان، على الفرد بداية وعلى المجتمع كذلك، ومما يؤسف أن نجد المدرجات لا تخلو من السب والشتيم، واللعن والألفاظ البذيئة، والعبارات السوقية بين الفريقين، وغالبا ما تتحول إلى ضرب وجرح، يترتب عنه تخريب الممتلكات وقتل النفس، ومواطن الاستشهاد على هذا كثيرة، نذكر منها ذلك اليوم الأسود في استاد بورسعيد، مساء الأربعاء 1 فبراير 2012، عقب

¹⁴⁶⁵الحجرات: 10

¹⁴⁶⁶أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم رقم 2586.

¹⁴⁶⁷المائدة: 32

¹⁴⁶⁸الإسراء: 33

¹⁴⁶⁹سنن ابن ماجه، كتاب الديات، رقم 2619.

¹⁴⁷⁰السنن الكبرى للنسائي، كتاب المحاربة، تحريم الدم، رقم الحديث 3432.

¹⁴⁷¹الأحزاب: 58

¹⁴⁷²الأنعام: 108

¹⁴⁷³البخاري في كتاب الأدب، باب ما ينهى من السباب واللعن رقم 5697، ومسلم في كتاب الإنسان باب سباب المسلم وقتاله كفر رقم 133.

¹⁴⁷⁴رواه الترمذي في السنن، أبواب البر والصلة، باب ما جاء في اللعنة رقم 1977.

مباراة بين المصري البورسعيدي والأهلي، وراح ضحيتها 72 قتيلا ومئات المصابين، بحسب ما أعلنت عنه مديرية الشؤون الصحية، في بور سعيد، وهي أكبر كارثة في تاريخ الرياضة المصرية، وقد وصفها الكثيرون بالمذبحة أو المجزرة.¹⁴⁷⁵

ومن أعنف الكوارث الرياضية، وإحدى كوارث كرة القدم، كارثة هيلزبرة، والتي وقعت يوم 15 أبريل 1989، في ملعب هيلسبيره، ملعب نادي شيفلد وينزداي، في شيفلد بإنجلترا، خلال مباراة كرة القدم بين ناديي، نوتنغهام فورست وليفربول، ضمن نصف نهائي كأس الاتحاد الإنجليزي لكرة القدم، والتي راح ضحيتها، 96 قتيلا، أعمارهم بين 10 و46 سنة، جراء الإصابات التي لحقت بهم، وأصيب 777 شخصا.

ونتيجة هذه الأحداث المأساوية، تتحول كرة القدم التي من المفروض أن تكون وسيلة للاحتفاء على رقعة الملعب، إلى مسرح للقتل، فتؤدي إلى وقوع الكوارث وإزهاق الأرواح، لشباب في مقتبل العمر جاءوا ليناصروا فريقهم، ويشجعوه بحرارة، فإذا بهم يلقون حتفهم.

ثالثا. الترويع والتخويف

وردت مجموعة من الأدلة تنهى عن ترويع وتخويف المؤمنين، ومن ذلك قوله تعالى: {وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدْ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا} 1476. وقال صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أَشَارَ إِلَى أَخِيهِ بِحَدِيدَةٍ، فَإِنَّ الْمَلَائِكَةَ تَلْعَنُهُ، حَتَّى يَدَعَهُ وَإِنْ كَانَ أَخَاهُ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ» 1477. وَعَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي لَيْلَى قَالَ حَدَّثَنَا أَصْحَابُ مُحَمَّدٍ -صلى الله عليه وسلم- أَنَّهُمْ كَانُوا يَسِيرُونَ مَعَ النَّبِيِّ -صلى الله عليه وسلم- فَتَامَ رَجُلٌ مِنْهُمْ فَأَنْطَلَقَ بَعْضُهُمْ إِلَى حَبْلٍ مَعَهُ فَأَخَذَهُ فَفَرَعَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- «لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَرُوعَ مُسْلِمًا» 1478.

ومثل هذا الترويع والتخويف هو ما يقوم به المشجعون، عند فوز أو هزيمة الفريق، من تخويف للمارة، في الشوارع والطرق والأحياء، مع ما قد يحملونه من أدوات حادة، وتكسير وتخريب للممتلكات العامة.

المطلب الثاني: الأساس القانوني

لقد أولى المشرع المغربي، خلال السنوات الأخيرة، للرياضة أهمية قصوى، برزت من خلال إصدار مجموعة من التشريعات المتعلقة بالرياضة، والتي تهدف للإحاطة بجميع المسائل التي تطرأ بمناسبة ممارسة إحدى الرياضات، ولعل من بين هذه القوانين، القانون 09/09، المتعلق بوجع العنف المرتكب أثناء المباريات أو التظاهرات الرياضية أو بمناسبة ممارستها، وسنحاول كمعالجة الأساس القانوني، من خلال التطرق إلى التعريف القانوني، للعنف في الملاعب الرياضية، وتمييزه عما يشته به (الفقرة الأولى) وكذا من خلال الأركان العامة والمسؤولية المترتبة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التعريف القانوني للعنف في الملاعب الرياضية وتمييزه عما يشته به

سنتناول التعريف القانوني بداية (أولا)، ثم تمييز العنف في الملاعب الرياضية عما يشته به (ثانيا).

أولا: التعريف القانوني

بالرجوع إلى القانون 09/09، لا نجد المشرع قد أعطى تعريفا قانونيا، للعنف الرياضي ولعل هذا من وجهة نظري عمل محمود، لأن من شأن إعطاء تعريف أن يقلص من نطاق العنف الرياضي، وقد يأتي قاصرا، لا يتيح للقاضي استعمال سلطته التقديرية، لإدراج بعض الأفعال ضمن أعمال العنف.

¹⁴⁷⁵ موسوعة ويكيبيديا

¹⁴⁷⁶ الأحزاب: 58

¹⁴⁷⁷ وراه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب النهي عن الإشارة بالسلاح إلى المسلم رقم 120.

¹⁴⁷⁸ رواه أبو داود في السنن، الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاج، رقم الحديث 5006.

خصوصا إذا علمنا، أن العنف الرياضي تتعدد صورته ووسائل ممارسته، حيث لا ينحصر العنف في ذلك الفعل، أو السلوك المادي الذي يحمل في طياته شحنة إيذاء أو تدمير، بقدر ما أنه يشمل كل سلوك مادي كان أو رمزي أو لفظي، مباشر أو غير مباشر، يستعمله فرد ضد آخر، أو جماعة ضد أخرى، مما يعني أن العنف يشمل كل الممارسات التي من شأنها أن تكره فردا على إتيان شيء دون رضاه. من خلال ما ذكرنا يمكن تعريف العنف الرياضي بأنه: " تلك الأقوال والكتابات والأفعال التي تسبق أو ترافق أو تتبع أو تنتج عن لقاء رياضي"¹⁴⁷⁹. ولقد أصبحت هذه الظاهرة، واسعة الانتشار في الملاعب الرياضية، وهي ليست حديثة، وإنما هي ظاهرة قديمة، ولكن ما يثير النظر هو تنوع أساليبها، واتساع نطاقها في الوقت الحالي مقارنة مع الماضي.

ثانيا: تمييز العنف في الملاعب الرياضية عما يشته به

بعد أن تطرقت إلى التعريف القانوني للعنف الرياضي، سأخصص هذه الفقرة لتمييز العنف عما يشته به من إيذاء (أ) أو شغب (ب).

أ. العنف والإيذاء

يقصد بالإيذاء كل الأفعال التي يمكن أن تصيب الإنسان، في جسده بالضرب والجرح، ولقد قسم الفقهاء الإيذاء إلى نوعين، عمدي وغير عمدي. فالإيذاء العمدي، يعتمد فيه الفاعل على إلحاق أذى بالمجني عليه، وذلك عن طريق المساس، بسلامته الجسدية أو الصحية، دون أن يكون قاصدا فعله، أما الإيذاء غير العمدي فيكون نتيجة عدم التبصر والاحتياط، أو عدم الانتباه، وقد حدد المشرع المغربي جرائم الإيذاء العمدي، في الفصل 432، و433 ق.ج. تتحقق جرائم الإيذاء العمدي عندما يوجه الجاني إرادته، نحو المساس بالسلامة الجسدية أو الصحية للمجني عليه، بصرف النظر عن نوع الإيذاء، ومدى جسامته، ودور نية القتل.

وعليه فإن جرائم الإيذاء العمدي تختلف عن جريمة العنف في الملاعب الرياضية، من خلال الإطار القانوني المحدد لكل منهما، ثم إن جريمة العنف أوسع نطاقا من جريمة الإيذاء، ويمكن لهذه الأخيرة أن تتحول لجريمة عنف، إذا توفرت أركانها، وتوفرت ظروفها، الزمانية والمكانية.

ب. العنف والشغب

يقصد بالشغب تهيج الشر والفتنة والخصام، وعليه فإن الفرق بين العنف والشغب، يتجلى في كون الشغب محدود على عكس العنف، فالشغب قد لا يكون معنويا في غالبه، على عكس العنف الذي قد يظهر إما في شكله، المادي أو المعنوي، والشغب يكون محدودا في الزمان والمكان، وتواجهه عوامل وشروط موضوعية، وتدل على اختلال عميق في النسق المجتمعي.

الفقرة الثانية: الأركان العامة للعنف في الملاعب الرياضية والمسؤولية المترتبة عنه

لا بد لتترتب المسؤولية الجنائية للعنف في الملاعب الرياضية (ثانيا) من توافر مجموعة من الأركان (أولا).

أولاً: الأركان

إن جريمة العنف في الملاعب الرياضية، كغيرها من الجرائم، لا بد من توفرها على الركن القانوني (أ) والركن المادي (ب) والركن المعنوي (ج).

أ. الركن القانوني

يقصد بالركن القانوني للجريمة أن التصرف مهما كان ضارا بالمجتمع، أو الفرد فإنه لا يعتبر جريمة إلا إذا تدخل المشرع واعتبره كذلك، من خلال نصوص قانونية تجرم الفعل أو الترك، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ شرعية التجريم والعقاب، بمعنى لا جريمة ولا عقاب بدون نص.

¹⁴⁷⁹ محمد العلماوي: عنف الملاعب، أنواعه وأسبابه ومظاهره من منظور مقارنة أمنية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الحسن الأول سطات 2012/2011 ص16.

وهكذا فإن الركن القانوني لجريمة، العنف في الملاعب الرياضية، تتجسد من خلال مقتضيات القانون 09/09، والذي سماه المشرع بـ"العنف المرتكب أثناء المباريات أو التظاهرات الرياضية أو بمناسبةها"، والذي أضافه المشرع إلى مقتضيات القانون الجنائي، الفصول من (1.308 إلى 19.308 ق.ج).

ب. الركن المادي

من المعلوم أن القانون لا يعاقب على النوايا، إلا إذا كان لها تجسيد مادي على أرض الواقع، وبالرجوع إلى القانون 09/09، نجد المشرع قد عدد الأفعال التي تعتبر ركنا ماديا لجريمة، العنف في الملاعب الرياضية، أو بمناسبةها؛ وذلك في المواد، (1.308)، (2.308)، (3.308)، (5.308)، (6.308)، (7.308)، (8.308)، (9.308)، (10.308)، (11.308). ومن خلال هذه المواد يمكن أن نسجل مجموعة من الملاحظات:

حيث يلاحظ أن عنصري الزمان والمكان، يبقيان غير ذي أثر في هذه الظاهرة، فبالرجوع إلى الفصل (1.308)، نجد المشرع يقول: "دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية، الأشد يعاقب بالسجن من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 1200 إلى 2000 درهم، كل من ساهم في أعمال عنف أثناء المباريات أو التظاهرات الرياضية أو بمناسبةها، أو أثناء بث هذه المباريات، أو التظاهرات في أماكن عمومية، أو بمناسبة هذا البث، ارتكبت خلالها أفعال ترتب عنها موت، طبقا للشروط المنصوص عليها في الفصل 403، من هذا القانون".

فانطلاقا من هذا المقتضى، يلاحظ أن هذا القانون، يمكن أن يطبق سواء وقع الفعل الجرمي قبل التظاهرة الرياضية أو أثناءها أو بعدها، وقد تتم في الملاعب الرياضية وقد تتم في المقاهي، أو محطات المسافرين، أو في وسائل النقل الجماعية، وقد تتم في الساحات العمومية، وهذا ما أشار إليه المشرع في المادة 4.308.

ومن وجهة نظري فإن هذا التوجه، الذي سلكه المشرع، توجه محمود على اعتبار أن البعد الأمني الجماعي كان حاضرا فيه، لدى صناع هذا القانون. فإذا كان الفعل الجرمي، ناتجا عن أسباب ذات طبيعة رياضية، فيطبق فيه القانون 09/09، أما إذا كان ذا طبيعة شخصية، فيجب تطبيق باقي فصول القانون الجنائي الملأ بالمرتكبة. ويلاحظ كذلك، اتساع النطاق من حيث الأشخاص، الذين يمكن أن يتابعوا في ظل هذا القانون، بغض النظر عن طبيعتهم.

أشخاص ذاتيون: سواء كانوا من المشجعين أو من اللاعبين، في حالة ارتكاب الجرائم المنصوص عليها، في هذا القانون، وتجدر الإشارة إلى أن فئة اللعين لم يتم استثناءهم بشكل صريح، في حالة ارتكابهم الجرائم المنصوص عليها، في القانون ودليل ذلك أن الفصل 7.308، قد ورد بصيغة العموم.

ولا بد من التنبيه على أن الفصل 8.308، قد أشار إلى أن المسؤولين، عن تنظيم الأنشطة الرياضية الذين لم يتخذوا التدابير المنصوص عليها في القانون، أو في النصوص التنظيمية، أو في أنظمة الهيئات الرياضية المقررة لمنع العنف، يسألون هم كذلك عن العنف المرتكب أثناء المباريات والتظاهرات الرياضية، إذا نتج عن ذلك أعمال عنف.

أشخاص معنويون: حيث أن الأشخاص المعنوية لها تأثير كبير في ظاهرة الشغب في التظاهرات الرياضية، وذلك عبر سلطتها المعنوية، على المشجعين، وهذا ما تنبه إليه المشرع، فأفرد لها عقوبات، تتناسب مع طبيعتها، والتي تتجسد عبر السجن أو الحكم عليها بغرامات مالية.

ومن مظاهر توسع الركن المادي، في هذه الجريمة أن المشرع، من خلال هذا القانون تناول الأبعاد الثلاثة للعنف.

- أعمال العنف التي يترتب عنها الموت (1.308).
- أعمال العنف التي ارتكبت خلالها ضرب أو جرح، أو أي نوع من أنواع العنف أو الإيذاء (2.308).
- أعمال العنف التي يترتب عنها إلحاق أضرار مادية بأموال عقارية أو منقولة (3.308).

ج. الركن المعنوي

يعتبر هذا الركن، جوهريا لقيام أي جريمة من الجرائم المعاقب عليها قانونيا، حيث ينبغي أن تتوجه إرادة الجاني إلى إحداث الفعل الجرمي. وبالرجوع إلى القانون 09/09، يلاحظ أن المشرع خرج نسبيا من هذه القاعدة، حيث نجد أن هذا الركن المعنوي يغيب في كثير من الحالات، ويكفي لتحقيق الفعل الجرمي إثبات الأفعال المادية المكونة لها، مثاله جريمة التحريض على التمييز العنصري أو الكراهية أثناء المباريات، أو التظاهرات الرياضية أو بمناسبةها، أو أثناء بث هذه المباريات أو التظاهرات في أماكن عمومية، أو بمناسبة هذا البث.

وفي المقابل نجد أن المشرع المغربي، قد نص بشكل صريح على ضرورة قيام النية الإجرامية لدى المشايين، في التظاهرات الرياضية في تجريم واحد، وهو الذي يتجلى في الإلقاء عن عمد أثناء التظاهرات الرياضية على شخص أو عدة أشخاص، أو على مكان وجود الجمهور أو اللاعبين، أو داخل الملعب أو الحلبة، أو المضمار الرياضي، أحجار أو مواد صلبة، أو سائلة أو قاذورات أو مواد حارقة، أو أي مادة أخرى من شأنها إلحاق الضرر بالغير أو بالمنشآت، أو القيام بأعمال عنف من شأنها الإخلال بسير مباراة أو تظاهرة رياضية أو منع أو عرقلة إجرائها، بأية وسيلة (6.308).

وعلة هذا التوجه التشريعي تكمن في أن أغلب أعمال الشغب، يقوم بها أشخاص ليسوا مجرمين بالعادة، بل تدفعهم أسباب لحظية آنية، إلى ارتكاب أفعال لا يدركون خطورتها، فهم مجرمون بالصدفة 1480.

ثانيا: المسؤولية الجنائية للعنف في الملاعب الرياضية

عرف الفقه 1481، المسؤولية الجنائية بأنها تحمل الشخص لتبعات أفعاله الجنائية، المجرمة بمقتضى نص في القانون، كالقتل والسرقة وخيانة الأمانة، والاختلاس. وقد عمل المشرع من خلال القانون 09/09، على فرض مجموعة من العقوبات من أجل الردع العام والخاص، وضمان الأمن والاستقرار، وتتجلى العقوبات في عقوبات أصلية (أ)، وتدابير وقائية (ب).

أ. العقوبات الأصلية

وتتجلى أساسا في العقوبات السالبة للحرية (1) والغرامات (2).

1. العقوبات السالبة للحرية.

اعتمد المشرع من خلال القانون 09/09، على عقوبات سالبة للحرية مع ربطها، أحيانا بغرامات مالية، وهذه العقوبات لا تقل عن شهر ولا تتجاوز خمس سنوات حبسا، مما يدل على أن تكييفها الجنائي، هو اعتبارها جنحة مع المراعاة بطبيعة الحال، ظروف التشديد، التي أحال عليها المشرع، بصفة ضمنية، وذلك بسبب جسامه أعمال العنف، والشغب التي قد تصل إلى إزهاق الروح في بعض الأحيان.

ومن أمثلة هذه العقوبات ما أورده المشرع في الفصول:

- الفصل 1.308: الحبس من سنة إلى خمس سنوات.
- الفصل 2.308: الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين.
- الفصل 3.308: الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة.
- الفصل 5.308: الحبس من شهر إلى سنة أشهر.
- الفصل 6.308: الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة.
- الفصل 7.308: الحبس من شهرين إلى سنة أشهر.

¹⁴⁸⁰ عبد الفتاح وافق، أمن الملاعب في التظاهرات الرياضية الكبرى بالمغرب، ملعب محمد الخامس بالدار البيضاء نموذجا، بحث لنيل دبلوم

الماستر في وحدة الأمن وتبوير المخاطر، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسطات، 2015/2014، ص45.

¹⁴⁸¹ عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي العام الجزء 1 ص 290.

وما يمكننا استخلاصه أن رغبة المشرع في الضرب بيد من حديد على كل من سولت له نفسه، الخروج عن القانون، في التظاهرات الرياضية أو بمناسبةها، جعلت الهاجس الأمني حاضرا بقوة، ودليل ذلك، قول المشرع في الكثير من الفصول: "دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، الفصول: (1.308)، (2.308)، (3.308)، (5.308)، (6.308)، (7.308)، (8.308)، (9.308)، (10.308)، (11.308)، (12.308).

وفي اعتقادي المتواضع، فإن العقوبات السالبة للحرية، لم تكن لها القدرة، الكافية على مواجهة ظاهرة العنف في الملاعب الرياضية، بل يجب تعزيزها بتدابير موازية.

2. الغرامات.

لم يقتصر المشرع على العقوبات السالبة للحرية، بل أرفدها كذلك بغرامات في كثير من الفصول، (1.308)، (2.308)، (3.308)، (4.308)، (5.308)، (6.308)، (7.308)، (9.308). من القانون 09/09، أو التخيير بينهما.

وفي بعض الجرائم الأقل خطورة اقتصر المشرع على الغرامات، كما هو الشأن في الفصول: (8.308)، (10.308)، (11.308)، (12.308). كما حدد الحالات التي ترفع فيها العقوبة في الفصول (13.308)، (14.308). ويلاحظ أن الغرامات التي أقرها المشرع، هي ذات طبيعة متوسطة، حيث نجد الحد الأدنى المقرر للغرامات المالية، هو 1200 درهم، أما الحد الأقصى فيصل إلى مبلغ 50000 درهم، والتي يعاقب بها المسؤولون عن تنظيم التظاهرات الرياضية، والذين لم يتخذوا التدابير المنصوص عليها في القانون 09/09.

وهكذا فإن الغرامات المقررة مناسبة بالنسبة للمشاعيين، الذين أغلبهم أحداث لا يزالون يتابعون دراستهم، وبالتالي فإن الغرامات إحدى الوسائل المفضلة حتى في صياغة القوانين ذات الطبيعة الجزرية.

ب. التدابير الوقائية

تهدف التدابير الوقائية إلى إصلاح الجاني دون الاعتماد على العقوبات الأصلية، وتتجلى أساسا في الحرمان من الحضور إلى المباريات، والتظاهرات الرياضية، (1) وكذا ما يتعلق بالمصادرة ونشر الاحكام والمقررات القضائية، وكذا حل الشخص المعنوي (2).

1. الحرمان من حضور المباريات والتظاهرات الرياضية

يجد هذا المقتضى أساسه في الفصل 13.308، حيث ورد فيه: "يجوز للمحكمة أن تحكم علاوة على العقوبات المنصوص عليها، في الفصول 1.308 إلى 12.308، من هذا القانون، على الشخص المدان بالمتع من حضور المباريات والتظاهرات الرياضية، لمدة لا يمكن أن تتجاوز سنتين، مع إمكانية شمول هذا التدبير، بالنفاذ المعجل". وقد أحسن المشرع صنعا، عندما حدد هذا التدبير من أجل التقليل من ظاهرة العنف والشغب.. كما أجاز للمحكمة، في إطار سلطتها التقديرية، إلزام المعني بالأمر بملازمة محل إقامته، أو مكان آخر، أو تكليفه بالتردد على مراكز الشرطة، أو السلطات المحلية وذلك خلال وقت إجراء المباريات أو التظاهرات الرياضية، التي منع من الحضور إليها.

إلا أنه، تجدر الإشارة إلى أن هذا الإجراء، يصطدم مع الواقع العملي، حيث ينبغي أن تواكبه مراقبة إلكترونية، تساعد على تحديد هوية المنوعين من الحضور، خاصة أن الجماهير تدلي فقط بالتذاكر، وليس بما يثبت هويتها. وعليه فإن هذا التدبير على الدولة أن تواكبه بتوفير الآليات الكفيلة بذلك. 1482

2. المصادرة ونشر المقرر الصادر بالإدانة وحل الشخص المعنوي

فيما يخص المصادرة فقد نص المشرع على ذلك في المادة 15.308 من القانون 09/09، حيث ورد فيه: "يجوز للمحكمة أن تحكم في حالة الإدانة من أجل إحدى الجرائم المنصوص عليها في الفصول 1.308 إلى 12.308، أعلاه بالمصادرة لفائدة الدولة، مع حفظ حقوق الغير

¹⁴⁸² عمر فكري، مرجع سابق، ص 52.

حسن النية، الأدوات والأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الجريمة، أو التي تحصلت منها، وكذلك المنع وغيرها من الفوائد، التي كوفئ بها مرتكب الجريمة أو كانت معدة لمكافأته.

لقد كانت الغاية من هذا الأمر، تجريد المشايين أثناء المباريات أو التظاهرات الرياضية أو بمناسبةها من كل الوسائل التي يمكن أن تساعد على العنف والشغب والتي استعملوها في ارتكاب الجرائم حتى لا يعاد استعمالها في جرائم أخرى.

❖ فيما يخص نشر المقرر الصادر بالإدانة:

فيجد سنده في الفصل 16.308، الذي ورد فيه: "يجوز للمحكمة أن تأمر بنشر المقرر الصادر بالإدانة طبقاً لأحكام الفصل 48، من هذا القانون أو بثه، بمختلف الوسائل السمعية البصرية أو بتعليقه.

❖ وفيما يخص حل الشخص المعنوي

فقد نص عليه المشرع في المادة 17.308، والذي ورد فيه: "يجوز للمحكمة أن تأمر بحل الشخص المعنوي في حالة صدور مقرر بإدانته، من أجل إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الفرع".

من خلال ما سبق يظهر جلياً أن المشرع، خطا خطوات تشريعية في غاية الأهمية، من أجل الإسهام في الحد من العنف المرتكب في الملاعب الرياضية، إلا أنه لا بد أن تواكبها، خطوات عملية من شأنها أن توقف زحف هذه الظاهرة الخطيرة، التي أصبحت تمتد وبشكل كبير، وتعطي صورة قاتمة عن الرياضة الوطنية.

المبحث الثاني. الآليات الكفيلة بمواجهة العنف في الملاعب الرياضية

إن المقاربة القانونية قاصرة لوحدها عن معالجة ظاهرة العنف في الملاعب الرياضية، مما أوجب تعزيزها بمؤسسات فاعلة في هذا المجال.

وهذه المؤسسات تختلف أنواعها وأشكالها. يجب أن تتظافر مجتمعة في مواجهة هذه الظاهرة، حسب مجال اختصاصها، وسأعالج ذلك من خلال بيان دور المؤسسات الدينية والاجتماعية (المطلب الأول)، ثم بيان أهمية الإعلام والخطة الأمنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور المؤسسات الدينية والاجتماعية في التصدي للعنف

يعتبر الدين وسيلة من وسائل الضبط الاجتماعي، حيث يعمل على تحصين الأفراد من خلال توجيه سلوكياتهم نحو الأفضل، وهو أوسع نطاقاً من القوانين الوضعية، نظراً لكونه منهجاً متكاملًا، ينظم الحياة الاجتماعية، حيث الغاية من الشريعة الإسلامية، إصلاح المجتمع من جميع نواحيه، وتوجد مجموعة من المؤسسات الدينية التي من شأنها أن تساهم في تهذيب سلوك الأفراد والتصدي لظاهرة العنف (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى المؤسسات الاجتماعية التي لا تخفى أهميتها كذلك في محاربة هذه الظاهرة التي توسع نطاقها داخل المجتمع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الدين منهج فعال في التصدي لظاهرة العنف الرياضي

يعد الدين منهج حياة، ومصدراً للأخلاق والقيم، ولتثبيت هذه القيم لابد من الاعتماد على المسجد باعتباره، من أهم المؤسسات التي يمكنها أن تلقن القيم (أولاً) وكذا المجالس العلمية (ثانياً).

أولاً: دور المسجد

تعتبر المساجد من أشرف البقاع، فهي بيوت الله، ولهذا لم يكن عبثاً أن يكون أول ما أرساه الرسول صلى الله عليه وسلم، إبان وصوله إلى المدينة المنورة، بناء المسجد فهو محور حياة الدولة الإسلامية، وسر تفوقها، فهو أول مدرسة في الإسلام، تبني الأجيال وتصنع الرجال، وتهذب السلوك ومن خلالها يتم تصفية الصفوف. وبناء على هذه الاعتبارات، فإن المسجد يمكن أن يكون وسيلة في غاية

الأهمية لبذ العنف الرياضي، وترسيخ أهمية الرياضة وتجسيد التشجيع المثالي، وذلك عبر دلالات المسجد في حد ذاته، كمكان لتصفية الصفوف، وتجسيد التلاحم والتآزر بين المسلمين. وكذلك عبر توظيف الخطب ودروس الوعظ والإرشاد، التي ينبغي أن لا تقتصر على مواضيع محددة بعينها، بل ينبغي أن تنفتح على معالجة المواضيع والظواهر التي تمس بكيان المجتمع كما هو الحال بالنسبة للعنف في الملاعب الرياضية، فالخطب والمواعظ ينبغي أن تكون محررا للمجتمع. وهكذا لا ينبغي أن يقتصر دور المسجد على العبادة فحسب، بل ينبغي أن يؤدي دوره التربوي والأخلاقي والتوجيهي كذلك. فالمسجد ليس ديرا أو كنيسة، ولا رهبانية في الإسلام، تقطع المسلم عن مجريات الحياة، بل إنه دين كامل شامل.

ولطالما كان المسجد مكانا لتربية المسلمين وتغيير أحوالهم، في جميع المجالات، وقد ثبت أن الرجال الذين تمت صناعتهم، في المسجد كانوا دائما على قدر المسؤولية، صدقا في الكلام والأفعال، ونظافة في اليد وطهارة في القلب، وحسن الأخلاق، وهذا ما ينبغي أن يعود إليه المسجد في الوقت الراهن، فيهدب سلوك الأفراد، ويقوم طاقات الشباب ومواهبهم، ويصحح المفاهيم الخاطئة لهم، ويغرس فيهم قيم التسامح، والسلم ونبذ الظواهر، الدخيلة على مجتمعنا.

ثانيا: دور المجالس العلمية

أصبح للمجالس العلمية أهمية بالغة، في توعية الناس وإرشادهم لدين الحق، فهي تقوم بالدور الذي يمليه عليها الواعظ الديني، وتفرضه عليها الأمانة العلمية، وتلتزم بالميثاق المأخوذ عليها في البيان وعدم الكتمان في الآية الشريفة: {وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ فَنَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ وَأَشْرَوْا بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا فَبَيَّسَ مَا يَشْتَرُونَ} 1483، من دون أن يؤدي بها ذلك إلى الشطط في القول، والإحراج في المواقف، مع مراعاة المبدأ المشهور، في الفقه المالكي، درء المفسدة أولى من جلب المصلحة، واعتبار المحيط زمانا أو مكانا، حتى تتفاعل السلطة الدينية، والدينية تفاعلا مطردا يصل به في النهاية، إلى تحقيق السعادة للإنسان المغربي المسلم، وإبعاده عن شياطين الغواية والضلال أو أن تعبت به سموم الأفكار الضالة المضلة، فيتية في متاهات الشك والحيرة.

ويتجلى دور المجالس العلمية، في محاربة العنف في الملاعب الرياضية، في عقد ندوات ولقاءات علمية يكون هدفها، نشر قيم السلم والتسامح وبث الروح الرياضية، وبيان فوائد الرياضة، وكيف كانت تمارس قديما، وكيف يمكن ممارستها حديثا دون الخروج عن القواعد القانونية، والموضوعية المقررة. كما على المجالس العلمية القيام بحملات تحسيسية، تستهدف فئة الشباب واليا فعين وترشدهم، وتبين لهم مخاطر العنف، في الملاعب الرياضية. وتجدر الإشارة إلى ضرورة خروج المجالس العلمية من الصيغة التقليدية، إلى الصيغة الحديثة المواكبة، للمستجدات والمتغيرات. بالإضافة إلى عقد شراكات مع النوادي الرياضية وجمعيات المجتمع المدني، من أجل العمل على غرس الوعي، والحد من هذه الظاهرة الخطيرة.

الفقرة الثانية: المجتمع المدني فاعل أساسي في التصدي لظاهرة العنف الرياضي

من أدوات الرفع من التنمية داخل المجتمع، المجتمع المدني الذي يلعب دورا مهما في هذا الصدد، من خلال نشر قيم الثقافة، المدنية المعاصرة، واحترام حقوق الإنسان، والتعامل مع المشكلات التي يعاني منها المجتمع، ومحاولة إيجاد حلول لها. وسأحاول بيان دور كل من الأسرة (أولا) والمؤسسات التعليمية (ثانيا)، وكذا المؤسسات الثقافية والرياضية (ثالثا).

أولا. دور الأسرة

تعد الأسرة الخلية الأولى لبناء المجمع ونواة تكوينه، وبقدر ما تكون العناية بالأسرة تكون قدرتها على مواجهة الأعباء، التي تتحملها في سبيل تربية أبنائها، وحمايتهم من الانحراف، وإصلاح اعوجاجهم.

ودورها مهم في حماية أفرادها من الأمراض الاجتماعية، باعتبارها البؤرة التي تنصهر فيها شخصيات أفرادها، والانتماء إليه، حيث ثبت علمياً أن التفكك الأسري يعطي فرصة للأبناء للخروج عن المألوف، وعلى سلوك المجتمع القويم¹⁴⁸⁴. وعليه فإن الأسرة هي المعنية ابتداءً بتربيتهم والقيم والمبادئ المتعلقة بالرياضة، وكيفية ممارستها وتشجيعها، وتلقين الطفل السلوك المنضبط حول التشجيع الرياضي، البعيد عن العنف والتعصب والشغب. فعلى الآباء أن يحسنوا توجيه أبنائهم، وعليهم أن يرافقوهم إلى الملاعب، وأن يكونوا أحسن قدوة في التشجيع السلمي وتربيتهم بالقيم والمبادئ المتعلقة بالرياضة وكيفية ممارستها.

ثانياً. دور المؤسسات التعليمية

إلى جانب الأسرة توجد المؤسسات التعليمية، التي لها دور كبير في التنشئة الاجتماعية، فهي مطالبة بغرس القيم الرياضية السليمة في نفوس التلاميذ وحمايتهم من مستنقع الجريمة، وتشجيعهم على الروح الرياضية. وتنمية الوعي الرياضي، داخل المؤسسات التعليمية يحتاج إلى توفير مجموعة من الآليات، عبر خلق نوادي رياضية، تستوعب التلاميذ بمختلف توجهاتهم الرياضية، ونشر قيم الرياضة وأساليب ممارستها، بعيداً عن العنف، عبر دعوة كبار الرياضيين والنقاد، في المجال الرياضي، لالقاء محاضرات وندوات عن المبادئ الرياضية، وربطها بما يجري في الواقع الرياضي المعيش. ونافذة القول أنه لا بد من إضافة دروس في المقررات الدراسية، تنبه على خطورة أعمال الشغب، حتى تكون المدرسة، مواكبة لما يحدث داخل المجتمع، ولا يكون هناك جدار بين ما يدرس وما يحدث خارج المؤسسات التعليمية. لأن الهدف من المدارس أن تلقن التربية، والتعليم معاً، وينعكس ذلك على سلوك التلاميذ ليصبحوا أشخاصاً صالحين.

ثالثاً. دور النوادي الثقافية والرياضية

تعد النوادي الرياضية ودور الشباب من أهم المؤسسات التربوية، التي يمكن أن تقوم بدور فعال، في ميدان التربية الرياضية، وتحقيق الوعي الرياضي وتنميته لدى الجماهير، فالنوادي عليها أن تنخرط في الحد من تفاقم ظاهرة العنف في الملاعب الرياضية، وذلك عبر تأطير مناصريها وكبح عدوانيتهم، بغرس مبادئ وقيم الروح الرياضية في أذهانهم، في كل الظروف والمواقف.

وينبغي على هذه الأندية عقد شراكة مع لجنة الأنصار، من أجل نشر قيم التسامح، والعمل على نبذ ثقافة العنف، داخل الأوساط الشبابية المحبة لأنديتها، والتخلي عن الأهازيج، العنيفة التي تتضمن نوعاً من التهديد والوعيد. وهذه بعض القواعد المساعدة على أداء فعال لهذه اللجن:

- وضع قواعد وضوابط أخلاقية، لتشجيع الفريق يلتزم بها أعضاء اللجنة أثناء المباريات وبعدها.
- أن يكون التشجيع في إطار المستوى الأخلاقي، ويحظى بالتقدير والاحترام.
- تطبيق الأنظمة الجزائية على المشجعين المخالفين والمشايين.
- توعية المناصرين بأهمية المحافظة على النظام، داخل الملعب وخارجه، وقبل وأثناء وبعد المباريات، والحفاظ على المكتسبات.
- اختيار العناصر المؤثرة لقيادة المشجعين، في النوادي الرياضية، الذين يجب أن يتصفوا بالحكمة واللباقة.
- تخصيص جائزة لأحسن جمهور، خلال الموسم الرياضي، الذي تتوفر فيه روح التشجيع الرياضي، والتحلي بالأخلاق الرياضية.
- تخصيص أماكن للتعبير عن الفرحة بالفوز ومشاركة اللاعبين للجمهور تحت إشراف الجهات المسؤولة¹⁴⁸⁵.

المطلب الثاني: دور الإعلام والخطة الأمنية في محاربة العنف

لا تخفى أهمية الإعلام بمختلف أنواعه، المكتوب والمقروء، والمسموع في التأثير على الرأي العام، فهو قوة يمكن توظيفها في التأثير، وقد يلعب دوراً إيجابياً أو سلبياً في نشر أو محاربة العنف (الفقرة الأولى)،

¹⁴⁸⁴ عمر فكري، مرجع سابق، ص 67.

¹⁴⁸⁵ محمد العلماوي، عن الملاعب: أنواعه وأسبابه ومظاهره، من منظور مقارنة أمنية. مرجع سابق، ص 69.

كما أن الخطة الأمنية، لها دور كبير في مواجهة الأحداث المختلفة للشعب، ويشترط فيها أن تكون محكمة وشاملة، ومواكبة للمقابلات الرياضية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أهمية الإعلام في نبذ العنف في الملاعب الرياضية

يعتبر الإعلام سلطة رابعة، وآلة جبارة في التأثير على الرأي العام، والجماهير وتوجيههم، عبر نشر المعلومات بعد جمعها وانتقاءها. ومن أبرز أنواع الإعلام ذات التأثير الجماهيري، نجد الإعلام الرياضي الذي يختص بنشر الأخبار والحقائق الرياضية، وعليه فهو مطالب بتجنب التحريض على أعمال العنف (أولاً) ونشر ثقافة السلم (ثانياً).

أولاً: تجنب التحريض على أعمال العنف

لا شك أن المتتبع لوسائل الإعلام، سيجد مزيداً من التوجه نحو نشر كل الأخبار المتعلقة بالجريمة، كما أن تأثير هذا الإعلام بإسهامه في تشكيل فكر الفرد، ووجدانه قد يعمل بذلك على تفعيل مكان من الخوف والحذر، عبر ما ترسمه هذه الوسائل من مشاهد الجريمة. ورغم أهمية الإعلام الرياضي في نشر الوعي بين الجماهير واللاعبين، إلا أنه يكون سبباً رئيسياً في التعبئة النفسية، لممارسة العنف في المجال الرياضي، سواء قبل المباراة أو بعدها، وذلك من خلال تحيزه لبعض الفرق الرياضية دون غيرها، أو عن طريق النقد غير العادل، عن طريق التركيز على أهمية وخطورة بعض اللاعبين دون غيرهم¹⁴⁸⁶.

فبعض المنابر الإعلامية تخرج عن رسالتها النبيلة عن طريق استخدام بعض العبارات التي تؤدي إلى إثارة أطراف المباراة من لاعبين وحكام وإداريين، ومدرّبين باستخدام، بعض العناوين المثيرة، التي تغذي الأسلوب العدواني، من أجل الزيادة في المبيعات. مثال ذلك: ما أقدمت عليه صحيفة بريطانية عندما وصفت مباراة أقيمت بين ألمانيا وإنجلترا ضمن إحدى بطولات كأس الأمم الأوروبية، بأنها استئناف للحرب العالمية الثانية. وقد كتبت جريدة جزائرية في صفحتها الأولى، "المنتخب الجزائري جاهز لتحطيم الفراعنة" في إشارة إلى المنتخب المصري¹⁴⁸⁷.

وهكذا فإن المحطات الإعلامية مطالبة بأن تكون وسائل التنمية والتوعية، وليس أداة هدامة، تزيد من مشكلة التعصب الرياضي، فهي أحياناً تكتب كلاماً جارحاً عن بعض الأندية، مما يولد لدى البعض كره الأندية الأخرى، وهذا نقد هدام، وليس بناء. فالقنوات الإعلامية، من أجهزة مرئية أو مسموعة، أو مقروءة يجب أن تساهم في هذا الأمر بحيث يكون هناك نبذ للتعصب خاصة في المنتديات الرياضية والصحف، لأن الملاحظ، أن البث العمومي، لازالت السلوكيات الماسة بالذوق العام، تتجلى فيه بأشكال متنوعة ومتعددة.

ثانياً: نشر ثقافة السلم

إن للإعلام بمختلف أشكاله تأثيراً قوياً، فهو مطالب من هذا المنطلق، بنشر ثقافة السلم والروح الرياضية، والقيام بالدور الإيجابي في التوعية، والزيادة في جرعات الوعي الرياضي، والوصول لحقيقة أن الرياضة عموماً لم توجد من أجل التعصب وإنما من أجل الفائدة وقضاء الأوقات واستثمارها، فيما يفيد النفس، والروح والمساعدة على تهذيبها.

وكذا ينبغي تبني النقد الهادف، ومنع المتعصبين من تبادل الشتائم عبر القنوات الإعلامية المختلفة، وتوجيههم إلى خدمة النادي يشجعونه بدلاً من الدفاع عنه بالحق والباطل¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸⁶ ياسين فضل ياسين، الإعلام الرياضي، دار أسامة للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى، الأردن، 2011 ص 133.

¹⁴⁸⁷ محمد العلماوي، عن الملاعب: أنواعه وأسبابه ومظاهره، من منظور مقارنة أمنية ص 64.

¹⁴⁸⁸ ياسين فضل ياسين، مرجع سابق ص 141.

واعتبارا لكون الإعلام الرياضي، يتميز بجماهريته، لأنه يستقطب جانبا كبيرا من أفراد المجتمع، فإن له دورا كبيرا في الحد من ظاهرة العنف في الملاعب الرياضية وانتشارها، من خلال تحلي رجال الإعلام بجملة من الأفكار والمبادئ الإعلامية، والعمل على نشرها في أوساط الجماهير، وأذكر منها:

- ❖ التركيز الإعلامي على السلوك الرياضي الإيجابي للاعبين والجماهير.
- ❖ استغلال نجوم الرياضة (لاعبين، حكماء، رؤساء أندية...) في البرامج الرياضية التي من شأنها نبذ العنف.
- ❖ التزام الإعلاميين بمختلف فئاتهم ومستوياتهم بالآتي:
- ✓ نقل الأخبار الرياضية دون تحريف أو تشويه، وذكر الحقائق دونما تحيز.
- ✓ الالتزام بالموضوعية والصدق في نقل الأخبار.
- ✓ احترام أسرار المهنة بعدم نشر الأخبار والمعلومات التي من شأنها تعكير الأجواء خاصة قبل المواعيد الكروية.
- ✓ الامتناع عن التشهير والافتراء الباطل والقذف والسب.
- ✓ التحلي بالموضوعية وعدم التدخل في القضايا الرياضية، بإجراء محاكمات على صفحات الجرائد، أو شاشات التلفزيون.
- ✓ الابتعاد عن التحريض على أي عمل غير قانوني ضد شخصية أو هيئة رياضية.
- ✓ الالتزام بالقيم الرياضية، المقبولة للمجتمع الرياضي، والامتناع عن نشر الموضوعات التي تحرض على الإجرام والانحراف الخلقي والسلوكي 1489.

الفقرة الثانية: الخطة الأمنية ودورها في محاربة العنف بالملاعب الرياضية

يقع على عاتق السلطات الأمنية، تحقيق الأمن والحفاظ على النظام العام، واتخاذ التدابير والإجراءات الوقائية، لتوفير الأمن في الملاعب، وتوفير أقصى درجات الوقاية الأمنية، بما يحد من وجود المسببات التي تسمح بتهديد أمن الملاعب والأشخاص. وتنقسم التدابير إلى إجراءات قبيلة (أولا) وإجراءات مراقبة (ثانيا)، وكذا تدابير بعدية (ثالثا).

أولا: التدابير القبلية للمقابلات الرياضية

توجد مجموعة من التدابير القبلية التي تسبق المقابلات الرياضية، حيث يجب أن تتعزز بحكامه أمنية من شأنها أن تستجيب لما يصبو إليه المواطنون من عيش كريم في ظل الطمأنينة، واحترام كرامتهم وتعزيز فعالية واحترافية مرافق الأمن الوطني، لأداء موظفيه لمهامهم بكل تفان وإخلاص ونكران للذات 1490، ومن أهم هذه التدابير القبلية:

- التوزيع الجيد للعناصر الأمنية، في مختلف المرافق داخل الملعب والمرافق المجاورة له.
- التنسيق الجيد بين مختلف أجهزة الأمن.
- تكثيف التواجد في الشوارع المؤدية إلى الملعب.
- وضع تشكيلة أمنية وقوة احتياطية، للتدخل عند الضرورة، وتكون على أهبة الاستعداد، للتدخل في مكان قريب، وتكون مجهزة بوسائل الحماية والتدخل.
- وضع نقط مراقبة عبر المسالك المؤدية إلى الملعب.
- القيام بدوريات للأماكن الحساسة، (محطات المسافرين، والمؤسسات العمومية..).

¹⁴⁸⁹ محمد العلموي، عن الملاعب : أنواعه وأسبابه ومظاهره، من منظور مقارنة أمنية ص 66.

¹⁴⁹⁰ محمد بوزيت: الحكامة الأمنية للأمن العمومي نموذجا، بحث لنيل درجة الماستر في القانون العام جامعة الحسن الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسطات 2010/2009 ص 146.

- عقد اجتماعات بين مختلف المتدخلين، من أجل توفير الظروف الملائمة.
- التفقيش الجيد، والدقيق للمناصرين، قبل الدخول إلى الملعب.
- منع دخول القاصرين إلى الملعب.
- تسهيل عملية الولوج إلى الملعب.
- التأهب الكبير في وقت الذروة.
- تجريد المشجعين من الأدوات التي يمكن أن تشكل خطرا (عصي، قضبان، أدوات حادة، حجارة، مواد قابلة للاشتعال).
- الاستعانة بكاميرات المراقبة، والوسائل الحديثة، لتتبع مختلف الخروقات.
- مرافقة الجمهور الزائر من نقطة انطلاقه إلى غاية وصوله إلى المدينة التي سيتم إجراء المباراة فيها لتفادي الانفلاتات الأمنية.

ثانيا: التدابير المرافقة للمقابلات الرياضية

يجب على السلطات الامنية أن تكون أكثر فاعلية أثناء المقابلات، ومن التدابير التي يجب اتخاذها:

- فصل جمهور طرفي المباراة في المدرجات، ومنعهم من التمرکز في مكان معين، في مجموعات صغيرة، وذلك قصد السيطرة عليهم.
- إلزام كل فريق باحترام المكان المخصص له.
- حماية اللاعبين والحكام، وممثلي وسائل الإعلام المختلفة.
- عدم السماح بدخول أحد الغرباء إلى أرضية الميدان.
- منع تسلق الأسوار، والصعود إلى الأعمدة، والجلوس فوق سقوف المدرجات.
- القيام بالتدخلات وفقا للقانون والتنظيم المعمول به، لمعاينة بعض المخالفة كحالة سكر متقدم، السب والشتيم، الشعارات والالافتات المناقضة للأخلاق، والنظام العام، الرشق بأي جسم سائل أو صلب، من المدرجات، محاولة اجتياح الملعب من طرف الأنصار، (الاعتداءات الموصوفة، رفض الامتثال لقرار الحكم، الحيازة المفترضة أو معاينة أي أداة يمكن استعمالها كسلاح قد تسبب جروحا حين القذف بها، كما يمكن لمصالح الشرطة، توقيف وطرده أي شخص مثير، وذلك بطلب من حكم المقابلة، على أن لا يتم تدخل رجال الأمن على أرضية الملعب، إلا بناء على طلب من حكم المقابلة.
- يتعين فتح الأبواب قبل انتهاء المباراة، بحوالي ربع ساعة لتسهيل خروج المتفرجين في أحسن الظروف¹⁴⁹¹.

ثالثا: التدابير المتبعة بعد نهاية المقابلات الرياضية

تعد مرحلة ما بعد المقابلات الرياضية من أخطر المراحل لأنه غالبا ما يكون هناك فريق رابع والآخر منهزما، مما ينتج عنه ردود فعل مختلفة. والعناصر الأمنية عليها أن تكون جاهزة لامتصاص الغضب وتأمين الأشخاص والممتلكات وهذا يقتضي أن يكون هناك تأهيل للعنصر البشري وتجهيزه بالمعدات اللازمة للرفع من فعاليته وأدائه، لتحقيق أداء الخدمة بالسرعة والجودة المطلوبتين ومن الإجراءات المرتبطة بهذه المرحلة أذكر:

- تأمين الخروج للاعبين والمدربين والحكام.
- تأمين خروج الشخصيات المهمة.
- حماية ومرافقة الفريق الزائر إلى غاية خروجه من المدينة.
- وضع تشكيلة أمنية محكمة على مستوى الأزقة، والطرق القريبة من الملعب.

¹⁴⁹¹ عبد الفتاح وافق مرجع سابق ص 106.

- حراسة الممتلكات العمومية والخاصة.
- وضع رقابة من رجال الأمن على مواقف السيارات، المحاذية للملعب، للحماية من التخريب والسرقات.
- تفريق التجمعات التي من شأنها أن تشكل خطرا.

كل هذه التدابير لا يمكن أن تتم إلا إذا كانت هناك خطة مدروسة مسبقا، ولا بد من أن أشير إلى ضرورة إخضاع العناصر الأمنية إلى تدريبات وتكوينات تهتم كيفية التعامل مع المباريات الرياضية.

خاتمة

تبين لنا من خلال ما سبق أن العنف في الملاعب الرياضية كان ولا يزال من الآفات الخطيرة التي يعاني منها المجتمع، وهو منبوذ سواء على المستوى الشرعي؛ حي وردت مجموعة من الأدلة تدل على تحريمه، كما أن هناك مجموعة من الأسباب الشرعية يمكن الاستناد عليها لمنعه، ومنبوذ على المستوى القانوني حيث أصدر المشرع القانون 09.09 المتعلق بنبذ العنف بالملاعب الرياضية، وأقر مسؤولية جنائية تترتب على فعله.

وصفوة القول أن محاربة العنف الرياضي والذي أصبح واقعا وحقيقة ملموسة، يقتضي وضع استراتيجية متكاملة يتدخل فيها جميع الفاعلين، وتتخطى فيها جميع المؤسسات سواء الدينية منها أو الاجتماعية، فقد أصبح من المؤكد أن القانون لوحده لا يكفي للحد من هذه الظاهرة، وقد تبين لنا أن الإعلام له أهمية كبيرة في نشر قيم السلم ونبذ العنف، كما أن الخطة الأمنية ينبغي أن تكون محكمة لمواجهة هذه الظاهرة، سواء قبل المقابلات أو أثناءها أو بعدها .

ولقد ارتأيت من خلال هذا المقال تقديم بعض الاقتراحات:

- المؤسسات الدينية عليها أن تقوم باعتماد منهج التربية لضبط وتعديل الأخلاق بالقوة والموعظة الحسنة للفتيان والشباب، مع التركيز على الوعي الديني وتنظيم الندوات وتنمية الوازع الديني والالتزام الخلقي لدى الجميع.
- السهر على تطبيق مقتضيات القانون 09.09 بالحزم والصرامة اللازمين بحق المتورطين في أعمال ارتكاب العنف.
- قيام المجتمع المدني بالدور المنوط به في عملية التحسيس داخل وخارج الملعب وقبل كل مباراة وبعدها وفي الأحياء والمؤسسات ودور الشباب.

- اشراك المؤسسات التعليمية باعتبارها جزء أساسي للتربية والتكوين في المجتمع، مع إعداد مقررات مدرسية تشجع على الروح التنافسية الرياضة وتحذر من آثار العنف الرياضي .

- الاستفادة من التجارب الأجنبية الناجحة في مكافحة العنف في الملاعب.
- محاولة خلق مسابقات لأحسن جمهور وأحسن لاعب ولما لا لأحسن مشجع.
- التنظيم المحكم لاستقبال الجماهير ودخولهم إلى الملعب في أجواء مريحة، عبر تمحيص التذاكر وإخضاعها للمراقبة، وترقيم المقاعد...

- المؤسسات الإعلامية عليها أن تعمل على نشر الثقافة الرياضية وزيادة الوعي لدى الجماعير من جهة، والالتزام بالحياد والموضوعية في القضايا الجماهيرية التي تتناولها وعدم التحيز لنادي أو هيئة أو لعبة.

- تأهيل عناصر أمنية متخصصة في الملاعب الرياضية، وتدريبها على كيفية التعامل مع الجمهور الوافد على الملاعب.
- الأجهزة الأمنية عليها أن تقوم بوضع الضوابط الحازمة لوقف العنف والتماهي فيه، مع ضرورة تطبيق نصوص القانون بكل حزم حيال ضبط مثيري العنف ومحترفيه.

لائحة المصادر

- القرآن الكريم برواية ورش.
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) الطبعة: الأولى، 1422 هـ عدد الأجزاء: 9.
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري المتوفى: 261 هـ المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت عدد الأجزاء: 5.
- الجامع الكبير - سنن الترمذي المؤلف: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279 هـ) المحقق: بشار عواد معروف الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت سنة النشر: 1998 م عدد الأجزاء: 6.
- السنن الكبرى لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303 هـ) حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م عدد الأجزاء: (10 و 2 فهارس).
- سنن أبي داود المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني المتوفى: 275 هـ المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت عدد الأجزاء: 4.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني المتوفى: 241 هـ المحقق: مكتب البحوث بجمعية المكنز الإسلامي المشرف: الدكتور أحمد معبد عبد الكريم الناشر: جمعية المكنز الإسلامي - دار المنهاج الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م عدد الأجزاء: 14.
- لسان العرب المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي المتوفى: 711 هـ الناشر: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - 1414 هـ عدد الأجزاء: 15.
- عمر فكري " العنف المرتكب أثناء المباريات والتظاهرات الرياضية، أو بمناسبتها على ضوء القانون 09/09" بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش 2016/2017.
- محمد العلماوي: عنف الملاعب، أنواعه وأسبابه ومظاهره من منظور مقارنة أمنية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الحسن الأول سطات 2011/2012.
- عبد الفتاح وافق، أمن الملاعب في التظاهرات الرياضية الكبرى بالمغرب، ملعب محمد الخامس بالدار البيضاء نموذجاً، بحث لنيل دبلوم الماستر في وحدة الأمن وتدابير المخاطة، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بساتات، 2014/2015.
- عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي العام الجزء، مطبعة دار السلام الطبعة 2، 2014/2015.
- ياسين فضل ياسين، الإعلام الرياضي، دار أسامة للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى، الأردن، 2011.
- محمد بوزيت: الحكامة الأمنية الأمن العمومي نموذجاً، بحث لنيل درجة الماستر في القانون العام جامعة الحسن الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بساتات 2009/2010.

توجيه الإشعار بالإفراغ بين الحق والالتزام في ضوء القانون رقم 67.12

أشرف ركركي

طالب باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس بالرباط

تلخيص

إن المستجدات التي أتت بها أئى القانون رقم 67.12 الجديد المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكري والمكترى للمحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني، تهدف أساسا إلى تحسين العلاقات بين المكريين والمكترين وإحداث توازن بين مركز الطرفين ، على اعتبار أن ظهير 1980 المنسوخ كان يوفر بعد الحماية للطرف المكترى وقد ترتب على ذلك مجموعة من المشاكل في مقدمتها عزوف المكريين على كراء محلاتهم خوفا من فقدانها هذا الأمر أرخى بظلاله على التنمية الاقتصادية والاجتماعية وحذا بالمشروع التدخل بمقتضى القانون رقم 67.12 من أجل خلق توازن عقدي .

ومن المعلوم طبقا لمقتضيات الفصل 687 من قانون الالتزامات والعقود أن كراء الأشياء ينقضي بقوة القانون، عند انتهاء المدة التي حددها له المتعاقدان، من غير ضرورة إعطاء تنبيه بالإخلاء، وذلك مالم ينص الاتفاق بغيره، ومع عدم الإخلاء بالقواعد الخاصة بكراء الأراضي الزراعية. وإذا كان هذا هو المبدأ في القواعد العامة في قانون رقم 67.12 قد نحى منحى آخر بحيث تبنى بمقتضى المادة 44 منه ضرورة توجيه إشعار بالإفراغ وذلك بتأكيده على أنه رغم كل شرط أو مقتضى قانوني مخالف لا تنتهي عقود كراء المحلات المشار إليها في المادة الأولى من نفس القانون إلا بعد الإشعار بالإفراغ وتصحيحه عند الاقتضاء طبقا للشروط المحددة في هذا القانون.

Résumé

Les nouveaux développements apportés par la loi n ° 67.12, la nouvelle réglementation des relations contractuelles entre locataire et locuteurs pour les commerces destinés à l'habitation ou à un usage professionnel, visent principalement à améliorer les relations entre les deux côtés et à créer un équilibre entre les positions des deux parties, étant donné que la fin des années 1980 abrogée offrait une certaine protection au locataire. Il en est résulté une série de problèmes, dont le principal est la réticence des sanctimon à louer leurs magasins de peur de les perdre. Cette question a jeté son ombre sur le développement économique et social, et le législateur a exigé l'intervention de la loi n ° 67.12 afin de créer un équilibre contractuel.

Il est connu, selon les dispositions de l'article 687 de la loi sur les obligations et les contrats, que la rente des choses expirera par force de loi, à l'expiration du délai qui lui est spécifié par les deux parties contractantes, sans qu'il soit nécessaire de donner un avis d'expulsion, sauf stipulation contraire dans la convention, et sans évacuation des règles de location des terres agricoles.

Et si tel est le principe dans les règles générales de la loi n ° 67.12, une autre approche a été écartée selon l'article 44 de celle-ci la nécessité d'envoyer un avis de vidange en confirmant que malgré toute condition ou exigence légale contradictoire, les contrats de location de commerces visés à l'article première de la même loi n'expirent pas. Sauf après notification de la vidange et de sa correction si nécessaire conformément aux conditions spécifiées dans la présente loi.

مقدمة

يعتبر عقد الكراء¹⁴⁹² من أبرز العقود المسماة التي حظيت باهتمام المشرع المغربي، نظرا للأهمية التي يكتسبها في حل أزمة السكن. ولعل هذه الأخيرة بكل ما لها من انعكاسات على الحياة الاجتماعية والاقتصادية تعد من أصعب وأدق الأزمات التي سالت لها مداد الباحثين وخصصت لها نقاشات ودراسات مطولة من قبل الهيئات المعنية وغير المعنية. لما تشكله من اهتمام كبير لدى طبقة عريضة من المواطنين، فكل فرد يأمل في الحصول على المسكن الملائم وبالأجرة المتناسبة، ولذلك قيل وبحق أن أزمة السكن هي أزمة التي تجعل الإنسان وهو داخل وطنه بأنه غريب عن هذا الوطن.

ونظرا لما أصبح يفرضه واقع الحال من صعوبة امتلاك جميع الأشخاص لمحل في المكان الذي يجدون أنفسهم مضطرين لسكن فيه أو يرونه مناسباً لتلبية احتياجاتهم، فإنه لا يبقى أما هؤلاء بذا من اللجوء إلى إبرام عقد الكراء.

ولم يستقر عقد الكراء على تنظيم تشريعي واحد بل تعاقبت على تنظيمه مجموعة من القوانين¹⁴⁹³ عبر فترات زمنية معينة، لكن ما يلاحظ على جل هذه القوانين أنها تنساق وراء حماية المكثري باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية.

ورغم أن هذه الفكرة قد عمرت طويلا إلى أنها أصبحت متجاوزة بفعل عزوف المكثري عن كرات محلاتهم خوفا من فقدانها بدعوى أن قانون الكراء¹⁴⁹⁴ لم يوفر لهم الحماية اللازمة، وهذا الأمر قد ترتب عنه مجموعة من المشاكل الاقتصادية واجتماعية. دفعت بالمشرع المغربي إلى إصدار قانون رقم 67.12¹⁴⁹⁵ إيمانا منه في تخفيف من وطأة هذه المشاكل وإيجاد أكبر قدر من التوازن، وذلك بمنح بعض الحماية للمكثريين لاسيما في ما يتعلق بتوجيه الإشعار بالإفراغ، حتى يكونوا على بينة من أمرهم أنهم لن يفقدوا محلاتهم وذلك من أجل تشجيعهم على كرائها.

وبعد طول الانتظار دام لحوالي 33 سنة جاء المشرع المغربي بقانون رقم 67.12 المنظم للعلاقة التعاقدية بين المكثري والأماكن للسكنى والاستعمال المهني، والذي تضمن مجموعة من المستجدات همت كل أطوار عقد الكراء أهمها الجانب المتعلق بتوجيه الإشعار بالإفراغ، والذي يعد أبرز مرحلة في عقد الكراء لأنه مهما طال إلا وينتهي لأنه من عقود المدة.

وحتى يمارس المكثري هذا الحق الأصيل ألا وهو توجيه الإشعار بالإفراغ فلا بد وأن يسلك مجموعة من الإجراءات الشكلية التي تعد التزام يلقى على عاتقه.

ومن ثم يمكن طرح السؤال التالي ما مدى توقف المشرع المغربي من خلال القانون رقم 67.12 في توفير الحماية للمكثري من أجل ممارسة الحق وتقيد بالالتزام في توجيه الإشعار بالإفراغ وذلك من أجل الحد من التخوفات التي كانت تتنابه من جراء فقدانه لمحله المكثري؟

وسعيا وراء الإجابة على هذا السؤال ارتأيت تقسيم هذا الموضوع الى مطلبين:

¹⁴⁹² ينص الفصل 627 من ق.ل.ع، والذي نص على أنه "عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه لأخر منفعة منقول أو عقار، خلال مدة معينة مقابل أجرة محددة يلزم الطرف الآخر بدفعها له".

¹⁴⁹³ بالإضافة إلى المقننات العامة في قانون الالتزامات والعقود عرف عقد الكراء زخم هائل من النصوص القانونية الخاصة التي تعاقبت على تنظيمه بدءا من ظهير 5 ماي 1928 ومرورا بظهير 25 دجنبر 1980 وإنهاء بقانون رقم 67.12.

¹⁴⁹⁴ المقصود بقانون الكراء هنا هو ظهير 25 دجنبر 1980.

¹⁴⁹⁵ يتعلق الأمر بالظهير الشريف، رقم 1.13.111 الصادر في 15 محرم 1435 الموافق ل 19 نوفمبر 2013، بتنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكثري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني.

المطلب الأول: حق المالك في توجيه الإشعار بالإفراغ في ضوء القانون رقم 67.12

الفقرة الأولى: حق المالك في الاسترجاع النهائي للاحتياج

الفقرة الثانية: حق المالك في الاسترجاع المؤقت للاحتياج

المطلب الثاني: التزام المالك في توجيه الإشعار بالإفراغ في ضوء القانون رقم 67.12

الفقرة الأولى: التزام المالك بتضمين الإشعار بالإفراغ لجميع البيانات

الفقرة الثانية: التزام المالك بتبليغ واثبات الإشعار بالإفراغ

المطلب الأول: حق المالك في توجيه الإشعار بالإفراغ في ضوء القانون رقم 67.12

لقد تناول المشرع المغربي بمقتضى الباب السابع من القانون رقم 67.12 كل ما يتعلق بحق المالك في توجيه الإشعار بالإفراغ، وذلك في المواد من 44 إلى 54 بحيث أنه أكد من خلال المادة 45 على ضرورة توجيه إشعار المكثري بالإفراغ بنصه على أنه "رغم كل شرط أو مقتضى مخالف" وهو ما يفيد أن هذه القاعدة أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لتعلقها بالنظام العام.

وقد أردف بمقتضى المادة 48¹⁴⁹⁶ من نفس القانون مؤكدا على أسباب الإفراغ التي تتطلب ضرورة توجيه الإشعار بالإفراغ. وما يمكن ملاحظته من خلال هذه المادة أن المشرع ذكر التماطل في الأداء ضمن الأسباب التي تلزم المكثري الراغب في الإفراغ بسببها أن يوجه الإشعار بالإفراغ إلى المكثري، وأكد كذلك على نفس المقتضى في المادة 56 هذه الأخيرة التي جاءت في الباب المتعلق بفسخ الكراء والتي لا تلزم المكثري بسلوك مسطرة الإشعار بالإفراغ، والتي تنص على أنه "يمكن للمكثري أن يطلب من المحكمة فسخ عقد الكراء وإفراغ المكثري ومن يقوم مقامه، دون توجيه إشعار بالإفراغ"، وذلك في الحالات الآتية:

-عدم أداء الوجيبة الكرائية التي حل أجلها رغم توصله بإنذار الأداء-

من خلال المقارنة بين المادتين 45 و56 يتضح أن المشرع وقع في تناقض، لأن عدم أداء الوجيبة الكرائية التي حل أجلها رغم توصل المكثري بالإنذار هو ذاته التماطل في الأداء¹⁴⁹⁷. وبالتالي وجب حذف التماطل في الأداء حتى يكون هناك انسجام بين النصوص القانونية. ولن تناول التماطل في ضمن الأسباب التي تخول للمكثري توجيه الإشعار بالإفراغ لأن مكانه هو فسخ عقد الكراء وليس إنهائه.

وعلاوة على ذلك هناك تناقض آخر لا يقل أهمية عن سابقه ومردده هل أسباب توجيه الإشعار بالإفراغ جاءت في قانون رقم 67.12 على سبيل المثال أم على سبيل الحصر، وبالرجوع إلى الصياغة الواردة بمقتضى المادة 45 من نفس القانون وهي كتابي "يجب على المكثري الذي يرغب في إنهاء عقد الكراء أن يوجه إشعارا بالإفراغ إلى المكثري يستند على أسباب جدية ومشروعة من قبيل" والتي توجي ظاهريا أن أسباب توجيه الإشعار بالإفراغ على سبيل المثال وبإمكان اعتماد أسباب أخرى غير واردة في هذه المادة، لكن عندما تصل بنا

¹⁴⁹⁶ تنص المادة 45 من القانون رقم 67.12 "يجب على المكثري الذي يرغب في إنهاء عقد الكراء أن يوجه إشعارا بالإفراغ إلى المكثري يستند على أسباب جدية ومشروعة من قبيل:

-استرداد المحل المكثري لسكنه الشخصي أو لسكن زوجه أو أصوله أو فروعه المباشرين من الدرجة الأولى أو المستفيدين من الوصية الواجبة المؤسسة بمقتضى المادة 369 وما يليها من مدونة الأسرة أو المكفول المنصوص عليه في القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.172 في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002).

-ضرورة هدم المحل المكثري إعادة البناء، أو إدخال إصلاحات ضرورية عليه تستوجب الإفراغ،

-التماطل في الأداء".

¹⁴⁹⁷ حياة البراقي: الانهاء والفسخ في ظل القانون رقم 67.12، المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكثري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني، مقال منشور بالمجلة المغربية في الفقه والقضاء، العدد الثالث، السنة 2016، ص 81.

القراءة إلى المادة 48¹⁴⁹⁸ سرعان ما يتبدد هذا الفهم، والتي تسير في اتجاه العاكس. وإذا كان المشرع المغربي قد خول للمالك حق في توجيه الإشعار بالإفراغ وذلك من أجل المطالبة باسترداد محله المكترى، فإن هذا الاسترداد لا يعدوا أن يكون إما استرداداً نهائياً (الفقرة الأولى) أو استرداداً مؤقتاً (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حق المالك في الاسترداد النهائي للاحتياج

يمكن القول بداية إلى كلمة الاحتياج¹⁴⁹⁹ أو الحاجة لم يستعملها المشرع سواء في ظل القانون القديم وحتى القانون الجديد رقم 67.12 وإنما هي من ابتداء الفقه والقضاء¹⁵⁰⁰. ويعتبر ما يعرف بالاحتياج من الأسباب التي يتم الاعتماد عليها بشكل كبير في دعاوي إنهاء عقود الكراء الواردة على محل سكني أو مهني، ومرد ذلك يرجع إلى أن المكري إن لم يثبت حاجته الشخصية للسكن في المحل المراد استرداده، فكثير ما يكون له أحد الأقارب ممن لهم بمقتضى القانون حق الاستفادة من المحل يمكن إثبات حاجته للسكن فيه.

إضافة إلى ذلك فهذا السبب يترجم ترجيح كفة المالك على المكتري حين يصبح كل منهما في حاجة إلى ذات العقار وذلك انطلاقاً من أن "صاحب الملك أولى وأحق باستعماله من غيره"¹⁵⁰¹. ولم يجعل المشرع المغربي رخصة الإفراغ للاحتياج حكراً على المكري فحسب بل وسع من دائرة المستفيدين من توجيه الإشعار بالإفراغ لهذا السبب (أولاً) وفي المقابل ذلك قلص من شروط توجيهه (ثانياً).

أولاً: توسيع دائرة المستفيدين من توجيه الإشعار بالإفراغ للاحتياج

كان الفصل 13 من ظهير 23.12.1980 ينص على أنه يمكن للقاضي تصحيح الإشعار بالإفراغ إذا كان المقصود سكني المكري بنفسه بالمحل أو أصوله أو فروعه المباشرين أو المستفيدين إن كانوا من الوصية المؤسسة بمقتضى الفصل 266 من قانون الأحوال الشخصية، ولعل أهم مستجد جاء به المشرع في قانون رقم 67.12 هو أنه أضاف المكفول المنصوص عليه في القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

1- المكري

لقد وقع خلاف بادئ الأمر حول مفهوم المكري الوارد في النص القديم والذي احتفظ به المشرع حتى في النص الجديد وذلك حول ما إذا كان لازماً أن يكون هو المالك للمحل الذي ينبغي إفراغه أم لا، وبمعنى آخر هل الإفراغ للاحتياج مرتبط بحق الملكية أم بعنصر المنفعة؟

اختلفت توجهات الفقه في الإجابة على هذا السؤال بحيث ذهب الاتجاه الأول إلى أن استرداد المحل للسكنى مكفول للمالك ولغيره ممن يكون مكرياً كالمستفيع والمكري من الباطن. لأن إجازة الإفراغ للاحتياج مرتبطة بحق المنفعة وليس بحق الملكية ولذلك فإن حرمان المؤجر من الباطن المالك تحكم لا مبرر له¹⁵⁰².

¹⁴⁹⁸ تنص المادة 48 من القانون رقم 67.12 على أنه "لا يمكن للمحكمة أن تصحح الإشعار بالإفراغ إلا للأسباب الواردة في المادة 45 أعلاه"

¹⁴⁹⁹ يقصد بالاحتياج تلك الحالة التي يكون فيها المالك أو من يعيش في كنفه أحوج إلى المحل المأجور بسبب تغيير ظروفه العائلية أو ممارسته لحق من الحقوق الطبيعية كالزواج أو تغيير طبيعة العمل وما يترتب عن ذلك من تحول في الحياة الاجتماعية لطالب الاحتياج.

- عبد القادر العرعري: النظرية العامة للعقود المسماة، عقد الكراء المدني، الطبعة الثالثة، مطبعة الكرامة، سنة 1434_2013، ص 166.
¹⁵⁰⁰ حياة البراقبي: حق المطالبة بالإفراغ الضمانات والحدود في الظهير 25 دجنبر 1980، وتطبيقاته القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني المعمق، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدا الرباط، السنة الجامعية 2005.2006، ص 221.

¹⁵⁰¹ حياة البراقبي: الانهاء والفسخ في ظل القانون رقم 67.12، المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني، مرجع سابق، ص 166.

¹⁵⁰² عبد الرزاق أحمد السنهاوري: شرح القانون المدني، الجزء السادس المجلد 2، ص 1173.

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى أن حق الإفراغ من أجل السكنى مرتبط بالملكية، ولا صلة له بالمكري غير المالك. ويقوم هذا على أساس المفاضلة بين حق المالك في الانتفاع بملكه وحق المكتري في البقاء في العين إذ يرجح في هذه الحالة حق الأول على الثاني أما إذا كان المكري غير المالك فلا سبيل إلى تغليب مصلحته على مصلحة المكتري¹⁵⁰³.

ويبدو أن الاتجاه الثاني أقرب إلى الصواب لأن المشرع قصد بالمكري "المالك" وليس المنتفع وهو ما يفهم من سياق المادة 49 من قانون رقم 67.12 التي تنص على أن "يكون المحل المطلوب إفراغه ملكا للمكتري منذ 18 شهرا على الأقل من تاريخ الإشعار بالإفراغ". وقد أكدت على ذلك عدة قرارات لمحكمة النقض تؤكد على أحقية المالك في استرداد محله ليسكن فيه¹⁵⁰⁴.

وفي هذا الصدد يمكن القول بأن لفظ المكري الوارد في المادة 45 من القانون رقم 67.12 ينصرف للرجل والمرأة على حد سواء، ولا يسوغ تمييز بينهما¹⁵⁰⁵. وبالتالي يحق للمرأة المتزوجة استرداد محلها لسكن به شخصيا رفقة عائلتها.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض والذي اعتبرت على أنه يحق للمرأة المتزوجة المكريّة إفراغ المكتري قصد السكنى وهي زوجها وفروعها، وليس في ذلك أي تعارض مع مدونة الأسرة التي تلزم الزوج بالإنفاق¹⁵⁰⁶. وباعتبار أن الاحتياج مسألة واقعية لذلك فإن إثبات هذا العنصر يلقي في الأصل على مدعيه ألا وهو المكري¹⁵⁰⁷. مادام أثبت أنه اضطر للمطالبة بإفراغ مسكنه ويستطيع الإثبات بشتى الطرق ويدخل في ذلك حتى القرائن لأن الأمر يتعلق بإثبات واقعة مادية¹⁵⁰⁸.

2- أقارب المكري

بالإضافة إلى المكري الذي خول له المشرع المغربي بمقتضى المادة 45 من القانون رقم 67.12 حق توجيه الإشعار بالإفراغ للاحتياج للسكنى فإنه في بعض الأحيان قد لا يكون هو المحتاج مما يتطلب منه الأمر تضمينه أحد أقاربه.

أ- أصول وفروع المكري

لقد أكدت المادة 45 من القانون رقم 67.12 على أن أصول المكري أو فروع المباشرين يعتبرون من بين المستفيدين من رخصة المطالبة بالإفراغ للاحتياج.

¹⁵⁰³ الحسين بلحساني: الحماية القانونية لمكتري المحلات السكنية، موجبات الإفراغ، مطبعة الأحمدية، الطبعة الثالثة، 2001، 1422، ص 87.

¹⁵⁰⁴ قرار لمحكمة النقض، رقم 2053 الصادر بتاريخ 21.6.2006 ملف مدني، عدد 1980/1/6/2005، غير منشور، أورده مصطفى لزرقي، الإفراغ للسكن وفقا مقتضيات ظهير 25 دجنبر 1980 وتوجهات مجلس الأعلى، مقال منشور بالندوة الجهوية الأولى لمجلس الأعلى، حول قضايا كراء الأماكن السكنية والمهنية والمحلات التجارية، من خلال اجتهاد المجلس الأعلى، سنة 2007، ص 393.

¹⁵⁰⁵ محمد بونبات: تنظيم العلاقات بين المكري والمكتري، (القانون 79.6 المنظم بظهير 1980)، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلسلة الكتب، العدد 16 مراكش، سنة 1998، ص 88.

¹⁵⁰⁶ قرار محكمة النقض عدد 96 في الملف عدد 07.1648 تحت عدد 96 الصادر بتاريخ 14.01.2009.

وفي قرار آخر لمحكمة النقض "وإن كانت نفقة زوجة على زوجها طبقا لمدونة الأحوال الشخصية فإن لها الحق كمالكة مكرية أن تطلب إفراغ المكتري من محلها قصد السكن زوجها وأولادها وأن سكناها في سكنة إدارية منحت لزوجها لا يسقط حقها المنصوص عليه في الفصل 13 من ظهير 25.12.1980" قرار محكمة النقض، عدد 3462 الصادر بتاريخ 28/12/2005 في الملف المدني، عدد 2004/6/1/1/1843، أورده محمد العيادي، بعض توجهات المجلس الأعلى في قضايا الكرية، مقال منشور بملحق بأهم مبادئ قرارات المجلس الأعلى، المائدة المستديرة الخامسة حول موقف التشريع والقضاء من المنازعات المتعلقة بعقود الكراء، العدد الخامس، سنة 2011، ص 45.

¹⁵⁰⁷ عبد القادر العرعاري، عقد الكراء، مرجع سابق، ص 178.

¹⁵⁰⁸ عبد العالي مجبر: الأسباب المشروعة للحكم بإفراغ المحلات المعدة للسكنى بين النصوص القانونية وموقف المجلس الأعلى، مقال منشور بالندوة الجهوية الأولى للمجلس الأعلى، حول موضوع قضايا كراء الأماكن السكنية والمهنية والمحلات التجارية من 22 و 23 فبراير، 2007، ص 33.

وقد أثارت كلمة المباشرين الواردة في المادة 45 خلاف من بين الأوساط الباحثين حيث جرح رأي الأول إلى أن الاستفادة من رخصة الإفراغ محصورة في الأصول المباشرين أي الأبوين دون الأجداد¹⁵⁰⁹. أما الرأي الثاني فقد اعتبر أن الاستفادة تسري على الأصول بصفة عامة سواء كانوا أباء أو أجداد لأن صفة المباشرين تنسحب في النص على الفروع دون الأصول¹⁵¹⁰.

ويعتبر من وجهة نظرنا أن الاتجاه الثاني مجانب للصواب ويقتضيه مبدأ العدالة والإنصاف على اعتبار أن الأجداد هما أكبر سنا من أولادهم وبلوغهم من السن عتيا يفرض العناية بهم من جهة وأن المشرع لو كان يقصد الأصول والفروع لاستعمل "واو" العطف بدل "أو" من جهة أخرى.

ب- المستفيدين من الوصية الواجبة

الوصية الواجبة هي جزء من التركة يستحقه أبناء الابن وأبناء البنت المتوفى أو المتوفاة قبل أبيه أو أمه إذا لم يكونوا وارثين¹⁵¹¹. وقد كانت الوصية الواجبة حق لأولاد الابن دون البنت في قانون الأحوال الشخصية القديم، لكن مدونة الأسرة التي حلت محلها قد سوت في استحقاق الوصية الواجبة بين الأولاد الابن وأولاد البنت إذا توفي أحدهما أو كلاهما قبل والده أو أمه¹⁵¹². وبالتالي أصبح من حق ولد البنت المطالبة بتوجيه الإشعار بالإفراغ إسوة بولد الابن.

ويبقى الاستناد إلى الاحتياج ذوي الوصية الواجبة استثناء من قاعدة الاعتداد باحتياج الفروع المباشرين فقط لأنهم أحفاد وفروع من الدرجة الثانية في نفس الوقت، إلا أن الاستناد على احتياج أبناء البنت المتوفاة قبل والدها يثير بدوره مسألة التوفيق بين مقتضيات قانون الكراء ومدونة الأسرة لأن أحفاد أبناء البنت غير الرشداء يقع على والدهم تكليف إسكانهم¹⁵¹³.

ج- المكفول

فالكفالة عمل إنساني بالأساس يرمي إلى توفير حياة عادية وسليمة للطفل المتخلى عنه سواء كان معروف الأبوين أو كان مولود من السفاح. وذلك من أجل تربيته وتنشئته والإنفاق عليه كما يفعل الأب مع ولده دون أن يترتب على هذه الكفالة حق في النسب ولا في الإرث¹⁵¹⁴. ولقد راعى المشرع المغربي وضعية المكفول رافة به لإيجاد سكت يأويه ولو على حساب المكفول لأنه غالبا ما يكون أحوج إلى ذلك لاسيما أنه ليس لديه ما يعينه سوى المكفول. غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن هذه الرعاية همت الأشخاص المكفولين طبقا للقانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين دون المكفولين خارج هذا القانون، وهذا التمييز لم نجد له أي مبرر من قبل المشرع المغربي.

ثانيا: تلطيف من شروط توجيه الإشعار بالإفراغ للاحتياج

لقد نصت المادة 49 من القانون رقم 67.12 على شروط اللازم توفرها لصحة توجيه الإشعار بالإفراغ بسبب الاحتياج لسكن وهما شرط المدة (أ) وعدم شغل الغير المستفيد محلا في ملكه وكافيا لحاجياته العادية (ب).

¹⁵⁰⁹ أحمد عاصم: الحماية القانونية للكراء السكني والمهني، دراسة تحليلية للنصوص على ضوء أحكام القضاء وقرارات المجلس الأعلى، الطبعة الأولى، مطبعة دار النشر المغربية، سنة 1996 ص 117.

¹⁵¹⁰ ادريس اليعقوبي: إشكالية إفراغ محلات السكنى بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، سنة 1989، ص 85.

¹⁵¹¹ تنص المادة 369 من مدونة الأسرة على ما يلي "من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الابن أو البنت قبله أو معه وجب على لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بمقدار و الشروط الآتية"

¹⁵¹² حياة البراقني: حق المطالبة بالإفراغ والضمانات والحدود في الظهير 25 دجنبر 1980، وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص 136.

¹⁵¹³ حسان أعبود: قراءة في القانون 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكفول والمكفول للمحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني، مقال منشور بمجلة محكمة النقض، العدد 15 سنة 2014، ص 176.

¹⁵¹⁴ محمد الشافعي: كفالة الأطفال المهملين، الطبعة الأولى، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، سنة 2003، ص 13.

1- شرط المدة

من خلال مقتضيات المادة 49¹⁵¹⁵ من القانون رقم 67.12 يتضح أنها جاءت بمستجد مفاده تخفيض مدة التملك بالنسبة للمالك المحتاج الراغب في توجيه الإشعار بالإفراغ إلى ثمانية عشرة شهرا من تاريخ الإشعار، بدل ثلاثة سنوات التي كانت في ظل القانون القديم مخفضا درجة الحرص على مصلحة المكتري بتخفيض مدة التملك الى نصفها.

ولعل الغاية من اشتراط هذه المدة هو محاربة المضاربات العقارية الكيدية الهادفة إلى إخلاء المكترين بعد فترات وجيزة من تملك العقار المأجور، وهذا ما أكدته محكمة النقض حيث أنها اعتبرت بأن الإنذار بالإفراغ يكتسي طابع المضاربة في حالة توجيهه بعد تاريخ الشراء بقليل¹⁵¹⁶. وبالإضافة إلى هذا المستجد أضافت نفس المادة مستجد آخر يتجلى في أنها سمحت للوارث والموصى له والمكفول حق الاستفادة من احتساب المدة التي كان يملك خلالها المالك السابق، وبهذا وضعت حد للإشكالات التي كانت تطرح سابقا حول إمكانية استفادة الأشخاص المذكورين أعلاه من المدة التي كان يملك خلالها المكري المحل المكتري¹⁵¹⁷.

ويتعتبر إقحام المشرع المغربي للمكفول في الاستثناء المنصوص عليه في المادة 49 من القانون رقم 67.12 إلى جانب الوارث والموصى له، له ما يبرره لأن الكفالة لا تنقل أموال الكافل إلى المكفول وذلك خلافا للإرث والوصية، فالمكفول ليس خلفا عاما¹⁵¹⁸، وبهذا يكون المشرع قد منح للمكفول ما لم يمنحه لباقي المستفيدين من زوج وفروع وأصول بأن جعله يتمتع بامتيازات لا يتمتعون بها¹⁵¹⁹.

وأن ذكر المكفول بمقتضى البند الأول من المادة 49 من القانون رقم 67.12 دون الإشارة إلى القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين عكس ما نص عليه في المادة 45 هل هو سهو من المشرع أم ترك الباب مفتوح على مصراعيه للمكفول سواء المهمل أو الغير المهمل؟.

2- عدم شغل المستفيد محلا في ملكه وكافيا لحاجياته العادية

لقد نصت على هذا الشرط الفقرة الثانية المادة 49 من قانون رقم 67.12¹⁵²⁰ وعلى ما يبدو من صياغتها أن هذا الشرط يخص الأماكن المعدة للسكنى دون تلك المعدة للاستعمال المهني على اعتبار أن المادة استعملت مصطلح "سكنا". ولا يجب أن يفهم من وراء ذلك أن توفر المكري على محل في ملكه يعد قرينة قاطعة على أنه غير محتاج، إذ قد قضت محكمة النقض بنقض قرار استئنافي رفض دعوى الإفراغ بعلّة أن المكري يسكن في جزء من العقار الذي يملكه وقد اشترى جزء ثاني وهو مسكون وأن هدفه بالتالي هو التوسع في السكن فقط¹⁵²¹.

¹⁵¹⁵ تنص المادة 49 من القانون رقم 67.12 أنه "لا يقبل طلب تصحيح الإشعار بالإفراغ لسبب المشار إليه أعلاه في البند الأول من المادة 45 أعلاه إلا بتوفر الشرطين التاليين:

1- أن يكون المحل المطلوب إفراغه ملكا للمكري منذ 18 شهرا من تاريخ الإشعار بالإفراغ..."
¹⁵¹⁶ قرار محكمة الاستئناف بالرباط، بتاريخ 1956/12/3 إبراهيم زعيم ومحمد فركت الكراء نصوص والاجتهاد (1913.1985)، السلسلة الجديدة في التشريع المغربي، الطبعة الأولى، سنة 1998، ص 86.

¹⁵¹⁷ وسيلة حرنان: الإشكالات المتعلقة بالإفراغ، في ضوء القانون رقم 67.12، المتعلق بالكراء السكني أو المهني، مقال منشور بسلسلة الندوات والأيام الدراسية، قراءة في مستجدات القانون رقم 67.12، المتعلق بالكراء السكني والمهني، سنة 2014، ص 7.

¹⁵¹⁸ تنص المادة 2 من قانون كفالة الأطفال المهملين، في فقرتها الأخيرة على أنه "لا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث".

¹⁵¹⁹ حياة البراقبي: إنهاء وفسخ عقد الكراء المحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني، في ظل قانون رقم 67.12، مرجع سابق، ص 115.

¹⁵²⁰ نص الفقرة الثانية من المادة 49 من القانون رقم 67.12 على ما يلي ".... أن يكون المكري أو زوجه أو أصوله أو فروعهم المباشرين من الدرجة الأولى أو المستفيدين من الوصية الواجبة حسب الحالات أو المكفول طبقا لمقتضيات القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين لا يشغلون سكنا في ملكيتهم أو كافيا لحاجياتهم العادية".

¹⁵²¹ قرار محكمة النقض رقم 525 بتاريخ 16 يوليوز، 1982، ملف مدني عدد 84586 منشور بمجلة القضاء المجلس الأعلى عدد 31 ص.

فالحاجة إلى التوسع في السكن مثل الحاجة إلى السكن سواء بسواء ، فالمشرع بإضافته لعبارة كافيا لحاجياتهم العادية يفيد أن المكري أو دويه الذين لهم سكن في ملكهم ولكن غير كاف لحاجياتهم يعتبرون في حكم من ليس له سكن في ملكه في مجال الاحتياج¹⁵²².

وقد يدعي طالب الإفراف عدم ملائمة السكن الذي يشغله لوضعيته الصحية إذ أن جعل السكن مناسباً للحالة الصحية هي من أهم الحاجيات العادية التي يرغب الإنسان توفرها في المنزل الذي يأويه، خاصة إذا كان الأمر مقروناً بتقرير طبي يبرر رغبته في استبدال المحل الذي يشغله بمحل آخر متوفر على مواصفات تلائم حالة الصحية ومتوفرة في سكن يملكه والذي يؤجره للغير¹⁵²³.

وما تجدر إليه الإشارة أخيراً أنه لا يشترط توفر هذين الشرطين المشار إليهم أنفاً إذا عرض المكري على المكتري سكناً مماثلاً للمحل المطلوب إفرافه بنفس المواصفات ونفس الوجبة الكرائية، لكن قد يعترض المكتري على اقتراح المالك للمحل الجديد بحجة أن المحل لا يراعي الشروط المنصوص عليها في المادة 49 هذه الفرضية لم يشر لها المشرع المغربي ولا لإجراءاتها، وهو ما يعتبر فراغاً تشريعياً يجب سده وذلك باحتكام إلى المنطق الذي يفرض لجوء المكري إلى المحكمة لتحسم في النزاع إذا تبين لها أن الشروط المطلوبة في المادة 49 من القانون رقم 67.12 متوفرة حكمت بالإفراف لأن رفض المكتري في هذه الحالة لا يعدوا أن يكون تعسفاً وتعتنا من جانبه¹⁵²⁴.

الفقرة الثانية: حق المالك في الاسترجاع المؤقت للهدم وإدخال التغيير على البناء

لقد منح المشرع المغربي بمقتضى المادة 45¹⁵²⁵ من قانون رقم 67.12 للمكثري حق في الاسترجاع المؤقت لمحلته المكتري وذلك لضرورة الهدم وإعادة البناء، وإدخال الإصلاحات ضرورية عليه. وعكس السبب الأول المتعلق بالاسترجاع للاحتياج الذي يقوم على الاسترجاع النهائي فإن هذا السبب يقوم على الاسترجاع المؤقت، في حالة توفر حالاته، وينتهي هذا الحق بممارسة المكتري لحقه في الرجوع إلى المحل إذا ما تحقق الغرض من إفرافه.

أولاً: حالات الاسترجاع المؤقت للهدم وإدخال التغيير على البناء

يقصد بالهدم هو إزالة البناء برمته وتحويله إلى أنقاض بحيث تصبح الأرض مجردة منه كله¹⁵²⁶. أما إدخال التغييرات فهي كل الأعمال والإصلاحات الهادفة إلى ترميم البناء أو تدعيمه أو توسيعه أو الزيادة فيه لا فرق في ذلك بين الإصلاحات الضرورية أو تلك التي تملئها ظروف الاستعجال القصوى التي لا تحتل التأخير¹⁵²⁷.

¹⁵²² أحمد عاصم: الحماية القانونية للكراء السكني والمهني، مرجع سابق، ص 118.

¹⁵²³ لقد قضت محكمة النقص في قرار لها بأنه "يكون غير مرتكز على أساس ومعرض للنقض والإبطال القرار الذي اعتبر أن حالة المرض المحتج بها من طرف طالب المصادقة على الإشعار بالإفراف للاحتياج لا يمكن أن تكون سبباً للمصادقة عليه دون أن تبحث المحكمة مصدرته في واقعة الاحتياج وتقديرها على ضوء الحالة المرضية للبنى المراد إسكانها لاسيما وقد تمسك الطاعنون بأنه يتعذر عليها الصعود إلى الطابق الرابع الذي تسكن فيه معهم بناء تعليمات طبيبها الذي أجرى لها عملية جراحية على القلب".

قرار رقم 2886 بتاريخ 6-9-2006 عدد 3026-6-1-2004 أورده مصطفى لزرقي، الإفراف للسكن وفقاً مقتضيات ظهير 25 دجنبر 1980، وتوجهات مجلس الأعلى، مقال منشور بالندوة الجهوية الأولى لمجلس الأعلى، حول قضايا كراء الأماكن السكنية والمهنية والمحلات التجارية، من خلال اجتهاد المجلس الأعلى، سنة 2007، ص 404.

¹⁵²⁴ الحسين بلحساني: الحماية القانونية لمكثري المحلات السكنية، موجبات الإفراف، مرجع سابق، ص 366.

¹⁵²⁵ تنص المادة 45 من القانون رقم 67.12 على أنه "يجب على المكري الذي يرغب في إنهاء عقد الكراء أن يوجه إشعار بالإفراف إلى المكتري يستند على أسباب جدية ومشروعة من قبيل:

- ضرورة الهدم المحل المكتري وإعادة بناء وإدخال إصلاحات ضرورية عليه تستوجب الإفراف".

¹⁵²⁶ حياة البراقبي: حق المطالبة بالإفراف والضمانات، والحدود في ظهير 25 دجنبر 1980، وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص 173.

¹⁵²⁷ عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 187.

ويعتبر الإفراغ لضرورة الهدم وإدخال التغييرات على البناء من الأسباب التي أكد عليها المشرع المغربي في إطار القانونين القديم وكذا الجديد بحيث أكد هذا الأخير في المادة 50 منه على أنه " يتعين تصحيح الإشعار بالإفراغ إذا كان هدم المحل أو إدخال تغييرات هامة عليه ضروريا ويستوجب إفراغ المكتري من المحل المكترى " وبمفهوم المخالفة إذا كان الهدم وإدخال التغييرات على المحل لا يستوجب إفراغ المكتري فلا داعي لتصحيح الإشعار بالإفراغ، وسيان في ذلك إذا كان الهدم جزئيا. أما إذا كان كليا وتستدعيه الضرورة فلا مناص من إفراغ المكتري.

لكن إذا كانت الضرورة شرطا لازما لنشوء حق المكري في طلب الاسترجاع المؤقت لمحلّه من أجل هدمه أو إدخال تغييرات عليه، فيتوجب علينا الوقوف على معناها حتى يزال الغموض وتتضح الصورة بمكان.

لقد انقسمت الآراء حول معنى الضرورة إلى رأيين، فالرأي الأول يحصر معناها في نطاق ضيق بحيث أنها تتحقق في حالة ما إذا كان المحل مهددا بالسقوط أو الانهيار مما يفرض في هذه الحالة أن يتدخل المكري لتفادي هذا الخطر إما بترميم المبنى وإصلاحه وإما بهدمه كليا أو جزئيا بحسب الأحوال وما تقتضيه وضعية البناء¹⁵²⁸. أما الاتجاه الثاني فقد توسع في معنى الضرورة مؤكدا أن المشرع لم يحدد حالات الهدم بل اشترط فقط توفر حالات الضرورة تاركا أمر تقديرها للقضاء، بحيث تستوعب كافة الصور التي يكون فيها الهدم ضروريا لدواعي الأمن أو الصحة أو للضرورة الاقتصادية أو العمرانية¹⁵²⁹. وما يميز هذا الاتجاه هو أنه مؤيد من طرف القضاء¹⁵³⁰.

ويتضح من خلال الفقرة الثانية من المادة 50¹⁵³¹ أن المشرع المغربي اعتنق الرأي الثاني الذي يتوسع في معنى الضرورة. وهو ما يكرس في نظرنا حماية الأطراف العلاقة التعاقدية وذلك في الحفاظ على المحل المكترى من الانهيار من جهة والحفاظ على المحل المكترى من جهة أخرى.

وعلاوة على ذلك فإذا كانت معنى الضرورة عرفت اختلاف في الرأي فإن حالاتها لن تخلو بدورها من خلاف بحيث أن البعض قد جنح إلى أن حالات الضرورة جاءت على سبيل الحصر لأن المشرع المغربي لا يترك مجال لاعتبار حالات الضرورة أخرى غير المنصوص عليها مثل الهدم امتثالا لقرار إداري أو قضائي لا علاقة له بانعدام الشروط الصحية والأمنية¹⁵³².

أما الاتجاه الآخر فقد أكد على أن هذه الحالات جاءت على سبيل المثال وسندهم في ذلك أنه يمكن للقضاء الحكم بالإفراغ للهدم وإعادة البناء وإدخال إصلاحات متى كان السبب الذي يستند عليه المكري جديا وأدلى رفقة طلبه برخصة البناء وتصميم مصادق عليه¹⁵³³، لذلك يمكن إضافة بعض الأسباب الجديدة الأخرى المبررة للهدم وإعادة البناء من قبيل تنفيذ قرار إداري أو حكم قضائي أمر بالهدم.

¹⁵²⁸ سين بلحساني: الحماية القانونية لمكتري المحلات السكنية، موجبات الإفراغ، مرجع سابق، ص 358.

¹⁵²⁹ أحمد عاصم، الحماية القانونية للكراء السكني والمهني، مرجع سابق، ص 70.

¹⁵³⁰ حيث قضت محكمة النقض إلى أن "الهدم يكون ضروريا لكي يقام بناء جديد مكان بناء المهدم كما يكون ضروريا إذا اقتضته وضعية البناء لانعدام الشروط الصحية أو الأمنية لسكانه".

– قرار محكمة النقض، عدد 1978 بتاريخ 1987/9/23، في الملف المدني عدد 83/815، قضاء مجلس الأعلى، العدد 41 نونبر 1988، ص 29.

¹⁵³¹ تنص الفقرة الثانية من المادة 50 من القانون رقم 67.12 " ...يكون الهدم وإدخال التغييرات ضروريا إذا اقتضته وضعية البناء لانعدام الشروط الصحية وأمنية به أو إذا رغب المكري في إقامة بناء جديد مكان البناء المهدم أو ظهرت مستجدات بمقتضى وثائق التعمير تسمح ببناءات إضافية من شأنها أن تمنع العقار".

¹⁵³² حياة البراقي: إنها وفسخ عقد كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني في ظل قانون رقم 67.12، مرجع سابق، ص 77.

¹⁵³³ نزهة الخالدي، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع عقد الكراء وفقا للقانون الالتزامات والعقود، والقوانين المقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة تطوان، سنة 2016، ص 255.

وفي اعتقادنا المتواضع أن الرأي الثاني يبقى مجانباً للصواب وسندنا في ذلك صياغة المادة 50 من القانون رقم 67.12 التي استعملت عبارة " أو ظهرت مستجدات بمقتضى وثائق التعمير تسمح ببناءات إضافية من شأنها تثمين العقار " وهذه العبارة توضح بشكل لا يدع مجالاً للشك على أنه يمكن أن تظهر في أي وقت وحين حالات الهدم بمقتضى وثائق التعمير وهو ما يجعل حالات الهدم وإعادة البناء وإدخال إصلاحات واردة على سبيل المثال لا الحصر .

وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة الرابعة من المادة 50 من قانون رقم 67.12 قد منحت للمكتري إمكانية أن يطلب من المحكمة تحديد أجل للمكري يتعين خلاله تنفيذ سبب الإفراغ . وعلى كل حال لا يسري هذا الأجل إلا من تاريخ استعادة العين وبسط المكري يده عليها لا من تاريخ صدور الحكم وصيرورته نهائياً، إذ يتعذر الشروع في الأشغال وللعين تحت يد المكتري ولا احتمال تأثير امتناع المكتري المحكوم عليه وتملصه من التنفيذ بافتعال الأعذار كدعوى الصعوبة في التنفيذ مثلاً، ومن ناحية أخرى يبقى سريان ذات الأجل رهن مشيئة المكري المحكوم له مادام التنفيذ مرتبط بمبادرته ¹⁵³⁴.

ثانياً: أحقية المكتري في الرجوع إلى المحل بعد إصلاحه وإعادة بنائه

لقد أكد المشرع المغربي في المادة 50 من القانون رقم 67.12 في شقها الثاني على أحقية المكتري للرجوع إلى المحل بعد إصلاحه أو إعادة بناءه بشرط أن يستعمل هذا الحق داخل الشهرين المواليين للإشعار الصادر عن المكري وفقاً للفقرة الموالية وإلى سقط حقه .

ويعتبر أبرز مستجد جاء به المشرع هو تقليص مدة إخبار المكتري من قبل المكري على 15 يوماً من تاريخ الحصول على رخصة السكن وشهادة المطابقة بدل شهرين من نهاية الأشغال التي كانت منصوصاً عليها في ظل القانون القديم . وكذلك استعماله لعبارة "الإشعار الصادر عن المكري وفقاً للفقرة الموالية" تمييزاً له عن الإشعار في حالة الاسترجاع المحل المكتري بصفة نهائية .

أما ممارسة حق المكتري في الأسبقية للرجوع إلى المحل لم يلحقها أي تغيير حيث أبقى المشرع على المدة التي كانت واردة في الفصل 15 من القانون القديم وهي شهرين من تاريخ الإشعار الموجه له ¹⁵³⁵.

ومدة شهرين هاته فيها تعطيل للانتفاع بالعين فالمالك يحرم من الثمار المدنية ولا يستطيع الكراء للغير ولا يلتزم المكتري السابق بأداء الوجيبة الكرائية عنها حتى في حالة تمسكه بأسبقية وعودته فعلاً إلى ذات العين . لأن الأمر هنا لا يتعلق باستئناف للعلاقة الكرائية القديمة وإنما بإنشاء علاقة جديدة متفاوض عليها بدليل إنهاء العلاقة السابقة بموجب الحكم القضائي المصحح للإشعار بالإفراغ وتنصيب القانون على أن السومة الكرائية تراعى فيها التغييرات المدخلة على العين والرأس المال المستثمر فيها ¹⁵³⁶.

المطلب الثاني: التزام المالك في توجيه الإشعار بالإفراغ في ضوء القانون رقم 67.12

لما كان عقد الكراء وفقاً للقواعد العامة عقداً عادياً فإنه كان بالإمكان إنهاء هذا العقد بمجرد انقضاء المدة طبقاً للفصل 687 من قانون الالتزامات والعقود ¹⁵³⁷. غير أن هذا المبدأ عرف تطوراً نظراً لعدة مستجدات اجتماعية جعلت إنهاء عقد الكراء لمجرد انقضاء المدة المتفق عليها ضاراً بمصالح المكتري بتعويضه لعدم الاستقرار النفسي والمادي، فكان حتماً أن يتدخل المشرع لتنظيم إفراغ المكتري بضوابط خاصة، منها واجب إشعاره من طرف المكري بالإفراغ ¹⁵³⁸ وتضمين الإشعار لجميع البيانات وتبليغه وإثباته بصفة قانونية .

¹⁵³⁴ حساين أعبود. مرجع سابق ص 177.

¹⁵³⁵ حياة البراقني: إنهاء وفسخ عقد كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني، في ظل القانون رقم 67.12، مرجع سابق، ص 78.

¹⁵³⁶ حساين أعبود. مرجع سابق ص 178، 179.

¹⁵³⁷ ينص الفصل 687 من قانون الالتزامات والعقود على أنه " كراء لأشياء ينقضي بقوة القانون عند انتهاء المدة التي حددها له المتعاقدان من غير ضرورة لإعطاء تنبيه بالإخلاء، وذلك ما لم يقض الاتفاق بغيره ومع عدم الدخول بالقواعد الخاصة بكراء الأراضي الزراعية".

¹⁵³⁸ محمد بونبات: العقود المسماة، البيع الكراء، مطبعة الوراقة مراکش، سنة 1997، ص 98.

وقد عرف الفقه الإشعار "بأنه تصرف قانوني من جانب واحد يعبر عن طريقه أحد طرفي العلاقة الكرائية عن رغبته في وضع حد لعقد الكراء، بعد مرور أجل معين يطلق عليه الإخطار"¹⁵³⁹.

ويعد الإشعار بالإفراغ بمثابة قيد شكلي الذي يلقي على عاتق المالك المكري التزام بسلوك الإجراءات الشكلية الواردة في الفصل 46 من قانون رقم 67.12 حتى يعتد به قانونا.

الفقرة الأولى: التزام المالك بتضمين الإشعار بالإفراغ لجميع البيانات

خلافًا للقواعد العامة¹⁵⁴⁰ التي تعتبر الإشعار بالإفراغ تصرفًا قانونيًا رضائيًا ينشأ سليماً صحيحاً بمجرد توفره على الأركان اللازمة لقيام التصرفات الرضائية بصفة عامة¹⁵⁴¹. عكس ما هو عليه الحال في ظل قانون رقم 67.12 الذي يلزم المالك بإفراغه وفق الشكل الذي رسمه المشرع في هذا القانون بحيث أصبح شكل الإشعار ركن صحة لا يرتب أي أثر إلا إذا جاء وفق ما هو محدد قانوناً¹⁵⁴². وترتبط على ذلك نستطيع القول أن المكري مقيد في مطالبته بإفراغ محل سكني أو مهني بقيد ثلاثي الوجوه يحد من حريته في ممارسة هذا الحق¹⁵⁴³، ويتجلى في بيان الأسباب التي يستند عليها وشمول الإشعار لمجموع المحل المكثري بكافة مرافقه تم تحديده لأجل شهرين على أقل.

أولاً: وجوب بيان الأسباب المثارة من قبل المكري

فكما هو واضح من خلال المادة 46 من القانون رقم 67.12 فإن المكري ملزم بتضمين الإشعار الذي يوجهه إلى المكثري قصد إنهاء العلاقة الكرائية التي تربطه به، الأسباب التي يستند عليها من أجل تبرير طلب الإفراغ. ولا شك أن هذا البيان يكتسي أهمية قصوى، ذلك أن المحكمة لا يجوز لها أن تصحح إشعاراً غير مسبب بأسباب تبرر وضع حد لعقد الكراء¹⁵⁴⁴.

إذ أن إلزام المكري ببيان السبب هو شرط لازم وضروري لصحة الإنذار، كما أن عدم تضمين الإنذار لأي سبب يجعله باطلاً، ولا يعتد به من طرف المحكمة، وقد يتضمن الإنذار سبب أو مجموعة من الأسباب، ومن المؤكد أن المحكمة إذا ما تأكدت من جدية أحد الأسباب فإنها تبحث في السبب الثاني المضمن بالإشعار بالإفراغ¹⁵⁴⁵. وهذا ما صارت عليه محكمة النقض مؤكدة على أنه "حيث أن الثابت من وثائق الملف المعروضة على القضاة الموضوع خصوصاً الإنذار الموجه للطالبة أنه أسس على ثلاثة أسباب للإفراغ أولها المطلب في أداء واجبات الكراء وثانيهما إحداث تغييرات بمحل النزاع دون إذن المكثري وثالثها رغبة هذه الأخيرة في استرجاع محلها لاستغلاله شخصياً، ولما تبين لها أن السببين الأول والثاني غير قائمين كانت على حق لما بتت في السبب الثالث المبني على الاستعمال الشخصي"¹⁵⁴⁶.

¹⁵³⁹ أحمد عاصم، الحماية القانونية للكراء السكني والمهني، مرجع سابق، ص 45.

¹⁵⁴⁰ بالرجوع إلى القواعد العامة، يتضح بأنها لا تشترط في الإشعار بالإفراغ شكل معين بل تركت الأمر إلى محض إرادة الأطراف، وبالتالي يمكن أن يكون كتابياً أو شفوياً.

¹⁵⁴¹ الحسين بلحساني: الحماية القانونية لمكثري المحلات السكنية، دعوى الإفراغ، مرجع سابق، ص 57.

¹⁵⁴² لقد نصت المادة 46 من قانون رقم 67.12 على شكل الإشعار بالإفراغ بقولها "يتضمن الإشعار بالإفراغ تحت طائلة البطلان، الأسباب التي يستند عليها المكري،

-شموله مجموع المحل المكثري بكافة مرافقه،

-أجل شهرين على الأقل".

¹⁵⁴³ حياة البراقي: حق المطالبة بالإفراغ والضمانات والحدود في ظل ظهير 1980، وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص 267.

¹⁵⁴⁴ أحمد عاصم، الحماية القانونية للكراء السكني والمهني، مرجع سابق، ص 38.

¹⁵⁴⁵ وسيلة حرنان: مرجع سابق، ص 2.

¹⁵⁴⁶ قرار محكمة النقض، عدد 181 المؤرخ في 2012/02/16، ملف تجاري عدد 2011/2/3/1242، منشور بمجلة الحاكم المغربية، عدد 139، الصفحة 21 وما يليها.

والحقيقة أن تسبب الإشعار بالإفراغ¹⁵⁴⁷ يكتسي أهمية بالغة إذ لا يمكن للمكتري الموجه إليه هذا الإشعار أن يقرر قبوله أو رفضه ولا أن يهيئ دفاعه في حال عرض النزاع على القضاء إلى على ضوء السبب المبين فيه¹⁵⁴⁸.

ويعتبر استلزام بيان الأسباب المثارة من المستجندات التي جاء بها ظهير 1980 وتبناها المشرع كذلك في قانون رقم 67.12 ذلك أنه في إطار القواعد العامة لم يكن المكري ملزماً بشرح الأسباب والمبررات التي استدعت إقدامه على إفراغ المكتري، إذ كان يكفي أن يحمل إلى المكتري رغبته وعزمه على هذا الإفراغ ولم يشترط في ذلك سوى أن يعبر عن هذه الرغبة بوضوح أكيد لا يكتنفه أي غموض¹⁵⁴⁹. إلا أن الإشكال الذي يطرح في هذا السياق هل أسباب التي يستند عليها المكري للمطالبة بالإفراغ واردة على سبيل الحصر أم المثال؟

ودون الدخول في الاختلاف الفقهي يمكن القول بأن أسباب الإفراغ واردة على سبيل المثال¹⁵⁵⁰ وليس الحصر وسندنا في ذلك فلسفة المشرع المغربي في القانون الجديد التي تميل إلى حماية المكري.

ثانياً: وجوب تضمين الإشعار بالإفراغ لمجموع المحل بكافة مرافقه

لقد تمخض عن هذا الشرط الذي كان منصوصاً عليه في الفصل التاسع من ظهير 1980 الملغى، الذي تقابله المادة 46 من القانون رقم 67.12 خلاف في أوساط الفقه والقضاء، إذ اعتبره البعض بياناً شكلياً إلزامياً، حين اعتبره البعض الآخر بياناً موضوعياً منقسمين إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يتمسك بحرفية النص ويعتقد أن هذا البيان المشترط في الإشعار يقتضي ذكر باعته لكل أجزاء المحل المكترى ووصفه من حيث الموقع وحصر عدد غرفه وملحقاته¹⁵⁵¹. وذلك بتعيينه تعييناً نافياً لكل جهالة، بذكر عدد البيوت، والمطبخ والحمام، وما إلى ذلك من ملحقات كالحديقة المحيطة بالمنزل مثلاً، ذلك أن هذا الإشعار له طابع شكلي ويترتب على عدم الالتزام به بشكل حرفي جزاء البطلان الذي استهل به المشرع صياغته للفصل التاسع المقابل للمادة 49 من القانون رقم 67.12.

أما الاتجاه الثاني: فيذهب إلى أن هذا البيان موضوعي يستهدف التأكيد على أن الإشعار بالإفراغ ينبغي أن يراعى فيه عدم قابليته للتجزئة بحيث يجب أن يرد على مجموع المحل المكترى وليس فقط على جزء منه حفاظاً على وحدة عقد الكراء¹⁵⁵². وذلك أن هذا البيان

¹⁵⁴⁷ محمد الكحل: التطور التشريعي والقضائي لشكلية المطالبة بإفراغ المحلات السكنية والمهنية، مقال منشور بمجلة البحوث، العدد المزدوج، 13-12، سنة 2015، ص 227.

¹⁵⁴⁸ حياة البراقبي: حق المطالبة بالإفراغ والضمانات والحدود في ظل ظهير 1980، وتطبيقاته القضائية، مرجع سابق، ص 274.

¹⁵⁴⁹ الحسين بلحساني: الحماية القانونية لمكتري المحلات السكنية دعوى الإفراغ، م س، ص 64.

¹⁵⁵⁰ لقد أكدته المحكمة الابتدائية "الاتفاق الواقع بين المكري والمكتري لمحل سكني على انتهاء عقد الكراء بعد مضي مدة معينة اتفاق صحيح ينهي الكراء لن أسباب انتهاء عقد كراء المحلات السكنية أو المهنية مذكورة على سبيل المثال لا الحصر"

_ حكم لمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، بتاريخ 10/1/20 تحت عدد 243، في الملف عدد 09/4600، منشور بالمجلة المغربية لدراسات القانونية والقضائية، عدد 3، ص 355 وما يليها.

¹⁵⁵¹ Omar Mounir introduction a l'étude du bail d'habitation au mémoire du diplôme des études supérieures université Hassan 2 faculté des sciences juridiques économique et sociales Casablanca 1984 p158.

¹⁵⁵² عبد القادر الرافعي: موضوعية اشتغال الإشعار بالإفراغ على مجموع المحلات والمرافق أم شكلية؟ مجلة رابطة القضاء، السنة 21، العدد 14_15، سبتمبر 1985، ص 25.

غير متصل مباشرة بمسطرة الفسخ، وإنما هو تكريس لمبدأ عدم تجزئة العقد الذي كان معمولاً به في القانون السابق لظهير 1980، وهو مبدأ عام من المبادئ المنظمة للكراء¹⁵⁵³.

أما محكمة النقض فقد نحت منحى الاتجاه الموضوعي حيث أكدت على أن الغاية من اشتراط التنصيص في الإشعار بالإفراغ للعين المؤجرة على مجموع المحلات المكترة بكافة مرافقها هو ضمان المحافظة على وحدة عقد الكراء إذ أن عبارة مجموع المحلات بصيغة الجمع لا تعني التنصيص عن كل جزء من أجزاء المحل الواحد كوحدة سكنية لا تقبل التجزئة وأن ما يعنيه المشرع هو تلك المحلات العكسية التي تكون فيها تجزئة العقد واردة إما بحكم الطبيعة العقار المكروى في حالة اشتغال العقد على أكثر من المحل الواحد أو بمقتضى شرط وارد في العقد¹⁵⁵⁴.

إن مرد الخلاف في الحقيقة الأمر يرجع إلى عدم تحري الدقة من قبل المشرع ظل القانون الملغى، في استعمال الألفاظ المناسبة والمعبرة بتحديد الغرض المقصود فلا شك أن المشرع كان يقصد الملحقات حين عبر عنها بالمرافق.

ولأجل وضع حد لكل هذه الخلافات الحادة ولقطع دابر كل فهم خاطئ وتطبيق منحرف جاء المشرع في المادة 46 رقم 67.12 بمصطلحات أكثر دقة بحيث أنه استبدل كلمة "المحلات" التي كانت واردة في الفصل التاسع الملغى "بالمحل" من أجل تجاوز كل خلاف فقهي أو تضارب قضائي.

ثالثاً: الإشارة إلى أجل شهرين على الأقل

لقد ألزمت المادة 46 من قانون رقم 67.12 المالك المكروى تضمين الإشعار بالإشارة إلى منح المكثري أجل شهرين على الأقل، والملاحظ أن المشرع المغربي قلص من هذا الأجل ليصبح شهرين بدل ثلاثة أشهر التي كانت مضمنة في ظل الفصل 9 من القانون 6.79 الملغى¹⁵⁵⁵.

وغني عن البيان أن قصد المشرع من اشتراط ضرورة تقييد المكروى بهذا الأجل، وهو تفادي مفاجأة المكثري بانتهاء الكراء¹⁵⁵⁶ وإعطائه مهلة كافية يتدبر فيها أمر البحث عن مكان جديد إن رضي بإفراغ المحل استجابة لرغبة المكروى بصورة تلقائية لاقتناعه¹⁵⁵⁷ بصحة السبب الذي يحتج عليه به المكروى دون ضرورة لإقامة الدعوى ضده¹⁵⁵⁸ وإلا فلإعداد دفاعه أمام المحكمة التي ستنظر في عوى تصحيح الإشعار بالإفراغ¹⁵⁵⁹. وإذا كان اشتراط المشرع الإشارة إلى أجل شهرين على أقل في الإشعار بالإفراغ من قبل المكروى، فقد لا يضمن عملياً المكروى هذا الأجل بالإشعار ويتنظر مرور أجال شهرين ثم يتقدم بطلب الإفراغ فهل يكون الإشعار هنا صحيحاً أم لا؟

للإجابة عن هذا السؤال نستدل إلى ما ذهبت محكمة النقض في ظل القانون القديم إلى اعتبار أن الإنذار المتنازع فيه والذي لا يتضمن مدة أجل الثلاثة أشهر المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من الفصل 9 من ظهير 1980/12/25 التي تنص على وجوب تضمين

¹⁵⁵³ Rachid fillal meknassi remarque a propos de la loi n 6.79 revue juridique politique et n 13_141983p71.c d'économie du Maroc n 13_14 1983 p7.

¹⁵⁵⁴ قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2010/08/24 أوردته وسيلة درنان: مرجع سابق، ص 4-5.

¹⁵⁵⁵ ندوة بموضوع، مستجدات قانون كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني، مرجع سابق، ص 7.

¹⁵⁵⁶ Filali meknassi (Rachid) op cit p71.

¹⁵⁵⁷ محمد أحمد بونبات: الجديد في كراء الأماكن المعدة للسكن والاستعمال المهني، دراسة شاملة للقوانين، 64/63.99/6.79.94، مع ربطها بالقواعد العامة المنظمة للكراء، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، سنة 2001 ص 50.

¹⁵⁵⁸ محي الدين سماعيل: نظم الكراء بالمغرب، مطبعة الساحل، الرباط سنة 1989، ص 20.

¹⁵⁵⁹ حياة البراقي: حق المطالبة بالإفراغ والضمانات والحدود في ظهير 1980، مرجع سابق، ص 289.

الإشعار بالإفراغ تحت طائلة البطلان الإشارة إلى أجل الثلاثة أشهر ولا يسوغ للمحكمة الاستعاضة عن هذا الإجراء بأي استنتاج أو اجتهاد إذ لا اجتهاد مع وجود النص¹⁵⁶⁰.

من خلال هذا القرار يتضح أن عدم الإشارة إلى أجل شهرين على الأقل بالإشعار بالإفراغ يجعله باطلا، وعلى هذا الأساس إذا كان المشرع المغربي قد رتب البطلان عند عدم احترام البيانات الواردة في المادة 46 من قانون رقم 67.12. لكن هل هذا البطلان له علاقة بالنظام وبالتالي يحق للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها أم لا بد أن يتيهه المكترى لوحده؟.

لقد أجابت محكمة النقض في ظل القانون السابق حين قضت بأن "الإشعار بالإفراغ الذي وأن نظمه القانون رقم 67.12 المتعلق بالكراء السكني والمهني تنظيما دقيقا، فهو ليس من النظام العام حتى تكون المحكمة ملزمة بإثارته من تلقاء نفسها¹⁵⁶¹.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن أجل الإشعار المحدد في شهرين هو الأجل الأدنى الذي لا يمكن للمكترى النزول عنه، وليس هناك أي مانع في الرفع منه تماشيا مع نية المشرع في تمتيع المكترى بالأجل الأطول.

الفقرة الثانية: التزام المالك بتبليغ الإشعار بالإفراغ وإثباته

من الضمانات التي أحاط بها قانون رقم 67.12 المكترى حتى لا يفاجأ بدعوى الإفراغ، ضرورة توصله بالإشعار بطريقة قانونية. وفي غياب إثبات هذا التوصل، فإن مآل دعوى الإفراغ عدم القبول.

بخلاف ما هو عليه الحال في ظل القواعد العامة فإن قانون رقم 67.12 لم يترك العنان للإرادة في مجال التبليغ بل تبنى الشكلية التي أصبحت لازمة لتعلقها بالنظام العام ويترتب على انتفاؤها بطلان الإشعار بالإفراغ.

وتعتبر هذه الشكلية التزام على المكترى في ممارسة الإفراغ، وذلك باتباع طرق بعينها لإعلام المكترى بنيته، حددها المشرع في الفصول 37 و38 و39 من قانون المسطرة المدنية (أولا) ورغم حرصه كل الحرص على أن يكون التبليغ الإشعار بالإفراغ صحيحا فإنه مازال يثير مجموعة من المشاكل في ما يتعلق بالإثباته (ثانيا).

أولا: تبليغ الإشعار بالإفراغ

انطلاقا من المادة 46¹⁵⁶² من القانون رقم 67.12 يتضح بأن المشرع المغربي قد أحال على قانون المسطرة المدنية فيما يتعلق بطرق التبليغ. ضمان لحقوق الأطراف على اعتبار أن موضوع التبليغ¹⁵⁶³ يكتسي أهمية بالغة لاسيما أنه يحدد بداية حساب أجل الشهرين المحدد في الإشعار بالإفراغ.

إلا أن الإحالة الواردة في المادة 46 من قانون رقم 67.12 على قانون المسطرة المدنية لا تعني اتباع المكترى لترتيب الوارد في هذا القانون بل له الخيار في توجيه الإشعار بالإفراغ بأي طريقة تبدو له ملائمة وناجعة.

¹⁵⁶⁰ قرار محكمة النقض، الصادر بتاريخ 2007/04/04، تحت عدد 1147 في الملف عدد، 05/2826، منشور بكتاب قوانين الكراء والعمل المغربي، محمد بفقير، ص 212، أوردته وسيلة حرنان: مرجع سابق، ص 114.

¹⁵⁶¹ قرار محكمة النقض، بتاريخ 25 يناير 1989 تحت عدد 190 الملف المدني، عدد 3238، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 42.43 نونبر 1989، ص 23.

¹⁵⁶² تنص الفقرة الأخيرة من المادة 46 من القانون رقم 67.12 على ما يلي "يبلغ الإشعار بالإفراغ بحسب الكيفيات المشار إليها في الفصول 37 و38 و39 من القانون المسطرة المدنية".

¹⁵⁶³ ويقصد بالتبليغ إيصال أمر أو واقعة ثابتة إلى علم شخص معين على يد أحد أعوان كتابة الضبط، أو أحد الأعوان القضائيين، وأو عن طريق البريد برسالة مضمونة بالإشعار بالتوصل أو بالطريقة الإدارية والهدف من ذلك هو ضمان علم المبلغ إليه الأمر المراد تبليغ. عبد الكريم الطالب: "الشرح العملي القانون المسطرة المدنية"، طبعة 2013، المطبعة والوراقة الوطنية، ص 165.

ورغم التفاتة المشرع إلى موضوع تبليغ الإشعار ونصه على الطرق التي يجب أن يتم بها في فصل خاص فإن هذا لا يعني أنه أوجد حلاً للمشاكل المرتبطة بالتبليغ بشكل عام¹⁵⁶⁴.

فبرغم من أن التبليغ عن طريق أعوان كتابة الضبط يشكل الطريقة الأساسية والأصلية، كما يتضح من قراءة أحكام الفصل 37 من قانون المسطرة المدنية¹⁵⁶⁵، إلا أنه على مستوى الممارسة العملية، تثير مجموعة المشاكل، أهمها البطء وقلة الأعوان المكلفين بالتبليغ إذ لا يقومون في الغالب الأعم بملء شواهد التسليم بالطريقة القانونية اللازمة، الأمر الذي يجعل كثير من التبليغات التي يبلغونها تتعرض للبطلان¹⁵⁶⁶. هذا ناهيك عن التبليغ بالطرق الإدارية التي لا تخلو بدورها من مشاكل بحيث أن غالباً ما لا يتم ملئ شواهد التسليم بالطريقة والدقة اللتين يتطلبهما القانون. إضافة إلى عدم تحملهم أي مسؤولية في حالة عدم التبليغ وكذلك جهلهم بالقواعد الأساسية لتبليغ وضعف التأطير خاصة بالنسبة للمقدمين والشيوخ وكثرة المهام الموكلة إليهم وعدم التنسيق مع السلطات القضائية¹⁵⁶⁷.

فكهذا فإذا كانت طريقة التبليغ برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل تبدو الوسيلة الأنسب للمكري من الناحية العملية باعتبارها أقل تعقيداً وتكلفة، فإنها ومع ذلك لا توفر لديه الاطمئنان كافياً إلى أن الإشعار الذي يوجهه سيرتب فعلاً آثاره¹⁵⁶⁸. ومرد ذلك يرجع إلى ادعاء المكري لعدم التوصل أصلاً بالرسالة الحاملة للإنذار بالإفراغ أو ادعاء فراغ الرسالة من الإشعار في الأحوال التي يكون المكري على علم مسبق بالرسالة فإنه قد يراوغ أو يتأخر في تسلمها¹⁵⁶⁹.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه رغم إحالة المشرع على قانون المسطرة المدنية في ما يتعلق بتبليغ الإشعار بالإفراغ إلا أنه مازالت تطفوا على السطح مجموعة من المشاكل. وبالتالي وجب إعادة النظر في المادة 46 من قانون رقم 67.12 حتى تستجيب أكثر لمصالح المكري من جهة في استرجاع محله في أقرب وقت والمكري حتى يكون على بينة تجعله يتدبر أمره من جهة أخرى.

ثانياً : إثبات التوصل بإشعار بالإفراغ

يكتسي التبليغ أهمية بالغة تكمن في عدم جواز احتجاج المكري بجهله لما تم تبليغه به، قياساً على قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون¹⁵⁷⁰، لا سيما أن المشرع في قانون رقم 67.12 اعتبر بأن الإشعار بالإفراغ الموجه من قبل المكري لا يربط آثاره القانونية إلا من يوم تبليغه¹⁵⁷¹ وهو ما يجعل مسألة الإثبات ذات أهمية قصوى في هذا المجال.

¹⁵⁶⁴ حياة البراقي: حق المطالبة بالإفراغ الضمانات والحدود في ظهير 25 دجنبر، 1980 مرجع سابق، ص 291.

¹⁵⁶⁵ تنص المادة 37 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي "يوجه الاستدعاء بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط، أو أحد الاعوان القضائيين أو عن طريق البريد برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بالطريقة الإدارية.

إذا كان المرسل إليه يقيم خارج المغرب، يوجه الاستدعاء بواسطة السلم الإداري على الطريقة الدبلوماسية أو بواسطة البريد المضمون عدا إذا كانت مقتضيات الاتفاقية الدولية تقضي بغير ذلك".

¹⁵⁶⁶ عبد الكريم الطالب: مرجع سابق، ص 291.

¹⁵⁶⁷ جواد أمهمول: الوجيز في المسطرة المدنية، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2015 ص 47.

¹⁵⁶⁸ الحسين بلحساني: الحماية القانونية لمكري المحلات السكنية دعوى الإفراغ، مرجع سابق، ص 151.

¹⁵⁶⁹ عبد القادر العراري: عقد الكراء، مرجع سابق، ص 223.

¹⁵⁷⁰ حسن البكري: الطبيعة القانونية لشهادة التسليم في الإثبات، مجلة القضاء والقانون العدد 150، السنة 2002، ص 63.

¹⁵⁷¹ قرار لمحكمة النقض، رقم 219 ملف مدني رقم 78354 بتاريخ، 09.02.1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، رقم 32 سنة 200، ص 14.

وبما أن المكري هو الملزم بتوجيه الإشعار بالإفراغ، فإنه هو الملزم بتحمل عبء إثبات حصول التبليغ، ولا يكفيه إثبات قيامه بالمطلوب من أجل توجيه الإشعار¹⁵⁷². وإنما عليه بالإضافة إلى ذلك أن يبرهن أن الإشعار قد وصل إلى علم من وجه إليه فعلا¹⁵⁷³. لأن التزامه ليس التزاما ببذل عناية، وإنما بتحقيق غاية هي وصول مضمون الإشعار إلى علم من وجه إليه.

وهذه مسألة تثير بعض الصعوبات، إذ قد يحدث في العمل ألا يعمد المكثري إلى سحب الرسالة من إدارة البريد رغم توصله من لدنها بإشعار يفيد وضعه للرسالة المتضمنة للتنبيه رهن إشارته، فتعاد هذه الرسالة إلى الجهة المرسله وعليها عبارات تفيد أن المعني بالأمر لم يتقدم إلى سحبها.

لقد درج القضاء المغربي على أن الإشعار بالإفراغ ليكون قانونيا لا بد من توصل المكثري به أو رفضه¹⁵⁷⁴. أما إذا أرجعت الرسالة المضمونة مؤشرا عليها بعبارة "غير مطلوب" فإنه لا يصح اعتبارها بمثابة توصل كما هو الحال بالنسبة لرفض التسليم لأن عدم سحب التنبيه من إدارة البريد لا يقوم مقام رفض التسليم ولا يمكن أن يحل محل التبليغ¹⁵⁷⁵. وفي حالة وفاة المكثري يتعين توجيه الإشعار بالإفراغ إلى ورثته دون تعيين إذا تعذر معرفتهم¹⁵⁷⁶. وبمفهوم المخالفة إذا كان يعلم المكري أسماءهم جميعا فإنه يتعين عليه أن يعدد جميع أسمائهم تحت طائلة بطلان الإنذار، إذ في حالة تعدد الورثة وتعيين أحدهم وتخصيصه بالإنذار يجعل أثاره محصورة فيمن ذكر ولا يشمل غيرهم وإلا اقتصر فقط إلى الإشارة إلى ورثة الهالك دون تخصيص¹⁵⁷⁷.

أما في حالة وجود محل مكتري مملوك على الشياخ من قبل المكريين فهل يتم في هذه الحالة توجيه الإشعار بالإفراغ من جميع المالكين أم يكفي أن يوجه من قبل البعض فحسب؟

جوابا على هذا سؤال نستحضر قرار لمحكمة النقض أكدت فيه إلى أنه لا محل للدفع بعدم التوجيه الإنذار من جميع المالكين على الشياخ إذا ما ثبت للمحكمة قيام العلاقة الكرائية بين المكثري وأحد الورثة فقط¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷² الحسين بلحسان: الحماية القانونية للمكثري المحلات السكنية، دعوى الإفراغ، مرجع سابق، ص 76.

¹⁵⁷³ Jean m. la mouette l acte juridique unilatéral essai sur sa notion et sa technique en droit civil thèse –Toulouse 1949 d320 n 169 et 181.

¹⁵⁷⁴ قرار محكمة الاستئناف، بالدار البيضاء، المؤرخ في 30 أبريل 1969، مجلة المحاكم المغربية العدد الرابع، ص 35.

¹⁵⁷⁵ قرار لمحكمة النقض، عدد 29 المؤرخ في 17 دجنبر 1978، في ملف مدني، عدد 67701 منشور بمجلة المحاماة، العدد الخامس، سنة 1979، ص 35.

¹⁵⁷⁶ لقد أكدت محكمة النقض في قرار لها على أنه " يتعين على المكري أن يوجه الإنذار إلى المكثري وفي حالة وفاته يوجه إلى ورثته دون تعيين إذا تعذر معرفتهم".

- قرار محكمة النقض، عدد 1699 المؤرخ في 2008/12/31، في الملف التجاري، عدد 2006/02/03/1026، منشور بمجلة منازعات الكراء من خلال قضاء محكمة النقض، ص 20.

¹⁵⁷⁷ وسيلة حرنان: مرجع سابق، ص 4.

¹⁵⁷⁸ قرار محكمة النقض، عدد 171 المؤرخ في 201/02/16 ملف تجاري، عدد 234/3/2/2011، منشور بمجلة مجلس الأعلى، ص 20.

- وفي قرار آخر للمحكمة الابتدائية بالصويرة يصب في نفس الاتجاه حيث نحت إلى أنه: إذا كان موجهي الإنذار لا يتوفرون على الأغلبية، فإنه يكون للإنذار أثر في حق الجميع لما يؤدي ذلك إلى جلب النفع للعين المكتراة وكون أن الأمر يتعلق بإدارة المال المشاع والانتفاع به، وأنه من الحق الشريك المطالبة بإنهاء لعقد ورفض تجديده تبعا لما يقتضيه الحق المعترف به لكل شريك من الشركاء في المحافظة على المال الشائع، حتى ولو لم تكن هناك أغلبية حسب النسبة المقررة قانونا في الفصل 971 من القانون للالتزامات والعقود وعلى اعتبار أن هذه القاعدة تنظم فقط العلاقة بين المالكين على الشياخ مع بعضهم البعض في الحالة النزاع بينهم في إدارة المال المشاع ولا يمكن لغيرهم الاستفادة من مقتضياتها أو التمسك بها".

- الحكم لمحكمة الابتدائية، بالصويرة ملف الكرية، عدد 202.12 بتاريخ 2013.03.06، أوردته وسيلة حرنان: مرجع سابق، ص 45.

خاتمة:

صفوة القول أن قانون رقم 67.12 يشكل ظفيرة نوعية في المنظومة القانونية للكراء من شأنها أن تحل مجموعة من المشاكل كانت تطفوا على السطح في ظل القانون الملغى. لاسيما في ما يتعلق بتوجيه الإشعار بالإفراغ إيمانا منه في تشجيع المكثرين على كراء محلاتهم، وذلك اعتبارا إلى أن المناذاة بحماية هذه الشريحة أصبحت ضرورة ملحة ، وهذا ما دفع المشرع إلى إقرار قانون رقم 67.12 وذلك لتخفيف من معضلة السكن، لأنه في ظل القانون المنسوخ كانت نية المشرع منصبة بالدرجة إلى حماية المكثرين وقد ترتب على ذلك عزوف المكثرين عن كراء محلاتهم مما ترتب عن هذه الحماية مشاكل اقتصادية اجتماعية عويصة جدا، جعلت المشرع يدخل سنة 2013 بعد مغاض عسير لإقرار قانون رقم 67.12. إلا أن هذا الأخير وبعد سبع سنوات من دخوله حيز التطبيق أظهرت الممارسة العملية أنه لم يرقى إلى مستوى التطلعات ولم يحقق بعد ذلك التوازن المنشود والمطلوب مما قد نتبأ بتعديل بعض جوانبه في الأيام القليلة القادمة

الحفل ضحية الاعتداءات الجنسية بين أوجه الحماية الجنائية ومحدوديتها

كوثر زركان

باحثة بسلك الدكتوراه

مختبر الأسرة و الطفل و التوثيق

كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية

-جامعة سيدي محمد بن عبد الله - بفاس-

تلخيص:

حاولت من خلال هذا المقال تسليط الضوء على موضوع: "الطفل ضحية الاعتداءات الجنسية بين أوجه الحماية الجنائية ومحدوديتها" و قد عمدت إلى إبراز مكانة هذه الحماية دون إغفال مواطن ضعفها. فموضوع الدراسة يثير عدة تساؤلات قانونية، لذلك حاولت قبل مناقشة الفصول القانونية المتعلقة ببعض جرائم الاعتداءات الجنسية ضد الأطفال، الوقوف على بعض الاحصائيات المتعلقة ببعض الجرائم الجنسية مثل جرائم اغتصاب قاصرة و هتك العرض التي تعتبر من أخطر الجرائم مساسا بحرمة جسد الطفل و أخلاقه فهي تهدر أدميته و تخدش حياته .

ثم بعد ذلك قمت بتسليط الضوء على مظاهر قصور الحماية الجنائية للطفل ضحية الاعتداءات الجنسية ، كما هو الأمر بالنسبة لغياب نصوص خاصة تجرم الزنا بين المحارم الذي أصبح هذا النوع من الجرائم منتشر داخل المجتمع المغربي بسبب الانحلال الخلقي و تراجع القيم الاجتماعية و ضعف الوازع الديني، و كذلك الحديث عن المحدودية القانونية لحماية الطفل من الاستغلال الجنسي عبر شبكة الانترنت .

Synthèse:

Dans cet article, nous avons essayé de mettre la lumière sur le sujet « l'enfant victime d'agression sexuelle, entre la protection pénale et l'insuffisance », dont j'ai procédé à mettre en évidence les points forts de cette protection ainsi que sa défaillance. En effet, le sujet que nous traitons à susciter des débats et des problématique qui se traduisent par plusieurs questions juridiques d'où la nécessité d'avoir des réponse . C'est la raison pour laquelle avant de traiter les infractions d'agression sexuelle sur les mineurs , j'ai essayé de donner des statistique concernant quelques infractions sexuelles à l'égard des mineurs , à titre d'exemple : viol sur mineur et l'attentat à la pudeur qui sont considérées parmi les plus dangereuse infraction qui portent atteinte à l'intégrité physique de l'enfant ainsi que sa dignité humaine et sa timidité.

Par ailleurs, ne nous pouvons pas perdre d vue que l'insuffisance pénale concernant la protection de l'enfant victime de l'agression sexuelle se pose ,de même l'absence de texte spécial incriminant la fornication notamment l'inceste qui devient de plus en plus populariser au sein de notre société à cause de la mauvaise éducation et le déclin des valeurs sociales ainsi que la faiblesse de la foi religieuse.il importe aussi de se focaliser sur l'insuffisance juridique relative à la protection des mineurs contre l'exploitation sexuelle à travers les réseaux sociaux et internet.

مقدمة :

يتصدر الاستغلال الجنسي المشاكل العالمية التي تعاني منها جميع الدول، نظرا لآثاره الوخيمة على كل فئات المجتمع، لا سيما الأطفال لأنه يمس براءتهم و يطال حرمة أجسادهم التي لا يستطيعون الدفاع عنها لصغر سنهم. و ظاهرة الاستغلال الجنسي للأطفال لطالما ظل مسكوتا عنها لعدة سنوات، إلا أنه بفضل التحولات التي شهدتها المجتمعات و ما صاحب ذلك من وعي جعل العنف المرتكب ضد الأطفال يخرج من دائرة المسكوت عنه.

و تعالت الأصوات المنادية بضرورة التدخل الدولي لإقرار حماية للأطفال ، فكان إعلان جنيف الصادر بتاريخ 1924 و إعلان 1959 الانطلاقة الحقيقية لحماية الطفل، ثم بعد ذلك تواصلت الجهود إلى أن توجت اتفاقية الامم المتحدة لحقوق الطفل 1989/11/20.

و لقد تعرضت اتفاقية 1989 لحقوق الطفل للجرائم الجنسية ضد الأطفال، حيث خصصت الفصلين 19 و 34 منها للتصدي لها، مؤكدة على الدول وجوب اتخاذ جميع التدابير اللازمة لحماية الأطفال من الاعتداءات الجنسية¹⁵⁷⁹. ووعيا كذلك من الدولة بخطورة الاستغلال الذي يتعرض له الطفل بعدما أصبح معطى اجتماعي تؤكد الاحصائيات و التقارير الرسمية و غير الرسمية، بادرت إلى حماية فئة الأطفال عن طريق مجموعة من الإصلاحات التشريعية من خلال ملائمة التشريعات الوطنية مع توصياته شملت بالخصوص القانون الجنائي .

و هكذا فقد تطرق المشرع المغربي من خلال القانون الجنائي إلى العديد من الجرائم التي تستهدف حماية الطفل من كل أشكال العنف خاصة الاستغلال الجنسي الذي أصبح يتصدر أنواع العنف التي يقع ضحيتها أطفال، و تتعدد الأفعال التي تشكل انتهاكا لعرض الطفل، إلا أنه تجمع بينهما صفة مشتركة و هي الصفة الجنسية للفعل، و هي ذات مدلول واسع و تشمل جميع الممارسات و الأفعال الجنسية الطبيعية و غير الطبيعية التي كيفها المشرع حسب خطورتها إلى جنایات و جنح.

و من هذا المنطلق ، فموضوع الطفل ضحية الاعتداءات الجنسية بين أوجه الحماية الجنائية و المحدودية يكتسي أهمية خاصة لأنه يثير موضوعا لا طالما ظل مسكوتا عنه لعدة سنوات، إلا أنه بفضل التطور و التحولات التي شهدتها المجتمع المغربي و ما احب ذلك من وعي جعل هذه الجرائم تخرج من دائرة المسكوت عنه إلى دائرة العلن ، و هو ما دفعني للكشف عن موقف الطفل الضحية في المنظومة الجنائية المغربية من خلال استخلاص مكامن الحماية و القصور من نصوصها القانونية المجرمة. لذا فالإشكال الذي يطرحه هذا الموضوع:

ما مدى توفيق المشرع المغربي في توفير حماية ناجعة و كفيلة لحماية الطفل من الاعتداءات الجنسية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية، ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين

المبحث الأول: مظاهر الحماية الجنائية للطفل من الاعتداءات الجنسية

المبحث الثاني: مظاهر قصور الحماية الجنائية للطفل من الاعتداءات الجنسي

المبحث الأول: مظاهر الحماية الجنائية للطفل من الاعتداءات الجنسية

يعتبر حق الطفل في صيانة عرضه و أخلاقه ، من بين أسس الحقوق التي اهتمت بها التشريعات و المواثيق الدولية بسبب الضعف الذي يتميز به الأطفال مما يجعلهم عرضة لجرائم تمس أعراضهم و أخلاقهم. و نظرا لجسامة الأخطار الجسدية و النفسية التي قد تلحق الطفل جراء المساس بعرضه و أخلاقه، فقد جرم المشرع المغربي العديد من الأفعال من أجل حمايته .

¹⁵⁷⁹: محمد المساوي ، مركز الضحية في السياسة الجنائية المغربية، رسالة لنيل شهادة الماستر ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و

الاجتماعية، جامعة سيدي عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2006/2007، ص 22

و سوف أقتصر على دراسة الاغتصاب في (المطلب الأول)، على أن أخصص (المطلب الثاني) للحديث عن هتك العرض.

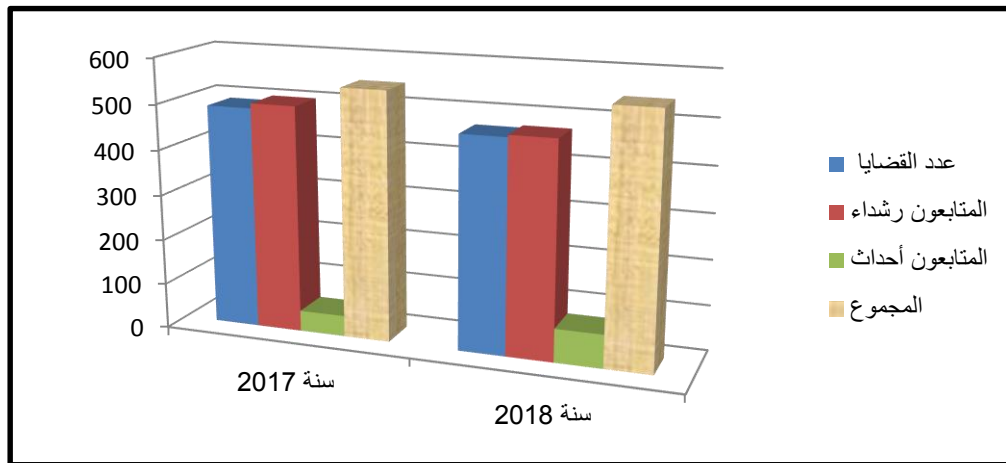
المطلب الأول: جريمة اغتصاب قاصرة

تعد جريمة الاغتصاب من أخطر جرائم العرض التي تلحق الأنثى، فتجعلها ضحية بين يدي وحش كاسر يدنسها و يخلف لها أسوء الآثار، و تبلغ خطورة الجريمة أشدها إذا استهدفت قاصرة 1580. و عليه سوف اخصص (الفقرة الأولى) للحديث عن حجم جريمة اغتصاب قاصرة، على أن أتطرق (للفقرة الثانية) لأوجه الحماية الجنائية التي يقرها القانون الجنائي لهذه الفئة.

الفقرة الاولى: احصائيات متعلقة بجريمة اغتصاب القاصرين

و قد أضحت ظاهرة اغتصاب الأطفال بالمغرب كشكل من أشكال سوء المعاملة الأطفال ، تتفاقم في أوساط المجتمع المغربي سنة بعد أخرى، و ما يزيد من استفحالها هو كونها ظاهرة صامتة ، نظرا للأعراف التي تداولتها الأسر المغربية فيما يخص الجانب الجنسي ، بحيث تكاد تجده من المحرمات بل و من نقط العار، فأغلب الضحايا و أسرهم يختارون الصمت و التستر عوض فضح هذه الجريمة خوفا من التشهير 1581. و على الرغم من أن أغلب جرائم الاغتصاب تحاط بسرية تامة، فإنه توجد بعض الإحصائيات 1582 لحالات اغتصاب القاصرات على الصعيد الوطني تعكس إلى حد ما انتشار هذه الجريمة .

السنوات	عدد القضايا	الأشخاص المتابعون		مجموع المتابعين
		ذكور رشداء	ذكور أحداث	
سنة 2017	489	500	46	546
سنة 2018	467	472	74	546



¹⁵⁸⁰ محمد مصباح القاضي ، الحماية الجنائية للطفولة، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى، القاهرة سنة 1998، ص 50

¹⁵⁸¹ محمد الصديق، حماية الطفل من الجرائم الجنسية، رسالة لنيل دبلوم الماستر ،كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة محمد

الخامس، الرباط، سنة 2013، ص 12

¹⁵⁸² : تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية و سير النيابة العامة لسنة 2017-2018، منشور بموقع رئاسة النيابة العامة ، ص 109

من خلال الاطلاع على الاحصائيات الخاصة باغتصاب القاصرات على الصعيد الوطني خلال سنتين 2017 و 2018 ، يلاحظ انها عرفت نوع من الاستقرار ، مع تسجيل أعلى نسبة لها سنة 2017 بحوالي 489 قضية توبع خلالها أكثر من 500 راشد و 46 حدث .

و كذلك بعد استقراء معطيات الجدول أعلاه يتبين أنه في سنة 2017 بلغ عدد حالات الاغتصاب 489 و ذلك بمعدل 40 حالات كل شهر أي ما يمثل % 8.17 كل شهر . أما سنة 2018 بلغ عدد حالات الاغتصاب 467 و ذلك بمعدل 39 حالات كل شهر أي ما يمثل % 8.35 كل شهر .

فبعد التعرف على حجم جريمة اغتصاب القاصرين ، فما هي اوجه الحماية الجنائية التي يقرها المشرع للمغتصبة القاصر؟

الفقرة الثانية: أوجه الحماية الجنائية للطفلة ضحية الاغتصاب

نص الفصل 486 من القانون الجنائي على ان : " الاغتصاب هو واقعة رجل لإمرأة بدون رضاها و يعاقب عليه بالسجن من خمس إلى عشر سنوات. غير أنه إذا كان سن المجني عليها يقل عن 18 سنة أو كانت عاجزة، أو معاقة، أو معروفة بضعف قواها العقلية أو حاملا فإن الجاني يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة".

فمن خلال قراءة الفقرة الأولى من الفصل أعلاه يتضح أنه حتى تتم حماية القاصرة ضحية الاغتصاب لا بد من فعلا الواقعة و انعدام رضا الضحية التي يجب أن يقل سنها هن 18 سنة .

- واقعة قاصرة

تعتبر الواقعة من أهم عناصر الركن المادي لجريمة الاغتصاب، و هو ما يميز هذه الجريمة عن باقي جرائم العرض، و يقصد به حسب مقتضيات الفقرة الاولى من الفصل 486 من قانون الجنائي اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا بإيلاج عضوه الذكري في محل الوطأ الشرعي 1583، و بذلك لا يتصور اغتصاب قاصرة إلا من ذكر.

و على خلاف المشرع المغربي الذي لا يعتد بجريمة الاغتصاب إلا إذا كان طرفاها من جنسين مختلفين و تم الإيلاج في فرج أنثى، فإن نظيره الفرنسي 1584 منح لجريمة الاغتصاب مفهوما واسعا ، و اعتبر كل ايلاج جنسي مهما كانت طبيعته ارتكب على ذات الغير بالعنف ذكرا كان أو أنثى اغتصابا، و شدد العقوبة إذا كانت ضحيته أطفال أيا كان جنسهم.

كما لم يشترط المشرع في الفصل 486 من ق ج ان تكون القاصرة المجني عليها بكرا من عدمه طالما ان العبرة باحترام إرادة القاصرة و حمايتها من أي تصرف غير قانوني يلحق بها ، كما ان مادية الجريمة لا تشترط في الرجل القوة و الكفاءة الجنسية بل تقوم بفعل الإيلاج و القدرة الطبيعية على ذلك، و تنفيذ الجريمة لا يتوقف على الإيلاج الكامل أو الجزئي ، كما لا تنتفي بعدم إنهاء الاتصال الجنسي و عدم إشباع الشهوة الجنسية و لو لم يحدث إنزال المادة المنوية 1585.

¹⁵⁸³ : مكان الوطأ الشرعي هو المكان المعد لمواقعة الرجل للمرأة و المتمثل في فرج المرأة دون أي مكان آخر في جسدها

- حافظ العبيدي، الركن المادي لجريمة المواقعة، مجلة القضاء و التشريع ، العدد الثاني ، فبراير، 2010، ص 145

¹⁵⁸⁴ : الفصل 222-23 من المجلة الجنائية الصادرة بمقتضى قانون 22 يوليوز 1992 الذي ينص على :

« toute acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit commis sur la personne d'autrui par violence ; contrainte ; menace ou surprise un viol »

Luc michèl nivoise , les éléments constitutifs du viol, rapport sur la l'arrêt de la chambre criminelle du 9 décembre 1993 , revue droit pénal 1994 , page 1 et suiv..

¹⁵⁸⁵ : حسن الورياعلي، الجرائم الماسة بالاخلاق ، مساهمة في فهم العوامل الاجتماعية و الضوابط القانونية، مطبعة السليكي الاخويين ،

طنجة، 2012 ، ص 27

- انعدام رضا القاصرة

بقراءة مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 486 من ق ج نجد ان المشرع وسع من الحماية المكفولة للقاصرين و ذلك بالرفع من السن المشمول بها ، و الذي كان مقررا في 15 سنة حسب الفصل 486 من ق ج قبل التعديل ليصبح حاليا محددا في 18 سنة، إلا أنه بالرغم من ذلك لم يستثني القاصرة بمقتضيات خاصة فيما يتعلق بركن الرضا الذي تنتفي بتحقيقه جريمة الاغتصاب، إذ يثار الاشكال في حالة واقعة الجاني للقاصرة برضاها، فهل يعتبر في هذه الحالة رضاها غير صحيح لصغر سنها و تسري عليه مقتضيات الفصل 486 من ق ج ؟ ام يعتبر رضاها ذا قيمة قانونية كاملة مما من شأنه أن ينفي الجريمة لعدم توفر أحد شروطها الأساسية و يمنح للفعل تكييفاً آخر لحمايتها ؟

يفهم من منطوق الفقرة الأولى من الفصل 486 من ق ج ان المشرع المغربي اعتبر انعدام الرضا شرطا ضروريا لقيم جريمة الاغتصاب، و بالتالي ففي هذه الحالة تخرج القاصرة التي واقعها الجاني برضاها من نطاقها، إلا انه بالرجوع للفقرة الثانية من نفس الفصل يتضح بأن المشرع و بالرغم من تخصيصه حماية خاصة للقاصرة التي يقل عمرها عن 18 سنة أو كانت عاجزة أو معاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية أو حاملا ، عن طريق تشديد العقوبة إذا كانت ضحية، إلا أنه لم يوضح ما إذا كانت هذه الحماية تطالها إذا تمت الواقعة برضاها خصوصا و أن القانون يعتبرها ناقصة الإرادة و من غير السانغ ان يسوي في الرضا بين الراشدة و القاصر، خاصة إذا كانت لا تزال صغيرة السن و سهلة الاغراء و غير مميزة و لم تبلغ بعد 12 سنة 1586 فلا شك في هذه الحالة تحقق جريمة الاغتصاب على الرغم من عدم ممانعتها واقعة الجاني ، حيث أن إرادتها مجردة من القيمة القانونية و لا يمكن أن يقوم بها رضاء صحيح 1587.

وحتى لا تبقى القاصرة خلال هذه الفترة العمرية دون حماية، و يتم انتهاك حرمة جسدها بعلّة رضاها ، كان ضروريا منح تكييف آخر لهذا الفعل الجرمي الشنيع ، و هو ما جعل القضاء يعتبر كل واقعة لقاصر لم تبلغ 18 سنة برضاها هتكا لعرضها طبقا للفصل 486 من القانون الجنائي، ليكون بذلك لم يأخذ رضائها على إطلاقه مراعاة لصغر سنها. و في هذا الصدد قضت غرفة الجنايات الاستئنافية بأكادير 1588 بتأييد القرار الصادر عن غرفة الجنايات الابتدائية بإدانة المتهم الذي قام بافتضاض بكارة الضحية القاصرة المزدادة سنة 1995 برضاها ، و اعتبرت هذا الفعل يشكل العناصر التكوينية لجناية هتك عرض قاصر بدون عنف نتج عنه افتضاض.

و يجب الإشارة في الأخير ان المشرع أقر كذلك حماية خاصة للقاصرة في الفصول 487 و 488 من القانون الجنائي و ذلك بتشديد عقوبة الاغتصاب حسب صفة الجاني وظروف الاغتصاب و النتائج المترتبة عنه .

و لا بد من الإشارة أيضا أن التعديل الأخير للفصل 475 من القانون الجنائي يدخل في إطار تعزيز الحماية الجنائية للقاصر، حيث تم حذف الفقرة الثانية من هذا الفصل و التي كانت تمنح للشخص الذي اختطف قاصرة أو غرر بها، إمكانية الزواج بها إذا كانت بالغة و بالتالي الافلات من العقاب . و يأتي هذا التعديل بعد موجة احتجاجات للجمعيات الحقوقية على إثر قضية أمينة الفيلاي بعد تزويجها من مغتصبها.

المطلب الثاني: جريمة هتك عرض قاصر

جعل المشرع المغربي جريمة هتك العرض مجالا لتجريم جميع الاعتداءات التي يقع ضحيتها الأطفال سواء تمت برضاهم أو بدونه و تخرج عن نطاق الاغتصاب، و ذلك للحيلولة دون بقاء بعض الممارسات دون تجريم.

¹⁵⁸⁶: ينص الفصل 214 من مدونة الأسرة " الصغير المميز هو الذي أتم اثنتي عشرة سنة شمسية كاملة " .

¹⁵⁸⁷: عبد الفتاح بهيج ، جريمة خطف الاطفال و الاثار المترتبة عليها بين الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ، سنة 2010 ، ص 860 .

: محكمة الاستئناف باكادير، قرار عدد 534، ملف رقم 2614/41، الصادر بتاريخ 2014/05/26، غير منشور ¹⁵⁸⁸

لذلك سأطرق (الفقرة الأولى) لمعرفة حجم جريمة هتك عرض قاصر ، على أن أخصص (الفقرة الثانية) للحديث عن الحماية الجنائية للطفل من جريمة هتك العرض.

الفقرة الأولى : حجم جريمة هتك عرض الاطفال

لقد أضحت ظاهرة هتك عرض الاطفال بالمغرب كشكل من أشكال العنف المرتكب ضد الأطفال تتفاقم في أوساط المجتمع المغربي، و هذا ما تؤكدته الإحصائيات 1589 المتوصل بها لسنة 2017 و 2018 و هي كالتالي :

السنوات	نوع الجريمة	عدد القضايا		عدد المتابعين	
		ذكور	إناث	مجموع	المتابعين
		راشد	حدث	راشدة	حدث
2017	هتك عرض قاصر بالعنف	1425	219	6	1
	هتك عرض قاصر بدون عنف	391	19	7	1
2018	هتك عرض قاصر بالعنف	1636	234	12	0
	هتك عرض قاصر بدون عنف	354	48	2	1

و من خلال الجدول المسجل أعلاه ، نسجل بخصوص هذه الاحصائيات أن عدد القضايا المعروضة سنة 2017 بخصوص هتك عرض قاصر وصل مجموعها 1867 منها 1476 بخصوص هتك عرض قاصر بالعنف أي بنسبة 79.05 % من مجموع عدد القضايا المعروضة ، و 391 قضية هتك عرض بدون عنف أي بنسبة 20.94 % . كما نلاحظ أيضا أن عدد القضايا المسجلة بالنسبة لهتك عرض قاصر بالعنف مقارنة بقضايا هتك عرض بدون عنف سجلت نسبة جد مرتفعة سواء من حيث عدد القضايا المعروضة أو من حيث عدد المتابعين ، في حين بلغت قضايا هتك العرض بدون عنف تسبا متوسطة.

أما بخصوص سنة 2018 ، يلاحظ أن عدد قضايا هتك عرض بالعنف يفوق هتك عرض بدون عنف، إذ بلغ مجموع عدد القضايا المعروضة 2210 منها 381 بخصوص هتك عرض بدون عنف أي بمعدل 32 حالة كل شهر أي ما يمثل 8.40 % ، بينما عدد قضايا هتك عرض بالعنف سجل 1729 أي بنسبة 78.23 % .

الفقرة الثانية : الحماية الجنائية للطفل من جريمة هتك العرض

تناول المشرع المغربي جريمة هتك العرض في الفصلين 484 و 485 من القانون الجنائي، و بالنظر إلى هذين الفصلين نلاحظ أنه لم يعرفها على غرار مجموعة من التشريعات تاركا المجال للفقهاء والقضاء. و يقصد بهتك العرض كل فعل مخل بالحساء يقع على شخص ، أي كل فعل مناف للأداب يقع عمدا و مباشرة على المجني عليه، ووفقا لهذا التعريف يشترط في الفعل المخل بالحساء أن يكون على درجة من الفحش و الجسامة ، و أن يكون هذا الإخلال عمديا ، فلا يعد هتك عرض ذلك الفعل الذي يقع بصورة غير عمدية مهما كان خادشا بالحساء ، و لا يشترط أن يقع المساس بعورة المجني عليه من قبل الجاني، و إنما يتصور و لو كان المجني عليه أجبر على المساس بعورة الجاني 1590.

¹⁵⁸⁹: تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية و سير النيابة العامة لسنة 2017 و 2018 ، منشور بموقع رئاسة النيابة العامة ، ص 109 .
¹⁵⁹⁰ أحمد أجويد، الموجز في شرح القانون الجنائي الخاص المغربي ، الجزء الثاني ، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2004/2005، ص 83

و عكس جريمة الاغتصاب الي لا يمكن أن تقع إلا على أنثى، فإن هتك العرض يمكن أن تقع على أنثى كما يمكن أن يقع على ذكر، بل يمكن أن تقع هذه الجريمة من أنثى على أنثى أو من أنثى على ذكر. و قد استهدف المشرع المغربي من تجريمه لأفعال هتك العرض حماية المناعة الأدبية للأشخاص نظرا لما قد يلحقهم من أذى جراء هتك أعراضهم ، خاصة إذا كان سن المجني عليه قاصرا، سهولة خداع الطفل أو تهديده أو إكراهه على المساس بعرضه بسبب ضعفه البدني، و أيضا لعدم نضج قدراته التي تمكنه من فهم طبيعة الفعل الذي يرتكب عليه 1591.

و لهذه الأسباب عاقب الفصل 484 من القانون الجنائي بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات كل من هتك دون عنف أو حاول هتك عرض قاصر تقل سنه عن ثمان عشرة سنة أو عاجز أو معاق أو شخص معروف يضعف قواه العقلية سواء كان ذكرا أو أنثى.

و تشدد هذه العقوبة لتصبح السجن من خمس إلى عشر سنوات إذا كان الفاعل من أصول الضحية أو ممن لهم سلطة عليها أو وصيا عليها أو خادما بالأجرة عندها او عند أحد الأشخاص السالف ذكرهم، أو كان موظفا أو رئيسا دينيا و كذلك أي شخص استعان في اعتدائه بشخص أو عدة أشخاص أو إذا نتج عن هتك عرض الضحية افتضاؤها.

و إذا كان المشرع المغربي قد نص على عقوبة موحدة لجريمة هتك عرض قاصر مهما كان سنه، فإن المشرع المصري ميز في هذا الخصوص بين القاصر الذي لم يتجاوز سنه سبع سنوات و ذلك الذي تجاوز سبع سنوات ، حيث نصل المادة 269 من على أنه كل من هتك عرض صبي أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثماني عشرة سنة كاملة ، بغير قوة أو تهديد يعاقب بالحبس، و إذا كان سنه لم يبلغ سبع سنين كاملة أو كان الجاني من اصول المجني عليه أو ممن يتولون تربيته، فإن العقوبة هي الأشغال المؤقتة 1592.

و من خلال هذا المقتضى يتضح أن المشرع المغربي أقل تشددا من نظيره المصري في العقاب على جرائم هتك عرض قاصر دون قوة، و أقل تشددا من نظيره الفرنسي الذي يرفع الحد الأدنى للعقوبة في هذه الجريمة إلى ثلاث سنوات 1593.

المبحث الثاني : مظاهر قصور الحماية الجنائية للطفل ضحية الاعتداءات الجنسية

على الرغم من تعدد النصوص الحماية للطفل ضحية الاستغلال الجنسي داخل المنظومة القانونية، إلا انه توجد بعض النواقص التي تؤثر سلبا على الحماية، كما هو الأمر بالنسبة لغياب نصوص خاصة تجرم الزنا بين المحارم (المطلب الاول)، و أيضا عدم تأطير الجرائم التي ترتكب عبر الانترنت خاصة ضد الاطفال و التي أصبحت ظاهرة متفشية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطفل ضحية زنا المحارم

نظرا لخطورة جريمة زنا المحارم على الفرد و الاسرة و المجتمع ، أتساءل عن موقف المشرع المغربي من هذه الجريمة ؟ (الفقرة الأولى)، و ما هي انعكاسات هذه الجريمة على حياة الطفل (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى : موقف المشرع المغربي من جريمة زنا المحارم

تشكل جريمة زنا المحارم من أخطر الجرائم الواقعة على الأسرة ، و معاقب عليها في غالبية القوانين الوضعية و التشريعات السماوية و مبادئ الأخلاق. فالأسرة هي نواة المجتمع و رابطة القرابة و النسب و بالتالي فكل اعتداء على أحد هذه الصلات يشكل جريمة يعاقب عليها. و المشرع المغربي لم يجرم هذا الفعل وإنما اتبع سياسة القانون الفرنسي في هذا الخصوص و ذلك بنصه في الفصل 487 من القانون الجنائي على اعتباره ظرفا من ظروف التشديد لعقوبة اغتصاب القاصر إذا ما كان الفاعل من أصول الجاني عليها، و هذا الظرف يقتصر

: محمد الصديق ، م س ، ص 14 1591

: هلالى عبد الله، الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي ، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1996، ص 206 1592

: محمد مصباحي ، م س ، ص 51 1593

فقط على الأب و الجد دون الفروع و الحواشي القريبة و البعيدة و الأقارب سواء بالمصاهرة أو بالرضاعة ، و هذا توجه غير سليم للمشرع المغربي لمخالفته أحكام الشريعة الاسلامية بل حتى أحكام العديد من التشريعات المقارنة .

و في نفس السياق أجد قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس 1594 الذي أدان المتهم بغرامة

اغتصاب أخت زوجته القاصرة، البالغة من العمر 14 سنة و عاقبه بستتين سجنا بعد تمتيعه بظروف التخفيف ، في حين أن أدنى عقوبة يمكن تطبيقها على مرتكب اغتصاب قاصر في السجن من 10 إلى 20 سنة حسب الفصل 468 من القانون الجنائي.

و انطلاقا من هذا القرار يتبين أن العقوبة الصادرة في حق الجاني هي عقوبة دون المستوى ،لأن النازلة تضمنت أكثر من ظرف تشديد و عليه يمكن القول أن هناك خروج عن القواعد و النصوص القانونية الواردة الإطار .

كما يجب الإشارة أنه لا يوجد مبرر منطقي يمكن أن يستند عليه المشرع المغربي لعدم عقابه على زنا المحارم ، فإذا كانت أغلب القوانين الغربية تأخذ بمبدأ الحرية الجنسية كأصل لها في مجال العرض قد جرمته و عاقب عليه كالقانون الألماني 1595. الأمر الذي يدفعني للتساؤل هل المشرع بهذا السكوت قد تبنى مبدأ الحرية الجنسية أم أنه لم يرى في زنا المحارم ما يستوجب العقاب؟

لذا يجب على المشرع أن يتدخل في أقرب وقت لتدارك هذه الثغرة و لإقرار حماية خاصة للطفل من الاعتداءات الجنسية المدمرة التي قد يتعرض لها داخل محيطه الاسري.

الفقرة الثانية: انعكاسات جريمة زنا المحارم على الطفل

من المعلوم أن زنا المحارم من أخطر أشكال الاعتداءات الجنسية التي يمكن أن يقع الطفل ضحيتها، و ذلك لسببين على الأقل: الاول هو أن لكل اعتداء جنسي انعكاسات بدنية و نفسية خطيرة على الطفل 1596 ، أما الثاني أن الاعتداء الجنسي في هذه الحالة يصدر عن أشخاص يفترض فيهم حماية الطفل و ليس الإضرار به و هو ما يدفع الطفل إلى فقدان الثقة في كل الأشخاص المحيطين به.

المطلب الثاني: الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الانترنت

قبل الحديث عن قصور الحماية الجنائية للطفل ضحية الاستغلال الجنسي عبر شبكة الانترنت (الفقرة الثانية)، لابد من الإشارة إلى تجليات الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الانترنت (الفقرة الاولى).

الفقرة الاولى : تجليات الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الانترنت

خلافا للجرائم الجنسية المباشرة و التي تسلط مباشرة على جسد الطفل بهدف إشباع رغبة الجاني الجنسية أو بهدف إشباع رغبته في التشفي أو التحقير . فإن جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الانترنت تندرج في خانة الجرائم الجنسية غير المباشرة و التي لا تسلط مباشرة على جسد الطفل و تهدف إلى استغلال جسد هذا الأخير بالتحريض على ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة بغاية تحقيق نفع مادي أو بدونه 1597.

محكمة الاستئناف بفاس، قرار عدد 528/712، صادر بتاريخ 2001/11/13، غير منشور 1594

1595 : المادة 173 من القانون العقوبات الألماني : " كل من ارتكب فعلا مع أحد أصوله الصليبيين على عمود النسب و إن علوا يعاقب بالحبس حتى 3 سنوات أو بالغرامة.

1596 : Inges Ange Lino ; L'enfant la famille la maltraitance ; Dunod ; 2éme Edition ; paris 2001 ; page 120

1597 : يوسف ربحي، الحماية الجنائية للطفل ضحية الاستغلال الجنسي عبر شبكة الانترنت ، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية

العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2013/2013، ص 38

و من صور الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الانترنت نجد:

- تحريض القاصرين على الأعمال الجنسية: التحريض عن طريق الرموز أو الرسوم التي قد تكون دعوى صريحة أو تحمل في طياتها مما لا يدع مجالا للشك معنى التحريض على الفسق.
- عرض الصور والأفلام والمحادثات المنافية للآداب العامة: جرائم إشاعة الصور والأفعال الفاحشة المخلة بالآداب العامة على شبكة الانترنت تتحقق من خلال العديد من الأفعال المادية التي تتجسد في غرض نشر أو توزيع أي صور أو أقوال أو أفعال فاحشة، كما تتحقق أيضا من خلال إنشاء العديد من المواقع الجنسية على شبكة الانترنت و الترويج لها أو استقطاب الزائرين لها خاصة الأطفال منهم 1598.

الفقرة الثانية: محدودية حماية الطفل من الاستغلال الجنسي عبر شبكة الانترنت

نص المشرع المغربي من خلال الفصل 503-2 من القانون الجنائي على أنه يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و غرامة عشرة آلاف إلى مليون درهم كل من حرض أو شجع أو سهل استغلال أطفال تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة في مواد إباحية، و ذلك بإظهار أنشطة جنسية بأي وسيلة كانت سواء أثناء الممارسة الفعلية أو بالمحاكاة أو المشاهدة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للأطفال يتم لأغراض ذات طبيعة جنسية".

بقراءة الفصل أعلاه يتضح أن المشرع جرم أي تحريض أو استغلال جنسي للقاصرين كيفما كانت الوسيلة المستعملة، فكان على المشرع أن يحدد الوسيلة المرتكبة بها الفعل الجرمي لحصرها في تلك الوسيلة بعينها .

كما يلاحظ أن ندرة القوانين المنظمة لجرائم التحرش الجنسي بالأطفال عبر الانترنت دفعت بالقضاء إلى الاستنجا بالقواعد المنظمة لهذه الجريمة في القانون الجنائي التقليدي من أجل سد الفراغ، لكون نصوص القانون الجنائي غير قادرة على استيعاب الجرائم الالكترونية و ضمنها جريمة الاستغلال الجنسي للقاصرين عبر شبكة الانترنت.

كما يلاحظ أن المشرع تعامل مع الجرائم المتعلقة بالاستغلال الجنسي للقاصرين عبر الانترنت بتحفظ، إذ لا نجد أي فصل يعاقب على الاستغلال الجنسي للأطفال في السياحة الجنسية، و يساهم هذا الغموض في إفلات كل من سولت له نفسه ارتكاب هذه الجريمة.

خاتمة:

بالوقوف على ما تقدم من طرح للجرائم الجنسية ضد الأطفال في التشريع المغربي، تظهر الخطورة البالغة لمثل هذه الجرائم لما لها من أثر على نفسية الطفل و سلامته الجسدية، لذا حاول المشرع المغربي التصدي لها من خلال التنصيص على مجموعة من العقوبات في القانون الجنائي. إلا أن هذه النصوص لا زالت تحتاج إلى العديد من التعديلات حتى تلائم التطور الكمي و النوعي لهذه الجرائم.

و من جانب آخر، و حتى تكون للنصوص القانونية أثر على تغيير السلوك العدواني اتجاه الأطفال لابد من التحسيس و التوعية من طرف المجتمع ككل بخطورة هذه الأفعال الإجرامية.

¹⁵⁹⁸: سعيدة حليمي، الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال بين الواقع و التشريع، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2014/2015، ص 71.

المراجع والمصادر

1- الكتب باللغة العربية:

- حسن الورياعلي، الجرائم الماسة بالأخلاق ، مساهمة في فهم العوامل الاجتماعية و الضوابط القانونية، مطبعة السليكي الاخويين ، طنجة، 2012.
- عبد الفتاح بهيج ، جريمة خطف الاطفال و الاثار المترتبة عليها بين الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الاولى ، سنة 2010.
- أحمد أجوييد، الموجز في شرح القانون الجنائي الخاص المغربي ، الجزء الثاني ، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2005/2004.
- هلالى عبد الله، الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الانحراف الجنسي ، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1996.

2- المجلات :

- حافظ العبيدي، الركن المادي لجريمة الواقعة ، مجلة القضاء و التشريع ، العدد الثاني ، فبراير، 2010.

3- الرسائل :

- سعيدة حليمي ، الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال بين الواقع و التشريع ، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة سيدي محمد بين عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2015/2014.
- يوسف ربحي، الحماية الجنائية للطفل ضحية الاستغلال الجنسي عبر شبكة الانترنت ، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة سيدي محمد بين عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2013/2013.
- محمد الصديق، حماية الطفل من الجرائم الجنسية، رسالة لنيل دبلوم الماستر ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة محمد الخامس، الرباط، سنة 2013.

4- مراجع باللغة الفرنسية

- Luc Michel nivoise , les éléments condit tifs du viol, rapport sur la l'arrêt de la chambre criminelle du 9 décembre 1993 , revue droit pénal 1994 .
- Inges Ange Lino ; L'enfant la famille la maltraitance ; Dunod ; 2ème Edition ; paris 2001

جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي في التشريعات الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة

أ.د. منى كامل تركي

استاذ القانون الدولي العام

نائب مدير مجلة القانون والأعمال التابعة لمختبر البحث جامعة الحسن الأول

ورقة عمل مقدمة في المؤتمر العلمي الدولي الثالث للاعلام عبر الوسائط الالكترونية تحت عنوان مواقع شبكات التواصل الاجتماعي - الواقع والتحديات، عن المحور القانوني الخاص بموضوع الحق في الخصوصية ومواقع شبكات التواصل الاجتماعي خلال الفترة 17-18 يوليو 2020

ملخص الدراسة

استهدفتنا توضيح الحماية القانونية التي حددتها التشريعات الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة في جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي، فالحق في حرمة حياة الفرد الخاصة من حقوق الإنسان التي حرصت عليها الشريعة الإسلامية، وأولتها الدولة أهمية بالغة في تشريعاتها الاتحادية، لحفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه، وكفالة المصلحة العامة والتوفيق بين مصلحة الأشخاص الخاصة والمصالح العامة، لأن الفرد جزء داخل نسيج وكيان المجتمع وحماية حقه في الخصوصية هي حربة خاصة له في حدود يمثلها القانون، وكذلك الحقوق المدنية والسياسية والاتفاقيات الدولية

فإذا كان السلوك شخصي بالنسبة للفرد فلا بد أن يكون هذا السلوك مطابقاً للقانون، وعلى هذا فإن المصلحة العامة هي التي ترسم حدود هذا الحق ونطاقه وفقاً لمبدأ المشروعية وذلك عن طريق الموازنة بين مصلحة الفرد في الحق في حرمة حياته الخاصة وبين حاجة المجتمع للأمن والنظام العامين، وانطلاقاً من ذلك خصصنا موضوع الدراسة في جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي في مبحثين ومبحث تمهيدي نوضح به ماهية مواقع التواصل الاجتماعي والحماية المقررة لها، ثم نوضح أركان جرائم انتهاك الخصوصية، وصور جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي والعقوبة المقررة لها.

الكلمات المفتاحية: التهديد، نقل الصور، الحق، الالتقاط، الخصوصية، الحياة الخاصة، مواقع شبكات التواصل الاجتماعي (التوتير، الفيس بوك، اليوتيوب، سناب شات، تليجرام، واتس أب، سكاى بي، الإيمو).

Abstract

The study aimed to clarify the legal protection that the federal legislation of the United Arab Emirates has defined in crimes of violation of privacy via social media, as the right to deprive an individual's private life of human rights enshrined in Islamic law, and the state attached great importance to it in its federal legislation, to preserve the community's existence by approving the system. In it, ensuring the public interest and reconciling the interests of private persons and public interests, because the individual is part of the fabric and entity of society and the protection of his right to privacy is his own freedom within the limits represented by law, as well as civil and political rights and international agreements.

If the behavior is personal in relation to the individual, then this behavior must be in conformity with the law, and accordingly the public interest is the one that draws the boundaries and scope of this right according to the principle of legitimacy, by balancing the individual's interest in the right to inviolate his private life and the community's need for public security and order, and based on that we devoted the topic of the study on crimes of privacy violation through social media in two articles and an introductory research in which we clarify what social media sites are and the prescribed protection for them, then we clarify the pillars of crimes of privacy violation, pictures of crimes of privacy violations through social media and the penalty prescribed for them.

Key words: Threat, photo transfer, right, capture, privacy, private life. Social networking sites (Twitter, Facebook, YouTube, Snapchat, Telegram, WhatsApp, Skype, and Emo).

المقدمة

تسعى الدولة إلى تكريس احترام الحريات العامة والخاصة، والحفاظ على حقوق الأفراد من خلال إصدار تشريعات تؤكد على تلك المبادئ الهامة، فاحترام المواطن يعد مقياساً لتقدم الأمم، وأن وظيفة القانون هي تنظيم المجتمع بغية الحفاظ على حريات ومصالح الأفراد الخاصة، مع حفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه، وكفالة المصلحة العامة مع التوفيق بين مصلحة الأشخاص الخاصة والمصالح العامة، لأن الفرد جزء داخل نسيج وكيان المجتمع وحماية حقه في الخصوصية هي حرية خاصة له في حدود يمثلها القانون⁽¹⁵⁹⁹⁾.

فقد حدد المشرع الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة أنواع الحقوق والحريات المرتبطة بشخصية الإنسان في حقه بالحياة، وحرية الانتقال، وحرمة المسكن، وحق احترام الكرامة الإنسانية، وسرية المراسلات، وحق الأمن، وكذلك الحقوق والحريات المرتبطة بالنشاط الإنساني في حق الملكية وحرية العمل وحرية التجارة والصناعة، وذلك على اعتبار أن جميع الأفراد لدى القانون سواء، وخصص المشرع الحقوق والواجبات العامة في المواد من (25 إلى 44) من دستور الدولة فقد جاء الدستور الاتحادي معبراً عن كرامة الإنسان، وحقوقه، كما جاء قانون العقوبات الاتحادي مكملاً لنصوص الدستور لحماية حقوق المجتمع والمواطن على نحو يضمن تحقيق الأمن حتى يمكن للمواطنين ممارسة حقوقهم وحرياتهم وفق أحكام القانون⁽¹⁶⁰⁰⁾.

فإن أنشطة الإنسان وحركاته ومهامه وأعماله وتوجهات مشاعره وعواطفه وأحاسيسه وعلاقاته بما حوله من أشياء أو أشخاص، من مفردات خصوصية الإنسان التي يسعى القانون أن يوفر لها الحماية، كما يجسدها القضاء ويوسع من نطاقها في تجريم الاعتداء عليها، وفرض العقوبات على مرتكبيها، ومع وجود التكنولوجيا المتطورة في عالم الإنترنت وتقنية المعلومات والهواتف المحمولة الذكية، انتشرت مواقع التواصل الاجتماعي بين الأشخاص والتي تنقله من العالم الافتراضي إلى أرض الواقع بنقل المحادثات المسموعة والمرئية، والتي استغلها البعض في ارتكاب جرائم التصوير والتسجيل بدون إذن، والتقاط الصور، وجرائم السب والقذف عبر شبكات التواصل الاجتماعي، والاعتداء على خصوصية الأشخاص، وجرائم الاحتيال الإلكتروني، وجرائم التهديد والابتزاز، وغيرها من الجرائم التي تدخل في استعمال وسائل الاتصالات ووسائل التواصل الاجتماعي.

فإن فكرة الخصوصية حق إنساني أساسي محفوظ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة الدولية للحقوق المدنية والسياسية، بالمادة (12/ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان)⁽¹⁶⁰¹⁾، وقد أولت كافة التشريعات الوضعية أهمية خاصة لحرمة الحياة الخاصة، وقد شرعت الدولة بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 2012، بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات في المادة (21) بالتجريم العقاب بالحبس والغرامة لكل من اعتدى على خصوصية شخص في نظام معلوماتي إلكتروني أو إحدى وسائل تقنية المعلومات غير المصرح بها قانوناً، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها⁽¹⁶⁰²⁾ وتهدف التشريعات الاتحادية من تلك القوانين إلى تحقيق الاستقرار والحفاظ على النظام وتحقيق المساواة بين الأفراد، فقواعد القانون عامة ومجردة، وهي وسيلة لتحقيق العدل بين جميع الأفراد، لأن الفرد جزء داخل نسيج وكيان المجتمع وحماية حقه في الخصوصية هي حرية خاصة له في حدود يمثلها القانون

⁽¹⁵⁹⁹⁾ عادل الشهاوي، محمد الشهاوي : الاعتداء على الحياة الخاصة، بواسطة القنوات الفضائية، ووسائل الإعلام والاتصال، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1، 2015، ص 1.

⁽¹⁶⁰⁰⁾ منى كامل تركي : الحماية الجنائية لحق الخصوصية في جرائم التصوير والتسجيل بدون إذن، ووضع كاميرات المراقبة، وضوابط التوازن بين الحق في الخصوصية والضرورات الأمنية وفقاً لقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ودار النهضة العلمية بالإمارات، ط 1، 2018، ص : 33.

⁽¹⁶⁰¹⁾ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948، في قصر شايبو بباريس، ويعتبر من الوثائق الدولية الرئيسية لحقوق الإنسان، والتي نالت موقعاً هاماً في القانون الدولي

⁽¹⁶⁰²⁾ المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات والمعدل بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (2) لسنة 2018، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد 633، للسنة 48، بتاريخ 2018/7/31

وانطلاقاً من ذلك خصصنا موضوع الدراسة في جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي في مبحثين ومبحث تمهيدي نوضح به ماهية مواقع التواصل الاجتماعي والحماية المقررة لها، وفي المبحث الأول نوضح أركان جرائم انتهاك الخصوصية، وفي المبحث الثاني نوضح صور جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي والعقوبة المقررة لها.

أهمية موضوع الدراسة

يتسم موضوع جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي أهمية بالغة وذلك لاتصاله بحريات الأفراد، فالفرد أساس المجتمع والقانون هو الوسيلة لحماية حريات الأشخاص

1. إن هذا النوع من الجرائم المستحدثة التي أفرزتها التقنية المستخدمة تدخل ضمن خصوصية الإنسان التي يسعى القانون أن يوفر لها الحماية ويجسدها القضاء بالتجريم بعقوبتي الحبس والغرامة على مرتكبيها.
2. تطور تكنولوجيا المعلومات والشبكة المعلوماتية أفرز عنه العديد من برامج التواصل الاجتماعي كمواقع تشكل من خلال الإنترنت تسمح للأفراد بتقديم لمحة عن حياتهم العامة وإتاحة الفرصة للاتصال بقائمة المسجلين والتعبير عن وجه نظرهم أو نشر صورهم، ومعلومات شخصية لهم من خلال عملية الاتصال عبر التواصل الاجتماعي (التويتر، الفيس بوك، اليوتيوب، سناب شات، تليجرام، الواتس أب، سكايب، الإيمو، وغيرها من الكثير من البرامج).
3. يترتب على انتهاك حرية الإنسان وخصوصيته انتهاك للخصوصية الشخصية له، واستغلال البعض لتلك الخصوصية بالتهديد والابتزاز، والسب والقذف، والتصوير والتسجيل وغير ذلك من الجرائم.
4. اختلاط الجريمة المعلوماتية بالجريمة التقليدية والذي يثير الإشكاليات القانونية التي ترتبط بجريمة استغلال الهاتف المحمول في التهديد أو الابتزاز أو نقل الصور والمحادثات أو السب والقذف أو غيرها من طرق الاستغلال في انتهاك الخصوصية عبر الهاتف المحمول، بسوء استخدام الهاتف المحمول بالقذف والسب، أو سوء استخدام الهاتف المحمول في التهديد والابتزاز مستبعدين سرقة الجهاز المحمول أو سرقة شريحة الاتصال لعدم تمييز هاتين الجريمتين عن الجرائم التقليدية.
5. أن الجرائم المتصلة بوسائل التواصل الاجتماعي في كل عمل أو امتناع يعاقب عليه القانون بعقوبة جزائية كونها عدوان على مصلحة يحميها القانون، فالجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام كجرائم السب والقذف باستعمال البريد الإلكتروني أو غرف الدردشة في مواقع التواصل الاجتماعي تمس كيان وشرف أحد الأشخاص انتهاكاً لخصوصيته التي يحميها القانون.
6. أن القانون يحمي الحقوق بصفتها محلاً لحق معين، لأن الحماية القانونية تقرر للحقوق لا للأشياء، فقصد الكشف عن الحق الذي تحميه حرمة المسكن هو ذات الحق الذي يعطى للشخص حرمة رسائله وصوره ومكالماته الهاتفية وتواصله الاجتماعي.

أهداف الدراسة

يكن الهدف الرئيسي للدراسة في توضيح ماهية جرائم انتهاك الخصوصية عبر التواصل الاجتماعي وأركانها وصورها والعقوبة المقررة لها وفقاً للتشريعات الاتحادية، باعتبارها من الحقوق الخاصة بشخصية الفرد الذي يمثل كيان المجتمع بالإضافة إلى ما يلي:

1. بيان مفهوم مواقع التواصل الاجتماعي ومدى الحماية القانونية المقررة لها في التشريعات الاتحادية، والتعرف على جميع وسائل التواصل الاجتماعي، في مفهومها الأساسي كمنصات صممت على شبكة الإنترنت أو الهاتف المحمول بغرض التفاعل الثنائي الاتجاه عبر محتويات ينتجها المستخدمون أنفسهم فضلاً عن التواصل بين كافة الأفراد ومن ثم اختلافها عن وسائل الإعلام التي لا تخرج إلا من مصدر واحد أو من موقع شبكي ثابت

2. توضيح الركن المادي الركن المعنوي لجرائم انتهاك الخصوصية في التشريعات الاتحادية، من خلال بيان الطرق التي يستخدمها الخارقون لوسائل التواصل الاجتماعي لانتهاك الخصوصية كذلك التجسس الإلكتروني واعتراض الرسائل البريدية المرسلة بغرض الاطلاع عليها أو معرفة محتوياتها ومن ثم إفشاء الأسرار التي قد تحتويها تلك الرسائل كالأسرار المالية والاجتماعية والصحية وغيرها

3. التعرف على بعض من صور جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي والعقوبة المقررة لها كجريمة سوء استخدام الهاتف المحمول بالقتل والسب، أو سوء استخدام الهاتف المحمول في التهديد والابتزاز والعقوبة المقررة لها، وجريمة استراق السمع أو تسجيل أو نقل المحادثات الخاصة والعقوبة المقررة لها في التشريعات الاتحادية

مشكلة الدراسة

إن اختراق الخصوصية التي يتعرض لها البعض من خلال وسائل التواصل الاجتماعي بالتهديد أو الابتزاز من الخارقون يثير إشكاليات التكيف القانوني للفعل الذي يتبعه الجاني كما يثير مشكلة التمييز بين العمل التحضيري والبدء في تنفيذ الجريمة، فقد اخترنا الإشكالية الرئيسية للدراسة بطرح التساؤل التالي: هل وفق المشرع الجنائي في التشريعات الاتحادية الحديثة في تحديد أفعال الاعتداء على الحق في حرمة الحياة الخاصة عبر وسائل التواصل الاجتماعي حتى تكتمل أركان جريمة انتهاك الخصوصية؟ بالإضافة إلى التساؤلات الفرعية التالية:

1. ما هو مفهوم مواقع التواصل الاجتماعي وما مدى الحماية القانونية المقررة لها في التشريعات الاتحادية؟
2. ما هي أركان جرائم انتهاك الخصوصية في التشريعات الاتحادية؟
3. ما هي صور جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي والعقوبة المقررة لها في التشريعات الاتحادية؟
4. هل العقوبة المقررة على سوء استخدام الهاتف المحمول بالقتل والسب، أو سوء استخدام الهاتف المحمول في التهديد والابتزاز أو غير ذلك تتناسب مع وضع الحماية القانونية لانتهاك خصوصية الأفراد؟
5. ما مدى العقوبة المقررة على جريمة استراق السمع أو تسجيل أو نقل المحادثات الخاصة في التشريعات الاتحادية؟

الدراسات السابقة

من خلال البحث توصلت الباحثة إلى بعض من الدراسات السابقة يذكر منها ما يلي:

(1) **دراسة بعنوان: الحماية القانونية للخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي**، العراق، 2015، اهتمت الدراسة بوسائل الاتصال الجماهيري والشخصي، فيما تميزت به من تفاعلية وإلغاء قيود المكان والزمان صنعت إعلاماً جديداً والتي أتاحت للجميع التعبير عما يريدون بحرية تامة، وشملت تطبيقات الإنترنت ومنها مواقع التواصل الاجتماعي وأشهرها وأكثرها انتشاراً فيسبوك، وتناولت الدراسة حماية حقوق الإنسان من مخاطر الإعلام الجديد، لاسيما الحق في الخصوصية حرمة الحياة الخاصة، في بيانات المستخدمين ومعلوماتهم الشخصية واتصالاتهم وتخزين وتجميع المعلومات إلكترونياً من الهاكرز أو مزودي الخدمة أو الحكومة أو دول وشركات أخرى. وتوصلت الدراسة إلى أن ما أتاحته هذه الوسائل من مزايا مكنت مستخدميها من انتهاك خصوصية بعضهم البعض ونشر ما يريدون تحت أسماء مستعارة ودون وضع اعتبارات لاسيما في ظل عدم وجود قوانين وأخلاقيات تحكم هذه الوسائل ومستخدميها فضلاً عن عالميتها، واعتمدت الدراسة في نتائجها على الدراسة المسحية التي أجرتها الباحثة على مستخدمي موقع التواصل الاجتماعي فيسبوك في مدينة كربلاء، لمعرفة ما يمثله مفهوم الخصوصية لديهم ومدى ادراكهم أهميتها وحمايتها، ورصد أنواع الانتهاكات المتحققة عبره والأخلاقيات ومدى خصوصية فيسبوك كوسيلة إعلام لأشهر المواقع وأكثرها انتشاراً وتأثيراً في الشعوب لاسيما العربية فضلاً عن إنه يعد من الكنوز

بسبب ما يحتويه لاسيما في ما يتعلق بمتصيدي المعلومات والبيانات بأصنافهم المختلفة، بعد أن باتت أهم الشخصيات في العالم تتواصل عبره⁽¹⁶⁰³⁾.

وترى الباحثة أن هذه الدراسة بحثت في انتهاك خصوصية مواقع التواصل الاجتماعي وأشهرها وأكثرها انتشارا فيسبوك في نشر ما يريدون تحت اسماء مستعارة ودون وضع اعتبارات لاسيما في ظل عدم وجود قوانين وأخلاقيات تحكم هذه الوسائل ومستخدميها فضلا عن عالميته، وأنها تتوافق مع أهداف دراستنا الحالية في ماهية جرائم انتهاك الخصوصية عبر التواصل الاجتماعي وأركانها وصورها والعقوبة المقررة لها وفقاً للتشريعات الاتحادية، باعتبارها من الحقوق الخاصة بشخصية الفرد الذي يمثل كيان المجتمع.

(2) دراسة بعنوان: المسؤولية المدنية عن انتهاك الخصوصية في وسائل الاتصال الإلكترونية وفقاً للقانون الأردني، الأردن،

2014، تناولت الدراسة تدفق المعلومات وانسيابها عن طريق أجهزة الاتصال الحديثة وخاصة الكمبيوتر، والهاتف المحمول، والإنترنت لها آثار إيجابية في كافة مجالات الحياة، وعليها آثار سلبية على مختلف الأوضاع الاجتماعية، والثقافية، والحياة الخاصة للأفراد سواء على المستوى الداخلي للدول، أو على المستوى الدولي والذي امتد ليشمل حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ومن أهم هذه الحقوق التي تعرضت للانتهاك الإلكتروني في مجال التقنيات الحديثة هو الحق في الخصوصية، أو الحق في الحياة الخاصة وكذلك حرمة الحياة الخاصة وقديسيته مما أدى إلى نشوء أضرار فادحة تلحق بالمجتمع نتيجة استغلال وسائل الاتصال الحديثة، وشبكات التواصل الاجتماعي عبر الإنترنت.

واستعرضت الدراسة أن استخدام الجميع لهذه الوسائل، وانتشار أجهزة الحاسب الآلي والهاتف المحمول ووضع كثير من معلوماتهم الشخصية، وصورهم، ومقاطع الفيديو الخاصة بهم وبأسرهم على الأجهزة وعلى شبكة الإنترنت يؤلف خطراً لا يستهان به على حرمة حياة الناس الخاصة، الأمر الذي أوجب تدخل المشرع في كثير من دول العالم ومنها الأردن لسن قوانين خاصة بجرائم الحاسوب، والإنترنت، والجرائم الإلكترونية والمطبوعات والنشر، والمواقع الإلكترونية، والاتصالات لتنظيم التواصل على شبكة الإنترنت ومراقبة الجريمة، والاعتداءات الإلكترونية؛ لذا سعت الدراسة إلى تسليط الضوء على مفهوم الحياة الخاصة وصورها وتوضيح المقصود بانتهاك الخصوصية عبر وسائل الاتصال الإلكترونية وصوره، والمسؤولية المدنية المترتبة على المعتدي في هذا المجال، وأساس المسؤولية وتطبيقاتها والاجابة عن العديد من التساؤلات عن جريمة انتهاك الحياة الخاصة في إطار المعلوماتية⁽¹⁶⁰⁴⁾.

وترى الباحثة أن هذه الدراسة بحثت في مفهوم الحياة الخاصة وصورها وتوضيح المقصود بانتهاك الخصوصية عبر وسائل الاتصال

الإلكترونية وصوره، والمسؤولية المدنية المترتبة على المعتدي في هذا المجال، وأساس المسؤولية وتطبيقاتها وأنها تتوافق مع أهداف دراستنا الحالية في ماهية جرائم انتهاك الخصوصية عبر التواصل الاجتماعي وأركانها وصورها والعقوبة المقررة لها وفقاً للتشريعات الاتحادية، باعتبارها من الحقوق الخاصة بشخصية الفرد الذي يمثل كيان المجتمع وتختلف مع دراستنا في بحثها عن أساس المسؤولية وتطبيقاتها.

(3) دراسة بعنوان: أيدولوجيا الشبكات الاجتماعية وخصوصية المستخدم بين الانتهاك والاختراق، الجزائر، 2017، هدفت

الدراسة إلى التطرق إلى مخاطر وأثار عرض الذات على مواقع شبكات التواصل الاجتماعي، ومختلف التحديات التي تواجه المستخدمين لحماية خصوصياتهم في هذه الفضاءات الافتراضية التي أصبحت عالم زجاجي، حيث أصبح متعارف على نحو متزايد أن تقديم الذات على النحو المأمول في هذه البيئات الرقمية يستلزم عرض معلومات وبيانات شخصية كثيرة عن المستخدم، وهذا ما يعرضه للعديد من المخاطر، كما تناولت الدراسة آليات إدارة الخصوصية المناسبة اجتماعياً، نظراً لما هو شائع اليوم من عرض عمدي للبيانات الشخصية بشكل

⁽¹⁶⁰³⁾ إيناس هاشم رشيد : الحماية القانونية للخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي، أطروحة ماجستير، جامعة كربلاء، 2015م.

⁽¹⁶⁰⁴⁾ محمد عبد الوهاب المحاسنة : المسؤولية المدنية عن انتهاك الخصوصية في وسائل الاتصال الإلكترونية وفقاً للقانون الأردني، جامعة

متزايد على الشبكات الاجتماعية وتفشي ظاهرة مراقبة حياة الآخرين، وهذا ما يثير مسألة الهوية والمخاطر الاجتماعية الناجمة عن التواجد الرقمي للأفراد، وحاولت الدراسة معالجة التفكك التدريجي والتقارب الحاصل بين المجالين العام والخاص، والذي أثار قضايا السيطرة على حماية الخصوصية في عالم الشبكات⁽¹⁶⁰⁵⁾.

وترى الباحثة أن هذه الدراسة بحثت في آليات إدارة الخصوصية المناسبة اجتماعيا، نظرا لما هو شائع اليوم من عرض عمدي للبيانات الشخصية بشكل متزايد على الشبكات الاجتماعية وتفشي ظاهرة مراقبة حياة الآخرين، وهذا ما يثير مسألة الهوية والمخاطر الاجتماعية الناجمة عن التواجد الرقمي للأفراد، وحاولت الدراسة معالجة التفكك التدريجي والتقارب الحاصل بين المجالين العام والخاص، والذي أثار قضايا السيطرة على حماية الخصوصية في عالم الشبكات، وأنها تتوافق مع أهداف دراستنا الحالية في ماهية جرائم انتهاك الخصوصية عبر التواصل الاجتماعي وأركانها وصورها والعقوبة المقررة لها وفقاً للتشريعات الاتحادية، باعتبارها من الحقوق الخاصة بشخصية الفرد الذي يمثل كيان المجتمع وتختلف مع دراستنا في بحثها عن مخاطر وأثار عرض الذات على مواقع شبكات التواصل الاجتماعي.

منهجية الدراسة

اعتمدت الباحثة على المنهج الوصفي في وصف الأفعال التي يتبعها الجاني لاختراق الحق في الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي، والاعتداء على حرمة وخصوصية الأشخاص في مراسلتهم ومحادثاتهم وصورهم عبر وسائل التواصل الاجتماعي والمنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية المتعلقة بتجريم الاعتداء على خصوصية تلك المعلومات والعقوبات المقررة في التشريعات الاتحادية لجريمتي استراق السمع أو تسجيل أو نقل المحادثات الخاصة، وجريمة سوء استخدام الهاتف المحمول بالقتف والسب كأحد صور جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي، من خلال تقسيم الدراسة وفقاً للخطة التالية:

خطة الدراسة

المبحث الثاني	المبحث الأول	مبحث تمهيدي
صور جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي والعقوبة المقررة لها	أركان جرائم انتهاك الخصوصية	ماهية مواقع التواصل الاجتماعي والحماية المقررة لها
المطلب الأول: جريمة القذف والسب عبر الهاتف المحمول والعقوبة المقررة لها	المطلب الأول: الركن المادي	المطلب الأول: تعريف مواقع التواصل الاجتماعي
المطلب الثاني: جريمة استراق السمع أو تسجيل أو نقل المحادثات الخاصة والعقوبة المقررة لها	المطلب الثاني: الركن المعنوي	المطلب الثاني: مفهوم حماية الخصوصية

مبحث تمهيدي: ماهية مواقع التواصل الاجتماعي والحماية المقررة لها

شكلت مواقع وسائل التواصل الاجتماعي من خلال شبكة الإنترنت، فتسمح للأفراد بتقديم لمحة عن حياتهم العامة والخاصة، وبعض الصور الشخصية لمعرفة هوية صاحب الحساب وذلك بهدف إتاحة الفرصة للاتصال بقائمة المسجلين، وهي شبكات اجتماعية للاتصال بين الأشخاص بالاتصال بالمكالمات المسموعة والمرئية (الفيديو) أو بالمراسلات البريدية عبر البريد الإلكتروني، أو بالرسائل الكتائية

(1605) د. تومي فضيلة : إيدولوجيا الشبكات الاجتماعية وخصوصية المستخدم بين الانتهاك والاختراق، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 30، سبتمبر،

2017، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، 2017

والمصنقات والصور، وقد تكون برامج وسائل التواصل الاجتماعي في مجموعات يتم طرح فيها المناقشات بين الأطراف المشاركين، والتعبير عن وجه نظرهم أو نشر صورهم، ومعلومات شخصية لهم من خلال عملية الاتصال عبر التواصل الاجتماعي (التويتر، الفيس بوك، اليوتيوب، سناب شات، تليجرام، واتس أب، سكاى بي، الإيمو، وغيرها من الكثير من البرامج).

وتختلف طبيعة التواصل من موقع لآخر إلا أن جميع وسائل التواصل الاجتماعي في مفهومها الأساسي هي منصات على شبكة الإنترنت، أو الهاتف المحمول تتيح التفاعل الثنائي الاتجاه، أو التفاعل الجماعي عبر محتويات ينتجها المستخدمون أنفسهم، فضلاً عن التواصل بين المستخدمين ومن ثم فوسائل التواصل الاجتماعي ليست كوسائل الإعلام التي لا تخرج إلا من مصدر واحد أو من موقع شبكي ثابت وإنما هي وسائل للتواصل عبر منصات صممت خصيصاً لتتيح للمستخدمين إيجاد المحتويات بأنفسهم والتفاعل مع المعلومات ومع مصدرها، فأن بعض مستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي يخضعوا للمساءلة على خلفية نشرهم لمقاطع فيديو على سبيل الدعاية، وتبادلهم عبارات تدخل تحت مسمى جرائم السب والقذف، ونشرهم تعليقات سخرية على حسابات اجتماعية، كما إن مرتكبي هذه الأفعال، يبدون حسن النية من ورائها، وعدم درايتهم بأنها يعاقب عليها القانون، لكن الجهل بالقانون لا يعفي من المسؤولية، ولتوضيح ذلك قسم المبحث في المطلب الأول: تعريف مواقع التواصل الاجتماعي وفي المطلب الثاني: مفهوم حماية الخصوصية، كما يلي:

المطلب الأول: تعريف مواقع التواصل الاجتماعي

شكلت شبكات التواصل الاجتماعي في بداياتها مجتمعاً افتراضياً على نطاق ضيق ومحدود، ثم ما لبثت أن ازدادت مع الوقت لتتحول من أداة افتراضية نصية مكتوبة إلى وسيلة مرئية ومسموعة تؤثر في الأفراد وفي أنماط سلوكهم من سمع، وبصر، وحس وتعتبر شبكات التواصل الاجتماعي هي الأكثر انتشاراً على شبكة الإنترنت لما تمتلكه من خصائص وقدرات تميزها عن المواقع الإلكترونية الأخرى، ما شجع مستخدمي الإنترنت حول العالم على الإقبال المتزايد عليها بالرغم من الانتقادات الشديدة التي تتعرض لها الشبكات الاجتماعية على الدوام، كالتأثيرات السلبية على الإطار الأسري وتفككه⁽¹⁶⁰⁶⁾.

وأصبحت برامج محادثات التواصل الاجتماعي مثل (التويتر، الفيس بوك، اليوتيوب، سناب شات، تليجرام، واتس أب، سكاى بي، الإيمو، وغيرها من الكثير من البرامج. الأكثر شيوعاً بين سكان الكرة الأرضية والأفضل والأسهل استخداماً وتداولاً بين مختلف الفئات العمرية التي تستخدم الهواتف الذكية سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً نتيجة تميز تصميمها وسهولة استعمالها ولجمعها كل الإيجابيات والإمكانيات التي يطمحها أي إنسان أياً ما كانت ميوله واهتماماته وتخصصه، وكأي ابتكار جديد لفت برامج التواصل الاجتماعي المجتمع إليه، لكن ما تفردت به هذه البرامج عن غيرها من البرامج أن أفراد المجتمع غير قادرة على الانفصاض من حوله بسبب مناسبتها لاختلاف الأدواق والعقول، وانطلاقاً من ذلك نوضح مفهوم مواقع التواصل الاجتماعي كما يلي:

أولاً: مفهوم مواقع التواصل الاجتماعي: هي التطور التقني الذي طرأ على استخدام التكنولوجيا، وأطلق على كل ما يمكن استخدامه من قبل الأفراد والجماعات على الشبكة العنكبوتية العملاقة، وهي تركيبة اجتماعية إلكترونية تتم صناعتها من أفراد أو جماعات أو مؤسسات، وتتم تسمية الجزء التكويني الأساسي مثل الفرد الواحد باسم العقدة بحيث يتم إيصال هذه العقد بأنواع مختلفة من العلاقات كتشجيع فريق معين أو الانتماء لشركة ما أو حمل جنسية لبلد ما في هذا العالم، وقد تصل هذه العلاقات لدرجات أكثر عمقاً كطبيعة الوضع الاجتماعي أو المعتقدات أو الطبقة التي ينتمي إليها الشخص⁽¹⁶⁰⁷⁾.

مواقع التواصل الاجتماعي هي تلك المواقع ضمن مواقع الجيل الثاني للويب، وتسمى مواقع الشبكات الاجتماعية، تقوم على المستخدمين بالدرجة الأولى وإتاحة التواصل بينهم سواء أكانوا أصدقاء تعرفهم على أرض الواقع أو كانوا أصدقاء عرفتهم في العالم

(1606) عبد العزيز حمد عبد الله الحسن : وسائل الإعلام والإعلان وصف نظري للعلاقة والتأثير، مجلة عالم الاقتصاد، العدد 16، 2015، ص 25.

(1607) زاهر راضي : استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في العالم العربي، مجلة التربية، العدد 15، جامعة عمان الأهلية، عمان، 2010، ص 23.

الافتراضي، وهي عبارة عن صفحات ويب على شبكة الإنترنت يخصص بعضها للإعلان عن السلع والخدمات أو لبيع المنتجات، والبعض الآخر عبارة عن صحيفة إلكترونية تتوفر فيها للكاتبة إمكانية للنشر، وللزوار كتابة الردود على المواضيع المنشورة فيها وفرصة للنقاش بين المتصفحين، وكذلك مواقع للمحادثة (الدرشة) وهناك المدونات الشخصية التي يجعلونها أصحابها كمحفظة خاصة يدونون فيها يومياتهم ويضعون صورهم ويسجلون فيها خواطرهم واهتماماتهم ومن هذه المواقع محركات البحث وبوابات ويب ومراجع حرة والمدونات ومواقع الصحف والمجلات ومواقع الصحف الإلكترونية ومواقع القنوات الفضائية ومواقع اليوتيوب⁽¹⁶⁰⁸⁾. ظهرت شبكات التواصل الاجتماعية مثل: (الفيس بوك، تويتر، واتس أب، سناب شات، انستغرام، سكاي بي، ماسنجر، ايمو، ياكول، ماي سبيس، لايف بوون، هاي فايف، أوركت، تاجد، ليكند إن، يوتيوب وغيرها) التي أتاح البعض منها مثل: (الفيس بوك، واتس اب، سناب شات، تويتر، ماسنجر، انستغرام) تبادل مقاطع الفيديو والصور ومشاركة الملفات وإجراء المحادثات الفورية والتواصل والتفاعل المباشر بين جمهور المتلقين⁽¹⁶⁰⁹⁾.

وتعد مواقع التواصل الاجتماعي شبكات اجتماعية تفاعلية تتيح التواصل لمستخدميها في أي وقت يشاءون وفي أي مكان من العالم، ظهرت على شبكة الإنترنت منذ سنوات قليلة وغيرت في مفهوم التواصل والتقارب بين الشعوب، واكتسبت أسمها الاجتماعي كونها تعزز العلاقات البشرية، وتعدت في الآونة الأخيرة وظيفتها الاجتماعية لتصبح وسيلة تعبيرية واحتجاجية، وأبرز شبكات التواصل الاجتماعي هي (الفيس بوك- تويتر- واليوتيوب) وأهمها هي شبكة (الفيس بوك) وهي الطرق الجديدة في الاتصال في البيئة الرقمية بما يسمح للمجموعات الأصغر من أفراد المجتمع بإمكانية الالتقاء والتجمع على الإنترنت وتبادل المنافع والمعلومات، وهي بيئة تسمح للأفراد والمجموعات بإسعاد صوتهم وصوت مجتمعاتهم إلى العالم أجمع⁽¹⁶¹⁰⁾.

ثانياً: أنواع مواقع التواصل الاجتماعي: ويمكن تقسيم مواقع التواصل الاجتماعي إلى الأقسام الآتية:

- (1) **شبكة الانترنت وتطبيقاتها، مثل الفيس بوك، وتويتر، اليوتيوب، والمدونات، ومواقع الدردشة، والبريد الإلكتروني، وتمثل منظومة من منظومات الإعلام الجديد**⁽¹⁶¹¹⁾.
- (2) **تطبيقات قائمة على الأدوات المحمولة المختلفة:** ومنها أجهزة الهاتف المحمول الذكية والمساعدات الرقمية الشخصية وغيرها، وتُعد الأجهزة المحمولة منظومة خامسة في طور التشكل⁽¹⁶¹²⁾.
- (3) **أنواع قائمة على منصة الوسائل التقليدية:** مثل الراديو والتلفزيون ومواقع التواصل الاجتماعي للقنوات والإذاعات والبرامج التي أضيفت إليها ميزات التفاعلية والرقمية والاستجابة للطلب⁽¹⁶¹³⁾.
- (4) **شبكات التواصل الاجتماعي:** تعددت هذه الشبكات واستأثرت بجمهور واسع من المتلقين ولعبت دوراً بارزاً في العلاقات الاجتماعية، وإيصال الأخبار السريعة والرسائل النصية ومقاطع الفيديو عن تلك الأحداث الأمر الذي ساعد في شهرة وانتشار هذه الشبكات وأهمها (الفيس بوك، تويتر، واليوتيوب).

⁽¹⁶⁰⁸⁾ رضا عبد الواحد أمين : استخدامات الشباب الجامعي لموقع يوتيوب على شبكة الإنترنت، أبحاث المؤتمر الدولي للإعلام الجديد، تكنولوجيا جديدة لعالم جديد، ورقة رقم 2 جامعة المملكة، البحرين 7 - 9 ابريل 2009

⁽¹⁶⁰⁹⁾ زاهر الغريب إسماعيل : دور شبكات التواصل الاجتماعي في تعزيز قيم المواطنة وتشكيل الرأي العام لدى منتسبي الجامعات بحث منشور قسم تكنولوجيا التعليم كلية التربية ، جامعة المنصورة 2015 ص 11.

⁽¹⁶¹⁰⁾ عامر فتحي حسين : وسائل الاتصال الحديثة من الجريدة إلى الفيس بوك، القاهرة، العربي للنشر والتوزيع، ط 1، 2011 ص 187. عباس مصطفى صادق : الاعلام الجديد، دراسة في مداخله النظرية وخصائصه العامة، القاهرة، البوابة العربية لعلوم الإعلام والاتصال، 2011م، ص 9.

⁽¹⁶¹¹⁾ نصر الدين العياضي : الرهانات الأبيستمولوجية والفلسفية للمنهج الكيفي نحو آفاق جديدة لبحوث الإعلام والاتصال في المنطقة العربية، أبحاث المؤتمر الدولي، الإعلام الجديد تكنولوجيا جديدة... لعالم جديد، جامعة البحرين، من 7-9 ابريل 2009م، ص 18

⁽¹⁶¹²⁾ عباس مصطفى صادق : الاعلام الجديد، دراسة في مداخله النظرية وخصائصه العامة، مرجع سابق، ص 11.

⁽¹⁶¹³⁾ عامر فتحي حسين : وسائل الاتصال الحديثة من الجريدة إلى الفيس بوك، مرجع سابق ص 189.

(أ)-**الفييس بوك**: هو شبكة اجتماعية استأثرت بقبول وتجاوب كبير من المجتمع خصوصاً من الشباب في جميع أنحاء العالم، واحتلت شبكة الفييس بوك من الشهرة والإقبال المركز الثالث بعد موقعي غوغل ومايكروسوفت وبلغ عدد المشتركين فيها أكثر من (800) مليون شخص، وهو موقع تواصل اجتماعي يعمل على تكوين الأصدقاء ويساعدهم على تبادل المعلومات والملفات والصور الشخصية ومقاطع الفيديو والتعليق عليها وإمكانية المحادثة أو الدردشة الفورية، ويسهل إمكانية تكوين علاقات في فترة قصيرة، وأن هناك من استغله في الجانب السيئ، وهناك من استفاد منه للتواصل بالصور والتعليقات مع أصدقائه في شتى أنحاء العالم⁽¹⁶¹⁴⁾.

(ب)-**توتير**: هو إحدى شبكات التواصل الاجتماعي التي انتشرت في السنوات الأخيرة ولعبت دوراً كبيراً في الأحداث السياسية في العديد من الدول وخاصة في منطقة الشرق الأوسط، وتصدرت هذه الشبكات ثلاثة مواقع رئيسية لعبت دوراً مهماً جداً في أحداث ما يسمى بثورات (الربيع العربي) وهي (فييس بوك - توتير - يوتيوب) وأخذ توتير أسمه من مصطلح تويت الذي يعني التغريد وأتخذ من العصفورة رمزاً له وهو خدمة مصغرة تسمح للمغربين إرسال رسائل نصية قصيرة لا تتعدى (140) حرفاً للرسالة الواحدة ويجوز للمرء أن يسميها نصاً موجزاً مكتفياً لتفاصيل كثيرة. ويمكن لمن لديه حساب في موقع توتير أن يتبادل مع أصدقائه تلك التغريدات، التويتات من خلال ظهورها على صفحاتهم الشخصية أو في حالة دخولهم على صفحة المستخدم صاحب الرسالة وتتيح شبكة توتير خدمة التدوين المصغرة هذه إمكانية الردود والتحديثات عبر البريد الإلكتروني كذلك أهم الأحداث من خلال خدمة (RSS) عبر الرسائل النصية (SMS)⁽¹⁶¹⁵⁾.

(ج)-**اليوتيوب**: هو أحد المواقع الاجتماعية الشهيرة والذي استطاع بفترة زمنية قصيرة الحصول على مكانة متقدمة ضمن مواقع التواصل الاجتماعي وخصوصاً في دوره المتميز في الأحداث الأخيرة التي جرت ووقعت في أنحاء مختلفة من العالم منها الكوارث الطبيعية والتحركات والانتفاضات الجماهيرية والثورات الشعبية، وهو موقع لمقاطع الفيديو متفرع من غوغل يتيح إمكانية التحميل عليه أو منه لعدد هائل من مقاطع الفيديو وهناك أعداد كبيرة للمشاركين فيه ويزوره الملايين يومياً وتستفيد منه وسائل الإعلام بعرض مقاطع الفيديو التي لم تتمكن شبكات مراسيلها من الحصول عليها كما يستفيد مرئادي الفييس بوك من مقاطع الفيديو التي تتعلق بالانتفاضات الجماهيرية في كل البلدان العربية والشرق الأوسط وعرضها على صفحات الفييس بوك، ويعتبر اليوتيوب من شبكات التواصل الاجتماعية الهامة⁽¹⁶¹⁶⁾.

المطلب الثاني: مفهوم حماية الخصوصية

إن لفظ الخصوصية له معنى ومضمون نسبي تختلف من شخص لأخر حسب طبيعة الفرد وأحواله، فقد تكون هناك حالات بالنسبة لفرد معين هي حالة من الخصوصية، بينما لا تكون على هذا النحو بالنسبة لشخص آخر، فيختلف الحق في الخصوصية ونطاق تطبيقه حسب القيم والقواعد الأخلاقية لكل مجتمع، وحسب ما هو معتاد لكل مجتمع فيما يكون من قبيل الحياة الخاصة أو العامة، ومن هنا تتسع دائرة الخصوصية وتضيق تبعاً لاختلاف المجتمعات ومدى الحرية التي يتمتع بها الأفراد فيما يعد من نطاق الحياة الخاصة أو العامة، وعليه فإن الخصوصية هي كل ما يدخل ضمن تفاصيل حياة الفرد وداخل برتوكول حياته الخاصة التي لا يرغب باطلاع الغير عليها ويحتفظ بها بحسبانه سراً له⁽¹⁶¹⁷⁾.

⁽¹⁶¹⁴⁾ حسن عماد مكاي، ويليلى حسين السيد : الاتصال ونظرياته المعاصرة، القاهرة، الدار المصرية اللبنانية، ط 4، أكتوبر 2003 ص 275.

⁽¹⁶¹⁵⁾ كانت بدايات ميلاد هذه الخدمة المصغرة (توتير) أوائل عام (2006) عندما أقدمت شركة (Obvious) الأمريكية على إجراء بحث تطويري لخدمة التدوين المصغرة، ثم أتاحت الشركة المعنية ذاتها استخدام هذه الخدمة لعامة الناس في أكتوبر من نفس العام ومن ثم أخذ هذا الموقع بالانتشار باعتباره خدمة حديثة في مجال التدوينات المصغرة بعد ذلك أقدمت الشركة ذاتها بفصل هذه الخدمة المصغرة عن الشركة الأم واستحدثت لها اسماً خاصاً يطلق عليه (توتير) وذلك في أبريل عام (2007)

⁽¹⁶¹⁶⁾ علي محمد رحومة : الانترنت والمنظومة التكنو اجتماعية، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 1، 2007م، ص 75

⁽¹⁶¹⁷⁾ محمد رشاد القطعاني : الحماية الجنائية للحق في الخصوصية في حرمة الاتصالات الشخصية، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الفتاح، ط 2، 2015، ص 35.

أولاً: معنى حق الخصوصية: الخصوصية هي حق الإنسان في عدم تدخل الآخرين بحياته الخاصة والعادية، وتكامله الجسماني والعقلي، أو بالتجسس عليه، أو مراقبته، أو الاستخدام السيئ لاتصالاته، أو معلوماته الخاصة، والخصوصية حق أصيل للإنسان وعنصر أساسي من حقوق الإنسان بالمواثيق الدولية، كما حرص الإسلام على الحفاظ على حرمة المسلم والحفاظ على حياته الخاصة، وحرّم أي اعتداء على حياة الإنسان أو كل عمل ينقص من حق الإنسان في حرمة حياته الخاصة⁽¹⁶¹⁸⁾ وقد شرعت دولة الإمارات العربية المتحدة في المرسوم بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات في نص المادة (21/ تقنية معلومات) تجريم الاعتداء على خصوصية الأشخاص بعقوبيتي الحبس والغرامة لمن استرق السمع أو اعترض أو سجل أو نقل أي محادثة اتصالات بقصد التشهير أو الإساءة إلى الأشخاص والاعتداء على خصوصيتهم⁽¹⁶¹⁹⁾

وفي المادة (378/ من قانون العقوبات الاتحادي) منهجاً حدد فيه مبدأ حماية حرمة الحياة الخاصة عن طريق العقاب على كل اعتداء يقع عليها، ثم بين بعد ذلك صور هذا الاعتداء وهي استراق السمع أو البصر بأي وسيلة كانت بما في ذلك التسجيل الصوتي أو التقاط الصور، والنشر بإحدى طرق العلانية لأسر الحياة الخاصة، كما كفل الدستور الاتحادي الحقوق المدنية والتي تتمثل في حق الأفراد في أمنهم الشخصي، حق الأمان، وحق الأفراد في التنقل واختيار مكان إقامتهم ويقصد به حق كل إنسان في أمنه وسلامة شخصيته، كما أقر دستور الامارات أربعة مبادئ تتعلق بحماية المواطن وهي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ومبدأ شخصية العقوبة، ومبدأ عدم جواز القبض على أحد أو تفتيشه، واحترام الإجراءات القضائية، وحرية الأفراد في حدود القانون⁽¹⁶²⁰⁾.

كما يمكن تعريف الخصوصية بأنها حق كل شخص أو جماعة أن يختار بنفسه نوعية الحق وكيفية مشاركته مع الآخرين، ووفقاً للمادة 26 من الدستور أن الحرية الشخصية مكفولة لجميع المواطنين، فالحياة الاجتماعية تضمن حالات وأوضاع تقوم على جمع الأخبار والمعلومات دون استغلال أو ابتزاز للأفراد على حساب السلطة، وهو الأمر الذي وجب تنظيمه وتوجيهه بواسطة آليات قانونية تعبر عن سلطة الدولة تجاه أفرادها من خلال محاربة الجريمة بكل أنواعها وكذا فرض الأمن والنظام العامين، وعلى ضوء ذلك عملت الدولة على تشغيل واستغلال ما يعرف بإدارة الموارد العامة للدولة بالاستخدام الأمثل في كيان بطاقة الهوية الوطنية للمواطنين والمقيمين على أرضها والتي تم إنشاؤها بموجب المرسوم بقانون اتحادي رقم (2) لسنة 2004 الذي خولها كافة الصلاحيات التي يتطلبها تنفيذ وتطوير مشروع برنامج السجل السكاني وبطاقة الهوية في دولة الإمارات العربية المتحدة⁽¹⁶²¹⁾.

ثانياً: نطاق الحق في الخصوصية: بالنظر إلى المصلحة الفردية في حرية الحياة الخاصة وإضفاء السرية على نشاط الفرد فيما يرتبط بجانبه الذاتي وتعلقه بكتمان وطني جانب مهم في حياته الخاصة، وهو مطلب مشروع والدفاع عنه تكفلت به السلطات العامة في كل دولة بحسب نموذجها التشريعي ونظامها القانوني، غير أن المصلحة العامة قد تتعارض مع هذا الاتجاه وقد تصل إلى درجة التنازع

⁽¹⁶¹⁸⁾ منى كامل تركي : الحماية الجنائية لحق الخصوصية في جرائم التصوير والتسجيل بدون إذن، مرجع سابق ص 23.

⁽¹⁶¹⁹⁾ المادة (21) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات والمعدل بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (2) لسنة 2018، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد 633، للسنة 48، بتاريخ 2018/7/31، والتي نصت على يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم. أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الاعتداء على خصوصية شخص في غير الأحوال المصرح بها قانوناً بإحدى الطرق التالية: 1- استرق السمع، أو اعتراض، أو تسجيل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية. 2- نشر أخبار أو صور إلكترونية أو صور فوتوغرافية أو مشاهد أو تعليقات أو بيانات أو معلومات ولو كانت صحيحة وحقيقية كما يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، لإجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها.

⁽¹⁶²⁰⁾ منى كامل تركي : الحماية الجنائية لحق الخصوصية في جرائم التصوير والتسجيل بدون إذن، مرجع سابق ص 29.

⁽¹⁶²¹⁾ هيئة الإمارات للهوية هي هيئة اتحادية مستقلة، تأسست بتاريخ 15 شعبان 1425 هـ، الموافق 29 سبتمبر 2004

بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة التي تمثلها السلطة العامة في الدولة، وبالتالي فإن نطاق ومجال الحق في الحياة الخاصة يتحدد بناء على معيارين أساسيين وهما مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع⁽¹⁶²²⁾.

وقد أهتم المشرع الاتحادي بمصلحة وحماية الفرد والجماعة وعلى رأسها حماية الأمن والنظام العام، كالحق في الحماية الخاصة هو حق الإنسان في حماية ماله وعرضه وسلامته ومنع الاعتداء عليه أو الاعتداء على خصوصيته، وسرية مراسلاته، وكرامته الإنسانية، وبمقتضى المادة (21/ تقنية معلومات) قررت العقوبات على كل من استرق السمع أو المحادثات أو الصور أو اعتراض، أو سجل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية، أو نشر أخبار أو صور إلكترونية أو صور فوتوغرافية أو مشاهد أو تعليقات أو بيانات أو معلومات ولو كانت صحيحة وحقيقية كما يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، لإجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها⁽¹⁶²³⁾.

إذ أن الرسائل أو الصور أو المحادثات الهاتفية تعتبر وعاء لما يعتبر من خصوصيات الحياة الإنسانية وأسرارها وعورتها، فإن مجال ونطاق تلك الخصوصية قد يكون مشروعاً ويحمل صفة المشروعية، وقد تحمل صفة اللامشروعية، فهي خصوصيات يحتاج كل إنسان إليها، في رسائله وصوره ومحادثاته السرية والتي حددها المشرع بالمادة (21/ تقنية معلومات)، والمادة (378/ عقوبات اتحادي) لأنه يعتبرها وعاء لخصوصيات حياته الإنسانية، فالحماية ليست مقررة لهذه الأشياء في ذاتها، ولكن لأنها محل أسرار الحياة الخاصة، فالحماية التي تمنح الاضطلاع مقررة لأسرار حياة الإنسان وليست مقررة للأشياء في ذاتها كماديات في جسم الإنسان أو مسكنه أو رسائله أو صورته أو محادثاته الهاتفية لأنها إطار خصوصيات الحياة الإنسانية بما فيها من أسرار شخصية، فالقانون يحمي الحقوق، وإن كانت تحمي شيئاً بصفته محلاً لحق معين لأن الحماية القانونية تقرر للحقوق لا للأشياء⁽¹⁶²⁴⁾.

وتطبيقاً لذلك ما أقرته المحكمة الاتحادية العليا في الحكم رقم 493 لسنة 2014 جزائي حيث أن النيابة العامة أسندت إلى المطعون ضده على أنه بتاريخ 2013/9/22 بدائرة الشارقة سب المجني عليه بما يخلدش اعتباره بالفاظ السب المبينة بمحضر التحقيق وكان ذلك في رسالة بعث بها إليه عن طريق برنامج التواصل الاجتماعي (واتس أب) على النحو المبين بالأوراق، وقد هدد المجني عليه بالكتابة بالفاظ التهديد المبينة بمحضر التحقيق وطلبت بعقابه طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء والمادة 353 من قانون العقوبات الاتحادي، والمواد (1/20، 41، 42/ من المرسوم بقانون تقنية المعلومات)، قضت محكمة الموضوع حضورياً بتغريم المطعون ضده ثلاث آلاف درهم عما هو منسوب إليه في التهمة الأولى وبرأته من التهمة الثانية، استأنفت النيابة العامة الحكم بالاستئناف رقم 2014/1767، وبتاريخ 2014/10/12، قضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف⁽¹⁶²⁵⁾.

وبناء على ذلك فإن هناك مجموعة من الحقوق المنصوص عليها في الدستور محمية في نصوص قانون العقوبات، ويوفر حماية سابقة لهذه الحقوق أي قبل وقوع الجريمة وذلك لما يحمله من زجر وتوعد بأشد العقوبات وحماية لاحقة تتمثل في إصلاح المجرم وعدم الإقدام على المساس بحقوق الأفراد المحمية بقانون العقوبات.

(1622) دلشاد خليل شواني : حجية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي، ط 1، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2017، ص 43.

(1623) نبيل فزيح : الحماية الجنائية للحق في الصورة في القانون المصري، القاهرة، دار محمود، ط 1، 2015، 2016، ص 65.

(1624) منى كامل تركي : الحماية الجنائية لحق الخصوصية في جرائم التصوير والتسجيل بدون إذن، مرجع سابق ص 56.

(1625) حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم 493 لسنة 2014 جزائي، جلسة الإثنين، الصادر في، 27 من أبريل 2015.

المبحث الأول: أركان جرائم انتهاك الخصوصية

تمهيد وتقسيم

أن صور الانتهاك الإلكتروني لخصوصية الأفراد، فهي كثيرة ومتنوعة تبعاً لتنوع صور الحق في الحياة الخاصة، ومنها نشر مفردات الحق في الحياة الخاصة، للفرد والإعلان عنها في وسائل الإعلام والاتصال المختلفة دون موافقة صريحة، أو موافقة ضمنية، والتلاعب في البيانات الشخصية أو محوها عن طريق أشخاص غير مرخص لهم بذلك، والتشهير بالأفراد عن طريق المواقع الإلكترونية المنتشرة، ونشر بيانات غير صحيحة عنهم، وانتهاك خصوصية الأفراد بوسائل التصنت والتسجيل الحديثة، والتصوير عن طريق الهاتف المحمول دون موافقة صاحب الصورة، ومعرفته والمراقبة الإلكترونية بالكاميرات الرقمية، وخاصة المحمولة عن طريق الهواتف الذكية⁽¹⁶²⁶⁾.

ونظراً للمخاطر والأضرار التي تسببها وسائل الاتصال الإلكترونية وخاصة أجهزة الهاتف المحمول الذكية، وأجهزة الحاسب الآلي، والإنترنت على خصوصية الأفراد ومن أجل الحد من الأثر السلبي لهذه الوسائل اقتضى الأمر إيجاد وسائل مناسبة لمواجهة أو الحد على الأقل من الانتهاك الإلكتروني لخصوصية الأفراد، وهذه الوسائل تتمثل بالدور الذي يقوم به التشريعات الاتحادية والقوانين لحماية الحق في الخصوصية في تحديد جريمة انتهاك الخصوصية وأركانها ولتوضيح ذلك قسمنا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول: الركن المادي، المطلب الثاني: الركن المعنوي، ونوضحها كما يلي:

المطلب الأول: الركن المادي

إن النشاط أو السلوك المادي في جرائم انتهاك الخصوصية يتمثل التعدي على خصوصية الأفراد عن طريق استخدام الرسائل التقنية كالاختراق، أو الاعتراض لخطوط الاتصالات، أو البث، أو عن طريق شبكة الإنترنت الواسعة الانتشار، وفي أثناء التجوال في هذه المهمات قد يلجأ المعتدي إلى إخفاء شخصيته، أو إلى انتحال شخصية ما للتخفي ولا يقتصر الأمر على أجهزة الهواتف النقالة، فكل جهاز رقمي حديث تقريباً يمكن تعريفه على هذا النحو بدءاً من أجهزة الحاسوب وانتهاء بشاشات البلازما، والسي دي، ومشغلات الموسيقى الرقمية، والأجهزة الرقمية المثبتة في السيارات ويكون الاختراق في هذه الحالات للأجهزة الحديثة ليس بصفة نظام الاتصال المتاح وإن كان يفترق إلى حماية محددة، وإنما العلة في الاختراق بحد ذاتها لكونها اعتداءً⁽¹⁶²⁷⁾.

وانتهاكاً لخصوصية الفرد بغض النظر عن الهدف أو القصد، أو الدافع للمعتدي ويعتبر الاختراق والدخول لأي جهاز عدم مشروع، لأن ذلك يشكل تهديد للحقوق والحريات الخاصة، واعتداء على أمن نظم المعلومات وشبكات الاتصال، وهو سلوك ينم عن خطورة جرمية لدى الفاعل حتى وإن كان في بعض الحالات يهدف الفاعل إلى إثبات جدارتها وقدرتها الفارقة في اختراق نظام حماية معين، وهو ما فعله بعض الهاكرز، وقد عالجت التشريعات في القانون رقم 5 لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات العقوبات على مرتكبي الجرائم عبر الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي، ومنها نشر معلومات متعلقة بالأنشطة الإرهابية أو تعريض أمن الدولة ومصالحها العليا للخطر أو تمس بالنظام العام، والتعريض على إثارة الفتنة والكراهية، وكذا جرائم الابتزاز الإلكتروني، وترويج الدعاية والمواد الإباحية، إضافة إلى المخدرات والأسلحة النارية، وغيرها وسوف نتناول تلك الجرائم من حيث محل السلوك الذي يقوم عليه الركن المادي.

محل السلوك الإجرامي: أن محل السلوك الإجرامي هو المعلومات السرية التي يحصل عليها الجاني عند استخدامه شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات يتوصل إليها بالطرق التقنية عن شخص آخر مستخدماً لتلك الشبكة في برامج التواصل الاجتماعي ويقصد بالمعلومات السرية هي المعلومات التي تخص الأفراد والتي تعد حقاً شخصياً لشخص أو لمجموعة من الأشخاص، وتتعلق بشؤونهم الشخصية أو العائلية، والتي يتم نشرها وتداولها من خلال وسائط رقمية وتتمثل البيانات الشخصية في البريد الإلكتروني، والحسابات البنكية،

⁽¹⁶²⁶⁾ بولين انطونيوس أيوب : الحماية القانونية للحياة الشخصية في مجال المعلوماتية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009 ص 40

⁽¹⁶²⁷⁾ نبيل فزيح : الحماية الجنائية للحق في الصورة في القانون المصري، مرجع سابق ص 66. بولين انطونيوس أيوب : الحماية القانونية للحياة الشخصية في مجال المعلوماتية، مرجع سابق ص 44.

والصور الشخصية، ومعلومات عن العمل والمسكن وكل البيانات التي نستخدمها في تفاعلنا على الإنترنت أثناء استخدامنا للحاسب الآلي أو الهاتف المحمول أو الذكي أو اللوح الإلكتروني، وهذه المعلومات قد تكون سرية بطبيعتها أو بمقتضى أوامر صادرة بذلك، كما أن إضفاء السرية على تلك المعلومات يعني حظر الاطلاع عليها من الغير ويلزم أن يحصل الجاني على تلك المعلومات⁽¹⁶²⁸⁾.

السلوك الإجرامي: يعد فعل الكشف هو السلوك الإجرامي لهذه الجريمة، ويقصد به اطلاع الغير على ما يصل إلى الجاني من معلومات، ويعني الكشف في جوهره أنه نقل معلومات وأخبار إلى الغير من الشخص الذي حصل عليها، وقد يكون الكشف شفوياً بالمحادثة، من خلال الأحاديث الشفوية التي توجه إلى الغير، وقد يكون مباشراً من خلال برامج التواصل الاجتماعي مثل: (الفيس بوك، تويتر، واتس أب، سناب شات، انستغرام، سكايب، ماسنجر، ايمو، ياكول، ماي سبيس، لايف بوون، هاي فايف، أوركت، تاجد، ليكند إن، يوتيوب وغيرها) التي أتاح البعض منها مثل: (الفيس بوك، واتس اب، سناب شات، تويتر، ماسنجر، انستغرام) تبادل مقاطع الفيديو والصور ومشاركة الملفات وإجراء المحادثات الفورية والتواصل والتفاعل المباشر بين جمهور المتلقين وقد يكون الكشف مكتوباً، من خلال الكتابة في تلك البرامج، وقد يكون الكشف بالصور من خلال نقلها أو نشرها في برامج التواصل الاجتماعي، ولا يستلزم القانون حدوث نتيجة معينة من فعل الكشف عن الخصوصية لأن انتهاك الخصوصية في حد ذاته جرمه المشرع⁽¹⁶²⁹⁾.

علاقة السببية: فالخصوصية في مواقع التواصل الاجتماعي حق الفرد المستخدم في أن يقرر بنفسه متى وكيف وإلى مدى ممكن أن تصل المعلومات الخاصة به إلى الآخرين من المستخدمين أو القائمين عليها، وبذلك يتضح أن لكل فرد الحق في الحماية من التدخل في شؤونه، وله الحق أيضاً في الاختيار الحر للألية التي يعبر بها عن نفسه ورغباته وتصرفاته للآخرين فالخصوصية في مواقع التواصل الاجتماعي وفي أبسط معانيها ترتبط بسرية الحياة الخاصة لمستخدمي تلك المواقع، سواء كانت وقائع أو معلومات في الحاسب الآلي الشخصي أو الهاتف الذكي، أو تم تخزينها في أو البريد أو إحدى مواقع التواصل الاجتماعي التي يشترك فيها المستخدم والتي قد يتم اختراقها مثل الإلكتروني حيث أن سرقتها أو الاعتداء عليها يعد انتهاكاً للخصوصية، كذلك التجسس الإلكتروني، أو اعتراض الرسائل البريدية المرسلة بغرض الاطلاع عليها، أو معرفة محتوياتها، ومن ثم إفشاء الأسرار التي قد تحتويها تلك الرسائل ومن قبيل ذلك الأسرار السياسية والاجتماعية والصحية وغيرها من الانتهاك والاختراق⁽¹⁶³⁰⁾.

فالجرائم المتصلة بوسائل التواصل الاجتماعي في كل عمل أو امتناع يعاقب عليه القانون بعقوبة جزائية كونها عدوان على مصلحة يحميها القانون، فالجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام كجرائم السب والقذف باستعمال البريد الإلكتروني أو غرف الدردشة في مواقع التواصل الاجتماعي تمس كيان وشرف أحد الأشخاص انتهاكاً لخصوصيته التي يحميها القانون، فالقانون يحمي الحقوق بصفتها محلاً لحق معين، لأن الحماية القانونية تقرر للحقوق لا للأشياء، فقصده الكشف عن الحق الذي تحميه حرمة المسكن هو ذات الحق الذي يعطى للشخص حرمة رسائله وصوره ومكالماته الهاتفية وتواصله الاجتماعي⁽¹⁶³¹⁾.

⁽¹⁶²⁸⁾ عبد الرزاق المواقفي عبد اللطيف : شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لدولة الإمارات العربية المتحدة، المرسوم بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2012، الكتاب الثاني، دبي، معهد دبي القضائي، سلسلة الدراسات القانونية والقضائية رقم 15، ط 1، 2016، ص 24. ص 34. منى كامل تركي : الحماية الجنائية لحق الخصوصية في جرائم التصوير والتسجيل بدون إذن، مرجع سابق ص 181.

⁽¹⁶²⁹⁾ زاهر الغريب إسماعيل : دور شبكات التواصل الاجتماعي في تعزيز قيم المواطنة وتشكيل الرأي العام لدى منتسبي الجامعات مرجع سابق ص 14.

⁽¹⁶³⁰⁾ عادل الشهاوي، محمد الشهاوي : الاعتداء على الحياة الخاصة، بواسطة القنوات الفضائية، ووسائل الإعلام والاتصال، مرجع سابق، ص 35.

⁽¹⁶³¹⁾ عبد الرزاق المواقفي عبد اللطيف : شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لدولة الإمارات العربية المتحدة، المرسوم بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2012، الكتاب الثاني، مرجع سابق ص 38.

المطلب الثاني: الركن المعنوي

اختلفت الجريمة المعلوماتية بالجريمة التقليدية والذي يثير الإشكاليات القانونية التي ترتبط بجريمة استغلال الهاتف المحمول في التهديد أو الابتزاز أو نقل الصور والمحادثات أو السب والقذف أو غيرها من طرق الاستغلال في انتهاك الخصوصية عبر الهاتف المحمول، بسوء استخدام الهاتف المحمول بالقذف والسب، أو سوء استخدام الهاتف المحمول في التهديد والابتزاز مستبعدين سرقة الجهاز المحمول أو سرقة شريحة الاتصال لعدم تمييز هاتين الجريمتين عن الجرائم التقليدية، فالقاعدة التقليدية في تحديد السياسة الجنائية الواجبة الاتباع في التجريم والعقاب بشأن ظاهرة معينة هو أن التشريع المرجو والذي يستوجب أن يفي بحاجة المجتمع وما يحقق مصلحة أفراد، وترتبط السياسة الجنائية بالنظام العام للدولة، وتتأثر بتقاليد وثقافته ونظامه الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، وتترتب على جريمة انتهاك الخصوصية آثار مباشرة أو غير مباشرة تقع على المجتمع مما دفع المشرع الاتحادي إلى حماية مصالح المجتمع وأفراده بترتيب العقوبات المناسبة لتلك الجرائم، فجريمة انتهاك الخصوصية هي جريمة عمدية يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة فتتجه إرادة الجاني إلى إسناد الفعل المرتكب بانتهاك الخصوصية قاصداً علانيته مع علمه بذلك، وبالتالي يكون العلم بأركان الجريمة والإرادة للفعل والنتيجة بتحقيق الجريمة⁽¹⁶³²⁾.

ويتوافر القصد الجنائي متى كشف الجاني المعلومات السرية للأشخاص، بإحدى مواقع التواصل الاجتماعي التي تنحصر في حق الشخص أو أذاعها لاحتقاره وإهانة كرامته أمام العامة وتعدد صور النشاط الإجرامي الذي يتبعه الجاني لانتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي، حيث يترتب على انتهاك حرية الإنسان وخصوصيته انتهاك للخصوصية الشخصية له، واستغلال البعض لتلك الخصوصية بالتهديد والابتزاز، والسب والقذف، والتصوير والتسجيل وغير ذلك من الجرائم⁽¹⁶³³⁾.

فإن جريمة انتهاك الخصوصية تتمثل في كشف المعلومات السرية للأشخاص، بإحدى مواقع التواصل الاجتماعي التي تنحصر في حق الشخص في أن يتحكم بتلك المعلومات التي تخصه، وحماية البيانات الخاصة بالأفراد الذين يستخدمون تلك المواقع عبر الشبكة، والتي يحصل عليها شخص آخر سواء بطريق العمد أو بطريق الخطأ، حيث أن المشرع لم يطلب العمد صراحة بالنسبة لتلك الجريمة، وبناء على ذلك يطبق المادة (43/ من قانون العقوبات الاتحادي) والتي تنص على أن يسأل الجاني عن الجريمة سواء ارتكبها عمداً أم خطأ ما لم يشترط القانون العمد صراحة، وبالتالي يلزم لقيام الجريمة ثبوت العمد؛ أي القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة أو أي صورة من صورة الخطأ، وبدون العمد أو الخطأ لا تقوم الجريمة لانتفاء الركن المعنوي⁽¹⁶³⁴⁾.

ويعاقب الجاني بذات العقوبة سواء وقعت عمداً أو خطأ، وهذا ما تجري عليه أحكام القضاء الإماراتي، حيث قضت محكمة تمييز دبي بأنه لما كان النص في المادة (43/ من قانون العقوبات الاتحادي) والذي أفرد بها المشرع لبيان الركن المعنوي للجريمة بصفة عامة على أن يسأل الجاني عن الجريمة سواء ارتكبها عمداً أم خطأ ما لم يشترط القانون العمد صراحة، يدل، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، على أن قانون العقوبات يعاقب كل من يرتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه، ويستوي في ذلك أن يكون قد ارتكبها خطأ أو عمداً باستثناء الجرائم التي يشترط القانون بنص صريح لمعاقبة الجاني عنها تعمد ارتكابها، حيث لا يعاقب في هذه الحالة إلا إذا ثبت هذا العمد، وإذا كانت المادة (43/ من قانون العقوبات الاتحادي) قد خلت من نص صريح على اشتراط العمد لمساءلة الجاني عن الجريمة، وأن الطاعن يسأل عنها جنائياً سواء كان ارتكابها لها عمداً أو خطأ⁽¹⁶³⁵⁾.

(1632) منى كامل تركي: السياسة الجنائية في مواجهة جرائم وسائل التواصل الاجتماعي، مجلة القيس، العدد 12728 نوفمبر، 2016، ص 32

(1633) منى كامل تركي: السياسة الجنائية في مواجهة جرائم وسائل التواصل الاجتماعي، مرجع سابق ص 32

(1634) محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام للجريمة، والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، القاهرة، دار النهضة العربية، ط5، 2012، ص 755.

(1635) القاعدة رقم (23) الصادرة في العدد 6 لسنة 1995، جزء ص 972، والواردة في الطعن بالتمييز رقم 1995/145، بتاريخ 1995/26/25، مجموعة الأحكام الجزائية لعام 2001، المكتب الفني.

ومن ثم تتوافر العلانية عند استعمال طرق غير مشروعة لفتح البريد الإلكتروني للآخرين كما في حالة اختراق البريد الإلكتروني بالهاكرز، والاطلاع على ما به من رسائل أو معلومات أو بيانات ومن ثم تتوافر العلانية بمجرد وضع الكلمات والعبارات الماسة بشرف أو بسمعة أحد الأشخاص وحفظها بالبريد الإلكتروني حتى وإن لم ترسل إلى الغير أو إذا تم إرسال الرسالة المجرمة من الهاتف النقال إلى عدد من الأفراد الذين لا تجمع بينهم صلات أو مصالح مشتركة عبر بريدهم الإلكتروني وتتحقق العلانية كذلك إذا أرسلت الرسالة إلى أحد المواقع الإلكترونية العامة ونشرت فشاها متصفحوا المواقع⁽¹⁶³⁶⁾.

المبحث الثاني: صور جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي والعقوبة المقررة لها

تمهيد وتقسيم

أن التقدم التكنولوجي قد مكن من تطوير وتعزيز أجهزة ووسائل استخدام السمع والتنصت والتجسس والتصوير، حيث أصبحت تلك الأجهزة تمثل تهديداً واعتداءً على الخصوصية واختراقها، كما تتمثل الخصوصية المكانية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي في المعلومات الخاصة بتحديد أماكن وجود هؤلاء المستخدمين وتحركاتهم، وقد يزود المستخدم الموقع بهذه المعلومات من خلال تدوينها على النشرات الخاصة بالبيئة والسياحة والتي يكون من الأساسي فيها معرفة الوجهة التي يقصدها المستخدم ومكان جهاز حاسوبه أو هاتفه الذكي⁽¹⁶³⁷⁾.

ومع ذلك تعد القدرة على تتبع وكشف الأماكن التي يوجد بها الأفراد من خلال الخدمات الخاصة بتحديد المواقع تحويل هاتف المستخدم إلى بوصلة اجتماعية، سلاحاً ذو حدين، إذ تستطيع خدمات التواصل الاجتماعي مثل تنبهه إلى وجود أصدقاء قريبون منه، كما تنبه أصدقاؤه بوجوده في مكان تواجد، وفي المقابل لذلك يمكن للخصوصية المكانية للمستخدم أن تكون خطراً عليه إذا كان مستهدفاً من جماعة ما، ويستغل هذه الخاصية العديد من المنحرفين لاصطياد ضحاياهم، هذا ويمكن مواقع التواصل الاجتماعي مثل الفيس بوك، تويتر، واتس أب، سناب شات، انستغرام، سكايب، ماسنجر، ايمو، ياكوول، ماي سبيس، لايف بوون، هاي فايف، أوركت، تاجد، ليكند إن، يوتيوب وغيرها، التي أتاح البعض منها تبادل مقاطع الفيديو والصور ومشاركة الملفات وإجراء المحادثات الفورية والتواصل والتفاعل المباشر بين جمهور المتلقين، وأن يجمع البيانات عن الموقع الجغرافي حيث يتواجد المستخدم الذي يشغل خدمة تحديد الموقع، أو من خلال مشاركة أصدقاؤه لموقعه الجغرافي عبر صورة ما قد نشرها وقام بحذفها⁽¹⁶³⁸⁾.

فإن الاعتداء على الخصوصية واختراقها لها من قدرة فائقة على تعدي الحواجز المادية وانتهاك الخصوصية وكشف أسرار الأشخاص بسهولة دون أن يشعروا، فقد يدخل أحدهم برنامجاً خاصاً يستطيع من خلاله فتح الكاميرا الخاصة بجهاز الحاسوب لشخص آخر، ويتطلع عليه ويعرف كل أسرار، وقد يستعمل شخص آخر حساب شخص على أحد المواقع الإلكترونية ويفتح رسائله الخاصة أو يطلع على صور، وهناك من يبتكر أساليب لاختراق حساب المستخدمين على مواقع التواصل الاجتماعي، أو يخترق الحسابات البنكية وغير ذلك من صور الاختراق والتطفل والاعتداء على خصوصية الآخرين، مما يستوجب معه توفير الحماية اللازمة لخصوصية مستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي⁽¹⁶³⁹⁾.

وقد تعددت صور النشاط الإجرامي الذي يتبعه الجاني لانتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي، حيث يترتب على انتهاك حرية الإنسان وخصوصيته انتهاكاً للخصوصية الشخصية له، واستغلال البعض لتلك الخصوصية بالتهديد والابتزاز، والسب والقذف، والتصوير والتسجيل في كل عمل أو امتناع يعاقب عليه القانون بعقوبة جزائية كونها عدوان على مصلحة يحميها القانون، فالجرائم

(1636) عادل عزام سقف الحيط : جرائم الذم والقذف والتحقيق المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، 2014 ، ص 44

(1637) زاهر الغريب إسماعيل : دور شبكات التواصل الاجتماعي في تعزيز قيم المواطنة وتشكيل الرأي العام لدى منتسبي الجامعات مرجع سابق ص 22.

(1638) دلشاد خليل شوانبي : حجية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة، مرجع سابق ص 55.

(1639) محمد رشاد القطعاني : الحماية الجنائية للحق في الخصوصية في حرمة الاتصالات الشخصية، مرجع سابق ص 37.

المتصلة بتكنولوجيا الاعلام كجرائم السب والقذف باستعمال البريد الإلكتروني أو غرف الدردشة في مواقع التواصل الاجتماعي تمس كيان وشرف أحد الأشخاص انتهاكاً لخصوصيته التي يحميها القانون، فالقانون يحمي الحقوق بصفتها محلاً لحق معين، لأن الحماية القانونية تقر للحقوق لا للأشياء، فقصده الكشف عن الحق الذي تحميه حرمة المسكن هو ذات الحق الذي يعطى للشخص حرمة رسائله وصوره ومكالماته الهاتفية وتواصله الاجتماعي⁽¹⁶⁴⁰⁾

ولتوضيح ذلك قسمنا المبحث في مطلبين المطلب الأول: جريمة الاعتداء على الحياة الخاصة باستخدام الهاتف المحمول والعقوبة المقررة لها، المطلب الثاني: جريمة استراق السمع أو تسجيل أو نقل المحادثات الخاصة والعقوبة المقررة لها ونوضحها كما يلي:

المطلب الأول: جريمة الاعتداء على الحياة الخاصة باستخدام الهاتف المحمول والعقوبة المقررة لها

حدد المشرع الاتحادي في المادة (378/ من قانون العقوبات الاتحادي) عقوبة الحبس والغرامة لكل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد بأن ارتكب بغير رضا المجني عليه استراق السمع أو التسجيل أو النقل عن طريق جهاز من الأجهزة أي كان نوع محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق الهاتف أو أي جهاز آخر، أو التقط أو نقل بجهاز أي كان نوعه صورة شخص في مكان خاص⁽¹⁶⁴¹⁾.

فقد حرص المشرع الإماراتي من خلال تعبيره بالقول (عن طريق الهاتف أو أي جهاز آخر، أو التقط أو نقل بجهاز أي كان نوعه) لتشمل جميع الأجهزة التي يسفر عنها العلم الحديث والتطور التكنولوجي في هذا المجال، فالتكوين المادي لمختلف الهواتف المحمولة أي كان الجيل أو الطراز الذي تنتمي إليه، يحتوي على تقنيات وخدمات الرسائل الهاتفية، والرسائل بواسطة وسائل التواصل الاجتماعي، وتقنية البلوتوث، وتقنية الكاميرا المدمجة، وخدمات الإنترنت، وهذه الخدمات التي يستخدمها الشخص في الاتصال بشبكة الإنترنت بالاشتراك في حسابات التواصل الاجتماعي المتنوعة⁽¹⁶⁴²⁾.

ومن خلال سياسة إعدادات الخصوصية التي تطرحها الشبكات يتم التعامل بالهاتف المحمول في انتهاك الخصوصية بمراقبة الشخص عبر الكاميرا التي بحوزة الهاتف المحمول أو عن طريق الكمبيوتر أو عن طريق اللوح الإلكتروني دون أن يشعر الشخص المراقب بذلك، وهو الأمر الذي يلجأ إليه الخارقون دون إرادة المستخدم في الكشف عن خصوصية شخص من خلال سياسة إعدادات الخصوصية التي تطرحها شبكات الإنترنت وانطلاقاً من هذا، سنعرض جريمة الاعتداء على الحياة الخاصة باستخدام الهاتف المحمول وأركانها والعقوبة المترتبة عليها كما يلي:

أولاً: تعريف الاعتداء على الحياة الخاصة باستخدام الهاتف المحمول هي كل فعل ينشأ عن استخدام غير مشروع للتقنية المعلوماتية للهاتف المحمول بهدف الاعتداء على مصلحة الغير، وهذا السلوك الإجرامي الذي ينسب إلى أحد الجناة نتيجة ارتكابه أحد الأفعال غير المشروعة بانتهاك الخصوصية عبر الفضاء الإلكتروني بالاستعانة بالخدمات المعلوماتية المضافة لجهاز المحمول أو إمكانية

⁽¹⁶⁴⁰⁾ عبد الرزاق الموافي عبد اللطيف : شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لدولة الإمارات العربية المتحدة، المرسوم بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2012، الكتاب الثاني، مرجع سابق ص 38.

⁽¹⁶⁴¹⁾ المادة (378) من قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987، والمعدلة بموجب القانون الاتحادي رقم 34 لسنة 2005، دائرة القضاء، ط 6، 2018، وتم تعديل القانون بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016، والمرسوم بقانون رقم (1) لسنة 2018.

⁽¹⁶⁴²⁾ محمد بن عيد القحطاني : حماية الخصوصية الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية. 2015، ص 101. منى كامل تركي : الحماية الجنائية لحق الخصوصية في جرائم التصوير والتسجيل بدون إذن، مرجع سابق ص 190.

الاتصال المتاحة له سواء إمكانية الاتصال بشبكة الإنترنت أو بشبكة اتصال الهاتف والتي يترتب عليها إلحاق الأذى بشخص آخر وانتهاك خصوصية هذا الشخص وقد ترتكب جريمة الهاتف المحمول عبر تقنية الرسائل النصية المتاحة في الهواتف المحمولة⁽¹⁶⁴³⁾.

ثانياً: أركان جريمة الاعتداء على الحياة الخاصة باستخدام الهاتف المحمول: رغم تعدد صور الاعتداء على الحياة الخاصة باستخدام الهاتف المحمول وارتباطها بالتقنية المعلوماتية إلا أنها كغيرها من الجرائم لا يخضع مرتكبها للعقاب إلا إذا اكتمل لها أركانها بالشكل الذي يتوافق مع النموذج الإجرامي الوارد في النص العقابي في الركن الشرعي، والركن المادي، والركن المعنوي ونعرضها كما يلي:

(1) الركن الشرعي: وهو ما استقر عليه الفقه في إضفاء وصف التجريم على سلوك غير مشروع يتعلق بإساءة استخدام الهاتف المحمول، وذلك من خلال نص تشريعي، يتضمن تحديد لأركان هذه الجريمة، والعقوبة الرادعة لمن يأتي بهذا السلوك، باعتبار أن هذا السلوك يمثل اعتداء على مصلحة الفرد وحقوقه وذلك بحقه في الاتصال الآمن عبر الهاتف المحمول، أو استخدام شبكة الإنترنت وبرامج التواصل الاجتماعي دون اضطلاع الغير على مضمون مراسلاته وصوره، وانتهاء بحفظ حقه في استخدام تلك البرامج والتطبيقات، وعلى ذلك فالركن الشرعي يندرج في إطار المبدأ القانوني لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، والذي صار مبدأً دستوري يرد في كل الدساتير باختلاف أنواعها⁽¹⁶⁴⁴⁾.

فجريمة الاعتداء على الحياة الخاصة باستخدام الهاتف المحمول تندرج في صورتها بإطار الجريمة المعلوماتية، إذ يرى فقهاء القانون قابلية دمج الجرائم الإلكترونية للهاتف المحمول في إطار إحدى الجرائم التقليدية لقانون العقوبات، ويرى البعض إمكانية إدماجها في إطار الجزء الخاص بالجرائم ضد الملكية باعتبار الكيان المادي للهاتف المحمول قابل للملك كما أن الكيان المعنوي يدخل في إطار الملكية الفكرية، وعلى ذلك فإن جريمة الهاتف الخليوي لا تخضع للتجريم ومن ثم العقاب إلا ما صدر بشأنه نص تشريعي، يجرم هذا السلوك صراحة ويحدد أركانه ويضع لفاعله عقاباً محدداً، باعتبار أن إضفاء صبغة التجريم على سلوك بعينه أو واقعة محددة أمر يملكه المشرع وحده⁽¹⁶⁴⁵⁾.

إذ يلتزم القاضي الجنائي بعدم الخروج عن النص التشريعي المتعلق بجريمة الاعتداء على الحياة الخاصة باستخدام الهاتف المحمول، سواء عند تفسير ذلك النص أو تطبيقه، بحيث لا يجوز له إضافة أي جريمة لم يرد بشأنها نص أو عبارة من قبل المشرع يدخلها في نطاق هذا النص، ولا يسري النص العقابي إلا من تاريخ صدور هذا النص، أي أنه لا يطبق إلا على الواقعة الإجرامية المستقبلية، التي تتصل بالهاتف المحمول أما الوقائع التي وقعت قبل صدور النص العقابي فلا تخضع له ولا يطبق على مرتكبها العقوبات الواردة به وفقاً لمبدأ عدم رجعية النص الجنائي، كما لا يحق للجهة القائمة على تنفيذ العقوبة الجنائية أن توقع جزاءات جنائية أخرى على المتهم الذي يحكم عليه من قبل القضاء⁽¹⁶⁴⁶⁾.

(2) الركن المادي: يتطلب الركن المادي لجرائم انتهاك الخصوصية باستخدام الهاتف المحمول عبر وسائل التواصل الاجتماعي وجود بيئة إلكترونية، سواء تمثلت هذه البيئة في شبكة الاتصال اللاسلكي الخاصة بالهاتف أو النظام المعلوماتي لأحد الهواتف المحمولة منفرداً أو متصلاً بشبكة الإنترنت، فالمعيار الواضح للركن المادي في بداية السلوك الإجرامي الذي اتبعه الجاني في انتهاك خصوصية شخص عبر التواصل الاجتماعي، وذلك بتحضير الأعمال التجهيزية المسبقة لانتهاك الخصوصية، والتي تتمثل في كتابة رسالة إلكترونية،

⁽¹⁶⁴³⁾ طارق عفيفي صادق أحمد : الجرائم الإلكترونية، جرائم الهاتف المحمول، دراسة مقارنة بين القانون المصري والإماراتي والنظام السعودي، مصر، الناشر المؤلف نفسه، ط 1، 2015، ص 38.

⁽¹⁶⁴⁴⁾ محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 8، 2016، ص 625.

⁽¹⁶⁴⁵⁾ أشرف توفيق شمس الدين : شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة، طبعة منقحة وفقاً لأحدث التشريعات وأحكام القضاء، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 3، 2014، ص 133 وما بعده.

⁽¹⁶⁴⁶⁾ محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول، مرجع سابق ص 625.

أو نصية أو عبر البريد الإلكتروني، أو في غرفة دردشة في أحد مواقع التواصل الاجتماعي محملة بالفيروس، يستطيع الجاني من خلالها الدخول غير المشروع على كافة البرامج والمعلومات لدى الطرف الآخر، أثناء اتصاله بأحد برامج التواصل الاجتماعي⁽¹⁶⁴⁷⁾.

فالركن المادي لجرائم انتهاك الخصوصية باستخدام الهاتف المحمول عبر وسائل التواصل الاجتماعي لا يخرج عن كونه الواقعة أو المظهر المادي للجريمة التي ترتكب عبر وسائل التواصل الاجتماعي والتي تتجسد في النشاط الذي يأتيه الفاعل والنتيجة التي ترتبت على هذا النشاط وما يربط بينهما من علاقة سببية، والتي تثبت أن ارتكاب الفعل هو الذي أدى إلى ارتكاب انتهاك الخصوصية، إذ يتمثل هذا الركن في كل العناصر الواقعية التي يتطلبها النص الجنائي لقيام الجريمة، بحيث تكون له طبيعة مادية ملموسة، مع وجود الهاتف المحمول كأداة ارتكاب الجريمة التي استخدمها الجاني واستعان بها في ارتكاب الفعل المؤثم الذي يعد صورة من صور الاستخدام غير المشروع للهاتف المحمول، فالنشاط الذي اتبعه الجاني يعد في ذاته جريمة معاقب عليها، إلا أنه قد يصعب تحديد بداية هذا النشاط الذي سلكه الجاني لإتمام الجريمة، أي أنه يصعب الفصل بين العمل التحضيري والبدء في النشاط الإجرامي المؤثم، على الرغم من أن حيابة الصور ومعدات فك الشفرات وكلمات المرور وشراء برامج الاختراق هو في ذاته جريمة يعاقب عليها القانون⁽¹⁶⁴⁸⁾.

فالمرجع لا يعاقب على الأعمال التحضيرية للنشاط الإجرامي ما لم تكن الجريمة مجرمة في ذاتها ولكنه يعاقب على الأفعال التي تعد شروعاً في ارتكاب الجرائم، وخاصة إذا كان فعل الشروع ينتج عنه خطورة خاصة لدى الجاني، وفي جميع الأحوال لا يكتمل الركن المادي لجرائم انتهاك الخصوصية باستخدام الهاتف المحمول عبر وسائل التواصل الاجتماعي إلا بعد تحقق نتيجة إجرامية محددة⁽¹⁶⁴⁹⁾.

(3) الركن المعنوي: يعبر الركن المعنوي للجريمة بصفة عامة عن الإرادة التي تتعاصر مع ماديات الجريمة فتبعثها إلى الوجود، فالركن المعنوي يمثل القوة النفسية التي تكشف عن إرادة الجاني وموقفه من تحقيق الجريمة، أو بوجود قصد العلم والإرادة لارتكاب الفعل المجرم، فالركن المعنوي هو العلاقة التي تربط ماديات الجريمة وشخصية الجاني مرتكبها والتي يترتب عليها العقاب، فتوافر الركن المعنوي في شبكات التواصل الاجتماعي بتوافر مبدأ العلم والإرادة، فهذه الجريمة من الجرائم العمدية، فلا تقع إلا بتوافر القصد الجنائي العام من علم وإرادة فلا تقع بطريق الخطأ غير العمدية⁽¹⁶⁵⁰⁾.

(4) العقوبة المقررة لها: حدد المشرع الاتحادي في المادة (378/ من قانون العقوبات الاتحادي) عقوبة الحبس والغرامة لكل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد بأن ارتكب بغير رضا المجني عليه استراق السمع أو التسجيل أو النقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيًا كان نوع محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق الهاتف أو أي جهاز آخر، أو التقط أو نقل بجهاز أيًا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص⁽¹⁶⁵¹⁾ فقد بات سوء استخدام كاميرات الهواتف النقالة أمر مزعج للجميع، ويسبب الكثير من المشاكل، فيما شكلت مقاطع الفيديو والصور، فضائح وشائعات، جراء تصوير عشوائي ونشر مواده المصورة عبر وسائل التواصل الاجتماعي وبالرغم من أن البعض عمد إلى حظر التصوير في المناسبات الخاصة وحفلات الزفاف، إلا أن هناك فئة تصر على تشكيل نقطة إزعاج وقلق في التقاط الصور ومقاطع الفيديو بعشوائية وبدون استئذان، فأن استخدام كاميرات الهواتف الذكية وما شابه في تصوير الغير أو الأحداث غير الصالحة للنشر، وتداول الشائعات حولها، يعتبر سلوك سلبى بحد ذاته، منافى للقواعد القانونية والدينية والأخلاقية والعرفية، ودخول التقنية

⁽¹⁶⁴⁷⁾ طارق عفيفي صادق أحمد : الجرائم الإلكترونية، جرائم الهاتف المحمول، دراسة مقارنة بين القانون المصري والإماراتي والنظام السعودي، مرجع سابق ص 51.

⁽¹⁶⁴⁸⁾ محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول، مرجع سابق ص 633.

⁽¹⁶⁴⁹⁾ أشرف توفيق شمس الدين : شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة، مرجع سابق ص 133 وما بعدها.

⁽¹⁶⁵⁰⁾ محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول، مرجع سابق ص 676.

⁽¹⁶⁵¹⁾ المادة (378) من قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987، والمعدلة بموجب القانون الاتحادي رقم 34 لسنة 2005، دائرة القضاء، ط 6، 2018، وتم تعديل القانون بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016، والمرسوم بقانون رقم (1) لسنة 2018.

بمختلف أدواتها وأشكالها وأنواعها يتوازي معها اختلاف الثقافات، واختلاف الشرائح العمرية، والمستويات العلمية والميول الشخصية والصفات، والتي يغلبها صفة الفضول

فقد حدد المشرع الاتحادي في نص المادة 21 من مرسوم القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات بأنه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مئة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمئة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم شبكة معلوماتية أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الاعتداء على خصوصية شخص في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، أو نشر مقاطع فيديو عبر وسائل التواصل الاجتماعي، بغرض المزاح والدعابة، ومثال ذلك مقطع الفيديو المنتشر عبر وسائل التواصل الاجتماعي لشخص يحبس آخرين من جنسية أسيوية داخل قفص طيور، لدفعهم لتشجيع المنتخب الإماراتي، إذ اعتبرت النيابة العامة أن هذا المسلك جريمة معاقب عليها قانوناً في الدولة، فضلاً عن أنه لا يعبر عن قيم التسامح التي تربي عليها مجتمع الإمارات وقد شدد قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات حيث يعاقب بالحبس وغرامة لا تقل عن 250 ألف درهم، ولا تجاوز 500 ألف درهم أو بإحدى العقوبتين، من سب الغير، أو أسند إليه واقعة تجعله محلاً للعقاب أو الإزدراء، باستخدام شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات⁽¹⁶⁵²⁾.

كما يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة التي لا تقل عن 250 ألف درهم، ولا تجاوز 500 ألف درهم أو بإحدى العقوبتين، من ابتز أو هدد شخصاً لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه، باستخدام شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات، وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على 10 سنوات إذا كان التهديد بارتكاب جريمة أو بإسناد أمور خادشه للشرف أو الاعتبار، وتختص النيابة الاتحادية لجرائم تقنية المعلومات في أبو ظبي بالتحقيق والتصرف، ومباشرة الدعوى الجزائية في جرائم استعمال الشبكة المعلوماتية في المساس بالآداب العامة، والاتجار في البشر، والترويج غير القانوني للأسلحة والذخيرة والمتفجرات، وجمع التبرعات، والتحرير، والدعوة لعدم الانقياد إلى قوانين الدولة أو لتظاهرات أو مسيرات⁽¹⁶⁵³⁾.

وهذه النماذج لانتهاك مواقع شبكات التواصل الاجتماعي والتي تمارس انتهاكاً صارخاً لخصوصية المستخدم، ويبقى السبيل الوحيد لحماية الخصوصية من هذه التهديدات هو ترشيد الاستخدام والإطلاع على مستجدات برامج الحماية والتشفير على الرغم من مخاطرها.

المطلب الثاني: جريمة استراق السمع أو تسجيل أو نقل المحادثات الخاصة والعقوبة المقررة لها

أدى نمو وسائل التواصل الاجتماعي إلى زيادة الجرائم عبر الإنترنت أو الجرائم الإلكترونية مثل الابتزاز والاختلاس والتشهير واختراق الحسابات وما إلى ذلك قد يجد مستخدمو وسائل التواصل الاجتماعي أنفسهم من مرتكبي الجرائم الإلكترونية دون أن يعوا ذلك أو يدركوا أنهم قد يتعرضوا للسجن أو الغرامة على بعض أفعالهم من ناحية أخرى، يعي بعض مستخدمي وسائل التواصل الاجتماعي أن ما يقومون به غير قانوني، إلا أنهم يعتقدون أن السلطات لا تستطيع أو لن تتابعهم، وأصبح سوء استخدام كاميرات الهواتف النقالة يسبب الكثير من المشاكل، فيما شكلت مقاطع الفيديو والصور، فضائح وشائعات، نتيجة التصوير العشوائي ونشر مواد المصورة عبر وسائل

⁽¹⁶⁵²⁾ نصت المادة (2) من المرسوم بقانون لتقنية المعلومات بأن يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مئة ألف درهم ولا تزيد على ثلاثمائة ألف درهم أو بأحدى العقوبتين كل من دخل موقعاً إلكترونياً أو نظاماً معلوماتياً أو شبكة معلومات أو وسيلة تقنية معلومات أو تجاوز حدود التصريح، فالاعتداء على المواقع أو الأنظمة الإلكترونية أو شبكة المعلومات فعل مجرم، وتجريمه على حالة عدم وجود تصريح بالدخول، ولكن الشخص الذي تم التصريح له قد يتجاوز حدود التصريح. المادة (1) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (3) لسنة 2012، بشأن إنشاء الهيئة الوطنية للأمن الإلكتروني. المادة (1) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (3) لسنة 2003، بشأن تنظيم الاتصالات، والقانون رقم (5) لسنة 2017 بشأن تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية، والقرار الوزاري رقم (259) لسنة 2019، في شأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية، والقرار الوزاري رقم (220) لسنة 2017 بشأن إنشاء نيابة جرائم تقنية المعلومات والصادر في 12 مارس 2017

⁽¹⁶⁵³⁾ المادة (2) من القرار الوزاري رقم (220) لسنة 2017 بشأن إنشاء نيابة جرائم تقنية المعلومات والصادر بتاريخ 2017/3/14

التواصل الاجتماعي وبالرغم من أن البعض عمد إلى حظر التصوير في المناسبات الخاصة وحفلات الزفاف، إلا أن هناك فئة تصر على تشكيل نقطة إزعاج وقلق في التقاط الصور ومقاطع الفيديو بعشوائية وبدون استئذان، فأن استخدام كاميرات الهواتف الذكية وما شابه في تصوير الغير أو الأحداث غير الصالحة للنشر، وتداول الشائعات حولها، يعتبر سلوك سلبي بحد ذاته، منافي للقواعد القانونية والدينية والأخلاقية والعرفية، ودخول التقنية بمختلف أدواتها وأشكالها وأنواعها يتوازى معها اختلاف الثقافات، واختلاف الشرائح العمرية، والمستويات العلمية والميول الشخصية والصفات، والتي يغلبها صفة الفضول⁽¹⁶⁵⁴⁾.

تعد جريمة استراق السمع، أو اعتراض، أو تسجيل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية عبر وسائل التواصل الاجتماعي انتهاكاً لخصوصية الشخص في الاحتفاظ بشؤونه الخاصة التي لا يرغب أن يطلع عليها الآخرون، ويرجع ذلك إلى الشخص نفسه، وقد لا يتوافر للشؤون التي يرى الشخص حجبها عن الآخرين صفة السرية غير أنه ينتمي مع ذلك إلى الحياة الخاصة ويكون التجسس عليه ماساً بها، فالخصوصية ليست هي السرية وإنما أوسع مدى والأمور الخاصة قد لا تكون سرية، وسوف نستعرض تلك الجريمة من خلال توضيح محل السلوك الإجرامي والركن المعنوي للجريمة والعقوبة المقررة لها كما يلي:

أولاً: محل السلوك الإجرامي: حدد المشرع محل الحماية من السلوك الإجرامي في جريمة استراق السمع، أو اعتراض، أو تسجيل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية عبر وسائل التواصل الاجتماعي في عدة أمور وهي:

- (1) المحادثات: ويقصد بها الأحاديث والحوارات
- (2) الاتصالات: ويقصد بها معلومات بين طرفين أو أكثر عبر قنوات الاتصال وهي الوسائل التي يتم بها الاتصال بين الأفراد ومنها وسائل تقنية المعلومات، أو برامج التواصل الاجتماعي
- (3) المواد الصوتية: ويقصد بها المحتوى المسموع والمنطوق.
- (4) المواد المرئية: ويقصد بها المحتوى المرئي

ووفقاً لنص المادة (21/ من قانون مكافحة تقنية المعلومات) أن استخدام شبكة معلوماتية أو نظام معلوماتي أو إحدى وسائل تقنية المعلومات في الاعتداء على خصوصية شخص يعد جريمة يعاقب عليها القانون، ويقوم التجريم في هذه الجريمة على ارتكاب الجاني نشاطاً إجرامياً يشكل اعتداء على خصوصية شخص، أي على شؤونه الخاصة، ويتجسد ذلك في أن المشرع جرم عدة أفعال تشكل اعتداء على خصوصية الأشخاص واستلزم أن يرتكب الاعتداء باستخدام شبكة معلوماتية، أو نظام معلوماتي إلكتروني أو إحدى وسائل تقنية المعلومات

ويكون التجريم المتعلق بالمحادثات والاتصالات في استراق السمع، أو اعتراض، أو تسجيل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية عبر وسائل التواصل الاجتماعي، بقصد الاستماع خفية ويتم ذلك بالتصنت وهو فعل الإصغاء لمكالمة هاتفية بدون علم الأشخاص القائمين بالاتصال الهاتفي، واعتراض المحادثات يعني التصنت وفتح وقراءة المراسلات والبريد الإلكتروني، ويكون التسجيل بتثبيت الأصوات أو الصور أو المشاهد على شريط تسجيل أو أسطوانة أو على سطح قابل للمغنطة، لتخزينها واسترجاعها وقت الحاجة، أي الاستماع إليها فيما بعد التسجيل، أما نقل المحادثة أو الاتصالات أو المواد الصوتية أو المرئية بقصد تحويلها من موضع إلى موضع آخر، أي مكان غير المكان الذي صدرت منه بغرض إعادة سماعها في أي وقت، والنقل يكون باستخدام شبكة معلوماتية أو نظام معلوماتي إلكتروني أو عبر برامج التواصل الاجتماعي أو إحدى وسائل تقنية المعلومات⁽¹⁶⁵⁵⁾.

(1654) منى كامل تركي : الحماية الجنائية لحق الخصوصية في جرائم التصوير والتسجيل بدون إذن، مرجع سابق ص 194.

(1655) عبد الرزاق المواقفي عبد اللطيف : شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لدولة الإمارات العربية المتحدة، المرسوم بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2012، مرجع سابق ص 41.

ثانياً الركن المعنوي للجريمة: يعد الاعتداء على خصوصية الأشخاص المنصوص عليها في المادة (22) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات) جريمة عمدية، يأخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي العام، يقوم على عنصري العلم والإرادة، فيجب أن يعلم الجاني أن سلوكه يشكل اعتداء على خصوصية شخص أي يعلم بأنه ينشر صوراً أو أخبار تتصل بخصوصية الأشخاص وبحرمة حياتهم الخاصة وأن ذلك في حكم الاعتداء عليها ويتنفي عنصر العلم إذا اعتقد الجاني أن ما يقوم به هو من الأمور العامة التي يعلمها غالبية أفراد المجتمع ولا تتعلق بخصوصية الأشخاص وبالتالي ينتفي القصد الجنائي، ويجب أن تتجه إرادة الجاني إلى القيام بنشر الصور أو الأخبار التي تشكل اعتداء على خصوصية الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة⁽¹⁶⁵⁶⁾.

ثالثاً: العقوبة المقررة عليها: تنص المادة 21 من مرسوم القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات بأنه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مئة وخمسين ألف درهم ولا تتجاوز خمسمئة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم شبكة معلوماتية أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الاعتداء على خصوصية شخص في غير الأحوال المصرح بها قانوناً بإحدى الطرق التالية:

1. استراق السمع، أو اعتراض، أو تسجيل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية.

2. التقاط صور الغير أو إعداد صور إلكترونية أو نقلها أو كشفها أو نسخها أو الاحتفاظ بها.

3. نشر أخبار أو صور إلكترونية أو صور فوتوغرافية أو مشاهد أو تعليقات أو بيانات أو معلومات ولو كانت صحيحة وحقيقية.

كما يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مئتين وخمسين ألف درهم ولا تتجاوز خمسمئة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، لإجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها.

كما تنص المادة رقم 339 من قانون العقوبات الاتحادي والتي تنص على أنه: يعاقب بالحبس أو الغرامة كل من توصل إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره بالاستعانة بطرق احتيالية وذلك من خلال تغيير الاسم أو الصفة أو حتى انتحال لصفة شخص آخر كذلك نص المشرع الإماراتي في مسألة انتحال الوظائف والصفات في المادة رقم (250) بأن يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من انتحل وظيفة من الوظائف العامة أو حتى كل من ارتدى زياً رسمياً أو كسوة يخص بها القانون فئة من أفراد المجتمع. هذا إلى جانب العقوبات المشددة في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات من ضمنها المادة رقم (9) والتي نصت على أنه: «يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مئة وخمسين ألف درهم ولا تتجاوز خمسمئة ألف درهم كل من تحايل على العنوان البروتوكولي للإنترنت باستخدام عنوان وهمي أو عنوان عائد للغير أو بأي وسيلة أخرى وذلك بقصد ارتكاب جريمة أو الحيلولة دون اكتشافها، فمن أساليب إساءة استخدام البيانات الشخصية منها إدخال عنوان غير العنوان المطلوب لصاحب الشأن⁽¹⁶⁵⁷⁾.

الخاتمة

سعيًا إلى توضيح الحماية القانونية التي حددتها التشريعات الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة في جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي، فالحق في حرمة حياة الفرد الخاصة من حقوق الإنسان التي حرصت عليها الشريعة الإسلامية، وأولتها الدولة أهمية بالغة في تشريعاتها الاتحادية، لحفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه، وكفالة المصلحة العامة مع التوفيق بين مصلحة

⁽¹⁶⁵⁶⁾ المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات والمعدل بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (2) لسنة

2018، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد 633، للسنة 48، بتاريخ 2018/7/31

⁽¹⁶⁵⁷⁾ المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات والمعدل بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (2) لسنة

2018، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد 633، للسنة 48، بتاريخ 2018/7/31

الأشخاص الخاصة والمصالح العامة، لأن الفرد جزء داخل نسيج وكيان المجتمع وحماية حقه في الخصوصية هي حرية خاصة له في حدود يمثلها القانون، وكذلك الحقوق المدنية والسياسية والاتفاقيات الدولية

فإذا كان السلوك شخصي بالنسبة للفرد فلا بد أن يكون هذا السلوك مطابقاً للقانون، وعلى هذا فإن المصلحة العامة هي التي ترسم حدود هذا الحق ونطاقه وفقاً لمبدأ المشروعية وذلك عن طريق الموازنة بين مصلحة الفرد في الحق في حرمة حياته الخاصة وبين حاجة المجتمع للأمن والنظام العامين، وانطلاقاً من ذلك خصصنا موضوع الدراسة في جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي في مبحثين ومبحث تمهيدي نوضح به ماهية مواقع التواصل الاجتماعي والحماية المقررة لها، وفي المبحث الأول نوضح أركان جرائم انتهاك الخصوصية، وفي المبحث الثاني نوضح صور جرائم انتهاك الخصوصية عبر وسائل التواصل الاجتماعي والعقوبة المقررة لها.

النتائج والتوصيات

أولاً النتائج: توصلت الباحثة من خلال الدراسة إلى النتائج التالية:

1. إن هذا النوع من الجرائم المستحدثة التي أفرزتها التقنية المستخدمة تدخل ضمن خصوصية الإنسان التي يسعى القانون أن يوفر لها الحماية ويجسدها القضاء بالتجريم بعقوبتي الحبس والغرامة على مرتكبيها.
2. تطور تكنولوجيا المعلومات والشبكة المعلوماتية أفرز عنه العديد من برامج التواصل الاجتماعي كمواقع تشكل من خلال الإنترنت تسمح للأفراد بتقديم لمحة عن حياتهم العامة وإتاحة الفرصة للاتصال بقائمة المسجلين والتعبير عن وجه نظرهم أو نشر صورهم، ومعلومات شخصية لهم من خلال عملية الاتصال عبر التواصل الاجتماعي (التويتر، الفيس بوك، اليوتيوب، سناب شات، تليجرام، الواتس أب، سكايب، الإيمو، وغيرها من الكثير من البرامج.
3. يترتب على انتهاك حرية الإنسان وخصوصيته انتهاك للخصوصية الشخصية له، واستغلال البعض لتلك الخصوصية بالتهديد والابتزاز، والسب والقذف، والتصوير والتسجيل وغير ذلك من الجرائم
4. الموضوع يشير الإشكاليات القانونية التي ترتبط بجريمة استغلال الهاتف المحمول في التهديد أو الابتزاز أو نقل الصور والمحادثات أو السب والقذف أو غيرها من طرق الاستغلال في انتهاك الخصوصية عبر الهاتف المحمول، بسوء استخدام الهاتف المحمول بالقذف والسب، أو سوء استخدام الهاتف المحمول في التهديد والابتزاز مستبعدين سرقة الجهاز المحمول أو سرقة شريحة الاتصال لعدم تمييز هاتين الجريمتين عن الجرائم التقليدية
5. أن الجرائم المتصلة بوسائل التواصل الاجتماعي في كل عمل أو امتناع يعاقب عليه القانون بعقوبة جزائية كونها عدوان على مصلحة يحميها القانون، فالجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام كجرائم السب والقذف باستعمال البريد الإلكتروني أو غرف الدردشة في مواقع التواصل الاجتماعي تمس كيان وشرف أحد الأشخاص انتهاكاً لخصوصيته التي يحميها القانون
6. أن القانون يحمي الحقوق بصفتها محلاً لحق معين، لأن الحماية القانونية تقرر للحقوق لا للأشياء، فقصد الكشف عن الحق الذي تحميه حرمة المسكن هو ذات الحق الذي يعطى للشخص حرمة رسائله وصوره ومكالماته الهاتفية وتواصله الاجتماعي

ثانياً: التوصيات

1. ضرورة الالتزام بالركن الشرعي كمبدأ القانوني لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، عند استخدام شبكة الإنترنت وبرامج التواصل الاجتماعي دون اضطلاع الغير على مضمون مراسلاته وصوره، وانتهاء بحفظ حقه في استخدام تلك البرامج والتطبيقات، وعلى ذلك.

2. ضرورة التزام القاضي الجنائي بعدم الخروج عن النص التشريعي المتعلق بجريمة الاعتداء على الحياة الخاصة باستخدام الهاتف المحمول، سواء عند تفسير ذلك النص أو تطبيقه، بحيث لا يجوز له إضافة أي جريمة لم يرد بشأنها نص أو عبارة من قبل المشرع يدخلها في نطاق هذا النص، كما لا يحق للجهة القائمة على تنفيذ العقوبة الجنائية أن توقع جزاءات جنائية أخرى على المتهم الذي يحكم عليه من قبل القضاء.
3. ضرورة استخدام تقنيات تكنولوجية تمكن من القدرة على تتبع وكشف الأماكن التي يوجد بها الأفراد من خلال الخدمات الخاصة بتحديد المواقع تحويل هاتف المستخدم إلى بوصلة اجتماعية.
4. ضرورة توعية المواطنين على طرق وبرامج التجسس الإلكتروني والتي تعترض الرسائل البريدية المرسلة بغرض الاطلاع عليها أو معرفة محتوياتها ومن ثم إفشاء الأسرار التي قد تحتويها تلك الرسائل كالأسرار المالية والاجتماعية والصحية وغيرها.

المراجع والمصادر

أولاً الكتب

- أشرف توفيق شمس الدين: شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة، طبعة منقحة وفقاً لأحدث التشريعات وأحكام القضاء، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 3، 2014.
- بولين انطونيوس أيوب: الحماية القانونية للحياة الشخصية في مجال المعلوماتية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009 م.
- حسن عماد مكاي، ويليلى حسين السيد: الاتصال ونظرياته المعاصرة، القاهرة، الدار المصرية اللبنانية، ط 4، أكتوبر 2003 م.
- دلشاد خليل شواني: حجية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ط 1، 2017 م.
- عادل الشهاوي، محمد الشهاوي: الاعتداء على الحياة الخاصة، بواسطة القنوات الفضائية، ووسائل الإعلام والاتصال، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1، 2015 م.
- عادل عزام سقف الحيط: جرائم الذم والقذح والتحقيق المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية، الاردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط 1، 2014 م.
- عامر فتحي حسين: وسائل الاتصال الحديثة من الجريدة إلى الفيس بوك، القاهرة، العربي للنشر والتوزيع، ط 1، 2011 م.
- عباس مصطفى صادق: الاعلام الجديد، دراسة في مداخله النظرية وخصائصه العامة، القاهرة، البوابة العربية لعلوم الإعلام والاتصال، 2011 م.
- عبد الرزاق عبد اللطيف: شرح قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لدولة الإمارات العربية المتحدة، المرسوم بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2012، الكتاب الثاني، دبي، معهد دبي القضائي، سلسلة الدراسات القانونية والقضائية رقم 15، ط 1، 2016 م.
- علي محمد رحومة: الانترنت والمنظومة التكنو اجتماعية، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 1، 2007 م.
- طارق عفيفي صادق أحمد: الجرائم الإلكترونية، جرائم الهاتف المحمول، دراسة مقارنة بين القانون المصري والإماراتي والنظام السعودي، مصر، الناشر المؤلف نفسه، ط 1، 2015 م.
- محمد رشاد القطعاني: الحماية الجنائية للحق في الخصوصية في حرمة الاتصالات الشخصية، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الفتح، ط 2، 2015.
- محمد عبد الوهاب المحاسنة: المسؤولية المدنية عن انتهاك الخصوصية في وسائل الاتصال الإلكترونية وفقاً للقانون الأردني، جامعة الطفيلة التقنية - كلية الأعمال الطفيلة - الأردن، 2014 م.
- محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام للجريمة، والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 5، 2012 م.
- محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 8، 2016 م.
- منى كامل تركي: الحماية الجنائية لحق الخصوصية في جرائم التصوير والتسجيل بدون إذن، ووضع كاميرات المراقبة، وضوابط التوازن بين الحق في الخصوصية والضرورات الأمنية وفقاً لقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ودار النهضة العلمية بالإمارات، ط 1، 2018 م.
- نبيل فزيح: الحماية الجنائية للحق في الصورة في القانون المصري، القاهرة، دار محمود، ط 1، 2015، 2016 م.

ثانياً: المجلات والأبحاث وأوراق العمل

- تومي فضيلة: ايدولوجيا الشبكات الاجتماعية وخصوصية المستخدم بين الانتهاك والاختراق، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 30، سبتمبر، 2017، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، 2017
- رضا عبد الواحد أمين: استخدامات الشباب الجامعي لموقع يوتيوب على شبكة الإنترنت، أبحاث المؤتمر الدولي للإعلام الجديد، تكنولوجيا جديدة لعالم جديد، ورقة رقم 2 جامعة المملكة، البحرين 7-9 ابريل 2009
- زاهر راضي: استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في العالم العربي، مجلة التربية، العدد 15، جامعة عمان الأهلية، عمان، 2010 م.

- زاهر الغريب إسماعيل: دور شبكات التواصل الاجتماعي في تعزيز قيم المواطنة وتشكيل الرأي العام لدى منتسبي الجامعات بحث منشور قسم تكنولوجيا التعليم كلية التربية، جامعة المنصورة 2015 م.
- عبد العزيز حمد عبد الله الحسن: وسائل الإعلام والإعلان وصف نظري للعلاقة والتأثير، مجلة عالم الاقتصاد، العدد 16، 2015 م.
- منى كامل تركي: السياسة الجنائية في مواجهة جرائم وسائل التواصل الاجتماعي، مجلة القبس، العدد 12728 نوفمبر، 2016 م.
- نصر الدين العياضي: الرهانات الأبستمولوجية والفلسفية للمنهج الكيفي نحو أفاق جديدة لبحوث الإعلام والاتصال في المنطقة العربية، أبحاث المؤتمر الدولي، الإعلام الجديد تكنولوجيا جديدة... لعالم جديد، جامعة البحرين، من 7-9 إبريل 2009 م.

ثالثاً: رسائل الماجستير والدكتوراه

- إيناس هاشم رشيد: الحماية القانونية للخصوصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي، أطروحة ماجستير، جامعة كربلاء، 2015 م.
- محمد بن عيد القحطاني: حماية الخصوصية الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية. 2015 م.

رابعاً: المصادر القانونية

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948، في قصر شايو بباريس، ويعتبر من الوثائق الدولية الرئيسية لحقوق الإنسان، والتي نالت موقعاً هاماً في القانون الدولي
- المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات والمعدل بالمرسوم بقانون اتحادي رقم (2) لسنة 2018، والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد 633، للسنة 48، بتاريخ 2018/7/31
- قانون العقوبات الاتحادي رقم 3 لسنة 1987، والمعدل بموجب القانون الاتحادي رقم 34 لسنة 2005، دائرة القضاء، ط 6، 2018، وتم تعديل القانون بالمرسوم بقانون اتحادي رقم 7 لسنة 2016، والمرسوم بقانون رقم (1) لسنة 2018.
- هيئة الإمارات للهوية هي هيئة اتحادية مستقلة، تأسست بتاريخ 15 شعبان 1425 هـ، الموافق 29 سبتمبر 2004
- المحكمة الاتحادية العليا في الحكم رقم 493 لسنة 2014 جزائي جلسة الإثنتين الموافق 27 من أبريل 2015،
- القاعدة رقم (23) الصادرة في العدد 6 لسنة 1995، جزء ص 972، والواردة في الطعن بالتميز رقم 145/1995، بتاريخ 25/26/1995، مجموعة الأحكام الجزائية لعام 2001، المكتب الفني.
- القرار الوزاري رقم (259) لسنة 2019، في شأن الدليل الإجرائي لتنظيم التقاضي باستخدام الوسائل الإلكترونية والاتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية، والقرار الوزاري رقم (220) لسنة 2017 بشأن إنشاء نيابة جرائم تقنية المعلومات والصادر في 12 مارس 2017
- القرار الوزاري رقم (220) لسنة 2017 بشأن إنشاء نيابة جرائم تقنية المعلومات والصادر بتاريخ 2017/3/14

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

L'inadaptation des Concepts Traditionnels du Droit Commun aux Propriétés des Valeurs Mobilières en Droit Marocain

✍ Zineb FASSI FIGHRI

.Enseignante chercheur –FSJESF

Département du Droit privé-Fès
USMBA-FSJESF

L'acte de garantie- de l'actif, du passif ou encore de l'actif et du passif, c'est une convention par laquelle une opération de transfert de titres sociaux dans le cadre des Fusions- Acquisitions, il s'agit généralement d'une personne, dite cédante, couvre une autre personne, généralement dite cessionnaire, contre des risques qui varient en fonction de l'objet de garantie.

Il est évidemment impossible de se prononcer avec certitude. Cependant il paraît probable que la crise du coronavirus accélère la numérisation des services publics notamment en pérennisant l'utilisation des procédures de télétravail par exemple, ou l'accès des usagers à certains services à distance.

Les Valeurs Mobilières ont des concepts modernes et des techniques appropriées qui ne leur permettent pas de s'adapter facilement aux concepts traditionnels de droit commun, d'où surgit un sorte de décalage entre les lois propres aux valeurs mobilières et les lois qui régissaient les dispositions antérieures, ce qui suppose une connaissance approfondie des techniques financières et réglementaires par l'ensemble des professionnels financiers qui assure le traitement des opérations portant sur des valeurs mobilières.

Les mutations que connaissent le marché financier, nous poussent à avoir une certaine réticence sur la régulation des valeurs mobilières. On peut penser que le droit commun soit tôt ou tard régénéré par les apports originaux du droit financier, ou à l'inverse que certaines évolutions finissent par les rapprocher « l'un de l'autre », comme ce fut le cas pour d'autres matières juridiques. Que la régulation du marchés financier réponde à des objectifs qui découlent logiquement des conditions d'un marché efficient, c'est une évidence que nous avons souligné à maintes reprises ; qu'il y ait dès lors un réel besoin d'adopter des règles dérogatoires dans la mesure où le droit commun y fait obstacle, c'est le signe d'un certain « recul » de ce droit. Mais ce constat n'autorise pas, à notre sens d'accepter l'idée d'une rupture radicale et à proclamer l'autonomie du droit financier. Il en est de ce droit de la consommation dont les développements s'affermissent sous nos yeux. Si donc les principales tendances du droit financier venaient à se vérifier, nous assisterons sinon à un redéploiement du système juridique en général, du moins à la reconstitution d'un certain nombre d'ensembles majeurs de règles, répondant à une logique propre ; qu'elles soient ou non en décalage ou en discordance les unes par rapport aux autres. Devant toute cette complexité, nous proposons une recomposition du système juridique en général ou bien un rapprochement du droit financier pour qu'il y ait une harmonie entre les droits dont les valeurs mobilières pourrait y adapter.

La première hypothèse est le dépôt pour autant que le titulaire des valeurs mobilières ne marque pas une préférence pour la conservation du titre sous sa forme physique; on distinguera le dépôt ordinaire et le dépôt collectif .

Viennent ensuite la cession en propriété, la donation l'usufruit, le gage, ainsi que la saisie à laquelle la législation financière tend à réserver un sort spécial)1658 .

Notre propos étant, au regard du droit financier principalement,1659, de recenser les difficultés de l'application des concepts en droit commun et de mettre en évidence les incertitudes qui en résultent.

La dématérialisation des produits financiers, étroitement liée à un système de règlement livraison de liquidation, voire de compensation, à manifestement des effets plus importants sur le terrain du droit civil marocain.

Titre I- Les Transferts entre vifs dans un régime de circulation scripturale

L'analyse portera sur deux types de transfert entre vifs. Il s'agit dans un premier temps le dépôt (A) et dans un deuxième temps, nous procéderons à traiter la cession (B).

A- Le Dépôt des Valeurs Mobilières

Le dépôt des valeurs mobilières de titres individualisés diffère remarquablement du dépôt collectif de titres dématérialisés.

1- Le Dépôt ordinaire de titres individualisés

Comme les établissements de crédit jouent un rôle important dans l'émission et le placement de valeurs mobilières auprès du public épargnant, la souscription ou l'acquisition effectuée par ces organisations pour le compte de leur clientèle est fréquemment suivie de la garde des titres, sans qu'un accord explicite soit donné (1660).

On considère en général que la remise au banquier de titres individualisés constitue un dépôt au sens de (l'article 781 du Dahir des obligations et contrats), en vertu duquel il doit assurer la garde et la restitution. La conservation donne lieu à la perception de "droits de garde". A ce dépôt initial serait joint de manière implicite un mandat de gestion ou un contrat de louage d'ouvrage.

La garde s'entend d'un point de vue matériel et juridique, comme par exemple une opposition si les titres ont été perdus ou volés, le banquier ne peut accomplir des actes de disposition sur les titres déposés comme s'il en était le propriétaire, c'est le déposant qui reste investi de cette titularité, il peut exiger la restitution des titres individualisés tels qu'il les a remis.

Que comporte le mandat de gestion concernant ce dépôt ? A défaut d'un "règlement des opérations" sur les "droits et devoirs des parties" auquel aurait adhéré le client, la gestion comporte l'exécution des opérations pour lesquelles le concours du déposant n'est pas requis (1661). Il en est ainsi pour l'encaissement des coupons, l'échange et le remboursement des titres.

Le banquier a-t-il en outre l'obligation d'informer d'initiative son client des événements qui peuvent affecter la valeur des titres déposés ou la condition financière et juridique de l'émetteur, voir même d'agir comme le ferait un gérant d'affaires en vue d'éviter une perte ? Ainsi l'emploi de droits de souscription ou des dividendes à percevoir. Sauf accord contraire, le banquier n'est pas en principe tenu de pareils devoirs. Le mandat de gestion accessoire à un dépôt ordinaire n'est pas comparable à un contrat dit de conseil en placements ou à un contrat de gestion de portefeuille.

¹⁶⁵⁸ Leon Dabin-. Régime Juridique des Marchés Financiers et des Valeurs Mobilières - Broché – 18 janvier 2011 ,2 Edition

¹⁶⁵⁹ Thèse, Le Marché Boursier des Valeurs Mobilières ,p 366 , FSJESF-. Zineb fassi fihri,2008,

¹⁶⁶⁰ -Répertoire notarial, Le dépôt" M-F De Pover ,IX, Ed 1999.

¹⁶⁶¹ - Ripert-Roblot, Traité de droit commercial, Tome II 15 éd 1996.

Le fait d'assimiler ces contrats à un même type de convention aurait des implications d'ordre statutaire puisque l'exercice d'opérations de gestion assistée ou déléguée exige une habilitation déterminée de l'autorité de surveillance.

2- Le Dépôt Collectif des titres dématérialisés

Ce type de dépôt, de plus en plus répandu, concerne avant tout les titres dématérialisés, c'est-à-dire les titres émis de cette manière par des entités de droit public ou par des sociétés anonymes. Dans ces cas, la "forme" du titre ne peut être concrétisée que par l'inscription au crédit d'un compte tenu par un intermédiaire professionnel agréé. C'est la seule représentation possible du titre.

Il est en outre prévu que le titulaire d'une valeur mobilière, quelle que soit sa forme (titre vif ou non), adhère de manière explicite ou non à un système de circulation scripturale, auquel cas il accepte que les valeurs remises au membre reconnu de l'organisme gérant ce système soient traitées comme des choses fongibles. C'est le régime propre à Maroc Lear de la loi n°35-96 modifié et complété par la loi n° 43-02 sur la dématérialisation (voir les articles 1, 6, 7, 8, 39, 71, 72). Rien n'empêche cependant le titulaire des valeurs en cause d'exiger "la restitution" des titres vifs qu'il aurait remis pour en revenir à une détention personnelle où un dépôt individualisé dans le cadre de relations bilatérales avec un intermédiaire financier quelque soient les préférences des investisseurs, il est clair que la tendance actuelle est de généraliser le principe de la fongibilité.

Dans le régime de la dématérialisation, il y a nécessairement une double relation contractuelle, d'une part entre le titulaire de valeurs et l'intermédiaire avec lequel il traite, d'autre part entre cet intermédiaire ou son correspondant et l'organisme de conservation. C'est l'application de la règle de l'accès unique selon laquelle le transfert entre intermédiaire ne joue que pour le truchement de cet organisme. Dans le régime de la fongibilité, le teneur de compte n'est pas tenu d'effectuer la remise des valeurs qui lui est été confiées auprès de Maroclear (art 31-règlement général du dépositaire central) ouvrir d'autres voies.

Dans chacun de ces régimes, le lien entre le titulaire, le sujet du droit de propriété la chose ou l'objet et la valeur disparaît.

En droit belge ; l'opinion dominante reste néanmoins attachée à l'idée de dépôt et donc à l'obligation d'une restitution en nature qui consisterait en réalité pour les titres dématérialisés comme les titres fongibles à une restitution portant sur des choses de même nature ou de même espèce en quantités identiques (1662).

Les relations qui s'établissent à la suite d'une remise d'espèces en banque et celles qui résultent de l'inscription en compte de valeurs ont un incontestable air de parenté sans constituer nécessairement une identité.

La figure du dépôt peut certes inspirer le commentaire des obligations qui s'imposent aux intermédiaires financiers, mais les relations en cause sont originelles, on devrait approuver les auteurs qui s'en tiennent à un acte juridique innommé, la convention de compte.

En droit français, d'aucuns estiment avec raison que "le dépôt collectif de choses fongibles (en sicovam) a troublé pendant quelques temps les esprits. Aujourd'hui, l'hésitation n'est plus permise. L'obligation de garde et de restitution a définitivement disparu avec la disparition matérielle des titres et le contrat qui unit l'intermédiaire teneur de compte à son client, n'a plus rien à voir avec le dépôt" (1663).

¹⁶⁶² -PVAN Ommeslaghe, l'obligation de restitution du banquier, cahier AEDBF/Bruxelles Brylant, 1999, p: 71.

¹⁶⁶³ - opcit,Ripert, Roblot, traité de Droit commercial, n° 1789.

En Droit Marocain, Avec l'effet de la dématérialisation de la loi de 1997 ; ce sont désormais les teneurs de comptes qui sont désormais habilités au nom de leurs affiliés d'ouvrir "de comptes titres" d'où la disparition du lien entre le titulaire et la valeur disparaît.

Le maintien des figures traditionnelles de dépôt et de propriété soit difficilement conciliable, malgré les efforts louables d'une doctrine récente et attentive et vu les mesures de protections limitées qui ont été imaginées en faveur des titulaires de valeurs mobilières inscrite dans un système de circulation scripturale.

B -La cession des valeurs mobilières

La cession des valeurs mobilières peut concerner trois types de titres : les titres au porteur, les titres au nominatif, et les titres dématérialisés.

1- Cession de titres au porteur

La tradition du titre selon l'article- 245 Alinéa 5 , L 17-95-modifiée et complétée par la loi 20 -05,78-12,20-19 , relative aux nouvelles lois des sociétés, pour la cession " le titre au porteur s'opère par la seule tradition du titre". Aucune autre condition de forme n'est requise comme pour tout meuble corporel. Le transfert de la propriété a lieu le plus souvent par l'effet de la remise, c'est-à-dire au moment où les titres sont individualisés. C'est également à partir de ce moment que la cession est opposable aux tiers, mais le transfert pourrait avoir lieu dès l'échange des consentements, bien que les titres n'aient pas encore été livrés (art 194 du DOC).

La preuve de la propriété et, d'une manière plus substantielle, la légitimation de l'acquéreur en tant qu'associé ou actionnaire pour l'exercice de ses droits est soumis également au régime au droit civil.

Bien qu'elles paraissent a priori incompatibles avec la nature d'un titre au porteur, la question a été posée de savoir si des clauses statutaires limitant la cessibilité du titre sont opposables au cessionnaire, or, rien ne s'oppose l'insertion de telles clauses dans l'acte d'une société. Quelles que soit l'ingéniosité déployée par les tenants de la thèse de l'opposabilité en vue de la justifier et de la rendre efficace sur le plan pratique (1664), il faut bien reconnaître que cette thèse est difficilement conciliable avec le rôle dévolu à la société anonyme ou par actions, en tant que technique de financement des entreprises. L'introduction de titres fongibles dans un système de liquidation comme Maroclear ne se prête pas au jeu des clauses d'agrément et de préemption reconnus à l'article 257 de la loi 17-95 la loi 20 -05,78-12,20-19.

2- Cession de titres nominatifs

L'opposabilité des clauses statutaires limitant la cessibilité des titres se justifierait mieux pour des titres nominatifs, dont l'utilité est incontestable au regard de l'organisation de la société anonyme. L'existence de tels titres reflète le caractère intuitu personae des relations entre certains actionnaires et la société.

L'inscription au registre, L'action nominative est un meuble incorporel. Entre parties, la cession est donc parfaite par l'effet du seul échange des consentements conformément au droit commun vis-à-vis des tiers, l'inscription au registre fait foi de la propriété des actions tout comme la possession pour un meuble corporel, elle s'effectue normalement par une déclaration de transfert datée et signée par le cédant et le cessionnaire, c'est le moyen pour "établir" la légitimation de l'acquéreur en qualité d'associé ou en une autre qualité, telle qu'usufruitier ou créancier gagiste. Mais, il serait inexact d'attacher aux mentions du registre une valeur probatoire exclusive. Le droit commun de la preuve du transfert reste applicable.

¹⁶⁶⁴ -K. GEEN, "L'opposabilité d'une clause statutaire d'agrément ou de préemption" in liber Amicorum CDVA, Bruxelles, 1998, p: 507.

Le certificat qui constate l'inscription n'est ni un titre de légitimation ni un instrument de preuve, tout au plus un commencement de preuve par écrit qui rend vraisemblable la cession si les mentions du registre s'avèreraient inexacte.

3-La célérité du transfert des actions dématérialisées

Dans un système de circulation scripturale qui a précisément pour objectif d'accélérer le transfert des valeurs mobilières grâce à la mise en œuvre de procédés informatiques sophistiqués, il paraît presque irréaliste et contradictoire de poser la question de l'opposabilité des clauses statutaires restrictives de cessibilité, certes, la loi admet la validité de ces clauses. Mais elle entend d'un autre côté, sous l'aiguillon de la concurrence étrangère, assurer la plus grande liquidité possible sur la place de Casablanca. Par un nombre impressionnant de mesures dérogatoires au droit commun les promoteurs des différentes lois qui se sont succédés, ont pris un soin méticuleux à écarter ou cantonner les obstacles qui pourraient retarder ou bloquer la circulation scripturale, on se trouve dans une situation analogue à celle qui prévaut en matière de monnaie scripturale (1665).

Il ne sied donc pas d'attendre des organismes liquidateurs le contrôle spontané sous ce rapport des différends flux ou de les rendre responsables des mesures qu'ils seraient alors amenés à prendre en vue de réguler les transferts. Ce qui se fait pour la cotation des valeurs n'est pas transposable aux procédures de règlement livraison. Il n'y aurait finalement d'autres possibilités que d'exclure de la circulation scripturale les valeurs soumises à des restrictions aussi inopportunes du point de vue de l'intérêt général. On pourrait tout au plus admettre l'opposabilité de ces clauses pour les titres rendus fongibles par la volonté de leur titulaire, investisseurs et actionnaires ou de la société émettrice, titres pour lesquels le "sous-Jacent" est au nominatif. C'est qu'il y a si on veut résumer une sorte d'inopposabilité des clauses restrictives de cessibilité.

S'agissant d'un autre point est le transfert par virement de compte à compte : conçu en droit Marocain, Comme étant une troisième catégorie de valeurs mobilières, les titres dématérialisés ont un mode de cession qui leur est propre. L'application de l'article 189 du DOC est exclue. Il est clair qu'une cession rendue automatiquement opposable solo consensus sans notification aux tiers, y compris donc l'organisme de liquidation est incompatible avec l'inscription en compte, désormais le seul support du titre dématérialisé. Le transfert de la propriété des titres ne peut être concomitant à l'échange des consentements ; il doit être retardé jusqu'au moment de l'inscription au crédit du compte du cessionnaire, tout au moins pour les titres admis sur les marchés réglementés, après bien des tergiversations.

4 -Les types de donations

Cependant la donation du droit civil peut –elle être appliquée sur les types d'actions –ci-dessous, c'est ce qu'on va essayer de répondre :

Pour les actions nominatives ,le principe de solennité du contrat de donation ne jouerait que pour les actions nominatives en raison du caractère discutable de la qualification attribuée à l'inscription au registre du changement de titularité.

S'agissant des actions au porteur, comme il est admis qu'un don manuel se réalise par la tradition réelle de la chose donnée, l'action au porteur, meuble corporel, est apte à remplir cette condition, ce qui permet d'éviter les coûts qui résultent du formalisme du code civil (1666). Du moment qu'il est exclusivement composé de titres au porteur, un portefeuille –titre peut tout aussi bien être l'objet d'un don manuel à la condition que ce don soit matérialisé par l'adjonction d'un inventaire précis des titres qui en font partie.

¹⁶⁶⁵ - L. Dabin, Le Régime Juridique des Marchés Financiers et des Valeurs Mobilières 303,2004,édition 1.

¹⁶⁶⁶ -PH-DEPAVE, "La transmission des biens par donations"- questions pratiques", C.FP , sep 1996.

Si des titres vifs, objet du don manuel, sont placés sur un compte titres sans le régime de la fungibilité, d'aucuns estiment qu'une matérialisation au sens physique du terme est nécessaire. Il faudrait donc retirer les titres du dépôt pour pouvoir les donner (1667).

Enfin, on essaie de savoir si les titres sont dématérialisés, c'est-à-dire que leur livraison réelle est impossible, il ne pourrait être question de don manuel, mais de donation dite indirecte, en l'occurrence un don par virement dont la validité est admise. On se rapprocherait de cette manière du mode de transfert des actions nominatives par inscription au registre du changement de propriétaire. Cependant, la question demeure controversée et, par prudence, la pratique notariale recommande de s'en tenir à un acte authentique. Une des raisons invoquées par les partisans de cette dernière opinion : L'inscription au registre n'est "qu'une formalité accomplie en exécution d'une convention... elle ne comporte pas par elle-même une libéralité indirecte (1668). La donation réglementée par les dispositions du droit civil ne peut s'appliquer aisément sur les actions (nominatives, au porteur dématérialisées), une sorte d'inadaptation des dispositions du droit commun aux dispositions du droit boursier.

Titre II- La Constitution des Sûretés des Valeurs Mobilières

Dans le cadre des valeurs mobilières, les notions du Droit civil L'usufruit (A) et le gage (B) ont suscité des difficultés d'inadaptation, dont il convient de les clarifier.

A- L'usufruit des valeurs mobilières

L'usufruit dans le régime des valeurs mobilières prend d'autres dimensions qui diffèrent dans un régime en droit commun.

1- L'usufruit des valeurs mobilières : un régime boiteux

Situé à la croisée du droit patrimonial et du droit des sociétés, l'usufruit des valeurs mobilières reste à maints égards un sujet de perplexité, Etabli par la loi ou par la volonté de l'homme, sur toutes espèces de biens meubles ou immeubles y compris donc les actions, parts, obligations et autres titres, les composantes de l'usufruit, aux lointaines origines, agraires, s'adaptent mal à une vocation générale.

En Droit marocain, le législateur ne cherche guère à éliminer les points de friction ou à coordonner les termes des différentes approches juridiques, on cite généralement (l'article 252 du code des sociétés modifiée et complétée par la loi 20 -05,78-12,20-19) qui permet à la société, en cas de copropriété « si plusieurs personnes sont copropriétaires d'une action, elles doivent s'entendre pour désigner un représentant commun pour l'exercice des droits d'actionnaire... »Ce texte classique s'applique par analogie car il vise une situation étrangère à celle du nu-propriétaire et de l'usufruitier.

De facture plus récente, l'article 253 du code des sociétés , L 17 -95modifiée et complétée par la loi 20 -05,78-12,20-19 , règle explicitement le cas du décès de l'associé unique. L'héritier qui a reçu les parts en usufruit est fondé à exercer les droits, sauf dispositions contraires des statuts. Dans le cadre de la S.A (art 257 -C.SOC AL 1sus -mentionnée), la cession forcée du droit de vote peut être ordonnée à l'encontre de celui qui exerce "à un autre titre que celui de propriétaire" à la suite d'une procédure en résolution des conflits internes. Mais ce texte ne s'applique qu'aux SA "n'ayant pas fait ou ne faisant pas publiquement appel à l'épargne" (C. SOC, art 257 alinéa 2 modifiée et complétée par la loi 20 -05,78-12,20-19).

Valeurs mobilières ou instruments financiers compris dans le patrimoine de la succession sont donc l'objet d'un démembrement légal de titularité (1669). Des obligations simples à revenus fixes ne

¹⁶⁶⁷ -Op. cit, L-Dabin, le régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières, Ed 2004, p: 275.

¹⁶⁶⁸ -P. DELNOY "La Donation de titres de sociétés en vue d'en conserver les revenus et si possibilité la gestion", Rev, gén, 2003, n° 25375, p: 368.

¹⁶⁶⁹ -Aynés L, L'état d'actionnaire et le concours de droits réels : usufruit, droit d'usage, revu sociétés, 1999, pp591.

poseront pas de difficultés, les intérêts de la créance revenant à l'usufruitier et le montant à rembourser étant en principe connu d'avance. La situation est déjà plus complexe si l'usufruit successoral porte sur des actions ou des parts sociales dès lors que les droits et les devoirs de l'usufruitier se mesurent à la participation de celui-ci à la vie de la société et à ses aléas.

Les droits qui reviendraient au nu-propiétaire en dépendant nécessairement. Ce conflit d'intérêts latents recevait un début de solution si l'on pouvait à la manière de (l'article 237 du code des sociétés) précité, concentrer l'ensemble des droits sociaux dans le chef de l'usufruitier. Ce qui ne signifie pas que l'exercice de ces droits serait sans soulever de difficultés, si l'on ne parvient pas à circonscrire la disposition clé de l'institution, à savoir "la charge d'en conserver la substance prévue par la loi civile.

En Belgique, Par ailleurs, si par exemple, l'usufruit risque de devenir tout à fait inopérant, si le patrimoine de la succession se compose de parts dans des SICAV de capitalisation qui ne procurent pas de revenus périodiques. A défaut de pouvoir obtenir l'accord des nu- propriétaires et de l'usufruitier sur un "changement de destination", il faudra demander la conversion judiciaire de l'usufruit "soit en la pleine propriété des biens grevés de l'usufruit, soit comme en une somme, soit en une rente indexée et garantie" (C.CIV art 74 al, 4 et s).

Une autre solution plus conforme au dénouement logique de cette situation de blocage serait de reconnaître l'existence d'un quasi usufruit des titres de capitalisation. L'usufruitier pourrait donc les vendre mais à charge d'en rendre la valeur à la fin de son droit (C.CIV, art 587) (**1670**), solution incontestable, pour l'usufruit légal, les valeurs mobilières n'étant pas des actions consommables (C.CIV, art 587).

Un tout autre moyen, de portée moins contestable, consisterait à procéder à un changement d'échelle, de passer des parties au tout et d'admettre que les héritiers reçoivent non pas des actions de sociétés, des obligations ou des parts des organismes de placement collectifs -OPC- autonome mais un ensemble cohérent répondant à un profil de gestion déterminé. Au lieu d'un quasi-usufruit le conjoint survivant recevait l'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières lui donnant le droit exclusif de vendre mais à charge de remplacer les titres vendus.

La pratique s'est posée la question de savoir quel parti pourrait être tiré de l'usufruit conventionnel malgré les incertitudes qui règnent en cette matière. Les zones d'ombre ne feraient pas obstacle à un règlement souple, modulable de la répartition des droits et des prérogatives de gestion entre l'usufruitier et le nu-propiétaire dans le cadre d'une programmation successorale. Cette question nous renvoie aux études spécialisées et aux interrogations d'ordre fiscal s'y rapportant (**1671**).

2-La répartition des droits d'associé entre usufruitier ou nu-propiétaire

A supposer un usufruit successoral et l'absence de clauses statutaires ou conventionnelles le point crucial est de déterminer les droits, en l'occurrence ceux de l'associé qui reviennent à l'usufruitier et au nu-propiétaire (**1672**), titulaires de droits réels distincts sur une même "chose», l'action dans quelle mesure doivent-ils se soucier dans l'exercice de leurs droits respectifs du droit d'autrui?

Au Maroc, la loi 17-95 sur les nouvelles lois des sociétés modifiée et complétée par la loi 20 - 05,78-12,20-19 ne règle pas cette question de principe. Certes, la distinction entre capital et revenus ou dividendes distribuables est d'application évidente. L'usufruitier a le droit "proproa temporis" de

¹⁶⁷⁰ -S. NUDELHOLE et D. KARADSHEK, "Réflexions sur une nouvelle définition de l'usufruit et des rapports avec le droit des successions et des libéralités" Rev, Dr. UL. B, 2003, p: 398, n°9.

¹⁶⁷¹ -Voy , Fr. Poitral, "L'usufruit conventionnel d'actions un outil financier méconnu", Banque et droit, 1993, n°31, p: 3.

¹⁶⁷² -Répertoire notarial, "Formulaire des SA" x. II. III, form 1 art 15.

percevoir "les fruits civils". Les difficultés surgissent si le capital social est modifié soit par incorporation des réserves, soit par de nouveaux apports.

En droit français, le code des sociétés (L 24 juillet 1966) décide que l'exercice du droit de préférence considéré comme une partie constitutive de l'action appartient au nu-propriétaire (art 187 et 194) mais que les actions nouvelles sont grevées d'usufruit, à proportion de la valeur du droit de souscription que l'usufruitier aurait versée pour parfaire la souscription (1673).

Dans la jurisprudence française; l'exercice du droit de vote est au centre des discussions. Il est relativement simple d'affirmer comme le fait de la française, que ce droit appartient à l'usufruitier dans les assemblées ordinaires et au nu-propriétaire dans les assemblées extraordinaires, sauf dispositions contraires des statuts. Cependant, une telle répartition semble ignorer la portée de certaines résolutions sociales quelle que soit la procédure qui aurait été mise en œuvre. Par exemple, l'approbation des affectations bénéficiaires en fin d'exercice comptable.

En droit Marocain, il n'existe pas à notre connaissance de jurisprudence à ce sujet.

Aucune solution n'est à vrai dire satisfaisante dans l'état actuel du droit positif. Si l'on tient pour certain que, seul, le propriétaire de l'action est associé en raison de l'apport qu'il a effectué, l'usufruitier se voit privé du droit de jouir "comme le propriétaire lui-même". Le dividende n'a pas en effet, ni périodicité ni fixité si l'on soutient, au contraire, que l'usufruitier doit être investi de tous les droits d'associé, y compris le droit de vote, le propriétaire se voit privé du droit incontestable de veiller à la sauvegarde de ses intérêts au sein de la société, sur ce plan, la tendance est plutôt de reconnaître à chacun la qualité d'associé, de les admettre l'un et l'autre à toute assemblée générale et de leur permettre d'intervenir dans les affaires sociales selon leurs intérêts respectifs. D'où la nécessité d'éviter la contradiction en s'efforçant de trouver une limite à l'exercer de droit concurrent (1674).

3- La gestion de La substantialité de l'action

L'usufruitier peut jouir de la chose "comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance, ainsi l'art 195 Alinéa 2 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20 -05,78-12,20-19 stipule que "si le nu propriétaire néglige d'exercer son droit, l'usufruitier peut se substituer à lui pour souscrire aux actions nouvelles ou pour vendre les droits...." Comment appliquer cette notion à un usufruitier portant sur des actions? A première vue, l'idée de substance se rapporterait moins aux droits que l'action permet d'obtenir qu'aux emplois qui peuvent en être faits. Dans la plus part des cas, l'action est recherchée pour les revenus et les plus-values qu'elle procure, dans d'autres, ce sera la détention d'un bloc d'actions en vue d'exercer le contrôle de la société ou à tout le moins d'influencer le cours de la vie sociale. Cette destination en valeur ou en puissance fixée au temps de la pleine propriété ou de la titularité s'impose à l'usufruitier dans l'exercice de ses droits, il ne peut la modifier en la rendant impossible ou en la faisant disparaître définitivement.

Il est commode de dire que l'usufruit devient en réalité l'administration de la chose d'autrui, une sorte de gérant d'affaires par nécessité. L'image est cependant trompée car est-il tenu de gérer? Et s'il gère, ce ne peut être que dans son propre intérêt. En tout cas, une telle gestion ne répond pas à l'admissibilité de principe des actes conservatoires ou des actes d'administration par opposition aux actes de disposition. Ces derniers actes ne lui sont pas nécessairement interdits s'ils ne portent pas

¹⁶⁷³ -P. Delnoy, "L'usufruit successorale du conjoint et les droits associatifs découlant des participations sociales" In les sociétés et le patrimoine familial, 1996, p: 201-208.

¹⁶⁷⁴ -Voy , F. Nisard, "La notion de titre négociable", thèse, Paris, II, 2000, p: 436.

atteinte à la valeur substantielle de l'action. Parfois, ils seront même indispensables à la conservation de cette substance (1675).

Ainsi, les actions de capital seraient l'objet d'un usufruit véritable et non d'un quasi-usufruit, elles pourraient être cédées mais le prix de cession n'appartiendra pas à l'usufruitier qui en est comptable à l'égard du nu-propiétaire, sous la déduction d'une plus-value éventuelle par rapport à la valeur d'inventaire initiale (1676). Toutefois, la "conservation de la valeur" implique un emploi concomitant en prévision d'autres plus-values possibles, un plein propriétaire n'agirait pas autrement.

Par contre, le concours du nu-propiétaire s'avérerait indispensable s'il s'agit de maintenir un pouvoir de contrôle sur une ou plusieurs sociétés grâce à des échanges de titres ou des réalisations opérées dans le cadre d'opérations de restriction d'entreprises. Ce qui est permis ou non dépendra de la question de savoir si, in concreto l'aliénation ou la conservation des titres est conciliable avec la destination qui leur a été donnée.

4 -La qualification jurisprudentielle de la cession des valeurs mobilières

Sur le plan jurisprudentiel, la cession des valeurs mobilières revêt une qualification spéciale, loin d'une cession normale du droit commun.

4-1-La jurisprudence : la cession des valeurs mobilières est –elle une gestion normale ou spéciale ?

Cette manière de voir n'échappe pas certes à toute critique, elle se situe néanmoins dans les perspectives nouvelles offertes par un arrêt de principe rendu par la chambre civile de la cour de cassation de France "le 12 novembre 1998 largement approuvé par la doctrine qui y voit une "décision de grande portée, et peut-être une nouvelle étape dans l'accession à l'autonomie de l'usufruit des valeurs mobilières ou même un changement majeur dans leur régime juridique général"(1677).

Au Maroc à notre connaissance, aucune cour de cassation ne s'est pas encore prononcée au sujet des pouvoirs de l'usufruitier dans la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières.

En France, déjà en 1993, la haute juridiction française avait décidé que "les cessions de valeurs mobilières, dans la mesure où elles ont été suivies de leur remplacement par d'autres titres de bourse, s'analysant en des actes de gestion normale d'un portefeuille et doivent être assimilées à des actes d'administration et non à des actes de disposition (1678).

Quelques années plus tard, la cour est amenée à donner à cette règle de gestion normale le fondement qui lui manquait par le considérant suivant: "si l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières, lesquelles ne sont pas consommables par le premier usage, est autorisé à gérer cette universalité en cédant des titres dans la mesure où ils sont remplacés, il n'en a pas moins la charge d'en conserver la substance et de la rendre...".

C'est que en fait le portefeuille de valeurs mobilières prend donc, le rang d'une universalité de fait. Ce que l'usufruitier reçoit en l'occurrence, c'est un ensemble de valeurs constituant un tout un bien unique distinct de ses composants. Les valeurs mobilières comme telles qui le composent ne sont pas consommables (1679). Mais elles sont fongibles parce que reliées entre elles par l'universalité dont elles font partie, peu importe, les composantes : actions ou obligations, du moment qu'elles sont des

¹⁶⁷⁵ -Op.cit, Aynés, L'état d'actionnaire et le concours de droits réels : usufruit, droit d'usage, rev. sociétés, 1999, pp595.

¹⁶⁷⁶ - Thèse, F. Nisard, "La notion de titre négociable", thèse, Paris, II, 2000 T 436.

¹⁶⁷⁷ -In le patrimoine au XXI siècle, 96^{ème} congrès des notaires en France, Lille, mai 2000, n°1041 et s.

¹⁶⁷⁸ -Sur la portée de cet arrêt, spec. R. Marty "de la nature juridique du portefeuille de valeurs mobilières", Rev, compta, 1999/ pp: 56 et s.

¹⁶⁷⁹ -Ibid, Aynés, L'état d'actionnaire et le concours des droits réels : usufruit et droit d'usage, rev.sociétés, 1999, pp 601.

valeurs mobilières. L'usufruitier peut en disposer sans l'accord du nu-propiétaire parce qu'il en est devenu le propriétaire. Il est tenu non pas de restituer en équivalent ce qu'il aurait reçu s'il était considéré comme un quasi-usufruitier, mais de remplacer les valeurs cédées de manière telle que la valeur du portefeuille n'en soit pas altérée, valeur qui appartient au nu-propiétaire et qui ne peut être altérée sans son consentement (**1680**).

L'avantage pratique de cette conception, est de s'adresser à une réalité économique dans ce qu'elle a de plus essentiel, à savoir la mobilité ou la négociabilité des valeurs. Ce serait en effet mettre en péril une saine gestion des avoirs mobiliers ou des actifs financiers que de priver celui qui en a la charge de saisir les opportunités qui se présentent sur les marchés, cela Nous conduisons à conclure que la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières n'est en rien comparable à la gestion d'un immeuble par nature.

4-2-Le principe de la non-universalité des valeurs mobilières

Aujourd'hui, grâce à l'accompagnement des intermédiaires financiers, on admettra sans trop de difficultés que beaucoup d'investisseurs privés détiennent des ensembles de valeurs relativement cohérents que les investissements répondent à des "stratégies" déterminées, selon une échelle de prises de risques. Demeurant, la gestion d'un tout est le propre des techniques de gestion collective ou individuelle du patrimoine d'autrui. Comme en matière "d'immeuble par destination" et plus encore de "fonds de commerce", c'est la volonté du propriétaire d'affecter des valeurs à une fin commune qui justifie un traitement d'ensemble lorsque cette propriété vient à être démembrée. Cependant, cette affectation n'a pas encore reçu dans notre droit la place qui lui est reconnue dans d'autres systèmes juridiques.

Reste l'épineuse question de la restitution du portefeuille à la cessation de l'usufruit. Le emploi des valeurs n'est pas sans risques, s'il lui incombe de conserver la valeur du porte feuille et donc de la restituer au moins à sa valeur initiale, l'usufruitier devrait supporter les pertes subies, à supposer que sa gestion ait été irréprochable, ce qui paraît excessif. En l'absence de toute valeur globale du portefeuille (**1681**). Il en est ainsi dans les litiges sur l'éventuelle responsabilité d'un gestionnaire de portefeuille.

5-Les comptes -titres démembrés

S'il est de plus en plus fréquent pour des raisons diverses que les investisseurs particuliers recourent à un compte -titres en banque, le règlement général des opérations bancaires annexé à la convention de compte -titres

prévoit les modalités de fonctionnement des comptes collectifs ou comptes ouverts aux noms de plusieurs titulaires, en l'occurrence un nu-propiétaire et un usufruitier qui n'ont pas les mêmes droits sur les titres inscrits en compte à la différence d'autres comptes collectifs comme les comptes -jointes et les comptes indivis .

L'établissement teneur de compte doit « tenir compte » des droits ou des pouvoirs appartenant à chacun des titulaires. C'est le compte-titres démembré qui enregistre les opérations de négociation ou d'arbitrage des titres démembrés tandis qu'un compte à vue « nue-propiété » et un compte à vue « usufruit » sont destinés à recevoir exclusivement les produits et les revenus revenant à l'un et à l'autre. L'établissement prend cependant la précaution d'exiger l'accord des cotitulaires pour le fonctionnement du compte-titres et du compte à vue nue-propiété, en particulier pour les ordres d'achat et de vente.

¹⁶⁸⁰ -T. CATHOU et R. GENTILHOMME, "usufruit et quasi-usufruit de valeurs mobilière vrais ou faux jumeaux ?", JCP, 2000, N° 49, p: 12.

¹⁶⁸¹ -B. PACAUD et P-A. Gérard, "le compte -titre rapport du 96 congrès des notaires de France, p: 46 et s.

Ce compte collectif et ses dédoublements peuvent servir d'instruments probatoires puisque tous les mouvements sur telle ou telle valeur sont identifiés, qualifiés et catalogués. D'exercice en exercice, le compte dégage une valeur globale ou liquidative qui permet de mesurer les fluctuations de ce « **patrimoine affecté**. ».

Si l'on suit la jurisprudence de la cour de cassation de France, le pouvoir de gestion appartiendrait au seul usufruitier mais à la condition que celui-ci procède à un réinvestissement dans d'autres titres. La négociation des valeurs mobilières dans ce cadre est assimilée à un acte d'administration (1682).

Vis à vis du banquier -dépositaire, la signature de l'usufruitier devrait suffire, comme s'il avait reçu du nu-propiétaire le mandat de gérer. Il faut reconnaître que cette solution répond bien aux impératifs d'une gestion courante ou les arbitrages sont fréquents. Dans cette optique le compte -titres n'aurait plus qu'un seul titulaire, l'usufruitier. Cependant une telle pratique risque de mettre en péril les droits du nu-propiétaire dont la condition serait réduite à celle d'un créancier ordinaire. L'usufruit portant sur des valeurs mobilières ne peut être un quasi-usufruit par définition. la cotitularité du compte -titres devrait être maintenue, d'autant plus que pour la protection de ses prérogatives (C.civ art.618) , le nu propriétaire a le droit d'être informé des arbitrages qui ont été réalisés sur les titres démembrés.

Si l'on considère en outre, à la suite de cette jurisprudence, que « la substance de la chose » objet de l'usufruit, consiste non pas « en matière », c'est-à-dire dans l'exacte proportion de ce qui avait été investi en titres de nature diverse, mais « en valeur », celle-ci résultant de la globalisation dans un compte, le pouvoir de gestion, on l'a souligné, est nettement plus étendu

en ce sens que des réinvestissements successifs pourraient attribuer à l'ensemble du dépôt vers une orientation très différente .du moment qu'il préserve la valeur en capital du dépôt, l'usufruitier serait à même , par exemple, de transformer le actions en obligations productrices de revenus réguliers. A l'échéance, les sommes perçues par l'usufruitier du fait du remboursement des obligations amorties ne donneraient pas lieu à un quasi-usufruit, comme l'interprète généralement incorporées dans le compte-Titres, véritable objet de l'usufruit, ces sommes doivent être réemployées en titres.

Si ce raisonnement est correct, le compte serait le réceptacle juridique du fonctionnement d'un usufruit portant sur un ensemble de valeurs mobilières ou d'instruments financiers sans qu'il soit nécessaire de qualifier le dépôt des titres comme constituant un portefeuille cohérent ou une universalité de fait .les perspectives sont fort différentes si les titres en question n'étaient pas de simples valeurs de remplacement mais au contraire acquis dans le but principal d'obtenir le contrôle de la société émettrice. C'est moins la valeur globale que les droits que ces titres procurent qui devrait alors prévaloir.

Au demeurant, le démembrement des valeurs mobilières en nue-propiété et en usufruit selon les canons traditionnels du code civil n'est pas la meilleure technique d'organisation de la cotitularité voulue par la loi. Sous réserve des possibilités offertes par l'usufruit conventionnel. Il paraît bien que la reconnaissance légale de fiducie -gestion traduite dans un compte ad hoc mettrait un terme aux controverses.

B- Le gage des valeurs mobilières

Le gage des valeurs mobilières -2- diffère largement d'un gage ordinaire -1-. C'est ce qu'on nous allons essayer de le clarifier.

1- Le gage des actions cotées en bourse

Indispensable pour le bon fonctionnement des marchés financiers, l'octroi d'un crédit repose bien souvent sur des sûretés réelles portant sur des valeurs mobilières. Procurant au donneur de crédit une

¹⁶⁸²- Opcit, Dabin, Le régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières, pp 366, ED Larcier ,2004.

prérogative efficace, le droit de rétention et son corollaire logique, le droit de réalisation, le gage dont la constitution est aisée et peu coûteuse joue en notre matière un grand rôle. Les conditions sont fixées aux articles 1184 et suivants du Dahir de 1913 des obligations et contrats DOC (1683) .

Pour les actions cotées en bourse, quelque soit la nature du gage, gage civil ou commercial, la dépossession des valeurs mobilières, objet de la garantie, est un élément constitutif de ce contrat "réel" tant pour sa validité entre parties que pour son opposabilité aux tiers.

La manière dont doit ou peut être faite la mise en possession du créancier gagiste dépend de la catégorie des valeurs mobilières: actions nominatives actions au porteur, actions devenues fungibles (ou / et dématérialisées) (1684).

Pour les actions au porteur, la tradition du titre suffit, malgré le libellé de l'article 1186 du DOC, on admet qu'un titre peut être remplacé par un autre de même nature et de même valeur, par exemple à la suite d'une scission ou d'une fusion de la société émettrice, sans qu'un nouveau contrat de gage doive être conclu. Il y a subrogation réelle.

Pour les actions nominatives dont la propriété s'établit par une inscription dans le registre tenu par la société émettrice, faute d'une inscription dans un titre la mise en possession d'une chose matérielle est impossible (1184 et 1186 DOC).

La remise du certificat constatant l'inscription au registre des actions nominatives ne suffit pas. Le certificat n'est pas un titre de propriété, c'est donc en s'adressant à la société qu'il conviendrait d'obtenir une mention Adhoc au registre, comme si la société était le "tiers convenu".

Cependant, soulignent certains auteurs cette dernière solution ne répond pas en tous points aux objectifs poursuivis par la mise en possession du créancier gagiste. Il ne resterait plus dès lors pour rendre possible le gage d'actions nominatives que de notifier l'existence de la sûreté à la société ou d'obtenir de celle-ci la reconnaissance de l'acte (1685).

Il y a une sorte d'indisponibilité des actions nanties pour les actions non cotées en bourse – L'inscription à un compte spécial des actions nanties constitue le point de départ de la période d'indisponibilité de ces actions et ce, Jusqu'à la remise de la main levée du nantissement (acte écrit) par le créancier nanti au teneur du compte (société émettrice ou intermédiaire financier habilité).

Pendant la période de nantissement, le créancier ne peut s'approprier les actions nanties, alors que le débiteur demeuré actionnaire exerce tous les droits politiques (droit à l'information, droit de vote / et financiers (droits aux dividendes, aux réserves, et au boni de liquidation) attachés à ces actions.

Théoriquement cette cession est inopposable au créancier qui dispose d'un droit de suite pour faire valoir son gage auprès de l'acquéreur de bonne foi.

En pratique, le teneur du compte exige la remise préalable par le créancier de la mainlevée du nantissement avant toute inscription –en compte- modificative de l'identité du propriétaire des actions (nouvel acquéreur) (1686).

La constitution de gage peut être soumise à l'agrément préalable de la société. Hormis le cas de succession, une clause peut soumettre à l'agrément préalable de la société tout nantissement d'actions

¹⁶⁸³- Article 1184 du Dahir des Obligations et Contrats.

¹⁶⁸⁴ -M Grégoire et A. M.VERHEDEN "La mise en gage d'instruments financiers", Bruxelles, Bruylant, 2002, p: 715.

¹⁶⁸⁵ -Ibid, L.Dabin , Le régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières, pp: 282,2004.

¹⁶⁸⁶ -Mouy et Vauplane, la réforme de nantissement, des titres dématérialisés, Banque et droit, 1996, pp 4.

nominatives au bénéfice d'un tiers autre que le conjoint, ou le parent ou l'allié jusqu'au deuxième degré inclus (article 26, alinéa 1 et art 253-loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20 -05,78-12,20-19).

-Si le nantissement est civil, à obtenir une décision judiciaire de mise en vente aux enchères ou d'attribution des actions nanties jusqu'à concurrence de sa créance (le prix de vente des actions est fixé par un expert judiciaire);

-Si le nantissement est commercial, à faire procéder à une vente publique des actions nanties, après une simple mise en demeure de payer, adressé au débiteur: le prix de la vente est versé au créancier à concurrence de sa créance.

Le consentement par la société au projet de nantissement emporte agrément par celle-ci du concessionnaire (adjudicataire) en cas de réalisation forcée (vente ou attribution) des actions nanties à moins que la société ne préfère, après la cession, racheter pour délai les actions en vue de réduire son capital (article 256, alinéa 2 modifiée et complétée par la loi 20 -05,78-12,20-19).

Cependant s'agissant de la procédure de constitution de gage pour les sociétés cotées qui se diffère largement du gage du Droit civil (**1687**) , la procédure du gage dans le cadre des valeurs mobilières cotées en bourse à une procédure spéciale, en se basant sur le fameux "compte spécial" et qui mettrait échec à toute autre procédure ordinaire ; d'où surgit la problématique de l'inadaptation de certains concepts de droit commun aux propriétés des valeurs mobilières

2- La procédure « abrégée » du compte spécial

Constitutif du gage, le compte spécial subira nécessairement des modifications ou des adaptations durant la période pendant laquelle il a été ouvert (**1688**).

Des titres peuvent venir à échéance et doivent donc être remplacés par d'autres, s'il se produit des diminutions de valeur, des titres supplémentaires doivent être versés. De manière générale, du fait de la mise en gage, la gestion du compte ne peut être paralysée se pose ici, comme en matière d'usufruit, la question de la répartition des droits entre le débiteur et le créancier gagiste. Les conditions générales du contrat de dépôt conclu avec un intermédiaire agréé sont applicables.

Au regard d'un portefeuille- titres ou d'un compte- titre destiné à une gestion dynamique, l'article du gage- 1186 du DOC- reste incongru. Le gage ne subsisterait "qu'autant que ce gage est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu...." Il y aurait nouveau gage pour dettes anciennes si le constituant tombait en faillite et que l'octroi de la garantie avait eu lieu durant la période suspecte. La continuité de la mise en possession reste acquise à la double condition que le "remplacement" s'effectue immédiatement et que la valeur du gage ne soit pas augmentée.

Le code des sociétés a instauré une procédure simplifiée de réalisation des valeurs mises en gage peut être instaurée lors que celles-ci font l'objet des cours aisément vérifiables. Ainsi, les valeurs mobilières négociées sur un marché réglementé.

¹⁶⁸⁷ -une déclaration datée et signée par le titulaire du compte et comportant l'indication du montant de la somme du, du montant et de la nature des titres constitués en gage est établie;- les titres nantis sont virés à "un compte spécial" ouvert au nom du titulaire et tenu, soit par l'émetteur, soit par l'intermédiaire financier habilité;-une attestation de gage est délivrée au créancier gagiste par le titulaire du compte;

-sauf convention contraire, sont compris dans l'assiette du gage, à la date de la déclaration visée ci-dessus, tous titres venant en substitution ou en complément de ceux constitués en gage, par suite d'échange, de regroupement de division, d'attribution gratuite, de souscription en numéraire ou autrement. loi 35-95 sur la dématérialisation modifiée et complétée

¹⁶⁸⁸ - Op.cit, S.Mouy et Vauplane, la réforme du nantissement de titres dématérialisés ,banque et droit ,1996,pp15

L'intervention préalable du juge n'est pas nécessaire. Dès que le défaut de paiement est acquis, après mise en demeure écrite, le créancier est autorisé à vendre les valeurs remises en gage « sur tout le marché généralement quelconque où les titres sont traités ».

Il doit agir cependant dans " les plus brefs délais possibles", compte tenu de la volatilité des cours, " de manière à obtenir le meilleur prix suivant les circonstances et les disponibilités du marché, tant dans son propre intérêt que dans celui du débiteur gagiste et des autres créanciers".

Etant le propriétaire du portefeuille -titre donné en gage, le débiteur gagiste a le droit d'être informé sur les différents cours qui ont été obtenus, lors de la réalisation, action par action, faisant partie de ce portefeuille (1689).

3- L'opposabilité des clauses statutaires restrictives

La remise en gage de valeurs mobilières comme la réalisation de la sûreté n'est effective que si le débiteur gagiste peut en disposer. Il ne suffit pas que celui-ci soit propriétaire ou titulaire de ces valeurs, celles-ci doivent pouvoir être cédées, se pose dès lors, l'importante question de savoir si les clauses statutaires qui soumettent le transfert d'actions d'une société anonyme à l'agrément d'un organe social ou qui ouvrent l'exercice d'un droit de préemption aux autres actionnaires sont opposables aux tiers.

Pour les titres au porteur spécialement, l'introduction de telles clauses restrictives suscite de sérieuses incertitudes que le code des sociétés ne rencontre pas en reconnaissant simplement leur validité.

Lorsque les titres sont fongibles ou dématérialisés, la question apparaît plus complexe. Il s'agit en théorie de concilier les règles du droit des sociétés et les règles de marchés édictées par les systèmes de conservation.(1690)

Sur le plan pratique, il semble d'imposer aux différents teneurs de compte la surveillance du respect des restrictions statutaires qui vont manifestement à l'encontre des objectifs recherchés par l'organisation de la circulation scripturale des valeurs mobilières. Du fait même de l'introduction des actions d'une société anonyme dans un tel système, les règles de marché doivent avoir la primauté sur le droit des sociétés.

4- La métamorphose du gage des comptes d'instruments financiers.

Depuis que la fongibilité des valeurs mobilières est reconnue indépendamment de la forme des titres, et depuis que la dématérialisation de ces valeurs tend à se généraliser, le contrat de gage, fréquent dans le fonctionnement des marchés financiers, connaît des métamorphoses remarquables.

4-1-Valeurs fongibles et dématérialisées

Le Dahir du 9 janvier 1997 sur la dématérialisation qui, selon ses propres termes, organise un régime de comptes courants (art 1); "Les comptes courants ouverts chez le dépositaire central au nom de ses affiliés et retraçant par valeur et par forme de titres, la totalité de valeurs avoirs propres et de ceux de leur clientèle", qu'il s'agisse des titres matérialisés ou dématérialisés, au porteur, à ordre ou nominatif quelle que soit la forme sous laquelle ces titres sont émis selon le droit qui les régit.

4-2-"La mise en possession" et le compte spécial

Qu'il s'agisse d'un gage civil ou commercial, l'article 35 de la loi 35-96 modifiée et complétée par la loi n° 43-02 sur la dématérialisation décidant que "les titres nantis sont virés à un compte spécial

¹⁶⁸⁹ -Op.cit, Mouy et Vauplane, la réforme du nantissement de titres dématérialisés ; banque et Droit, pp 26.

¹⁶⁹⁰ - Op.cit,K. Geens, "L'opposabilité d'une clause statutaire d'agrément et de préemption" in Liber Amicorum CDVA, p: 507 et s.

ouvert au nom du titulaire et tenu par la personne morale émettrice ou par l'intermédiaire financier habilité, selon le cas, une attestation de constitution de gage est délivrée au créancier gagiste". La mise en possession se réalise valablement par l'inscription de ces valeurs (fongibles) à un compte spécial ouvert chez un teneur de comptes (un affilié) au nom d'une personne à convenir, les valeurs (déposées à Maroclear) donnée en gage sont identifiées par nature sans spécification de numéro.

On revient encore une fois sur le compte spécial ; Il semble que le législateur marocain ne s'explique pas sur ce qu'il faut entendre par "compte spécial". En pratique, les uns considèrent qu'il doit s'agir d'un compte spécialement affecté à cette fin, d'autres pensent qu'il faut en outre que les livres de l'organisme dans lesquels le compte est tenu indiquent qu'il s'agit bien d'un compte destiné à la constitution du gage, auquel cas l'affilié ou le conservateur ferait figure d'un "tiers convenu".

Précisément, une question primordiale est celle de savoir si le titulaire du compte spécial peut être le constituant lui-même, donneur de gage.

Admettre une interprétation aussi large de la locution "au nom du titulaire" reviendrait à annihiler l'exigence d'une mise en possession effective à laquelle le législateur ne semble pas avoir renoncé. On peut tout au plus reconnaître cette éventualité dans l'hypothèse où le gage a été consenti en faveur de l'organisme auprès duquel le compte spécial est tenu parce que celui-ci en a "le contrôle" (1691).

En principe donc, la constitution du gage ne présente pas de difficultés, si le créancier gagiste est lui-même titulaire d'un compte du même organisme que son débiteur, les titres remis en gage sont transférés à un compte spécial ouvert à son nom. Si ce n'est pas le cas, un tel compte du créancier. On pourrait concevoir encore qu'un compte titre ordinaire soit donné en gage comme tel que par une simple déclaration de son titulaire sans que soit requise l'ouverture d'un compte spécial. Le nantissement du compte entraîne le nantissement des titres qui y sont inscrits. Ce mode de constitution et admis en droit français (art 29 de la loi de 1983. Par L 2 juillet 1996) et en droit américain Moins incertain que le portefeuille -titre assimilé à une universalité de fait, le compte serait un réceptacle identifiable autorisant non plus un gage "en nature" mais en valeur (1692).

Titre III- La Saisie des Valeurs Mobilières

La saisie des valeurs mobilières connaît un traitement particulier (A), étrangère à toute procédure normale de saisie du droit civil (B).

A- Absence d'un régime général

Faute d'un régime général cohérent, la saisie des valeurs mobilières n'est pas sans aléas. Il n'y pas de commune mesure entre un titre au porteur et un titre fongible ou dématérialisé inscrit dans un système de règlement -liquidation ou non. Par souci d'éviter tout blocage de fonctionnement, le législateur a dû réduire le champ d'application des saisies mobilières.

S'ils sont en "possession" du détenteur, les titres au porteur (actions ou obligations) meubles corporels, peuvent faire l'objet d'une saisie mobilière, s'ils sont en dépôt, chez un tiers -détenteur, soumis à une obligation de restitution les titres doivent être appréhendés par le truchement d'une saisie-arrest.

¹⁶⁹¹ - Grégoire et A.M.Verheden –le concept de contrôle a été créé aux USA pour appréhender de choses incorporelles comme des titres inscrits en compte, pour lesquels la notion de possession est tout à fait inadaptée. Pour que le créancier gagiste puisse exercer ces droits, il faut à tout le moins dispose d'un pouvoir du fait sur les inscriptions en compte. C'est le cas si le compte spécial est ouvert au nom du créancier gagiste (voire ces points F .NIZARD)

¹⁶⁹² Op.cit -S. Mouy et H. de Vauplane, "La réforme du nantissement des titres dématérialisés", Banque et droit 1996, p:4.

Pour les créances qui ne sont pas incorporées dans un titre au porteur, telle l'obligation nominative, seule la saisie-arrêt pratiquée entre les mains de la société émettrice peut les frapper d'indisponibilité.

Quid les actions nominatives que l'on tend à ramener à des créances pour rendre applicable le mécanisme de la saisie-arrêt ? (1693) Il est incontestable certes qu'une créance "en germe" peut exister dans le chef de l'actionnaire, débiteur de créancier saisissant, à l'égard de la société, tiers saisi, en raison d'une répartition bénéficiaire. Mais il paraît plus conforme à la nature des choses de prendre en considération ce qui fait effectivement partie du patrimoine du débiteur ou ce qui est la véritable "cause" de la créance saisie et qui est susceptible de réalisation forcée.

Entre la saisie conservatoire et la saisie-exécution, à la supposer permise se pose la question de la répartition des droits respectifs du débiteur saisi et du créancier saisissant sur les actions saisies.

Le certificat constatant l'inscription au registre des actions nominatives n'est pas un titre négociable. De même qu'en matière de gage, la saisie du certificat entre les mains de celui qui le détient ou la remise au créancier gagiste n'est pas suffisante.

Il faut procéder à une saisie-arrêt de la société, celle-ci possédant seule le titre de propriété du débiteur actionnaire".

Cette position est unanime en doctrine et en jurisprudence avec certaines réticences, car si les actions nominatives ne peuvent faire l'objet d'une saisie mobilière. La saisie arrêt s'explique mal sur des titres qui ne sont pas des titres de créance contre la société, "on admet cependant en général cette voie d'exécution pour des raisons pratiques (1694).

B- Saisie des valeurs dématérialisées ou fongibles

Qu'en est-il de la réalisation concrète du droit de gage général des créanciers d'un titulaire de valeurs dématérialisées ou fongibles?

Par identité de motifs avec les actions nominatives, on décide que ces valeurs sont en principe saisissables auprès de l'intermédiaire habilité à tenir les comptes.

Le teneur de comptes en sa qualité de tiers -saisi a-t-il l'obligation d'indiquer au saisissant l'étendue des droits d'associés dont le débiteur est le titulaire? Certes, il ne peut pas faire obstacle aux procédures engagées soit à titre conservatoire soit à titre exécutoire. Mais, il n'est pas tenu d'une obligation positive d'information.

Les différentes lois instaurant un système de circulation scripturale attribuent aux propriétaires de valeurs fongibles ou dématérialisées "des droits de nature incorporelle". Les créanciers des titulaires ont donc le droit d'obtenir de l'intermédiaire direct de ces derniers la restitution des valeurs qui lui ont été confiées à titre de "dépôt", sauf à exercer une action en revendication de caractère collectif, les titres ayant perdu toute individualité.

En droit belge, l'article 472, alinéa 1, du code des sociétés dispose que la saisie-arrêt n'est pas autorisée sur les comptes de valeurs dématérialisées (ou fongibles) ouverts au nom d'un teneur de compte agréé, auprès de l'organisme de liquidation. Le système est ainsi soustrait à toute action individuelle perturbatrice. Les valeurs détenues par l'organisme centralisateur sont donc à l'abri des poursuites des créanciers des affiliés ou des créanciers des propriétaires de valeurs mobilières (1695).

¹⁶⁹³ G. de Leval, traité des saisies, Liège, Faculté de Droit, 1988, n°40 et 50.

¹⁶⁹⁴ -Op. cit, L- Dabin, Le régime Juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières, 2004, P: 289

¹⁶⁹⁵ - ibid, L.Dabin, Le régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières, p : 410, 2004.

La loi marocaine, pour la saisie des valeurs mobilières n'a pas spécifiée ni dans loi 35-95 qui fût modifiée et complétée par la loi 43-02 sur la dématérialisation ni dans la loi 17-95 sur les sociétés modifiée et complétée par la loi 20 -05,78-12,20-19 - la procédure en cas de saisie.

Il ne semble pas que les lois citées ci-dessus puissent rencontrer les inévitables problèmes surgissant au sein d'un système de comptes hiérarchisés. Certes, s'il était passé outre à une saisie valable portant sur des titres cotés. Le créancier saisissant aurait recours à la fois contre son débiteur, donneur d'un ordre de vendre, et contre l'intermédiaire teneur de compte qui ne pouvait ignorer la signification de la saisie. Mais ce recours aboutira-t-il à la remise en cause d'une acquisition par un tiers de bonne foi qui opère dans le cadre d'un marché réglementé ? La hiérarchie des comptes, leur indépendance de fait sinon de droit, L'extrême rapidité des transferts électroniques ne permettent pas de déterminer à coup sur les valeurs constituant l'assiette d'une saisie-arrêt. Le report de l'indisponibilité des titres à la réalisation de leur prix de vente n'est qu'un palliatif fort peu conciliable avec les règles de compensation qui président aux échanges. En outre, le prix de marché qui a été obtenu, dont le produit serait consigné en faveur du créancier saisissant, n'est pas nécessairement celui que ce dernier pu obtenir en cas de réalisation forcée.

La clause de non concurrence en droit du travail : "Approche pratique"

✍ **DOURHANI Yassine**

Enseignant chercheur en droit des affaires

Faculté des sciences juridiques,

Economiques et Sociales

Université Cadi Ayyad - Marrakech

Introduction.

La clause de non-concurrence peut être définie comme étant, une clause aux termes de laquelle : **« le salarié s'engage expressément à s'abstenir, postérieurement à l'expiration du contrat de travail, intervenue pour quelque motif que ce soit, d'exercer, en son nom et pour son compte, ou pour le compte d'autrui, une activité économique ayant totalement ou partiellement le même objet que l'activité principale de son ancien employeur »**¹⁶⁹⁶.

Intérêts de la clause-Elle produit ses effets lors de la rupture du contrat de travail, comme le fait observer le professeur Baimanai ANGELAIN PODA, selon lequel : « La clause de non-concurrence est destinée à produire ses effets lors de la rupture du contrat de travail. Alors même que les liens de travail sont rompus, l'employeur et son ancien employé restent liés par cette clause. Ils se quittent, mais se tiennent, l'un par la contrepartie financière fondée sur la clause et l'autre par une obligation de ne pas faire »¹⁶⁹⁷. Le salarié doit s'abstenir de faire certains actes susceptibles de concurrencer l'activité de son ancien employeur. Il s'engage à ne pas exercer d'activité concurrente lors de la rupture de son contrat de travail et ce, pour protéger « les intérêts légitimes des entreprises »¹⁶⁹⁸.

Base juridique- La clause de non-concurrence puise ses origines dans l'article 230 du DOC selon lequel : « **les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et, ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel** ». Cet article constitue le fondement légal du principe de la liberté contractuelle.

Pour ce qui est des effets juridiques de ladite clause, ils sont prévus par l'article 84 de la même loi, qui traite la question du dédommagement des actes de concurrence déloyale. Signalons enfin que, l'acte de concurrence déloyale ou la violation de la clause de non-concurrence constituent un cas de faute grave pouvant justifier le licenciement du salarié en question sans avoir droit à des indemnités.

Il s'agit dans les développements qui suivent d'analyser le régime juridique applicable à ladite clause (I), avant de se focaliser sur l'étude de quelques exemples pratiques de la clause en question en droit du travail et à la lumière de la jurisprudence marocaine et étrangère (II).

¹⁶⁹⁶ Yann AUBRÉE, « Contrat de travail : clauses particulières », Répertoire de droit du travail, Dallozjanvier 2017, p.128

¹⁶⁹⁷ Baimanai ANGELAIN PODA, « La clause de non-concurrence en droit du travail dans les pays membres de l'OHADA », Revue de droit du travail 2016, p.363.

¹⁶⁹⁸ Alain MAZEAUD, Droit du travail, 9^e éd., LGDJ, 2014, p. 330.

I)- Le régime juridique applicable aux clauses de non-concurrence.

Il s'agit au préalable de distinguer la clause de non concurrence avec d'autres notions voisines (A) avant de se pencher sur l'étude et l'analyse des différentes conditions y applicables (B).

A)- Distinction de notions voisines.

La clause de non-concurrence présente des points de divergence avec de nombreuses clauses notamment, la clause de confidentialité, la clause du secret professionnel et celle de l'obligation de non-concurrence déloyale.

CLAUSES	DEFINITION	PRINCIPAUX POINTS DE DIVERGENCES
<u>Clause de confidentialité</u>	C'est une clause aux termes de laquelle : « Le salarié s'abstient de divulguer à quiconque certaines informations, par nature confidentielles, relatives à l'activité économique de son employeur (ou de son ancien employeur), dont il pourrait avoir (ou a pu avoir) connaissance, en raison ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions (ou précédentes fonctions) » ¹⁶⁹⁹ .	La clause de confidentialité se différencie de celle de la non-concurrence de par son objet. Ainsi, l'objet de la clause de confidentialité est de : « se prémunir contre le risque de communication à autrui de son savoir-faire, ce qui pourrait avoir des conséquences plus ou moins préjudiciables pour l'entreprise qu'il exploite ».
<u>Obligation au secret professionnel</u>	C'est une clause en vertu de laquelle le salarié s'engage à « ne pas communiquer toutes informations ou documents stratégiques et/ou confidentiels qui seraient portés à sa connaissance dans le cadre de l'exercice de ses missions, y compris après la rupture de son contrat de travail » ¹⁷⁰⁰ .	Contrairement à la clause de non-concurrence, la clause de secret professionnel « n'ouvre pas droit à une contrepartie financière pour le salarié dès lors qu'elle ne porte pas atteinte à sa liberté d'exercer une activité à l'issue de son contrat de travail » ¹⁷⁰¹ .
<u>Obligation de non-concurrence déloyale</u>	Cette clause peut être définie comme étant : « l'utilisation par l'ancien salarié, à l'insu de son ancien employeur, de moyens mis en place par ce dernier (fichiers de clients ou procédures de démarchage ou de mailing par exemple) – ceci dans un but de nuisance, ou dans le but de développer une activité indépendante ou de contribuer au développement de l'activité du nouvel employeur » ¹⁷⁰² .	L'obligation de non-concurrence déloyale s'impose au salarié « en-dehors même de toute stipulation écrite, que ce soit aux temps de la relation de travail ou postérieurement à cette dernière ».

¹⁶⁹⁹Yann AUBRÉE, « Contrat de travail : clauses particulières », Répertoire de droit du travail, Dalloz janvier 2017, p.90.

¹⁷⁰⁰ Voir : (<https://www.legisocial.fr/modele-contrat/contrats-de-travail/clause-secret-professionnelinclure-contrat-travail.html>)

¹⁷⁰¹Idem.

¹⁷⁰²Cour de cassation Française, Chambre sociale, Arrêt n° 1886 du 28 septembre 2011, Pourvoi n° 09-67, p.510.

B)- Conditions de validité de la clause de non-concurrence.

La validité de la clause contractuelle de la non-concurrence n'est admise qu'à plusieurs conditions cumulatives : la protection des intérêts légitimes de l'employeur (1), la limitation dans le temps et dans l'espace (2) et une contrepartie financière au profit du salarié (3).

1- La protection des intérêts légitimes de l'employeur.

Cette condition a été fixée par la jurisprudence française, pour protéger le salarié- en tant que partie faible du contrat de travail- contre le recours abusif et injustifié, par l'employeur, à ce type de clauses. En effet, l'insertion de cette clause dans les rapports contractuels liant les deux parties en question, doit être faite à titre exceptionnel pour ne pas porter atteinte au principe de la liberté du travail du salarié¹⁷⁰³. Il s'agit par exemple de la protection d'un « savoir-faire spécifique acquis par l'employeur »¹⁷⁰⁴, comme le précise un arrêt de la Cour de Cassation française. Un autre arrêt de la Cour prévoit que : « La clause de non-concurrence doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur, compte tenu non seulement de la nature de l'emploi du salarié, de sa qualification professionnelle et de ses fonctions »¹⁷⁰⁵.

La jurisprudence marocaine a eu également l'occasion de se prononcer sur cette question en disposant que : « La légalité de cette clause a été consacrée en principe pour tenir compte de l'intérêt de l'employeur car le contrat fait la loi des parties et parce que cette clause ne supprime pas la liberté du travail, mais la lie uniquement, qu'en conséquence, sur cet aspect, le jugement n'a pas été à bon droit et il convient de l'annuler »¹⁷⁰⁶.

Exemples :

Selon la jurisprudence française la nécessaire protection des intérêts légitimes de l'employeur n'a pas été caractérisée dans le cas où :

« Une société de réparation et d'entretien de véhicules a interdit à un magasinier de travailler dans tout commerce de vente de pièces détachées commercialisées par elle, dès lors que cette activité était accessoire à son objet social »¹⁷⁰⁷. La clause de non-concurrence souscrite par le magasinier d'un concessionnaire automobile est illicite car, les fonctions du salarié ne correspondaient pas à une qualification spécialisée et n'exigeaient pas qu'il soit en contact avec la clientèle¹⁷⁰⁸.

Dans une autre décision de la Cour de Cassation française, il a été précisé que :

¹⁷⁰³ L'article 9 du code de travail marocain dispose en effet que : « Est interdite toute atteinte aux libertés et aux droits relatifs à l'exercice syndical à l'intérieur de l'entreprise, conformément à la législation et la réglementation en vigueur ainsi que toute atteinte à la liberté de travail à l'égard de l'employeur et des salariés appartenant à l'entreprise ».

¹⁷⁰⁴ Cour de Cassation française, chambre sociale en date de 14 févr. 1995, n° 93-43.898, inédit.

¹⁷⁰⁵ Cour de Cassation française, chambre sociale en date de 14 mai 1992, n° 89-45.300, Bull. civ. V, n° 309, cité par Yann AUBRÉE, « Contrat de travail : clauses particulières », op.cit., p.131.

¹⁷⁰⁶ Cour d'appel de commerce de Marrakech, en date de 30/12/2003, n°1301, publié sur le site de : <https://artemis.ma/jurisprudence> (Date de consultation : 25/01/2020).

¹⁷⁰⁷ Soc. 19 nov. 1996, no 94-19.404, Bull. civ. V, n°392, cité par Yann AUBRÉE, « Contrat de travail : clauses particulières », op.cit., p.132.

¹⁷⁰⁸ Ibid.

« Compte tenu des fonctions effectivement exercées par le salarié, directement liées à l'activité d'édition de progiciels, l'entreprise ne justifiait pas l'existence d'un intérêt légitime dont la protection rendait nécessaire l'insertion au contrat de travail de l'intéressé d'une clause lui interdisant d'exercer l'activité litigieuse »¹⁷⁰⁹.

2- Limitation dans le temps et dans l'espace.

L'obligation de non-concurrence, objet de notre étude, doit être limitée dans le temps et dans l'espace, pour que : « Le salarié concerné puisse conserver, en dehors de ces restrictions temporelle et géographique, la possibilité d'exercer une activité correspondant à sa qualification et à son expérience professionnelle »¹⁷¹⁰. La limitation dans le temps doit être de courte durée (elle ne doit pas dépasser deux années) et la limitation dans l'espace doit concerner une zone géographique relativement restreinte. La jurisprudence marocaine s'est prononcée sur cette question dans de nombreuses décisions. Ainsi, Dans un arrêt de la Cour d'Appel de Commerce de Marrakech, il a été précisé que :

« La durée des cinq ans s'avère excessive et dépassant la durée raisonnable nécessaire à la préservation des intérêts de l'employeur, qu'en conformité avec la tendance de la doctrine qui donne au juge ou au tribunal le pouvoir de modification de la clause ou de la convention de non concurrence, la cour d'appel limite l'interdiction, dans l'espace, aux villes de Safi, Marrakech et Beni Mellal, et dans le temps, à une durée de deux ans pour sauvegarder l'équilibre entre les deux intérêts »¹⁷¹¹.

Selon cet arrêt, toute clause de non-concurrence qui ne respecte pas les deux conditions précitées ci-haut, peut être qualifiée par le juge comme abusive, et par voie de conséquence être frappée de nullité.

Signalons enfin que, ce type de conditions ne porte pas atteinte à la liberté du salarié dans l'exercice de son activité et ce, en vertu des dispositions de l'article 109 du DOC, selon lequel : « Est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend, toute condition ayant pour effet de restreindre ou d'interdire l'exercice des droits et facultés appartenant à toute personne humaine, telle que celle de se marier, d'exercer ses droits civils. Cette disposition ne s'applique pas au cas où une partie s'interdirait d'exercer une certaine industrie, pendant un temps ou dans un rayon déterminé ».

3- Le libre exercice de l'activité professionnelle du salarié.

La clause de non-concurrence doit être limitée quant à l'activité exercée. Cette clause ne doit pas faire échec à l'un des principes fondateurs du droit de travail qui est celui de la liberté du travail. Elle doit donc, laisser au salarié en question, la possibilité d'exercer librement son activité professionnelle. Cette clause doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié. Ainsi donc, l'interdiction de concurrence visant toute activité professionnelle serait excessive. Dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation française, il a été rappelé la nécessité de vérifier que la clause de non-concurrence n'a pas pour effet d'empêcher le salarié : « d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience »¹⁷¹².

¹⁷⁰⁹Soc. 13 oct. 2011, n° 10-10.888, in Yves PICOD, « Concurrence : obligation de non-concurrence », Répertoire de droit du travail octobre 2018, p.41.

¹⁷¹⁰Yann AUBRÉE, « Contrat de travail : clauses particulières », op.cit., p.132.

¹⁷¹¹Cour d'appel de commerce de Marrakech, en date de 30/12/2003, n°1301, publié sur le site de : <https://artemis.ma/jurisprudence> (Date de consultation : 25/01/2020).

¹⁷¹²Soc. 20 nov. 2013, n° 12-20.074, Bull. civ. V, n° 275 ; D. 2014. 349, note S. Le Gac-Pech.

La jurisprudence marocaine a eu également l'occasion de se prononcer sur la même question. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de Cassation marocaine, il a été précisé que : « Dans un contrat de travail, est considérée comme nulle et sans effet toute clause susceptible d' "interdire ou limiter" l'accès d'une personne au travail »¹⁷¹³. Dans cette affaire, un employeur a été condamné pour avoir insérer une « condition fixant la durée durant laquelle le salarié est interdit d'exercer son activité et ce après l'extinction du contrat de travail »¹⁷¹⁴.

4- Le versement par l'employeur d'une contrepartie financière.

En contrepartie de l'interdiction imposée au salarié d'exercer son activité¹⁷¹⁵, « L'employeur doit, réciproquement, s'engager à lui verser une indemnité compensatrice réelle et suffisante »¹⁷¹⁶. Cette indemnité est principalement due à compter de départ effectif dudit salarié de l'entreprise en question. C'est dans le même sens qu'un arrêt de la Cour de Cassation française prévoit qu'une : « clause de non-concurrence n'est désormais licite que si elle, comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière »¹⁷¹⁷. Cette condition n'est cependant pas exigée par la jurisprudence marocaine. Selon cette dernière, la clause de non-concurrence est applicable même en l'absence d'une contrepartie financière versée au salarié en question. En revanche, si le contrat du travail, le règlement intérieur ou la convention collective en prévoient une, l'employeur devra l'appliquer. Un arrêt de la Cour d'appel de Casablanca prévoit dans ce sens que : « **L'indemnisation pour non-concurrence relève des éléments constitutifs du contrat de travail** »¹⁷¹⁸. Il ajoute que : « **Cette indemnité ne fait pas l'objet d'un sursis à exécution** »¹⁷¹⁹.

Exemple de rédaction de clause :

La condition de l'existence d'une **contrepartie financière** au profit du salarié, peut être rédigée comme suit : " En contrepartie de cette obligation de non-concurrence, M percevra pendant toute la durée d'application de cette interdiction une indemnité mensuelle égale à.....". L'insertion de ce type condition reste donc facultative et son, absence ne peut en aucun cas entraîner la nullité de ladite clause.

II}- Applications pratiques en matière des clauses de non-concurrence.

Il s'agit dans les lignes qui suivent d'analyser la clause de non-concurrence à la lumière de la jurisprudence marocaine et comparée (A), avant de nous pencher sur l'étude des techniques juridiques de sécurisation de la rédaction de telles clauses (B).

A)- La clause de non-concurrence à la lumière de la jurisprudence.

Nous allons exposer quelques décisions de la jurisprudence marocaine (1) et comparée, (surtout française) (2) en rapport avec les clauses de non-concurrence.

1- La clause de non-concurrence à la lumière de la jurisprudence marocaine.

Dans un arrêt de la Cour de Cassation marocaine, il a été jugé que : « *Le non-respect par le salarié de son engagement de ne pas travailler chez un autre employeur exerçant la même activité que son ancien employeur pendant une durée déterminée et dans la même ville, constitue une violation des*

¹⁷¹³ Voir : <https://www.medias24.com> (Consulté le 25/01/2020).

¹⁷¹⁴ Idem.

¹⁷¹⁵ Yann AUBRÉE, « Contrat de travail : clauses particulières », op.cit., p.133.

¹⁷¹⁶ Soc. 18 sept. 2002, n° 99-46.136 , Bull. civ. V, n° 273 ; Dr. soc. 2002. 997, obs. R. VATINET.

¹⁷¹⁷ Soc. 10 juill. 2002, n° 99-43.334.

¹⁷¹⁸ Cour d'appel de Casablanca, arrêt n°1514 en date de 18/05/1992, dossier n°92/1080, non publié.

¹⁷¹⁹ Idem.

clauses du contrat de travail ouvrant droit au premier employeur à des dommages et intérêts »¹⁷²⁰. Dans une affaire, la même juridiction affirme que : « Considérant que le contrat de travail liant les deux parties oblige le salarié à ne pas exercer directement ou indirectement, une activité similaire à celle mentionnée dans le contrat, à savoir donner des cours par correspondance pendant la durée du contrat et durant cinq ans à compter de sa fin, et dès lors que le demandeur en cassation a reconnu dans une correspondance à l'employeur, avoir ouvert une agence pour exercer la même activité que celle qui lui est interdite, la cour a eu raison de conclure que le salarié des clauses a violé le contrat et prononcer sa résolution »¹⁷²¹.

Dans une troisième affaire, la haute juridiction précise que : « La condition de non-concurrence est déterminée dans l'intérêt de l'employeur et il a le droit d'y renoncer expressément ou implicitement - La renonciation explicite peut résulter des termes de la lettre d'expulsion sur la condition de non-concurrence »¹⁷²².

2- La clause de non-concurrence au regard de la jurisprudence française.

Dans un arrêt de la Cour de Cassation française, il a été décidé que : « L'employeur ne peut se prévaloir d'une clause de non-concurrence figurant dans un contrat de travail lorsque l'analyse de cette clause de non-concurrence fait ressortir qu'en raison des fonctions du salarié, elle n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise »¹⁷²³. Dans une autre affaire, la même juridiction affirme que : « Le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence qui a pour objet d'indemniser le salarié tenu, après rupture du contrat de travail, d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi, ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture. le paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence nulle, qui s'analyse en un complément de salaire, n'est pas dénué de cause »¹⁷²⁴.

Dans une dernière affaire, la Cour de Cassation française affirme que : « Une clause selon laquelle il est fait interdiction à un salarié d'entrer en relation, directement ou indirectement, et selon quelque procédé que ce soit, avec la clientèle auprès de laquelle il était intervenu lorsqu'il était au service de son ancien employeur est une clause de non-concurrence ; Que cette clause n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives »¹⁷²⁵.

B)- Sécuriser la rédaction de la clause de non-concurrence

La rédaction d'une clause de non-concurrence suppose d'intégrer l'ensemble des exigences formulées par la jurisprudence pour en admettre la validité.

Modèle de clause de "non-concurrence"

¹⁷²⁰Cour de Cassation, Arrêt n°: 1114Dossier n°: 182/5/1/2001, publié sur le site : <https://artemis.ma/jurisprudence>, (Consulté le 25/01/2020).

¹⁷²¹Cour de Cassation, Arrêt n° 699Dossier n° 91439, publié sur le site : <https://artemis.ma/jurisprudence>, (Consulté le 25/01/2020).

¹⁷²²Cour de Cassation, Arrêt n° 386, Dossier n° 868/5/1/2006, en date de 18/04/2007, non publié.

¹⁷²³Cass. soc. 14 mai 1992 ; Godissart c. Soulhiol, n° 89-45.300 , Bull. civ. V, n° 309 ; D. 1992. 350, note Y. Serra ; JCP E 1992. II. 341, note J. Amiel-Donat.

¹⁷²⁴Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-19472, FS-PB.

¹⁷²⁵Cass. soc., 15 mars 2017, no 15-28.142.

Compte tenu de la nature de ses fonctions, le Salarié s'interdit de :

- D'entrer en service, en qualité de salarié ou non salarié, de toute entreprise exerçant une activité susceptible de concurrencer, directement ou indirectement, les activités exercées par l'entreprise ;

-De s'intéresser directement ou indirectement et sous quelque forme que ce soit, pour son compte personnel ou pour le compte d'un tiers, à une entreprise de cet ordre ;

-De créer une telle structure.

Cette interdiction s'appliquera en cas de cassation du présent contrat qu'elle qu'en soit la cause, et ce même en cas de rupture de période d'essai par l'une ou l'autre des parties.

Elle se trouve justifiée par la spécificité de l'activité de l'entreprise et des spécificités techniques qu'elle met en œuvre, et par le fait que les fonctions du Salarié sont susceptibles de lui permettre de connaître, directement ou indirectement, les informations relatives à la stratégie industrielle, commerciale et de développement de l'entreprise, ainsi que ses contrats et clients.

L'interdiction de concurrence du salarié est limitée à une période de 2 ans à compter de la cessation effective du contrat de travail. En cas de dispense de préavis, la clause court à compter de la sortie effective du salarié de l'entreprise.

Elle couvre le territoire de la région Marrakech-Tansift al Haouz.

Commentaires :

- a.** La clause de non-concurrence ne se présume pas ; elle ne peut résulter que d'une **stipulation contractuelle**. Elle suppose donc, l'accord exprès du salarié en question. Ladite clause peut figurer dans le contrat du travail au moment de l'embauche ou y être insérée à tout moment. Cependant, dans ce dernier cas, l'insertion d'une telle clause peut être qualifiée comme étant une modification du contrat du travail qui requiert l'accord exprès du salarié¹⁷²⁶.
- b.** La rédaction d'une clause de non-concurrence suppose d'intégrer l'ensemble des exigences formulées par la loi et le travail jurisprudentiel¹⁷²⁷ pour en admettre la validité. Ainsi, et pour sécuriser la rédaction de telles clauses, il est nécessaire d'en connaître les conditions de validité requises afin de s'y conformer et d'anticiper toutes les causes de nullité.
- c.** Dans le contrat du travail, on peut limiter le champ d'application de la clause de non-concurrence en réservant son application à un mode particulier de rupture. L'application de cette dépend alors, de la manière dont elle est rédigée. Ainsi, la rédaction proposée ci-haut, qui prévoit que "***l'interdiction s'appliquera en cas de cassation du présent contrat qu'elle qu'en soit la cause, et ce même en cas de rupture de période d'essai par l'une ou l'autre des parties***", conduit à une application de ladite clause quel que soit le type de rupture. Il est donc fort recommandé d'écarter son application

¹⁷²⁶ L'article 230 du DOC prévoit à cet effet que : « **Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que par leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi** ».

¹⁷²⁷ La validité de la clause contractuelle de la non-concurrence n'est admise qu'à plusieurs conditions cumulatives : la protection des intérêts légitimes de l'employeur, la limitation dans le temps et dans l'espace et une contrepartie financière au profit du salarié.

en cas de « *départ ou mise à la retraite ou en cas de cessation d'activité de l'entreprise* »¹⁷²⁸. Nous proposons donc que, la clause soit rédigée comme suit : "...*Cette interdiction s'appliquera en cas de rupture du présent contrat à l'exception de celles résultant d'un départ ou d'une mise à la retraite ou d'une cessation d'activité de l'entreprise*..."

- d.** La rupture définitive du contrat intervient en principe à l'échéance du préavis¹⁷²⁹ ; mais elle peut aussi se produire à la date de **départ effectif** de l'entreprise, notamment lorsque le salarié est dispensé de l'exécution du préavis¹⁷³⁰.
- e.** Il est impossible de stipuler que « *l'employeur se réserve la faculté, après la rupture du contrat de travail, d'imposer au salarié une obligation de non-concurrence* ». cette clause est réputée nulle et non avenue. Cependant, la jurisprudence française subordonne la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un tel contrat à la condition que « *cette clause soit limitée dans le temps et dans l'espace et proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur au regard de l'objet du contrat* »¹⁷³¹.

¹⁷²⁸ Dominique JOURDAN, « Clause de non-concurrence - Rédaction d'une clause de non-concurrence », La Semaine Juridique Social n° 48, 28 Novembre 2006, 1943.

¹⁷²⁹ Le préavis est une période devant obligatoirement s'écouler entre l'annonce par l'employeur de sa décision de rompre unilatéralement le CDI et la cessation effective de celui-ci.

¹⁷³⁰ L'employeur est dispensé d'observer une période de préavis :

- en cas de faute grave du salarié ;
- en cas de force majeure.

¹⁷³¹ Cass. com., 4 déc. 2007, no 06-15.137, Bull. civ. V, no 255.

L'emploi d'un salarié étranger

✍ Mohamed Kellati

Enseignant Chercheur à L'FSJES - EL-Jadida

Resumé

Dans cet article, j'ai traité la question de l'emploi des étrangers. Celle-ci est Réglementée par les deux lois suivantes : le code du travail du 2004, et la loi n° 19.12 fixant les conditions de travail et d'emploi des travailleurs des étrangers.

De là, nous avons abordé les deux éléments suivants : d'abord, les conditions juridiques à respecter dans la conclusion du contrat du travail d'un étranger, et par la suite, les effets de la transgression des conditions dudit contrat.

Concernant le premier élément, l'emploi d'un salarié étranger est corollaire à deux conditions, à savoir : La demande d'une attestation d'activité auprès l'agence nationale de la promotion de l'emploi et des compétences (ANAPEC), et la demande d'une autorisation auprès le ministère du travail et de l'insertion professionnelle.

S'agissant le deuxième élément, le non-respect des conditions susmentionnées, et partant, le travail dissimulé d'un étranger, expose l'employeur au risque pénal. Celui-ci va impacter l'image ou bien la réputation, et la crédibilité de l'entreprise, et partant, une perte patrimoniale, matérielle, qui consiste dans la perte de clientèle et de financement.

ملخص

في هذا المقال العلمي نتحدث عن ظاهرة الهجرة، التي تطرح إشكالات قانونية عديدة للكثير من الدول، بما فيها المغرب. ومنه، سنقف عند اشكال تشغيل الأجانب، يعني كيفية دمجهم داخل المجتمع المستقبل. هذا الاشكال منظم بقانونين أساسيين هما:

- القانون رقم 99.65 المتعلق بمدونة الشغل

- القانون رقم 19.12 المتعلق بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلقة بالعاملات والعمال المنزليين.

وعليه، سنتناول نقطتين رئيسيتين:

أولاً: الشروط القانونية لإبرام عقد عمل عامل أجنبي

ثانياً: الآثار القانونية المترتبة عن عدم احترام هذه الشروط القانونية

بخصوص النقطة الأولى، تشغيل عامل أجنبي يتوقف على شرطين أساسيين، هما:

- الحصول على شهادة نشاط من طرف الوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل والكفاءات

- طلب رخصة من وزارة التشغيل والادماج المهني

فيما يتعلق بالنقطة الثانية، فعدم احترام الشروط السالفة الذكر، يعرض المشغل للخطر الجنائي، يعني لعقوبات جنائية،

لاسيما الغرامة. هذا الأمر ينعكس سلباً على سمعة المؤسسة التجارية ومصداقيتها، وبالتالي تعرضها لخسارة مالية، تتمثل أساساً في فقدان الزبون والتمويل.

La migration est un phénomène historique a marqué la construction des nations depuis l'existence de l'humanité. Dans la civilisation grecque, l'étranger n'était pas un sujet de droit, ne pouvait pas jouir des droits accordés par la loi de la cité où il trouvait. Il s'agit d'une approche raciste, discriminatoire à l'égard les migrants.

L'évolution récente de la migration a connu des changements quant à sa nature et son intensité. En ce sens, le Maroc est aujourd'hui considérée non seulement comme un pays de départ ou de transit, mais aussi comme un pays d'accueil et d'installation ⁽¹⁷³²⁾. Face à cette situation, deux opérations de régularisation exceptionnelle de migrants en situation administrative irrégulière ont été réalisées entre 2014 et 2016 ⁽³⁾, dans le cadre de la SNIA ⁽⁰⁾.

Le phénomène de migration nous avance plusieurs problématiques. En l'occurrence, la question de l'emploi des étrangers. L'accès au marché de l'emploi pour ceux-ci est réglementé au Maroc par les dispositions du code du travail de 2004, au niveau du chapitre V relatif à l'emploi des salariés étrangers (les articles 516 à 521), et par la loi n° 19.12 fixant les conditions de travail et d'emploi des travailleurs domestiques.

Sans avoir la prétention d'exposer toutes les dispositions relatives à l'emploi des salariés migrants, je me bornerai à aborder les deux questions suivantes :

- Quelles sont les conditions à remplir pour recruter légalement un salarié étranger ?
- Quelles sont les conséquences de la violation des dispositions qui régissent le contrat de travail d'étranger ?

C'est à ces deux questions que nous allons répondre, en abordant les deux points suivants :

- les conditions juridiques à respecter dans la conclusion du CTE
- les conséquences ou bien les effets de la transgression des conditions relatives à la formation du CTE

A) Les conditions juridiques à respecter dans la conclusion du contrat de travail d'étranger

Il convient d'analyser en premier lieu les formalités administratives (1), avant de s'interroger, ensuite, sur la nature du contrat de travail d'étranger (2)

1) - La procédure administrative

Dans ce contexte, les conditions que l'employeur doit respecter sont :

a – La demande d'une attestation d'activité auprès l'agence nationale de promotion de l'emploi et des compétences (ANAPEC) ⁽¹⁷³³⁾. Ladite attestation nous permet de prouver l'absence sur le marché national, des candidats nationaux répondant aux critères demandés par l'employeur. Autrement dit, on n'a pas des personnes qualifiées au poste offert par l'entreprise marocaine, voire par l'entreprise étrangère implantée au Maroc.

¹⁷³² - Environ 0,3 % de la population marocaine est constituée de migrants (101 200 étrangers résidents sur le territoire marocain en 2017) : Rapport de conseil, économique, social et environnemental, « migration et marché de travail », www.cese.ma, consulté le 18/02/2020

2 – le nombre de dépôts de demandes de régularisation a atteint plus de 56 000 demandes (le nombre de demandes de régularisations acceptées est estimé aujourd'hui à plus de 43 000 : Rapport de CESE, www.cese.ma, consulté le 18/02/2020

3 – stratégie nationale en matière d'immigration et d'Asile

¹⁷³³ - Simulator (O.), « emploi des étrangers au Maroc », www.cabinetbassamat.com, consulté le 20/02/2020

b – La demande d’une autorisation auprès le ministère du travail et de l’insertion professionnelle (1734). A ce propos, les points essentiels sont :

- La forme de l’autorisation : celle-ci est accordée sous forme de visa apposé sur le contrat de travail d’étranger (de migrant).

- le délai d’obtention du visa : le délai de traitement et de délivrance des visas varie entre dix jours à deux mois, à compter de la date du dépôt d’un dossier complet et conforme (1735).

- La durée de l’autorisation : la durée est généralement une année. Les dates du visa du ministère de l’emploi indiquent le début et la fin de l’autorisation, et partant, le début et la fin du contrat. En d’autres termes, quand le contrat de travail d’étranger va prendre effet et quand il va cesser de plein droit.

- Le renouvellement du contrat de travail d’étranger : la prolongation du CTE est subordonnée à deux conditions importantes :

- Une nouvelle demande de l’employeur
- Et par conséquent, une nouvelle autorisation gouvernementale chargée du travail, sous forme d’un nouveau visa apposé sur le CTE

- La modification ultérieure du contrat est soumise aux mêmes formalités et conditions que la demande initiale (1736).

- l’autorisation peut être retirée à tout moment sans aucun recours possible de la part du salarié étranger (1737).

A noter, enfin, que la procédure de demande d’attestation d’activité ANAPEC doit être réalisée par l’entreprise avant d’engager la procédure de demande de visa pour contrat CTE.

Depuis le mois de juin 2017, les demandes sont traitées uniquement via une plateforme en ligne (TAECHIR). L’employeur doit s’inscrire sur la plateforme afin de formaliser la demande de visa et télécharger le contrat type.

L’emploi de tout étranger doit être fixé dans un contrat dont le modèle est établi par l’arrêté n°1391-05 du 25/02/2005 complétant le modèle de contrat du travail réservé aux étrangers annexé à l’arrêté du ministère de l’emploi et de la formation professionnelle n°350-05 du 09/02/2005.

D’ailleurs, certaines catégories d’étrangers sont dispensées de la procédure de demande d’attestation à l’ANAPEC (1738). Il en est par exemple :

¹⁷³⁴ - Article 516 de la loi 65-99 relative au code du travail : « tout employeur désireux de recruter un salarié étranger doit obtenir une autorisation de l’autorité gouvernementale chargée du travail »

¹⁷³⁵ - Fassi-Fihri (L.), « Quatre choses à savoir sur le contrat de travail d’étranger », www.jeuneafrique.com/emploi/ consulté le 20/02/2020

¹⁷³⁶ - Art 516 de la loi précédente

¹⁷³⁷ - Art 516 de la loi 65-99 relative au code du travail

¹⁷³⁸ - la liste exhaustive des catégories d’étrangers est disponible dans le guide de la procédure d’emploi des salariés étrangers au Maroc du MTIP consultable sur : www.taechir.gov.ma

- les migrants régularisés. En ce sens, l'employeur doit s'assurer de la régularité du séjour de la personne qu'il souhaite recruter si celle-ci se trouve sur le territoire national ⁽¹⁷³⁹⁾.

- les époux des nationaux
- les dirigeants de sociétés
- les associés / actionnaires de sociétés
- les réfugiés politiques et apatrides

- les ressortissants de pays avec lesquels le Maroc a conclu une convention d'établissement (Algérie, Tunisie et Sénégal).

La procédure est généralement adaptée au type d'emploi ⁽¹⁷⁴⁰⁾ et de profil recherché par les entreprises afin de protéger le marché marocain, tout en garantissant aux entreprises la possibilité d'attirer et de recruter les compétences nécessaires à leur développement ⁽¹⁷⁴¹⁾. En ce sens, les termes du contrat de travail sont librement choisis entre les deux parties contractantes sous réserve des dispositions du code du travail.

2) La nature du contrat de travail d'étranger

Dans ce cadre, il importe de s'interroger, au sujet de la nature juridique de CTE. Autrement dit, le CTE est-il un contrat à durée déterminée ou s'agit-il au contraire un contrat à durée indéterminée ?

La cour de cassation nous a avancé deux solutions différentes :

a- jusqu'en juillet 2018, la jurisprudence marocaine ⁽¹⁷⁴²⁾ avait tendance à assimiler Le contrat de travail d'étranger à un contrat à durée déterminée, en basant sur le code du travail qui conditionne la validité dudit contrat à l'autorisation administrative accordée sous forme de visa à durée limitée. De là, il ne peut se transformer à un contrat à durée indéterminée, même s'il est maintenu au-delà d'une année, en vertu d'une prolongation accordée par l'autorité gouvernementale chargée du travail ⁽¹⁷⁴³⁾.

Or, le contrat de travail d'un salarié marocain à durée déterminée peut se transformer à un contrat à durée indéterminée, s'il est maintenu au-delà d'une année.

A partir de ce paradoxe, on peut déduire les résultats suivants :

- la cour de cassation n'applique pas les dispositions de code de travail de la même manière aux salariés nationaux et aux travailleurs marocains. Elle exclut l'article 17 du code de travail ⁽¹⁷⁴⁴⁾, qui porte le privilège du CDI, à l'égard du salarié migrant, et l'applique vis-à-vis le salarié marocain.

¹⁷³⁹ - Caen (GL.), « les travailleurs étrangers, études comparatives », dr.soc.1957, p. 7

¹⁷⁴⁰ - postes de responsabilité de haut niveau, postes correspondants à des profils pointus considérés comme rares ou non disponibles sur le marché de l'emploi, emplois standards.

¹⁷⁴¹ - Kmili (S.), le droit pénal du travail, thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université Mohammed v de Rabat, FSJES Agdal, année universitaire, 2005- 2006

¹⁷⁴² - En ce sens, les deux arrêts de la cour de cassation suivants : arrêt du 21 octobre 2003 (n°1074), arrêt du 08/03/2015 (n°419)

¹⁷⁴³ - Les visas successifs délivrés par l'autorité gouvernementale chargée du travail ne peuvent en aucun cas transformer les relations contractuelles en CDI (contrat à durée indéterminée)

¹⁷⁴⁴ - l'article 17 du code de travail dispose : « le contrat conclu pour une durée maximum d'une année devient un contrat à durée indéterminée s'il est maintenu au-delà d'une année »

- la cour de cassation altère le principe d'égalité des chances. Autrement dit, elle suit une approche de la discrimination entre les salariés migrants et les salariés nationaux sur le marché de l'emploi. Face à cette situation, il est difficile pour les travailleurs étrangers de s'installer durablement au Maroc. Les cadres supérieurs hautement qualifiés sont particulièrement sensibles à cette insécurité professionnelle, ce qui diminue d'autant l'attractivité du pays auprès des profils les plus rares (1745).

- la cour de cassation ne traite pas sur un pied d'égalité les salariés marocains et les travailleurs étrangers. En ce sens, ils n'ont pas les mêmes droits. En l'occurrence, dans l'espèce d'un contrat à durée déterminée, et en cas de rupture de la relation de travail, qui intervient à l'expiration de l'autorisation de travail, les salariés étrangers n'auront pas l'indemnité de préavis et l'indemnité de licenciement qui ne concernent que les contrats à durée indéterminée (1746).

b – le contrat de travail d'étranger est un contrat à durée déterminée, peut se transformer à un contrat à durée indéterminée, s'il est maintenu au-delà d'une année. Comme vous voyez, la cour de cassation a changé sa position sur ce point, on a donc un revirement jurisprudentiel. Dans ce sillage, l'arrêt du 12 juillet 2018, constitue un tournant en droit social marocain. Il s'inscrit dans une politique nationale qui ambitionne de garantir la non-discrimination entre les travailleurs migrants et les nationaux (1747). Ce choix a été renforcé par un arrêté ministériel du 13 juin 2019, qui dispose en son article 2 que : « toutes les dispositions du code de travail marocain sont applicables de la même manière aux salariés étrangers. »

D'ailleurs, le Maroc a déjà ratifié la convention internationale sur la protection des droits de tous travailleurs migrants et des membres de leur famille (1748), et les principaux instruments de l'OIT relatifs à la migration, à savoir la convention 97 sur les travailleurs migrants (révisée) (1749) et la convention 143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires) (1750).

En dépit de l'affirmation du principe de l'égalité, deux limites restent encore à dépasser concernant la législation du travail :

- dans la représentation professionnelle élue, l'article 439 du code du travail exige la condition de nationalité pour être éligible à la fonction du délégué des salariés.

- dans l'exercice de la liberté syndicale, l'article 416 du code du travail exige la condition de nationalité pour la direction d'un syndicat professionnel (1751).

Donc, les formalités précédentes sont obligatoires, et le code du travail prévoit des sanctions en cas d'omission. L'entrepreneur risque une sanction pénale. Ce point que nous allons traiter dans la deuxième partie de cet article.

¹⁷⁴⁵ - Bouhassame (A.), « les salariés étrangers au Maroc : un contrat à durée Inique ? », [https : // www. CFCIM.org/magazine/49708/](https://www.CFCIM.org/magazine/49708/) consulté en ligne le 22/2/2020

¹⁷⁴⁶ - En ce sens, les articles 43 - 52 de la loi 65-99 relative au code du travail

¹⁷⁴⁷ - pour plus des détails : Bouharrou (A.), le droit pénal du travail et de la sécurité sociale, El maarif Al jadida, Rabat, 2012, p. 144

¹⁷⁴⁸ - Dahir n° 1-93-317 du 1^{er} ramadan 1432 (2 août 2011). Bulletin officiel n° 6018 du 9 rabii I 14133 (2-2-2012)

¹⁷⁴⁹ - La loi n° 81-13. Bulletin officiel n° 6280 du 10 chaoual 1435 (7-8-2014)

¹⁷⁵⁰ - La loi n° 01-16. Bulletin officiel n° 6493 du 18 Dhou alQ'i'da 1437 (22 aout 2016)

¹⁷⁵¹ - Rapport du conseil, économique, social et environnemental, « migration et marché du travail », auto-saisine n° 37/2018, www.CESE.ma, consulté en ligne le 22/02/2020

B) les effets de la violation des conditions relatives à la conclusion du contrat de travail d'étranger

Dans ce cadre, on se contentera d'examiner la sanction applicable à l'employeur en cas du non-respect des règles régissant le contrat de travail d'étranger (1), et partant, l'influence de la condamnation sur la réputation de l'entreprise (2).

1) – la sanction applicable à l'employeur

Comme nous l'avons dit, l'emploi d'un salarié étranger au Maroc est subordonné à certaines formalités. En cas d'inobservation de ce formalisme, l'employeur risque d'une amende de 2000 à 5000 par contrat non visé (1752). Précisément, celle-ci est instituée pour les infractions suivantes :

- l'emploi d'un étranger sans autorisation
- l'emploi d'un salarié étranger dont le contrat n'est pas conforme au modèle prévu par la loi
- la non prise en charge des frais de retour du salarié étranger à son pays ou au pays où il résidait.

D'ailleurs, différentes sanctions sont prévues à l'égard des travailleurs étrangers qui n'ont pas de titre de séjour en règle, ou qui ne respectent pas les conditions fixées par la loi n° 02-03 (1753). A ce titre, l'article 42 dispose que l'étranger qui s'est maintenu sur le territoire marocain au-delà de la durée de son visa encourt une amende de 2000 à 20.000 dirhams et une peine de prison d'un mois à six mois ou l'une des deux peines.

L'employeur lui-même, en cas de l'emploi d'un étranger en situation irrégulière, est exposé au risque pénal. De là, les deux sont passibles des sanctions prévues à la loi susmentionnée. Dans la réalité, une bonne partie des recrutements des étrangers se fait sans autorisation du ministère de tutelle. La raison est que le code du travail ne dérange guère les employeurs. En cas d'infraction au règlement, l'article 521 prévoit une amende faible.

A ce propos, surgit un constat notable, c'est que si, en théorie, le droit pénal du travail se veut efficace, rigoureux et sévère afin de protéger l'économie nationale et promouvoir son développement et sa croissance, dans un cadre moralement sain ; il s'avère que cette conception se heurte aux entraves liées à sa mise en application (1754).

L'amende est la peine la plus utilisée par les juridictions pénales pour réprimer les auteurs d'infractions commises à l'occasion du fonctionnement des entreprises. La typologie des peines étant réduite à sa plus simple expression financière. Ceci, dénote, d'ailleurs, un manque regrettable d'inventivité de la part du pouvoir normatif. L'amende ne doit pas être trop faible par rapport aux ressources de l'entreprise. Dans ce cas, en effet, la mesure raterait son objectif de prévention, car bien souvent, les sanctions financières apparaissent dans les dépenses courantes.

Pourtant, le plafond envisagé ne doit pas non plus être excessif. Il risquerait, en effet de mettre en danger la survie même de l'entreprise. Il s'agit donc, pour le législateur et les juges, d'éviter ces deux écueils, en fixant un taux adapté au comportement délictueux et aux dommages créés (1755).

¹⁷⁵² - l'article 521 de la loi 65-99 relative au code du travail

¹⁷⁵³ - la loi n° 02-03 du 11 novembre 2003 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières

¹⁷⁵⁴ - la quasi-totalité des infractions commises au sein des entreprises sont techniques et dissimulées.

¹⁷⁵⁵ - le circulaire du min. justice française, n° CRIM-98-1/f1, 26/01/1998, relatif au premier bilan de l'application des dispositions du nouveau code pénal concernant la responsabilité pénale des personnes morales, publication B.O 1998, n°

Dans ce sillage, le coût qui apparaît le plus évident est celui relatif à la condamnation pénale qui se matérialise, par une d'amende, et par conséquent, une atteinte à la réputation de l'entreprise.

2) – l'influence de la condamnation sur la réputation de l'entreprise

Comment définir le risque de réputation ?

Celui-ci peut être défini comme l'éventualité qu'une mise en cause publique de l'entreprise (personne morale) ou du dirigeant (personne physique) entraîne une détérioration de la confiance et l'estime dont ils font l'objet de la part du public, de leurs partenaires ou des autorités. C'est le risque d'altération de la personnalité aux yeux du public par les propres décisions ou faits de la personne morale, qu'il s'agisse de réalités ou de rumeurs infondées. Ainsi, les atteintes environnementales du fait de l'activité de la société, un mauvais climat social, les harcèlements moraux au sein de l'entreprise contiennent intrinsèquement un risque de réputation⁽¹⁷⁵⁶⁾.

Le phénomène du retentissement négatif des procédures pénales s'est développé sur dix dernières années au rythme de la médiatisation croissante des affaires pénales et de l'explosion de l'impact des réseaux sociaux.

La réputation est une composante de la valeur de l'entreprise. Elle a un impact sur toutes les relations économiques de l'entreprise, elle atteint les collaborateurs, les partenaires sociaux, les clients, les agences de notation et les banques.

Nul n'ignore aujourd'hui que l'atteinte à la réputation d'une entreprise engage sa crédibilité et parfois sa survie. Atout majeur dans le monde des affaires, la réputation peut devenir un handicap lorsqu'elle s'accompagne d'un qualificatif dénigrant⁽¹⁷⁵⁷⁾.

L'atteinte à la réputation est identifiée comme un préjudice moral. Une personne morale peut subir une atteinte à son image au sens moral du terme, au même titre qu'une personne physique.

Ainsi, la cour de justice de l'Union européenne a pu déclarer : « ces constatations faites à propos de dommages matériels, doivent valoir également, pour les mêmes motifs, dans le cas de préjudices non patrimoniaux, notamment ceux causés à la réputation et à la considération d'une personne physique ou morale par une publication diffamatoire »⁽¹⁷⁵⁸⁾. En outre, le comité économique et social européen qualifie le risque de réputation de risque extra-financier.

L'atteinte à la réputation est également identifiée comme un préjudice matériel.

Elle entraîne de très fortes conséquences patrimoniales. En effet, il s'ensuit souvent une perte de clientèle, de marchés, la nécessité de financer des mesures marketing, des campagnes de communication⁽¹⁷⁵⁹⁾.

Dans ce cadre, le raisonnement est aisément compréhensible : si la réputation est une notion abstraite, insaisissable, ce qui conduit traditionnellement à penser qu'i peut en découler un préjudice seulement moral, en revanche, pour une personne morale, qui ne connaît le chagrin, l'atteinte à la

¹⁷⁵⁶ - Place (S.), Risques psychosociaux : une communication sous contrainte, un management de la réputation à appréhender, AJ pénal 2010, p. 536

¹⁷⁵⁷ - Daoud (E.), et autres, Gérer le risque pénal en entreprise, Lamy, France, 2011, P. 298

¹⁷⁵⁸ - CJCE, 7 mars 1995, aff.C- 68-93, Fiona shevill, Ixora Trading inc.Chaquepoint SARL, Chaqueponit international LTD et press Alliance SA, cnslid. 23, RTD eur. 1995, p.605, note Miquel Gardenes S.

¹⁷⁵⁹ - Douad (E.), op.cit, p. 301

réputation est appréciable uniquement en argent, valeur économique ; le préjudice découlant d'une atteinte peut ainsi être matériel.

Pour conclure, deux points essentiels :

- l'approche marocaine, en matière de l'emploi des salariés étrangers, est une approche discriminatoire. Celle –ci est expliquée par la lutte contre le chômage et la protection des nationaux contre une concurrence injustifiée des migrants. Dès lors, le législateur doit amender ou bien redéfinir l'article 516 du code du travail, afin de mettre sur un pied d'égalité les salariés nationaux et étrangers.
- le travail dissimulé d'un étranger expose l'employeur au risque pénal. Celui-ci va impacter l'image ou bien la réputation, et la crédibilité de l'employeur, et partant, une perte patrimoniale, matérielle, qui consiste dans la perte de clientèle et de financement.

LES NOTES

- - Bouharrou (A.), *le droit pénal du travail et de la sécurité sociale*, EL Maarif AL Jadida, Rabat, 20012
- - Daoud (E.), *Gérer le risque pénal en entreprise*, Lamy, France, 2011
- - Kmili (S.), *le droit pénal du travail, thèse pour l'obtention du doctorat en droit*, Université Mohammed v de Rabat, Faculté de sciences juridiques, économique et sociale, Agdal, année universitaire 2005-2006
- - Place (S.), *Risques psychosociaux : une communication sous contrainte, un management de la réputation à appréhender*, AJ pénal, 2010
- - Caen (GL.), « les travailleurs étrangers, études comparatives », *dr.soc.*1957
- - *Rapport de conseil, économique, social et environnemental*, « Migration et marché du travail », Auto- saisine n° 37/2018, www.cese.ma
- - Bouhassane (A.), « les salariés étrangers au Maroc : un contrat à durée Inique ? », www.CFCIM.org
- - Fassi – Fihri (L.), « quatre choses à savoir sur le contrat de travail d'étranger », www.jeuneafrique.com
- - Simulator (o.) « emploi des étrangers au Maroc », www.cabinetbassamat.com
- - CJCE, 7 mars 1995, *aff.C- 68-93*, Fiona shevill, Ixora Trading inc.Chaquepoint SARL, Chaqueponit international LTD et press Alliance SA, *cnsid. 23, RTD eur. 1995, p.605*, note Miquel Gardenes S.
- - la loi 65-99 relative au code du travail
- - La loi n° 02-03 du 11 novembre 2003 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières
- - Arrêt du 21 octobre 2003 (n°1074)
- - Arrêt du 08/03/2015 (n°419)
- - Le circulaire du min. justice française, n° CRIM-98-1/f1, 26/01/1998, relatif au premier bilan de l'application des dispositions du nouveau code pénal concernant la responsabilité pénale des personnes morales, publication B.O 1998, n° 69.

L'adaptation du contrat de vente international à l'épreuve De la Covid 19

✍ Ben kaid Youssef

Docteur en droit privé

Resumé

La pandémie de covid 19 et les blocages gouvernementaux qui en ont résulté, ont rendu les performances des contrats internationaux qui extrêmement difficiles, voir pratiquement impossible, de ce fait l'équilibre contractuel semble être remis en question, c'est pour cela il s'avéré nécessaire d'adopter les contrats internationaux pour faire face à cette crise sanitaire mondiale.

Les clauses de renégociation qui ont une dénomination diverses, mais qui ont le même but, sont des clauses mettent à la charge des contractants une obligation de renégociation tout ou une partie du contrat afin de maintenir l'équilibre initial

ملخص

أدى وباء كورونا وما نتج عنه من حجب صحي عالمي الى جعل تنفيذ التزامات المتعاقدين في العقود الدولية امرا بالغ الصعوبة، ان لم نقل مستحيلا عمليا وبالتالي يبدو ان التوازن التعاقدي أصبح موضع تساؤل وادا تم الاخلال بالتوازن العقود الدولية فان الاقتصاد العالمي يصبح مهددا بالإفلاس على اعتبار على ان جميع البيوع والتبادلات الاقتصادية تكون محصنة بالعقود لذلك كان لزاما تعديل بعض العقود الدولية لمواجهة هذه الازمة الصحية العالمية لذلك جاءت إعادة التفاوض في العقود كفكرة قانونية حديثة وليدة الممارسة الدولية للعقود لمواجهة ظروف تغير تنفيذ العقد او بصورة ادق لتجاوز اثار هذا التغير في الظروف على توازن الاداءات العقدية.

وفكرة إعادة التفاوض تجد محلها في مرحلة تنفيذ العقد مما يستوجب عدم الخلط بينها وبين مرحلة المفاوضات قبل التعاقد حيث تسمح للأطراف بالالتقاء من جديد لمناقشة مصير عقدهم الذي اختل توازنه في ضوء المعطيات الجديدة التي افرزها تغير الظروف مثل جائحة كورونا.

La vie d'un contrat n'a jamais été rassemblée à un écoulement d'un fleuve tranquille. Les courants rapides ou en sens inverse ont souvent marqué leur lit.

Des crises économiques qui ont jalonné l'histoire des échanges jusqu'aux tremblements politiques qui ont déstabilisés les espaces en passant par les prix des matières premières ou les catastrophes naturelles, dont il est difficile d'anticiper à long terme leur révolution.

En effet, le 30 janvier 2020 le directeur général de OMS a déclaré que la pandémie de la nouvelle Covid 19 constituait une urgence de santé à la portée internationale.

La pandémie que nous vivons a contraint les autorités marocaines à décréter l'état d'urgence sanitaire par le décret n° 2-20-293 publié au bulletin officiel n°6867 du 24 mars 2020 avec des mesures de confinement qui restaient en vigueur jusqu'au 10 juillet

Les conséquences de l'épidémie de Covid-19 affectent l'activité commerciale des entreprises, soit du fait qu'elles soient elles-mêmes dans l'impossibilité de répondre à leurs obligations contractuelles, soit parce qu'elles doivent faire face à des cocontractants en défaut de leurs obligations contractuelles

Au niveau de la pratique internationale des contrats, les parties savent qu'elles ne sont pas à l'abri d'événement susceptible de bouleverser leur engagement contracté. Des lors, elles anticipent par une série de clauses de nature à se mettre à l'abri de telles fluctuations.

Mais il arrive aussi que les parties restent silencieuses sur la question, en n'incluant pas une clause d'adaptation.

Il sera utile donc d'étudier l'arbitre et l'adaptation (section1) en premier lieu et les modalités d'adaptation (section 2) en deuxième lieu.

Section1 :L'arbitrage face à l'adaptation du contrat :

En l'absence d'accord spécifique par les contractants, pour adapter leurs contrats, les parties pourraient tenter de recourir au mécanisme prévu par Le législateur marocain, dans l'article 230 du DOC, qui reconnaît le principe de la force obligatoire du contrat, «Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi». Donc le contrat constitue la loi des parties, c'est-à-dire que l'acte s'impose de la même manière d'une loi, et donc les parties ne peuvent modifier ou se libérer de leurs obligations que d'un commun accord, selon ce principe

Ici, on peut examiner l'adaptation en absence de stipulation contractuelle (sous-section1) et l'adaptation du contrat par l'arbitre dans le cadre des prévisions contractuelles (sous-section2).

Sous-section1 :L'arbitre et l'adaptation du contrat :

Le premier débat, consiste à s'interroger sur les pouvoirs de l'arbitre, en l'absence de toute clause spécifique, pour compléter un contrat ou l'adapter aux changements de circonstance. On constate que lorsque les parties se sont abstenues de faire figurer une clause d'adaptation ou de renégociation au contrat, les arbitres internationaux refusent souvent de reconnaître l'adage *rebus sic stantibus*, cependant l'existence du cas de *hardship* a été expressément reconnue par plusieurs sentences au sein de la chambre de commerce internationale (CCI).¹⁷⁶⁰

¹- Sentence 1512 1971, Journal du droit de commerce international, 1974 p :905-912, cité par M. Aprado ref, op, cit, p :200 ; voir aussi CCI n°4761 journal du droit international, 1987 p 1012-1018, V, aussi CCI n°7365, 1997. Revue de droit uniforme, n°3, 1999, p 796-799.

1 La reconnaissance du hardship

Malgré le souci que montrent les arbitres de souligner dans leurs sentences l'existence du cas de hardship, on peut citer quelques exemples de reconnaissance du principe *Rebus sic stantibus*¹⁷⁶¹.

- L'Affaire CCI n° 1512 : L'arbitre a prononcé à l'occasion de cet affaire : quelle que soit l'opinion ou l'interprétation des juristes des différents pays en ce qui concerne « **le concept** » de modification des circonstances comme excuse d'une non exécution, il s'accorderont sans doute sur la nécessité de limiter l'Application de la soi-disant doctrine *rebus sic stantibus* à des cas où des raisons contraignantes le justifient, en considérant non seulement le caractère fondamental des modifications, mais aussi le caractère particulier des contrats en cause, des exigences de loyauté et d'équité et toutes les circonstances de l'Affaire¹⁷⁶².
- L'affaire CCI n° 7365 : les arbitres ont donné effet au principe du *rebus sic stantibus* à l'occasion d'un litige autour d'un contrat de vente d'équipements militaires conclu entre une société Américaine et le gouvernement Iranienne en 1977. La révolution islamique en 1979 a causé l'interruption de son exécution. L'IRAN a demandé la résiliation anticipée du contrat, après l'échec des renégociations entamées par les parties.

L'Affaire a été finalement soumise à l'arbitrage C.C.I, le tribunal arbitral devant appliquer la loi Iranienne et, à titre subsidiaire, les principes généraux du droit international et les usages commerciaux.

En ce qui concerne l'interruption de l'exécution du contrat et donc la demande de son résiliation, le tribunal a considéré que la révolution islamique est un changement fondamental des circonstances, ce qui a justifié la Demande de l'extinction du contrat ou au moins son adaptation de manière à ce que son exécution soit remise à une date raisonnable, les arbitres se sont appuyés sur la règle du hardship dans l'art 6.2.3 des principes UNIDROIT pour établir le contenu des conséquences juridiques de son application.

2 Le refus du hardship

Les arbitres avancent pour justifier le refus de l'adaptation du contrat international divers raisons :

- La prévision de l'évolution des circonstances n'est pas toujours étrangère à la conclusion même des contrats : dans un contrat spéculatif, les modifications du cadre d'exécution du contrat entre indiscutablement dans le champ contractuel lors de sa négociation, il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'adage *rebus sic stantibus*¹⁷⁶³. Une sentence de la CCI en 2001, a même

¹⁷⁶¹-La « **clausula rebus sic stantibus** » est une expression latine qui signifie, en droit international public et en matière de droit des obligations en général, les « choses demeurant en l'état »¹.

Cette clause (plus ou moins) implicite sous-entend que les dispositions d'un traité ou d'un contrat ne restent applicables que pour autant que les circonstances essentielles qui ont justifié la conclusion de ces actes demeurent en l'état et que leur changement n'altère pas radicalement les obligations initialement acceptées.

Dans la coutume internationale, une telle clause de sauvegarde, reprise en substance à l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), nuance qui donne une certaine souplesse au principe dit pacta sunt servanda, selon lequel les conventions doivent être respectées, codifié à l'article 26 de la même convention.

¹⁷⁶²- Bouchra FOUAD, l'adaptation du contrat dans le droit et le droit international, memoir DESA 2005-2006 université Abdlmalek ESSAADI Tanger, page 55.

⁴ Dans les contrats dont l'exécution s'étale sur un espace temporel de plusieurs années ou sur une période d'une durée indéterminée, cette clause insérée dans une convention, permet à l'une comme à l'autre des parties signataires d'exiger

relevé que les principes d'UNIDROIT n'étaient pas conformes aux intérêts et attentes des Entreprises, en acceptant le hardship non contractuel¹⁷⁶⁴.

- La seconde est que les arbitres estiment que les praticiens du commerce international, sont censée se protéger eux même contre la survenance d'événements susceptibles de venir troubler l'exécution du contrat. Compte tenu de leurs compétences, ils sont censées avoir renoncé à l'adaptation des l'instant où ils ne l'ont pas prévue.

La solution actuelle est parfaitement résumée dans la sentence suivante :

L'Affaire CCI 2673 en 1976 : le tribunal arbitral énonce que la nécessité de respecter la stabilité des relations commerciales s'oppose à toute remise en question on révision du contrat à cause d'événements postérieurs à sa conclusion tant qu'ils ne sont pas constitutifs de force majeure ou tant qu'une telle révision n'est pas expressément prévue et réglementée dans le contrat¹⁷⁶⁵.

L'Affaire CCI 2404, en 1975 : considérant que le principe rebus sic stantibus invoqué par X ne peut recevoir son application en l'espèce. Il convient de ne retenir cette notion qu'avec réserve de prudence, surtout lorsque l'intention des parties a été clairement exprimée dans le contrat¹⁷⁶⁶.

Sous-section 2: L'adaptation du contrat par l'arbitre dans le cadre des prévisions contractuelles

Les instruments juridiques internationaux précisent l'étendue de l'intervention de l'arbitre lorsqu'il adapte le contrat « de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résulte du changement de circonstances. »¹⁷⁶⁷ Et « en vue de rétablir l'équilibre des prestations »¹⁷⁶⁸.

Ces précisions relatives à la mission dévolue à l'arbitre dans le cadre d'une situation de hardship sont précieuses. Elles indiquent la mission de l'arbitre qui « **adapte** » le contrat, en lui en fixant clairement les limites : distribuer équitablement entre les parties et les profits résultant du hardship ou rétablir l'équilibre du contrat. Il ne fait que rendre au Rapport contractuel son « efficacité » et ne crée en rien une obligation nouvelle à laquelle les parties n'auront pas consenti.

Si l'économie du contrat est bouleversée, c'est bien par l'événement imprévisible et extérieur aux parties, qui profite à l'une d'elle au détriment de l'autre. C'est ailleurs pourquoi il est de sa mission de vérifier qu'aucune des parties ne cherche ni à sortir du contrat ni à profiter du déséquilibre intervenu. De plus, il est rappelé que cette solution ne sera choisie qu'à condition qu'elle apparaisse raisonnable à l'arbitre. Elle ne remplacera pas une renégociation du contrat conformément à ce qu'elles ont réellement Voulu. Mais elle a le mérite de sortir les contractants de l'impasse, et sans doute, selon certains, d'encourager les parties à s'entendre sur une solution, adaptation ou résiliation du contrat, qui serait le fruit d'une renégociation conforme à l'exécution de bonne foi¹⁷⁶⁹.

que s'ouvre une nouvelle négociation lorsque la survenance d'un événement de nature économique ou technologique, bouleverse gravement l'équilibre des prestations prévues au contrat.

¹⁷⁶³- P Bouchra FOUAD, l'adaptation du contrat dans le droit et le droit international, memoir DESA 2005-2006 université Abdlmalek ESSAADI Tanger, page 56.

¹⁷⁶⁴- Sentence CCI n° 10422 en 2001, journal du droit international I.

¹⁷⁶⁵- René Rodière, réf. Op. cit. Page 173, cité par Bouchra Fouad op. cit. Page 57.

¹⁷⁶⁶- PRADO mauricio almedia, le hardship dans le droit du commerce international, Brylant bruxelles, 2003 Page 208.

¹⁷⁶⁷- Art. 6 : 111 PDEC.

¹⁷⁶⁸- Art. 6.2.3, al 4 (a) des principes UNIDROIT.

¹⁷⁶⁹- Pscal ACCAOUI LORFING, la renégociation des contrats internationaux, Bruylant, bruxelles 2011 Page 310.

L'adaptation du contrat par l'arbitre s'effectue d'une part, dans le cadre des prévisions contractuelles c'est-à-dire en fonction des paramètres fixés par les parties. D'autre part, l'efficacité de l'adaptation du contrat par l'arbitre est fonction de la projection de la solution ainsi adoptée dans le futur.

Il n'est pas certain que les solutions retenues par les arbitres internationaux sont radicalement différentes lorsqu'ils statuent *ex æquo et bono*¹⁷⁷⁰, car ils ne sont pas tenus aux mêmes observances que le juge étatique¹⁷⁷¹. Ils ne sont liés que par les termes de la mission qui leur a été confiée. De surcroît, la distinction entre arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel ne sera pas retenue, dans la mesure où elle n'appartient pas à toutes les cultures juridiques¹⁷⁷².

Section 2: Les modalités d'adaptation du contrat

Une entreprise en difficulté ou un contractant surendetté et un simple particulier n'est souvent pas en position d'imposer une négociation, de surcroît, il apparaît que seul, une modification globale de tous ses engagements peut amener un redressement de situation¹⁷⁷³.

Dans les contrats internationaux conclus pour une longue durée, les parties essaient de prévenir les effets néfastes de l'écoulement du temps par l'insertion de clauses visant l'adaptation (sous-section 1), les parties peuvent convenir dans le cadre de l'adaptation de leur contrat, un tiers pour faciliter leur cheminement vers l'accord recherché (sous-section 2).

Sous-section 1 : Adaptation du contrat programmée par les parties

Il apparaît raisonnable de se borner à prévoir que des négociations devront être tenues si l'évolution des conditions environnant le contrat a pour conséquence de rendre la poursuite de son exécution périlleuse. Selon le degré de prévisibilité et de gravité des phénomènes envisagés, les clauses aménageront des révisions générales (1) ou exceptionnelles (2).

Clauses de négociation générale

Les contrats de fourniture de matières de source d'énergie comportant fréquemment une clause ayant pour objet de provoquer de nouvelles négociations à intervalles réguliers. Ainsi, la compagnie AIR France a négocié avec les groupes pétroliers qui lui fournissent le carburant dont elle a besoin qu'environ les deux tiers des volumes livrés le sont à prix fixes faisant l'objet de renégociation trimestrielle. Une sentence arbitrale C.C.I illustre cette pratique : dans le contrat litigieux, les parties avaient prévu « un mécanisme de négociation pour chaque semestre afin de réduire au minimum le risque de Variation trop importantes des prix »¹⁷⁷⁴.

On peut encore évoquer la clause de révision de prix inscrit dans un contrat de fourniture de charbon conclu au début des années 1980 pour quinze ans reconductible : « le prix de base sera révisé dans les quatre mois précédant les 31 Mars 1987, 1991 et 1995, à la requête de l'une ou l'autre des

¹⁷⁷⁰ Expression latine assez peu usitée de nos jours, signifiant littéralement "selon ce qui est équitable et bon". L'arbitre qui statue comme amiable compositeur juge "*ex æquo et bono*"

¹⁷⁷¹ - Luc Grynbaum, le contrat contingent, l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur, L.G.D.J. Paris, 2004, page 92.

¹⁷⁷² - Sentence C.C.I n° 5953 rendue en 1989, J.D.I. 1990 page 1056.

¹⁷⁷³ - Luc Grynbaum, le contrat contingent, l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur, L.G.D.J. Paris, 2004. Page 205.

¹⁷⁷⁴ - Sentence CCI n° 5953 de 1989, JDI 1990. 1056, obs. y. DERAIS.

parties ; la révision prendra en considération le prix du marché proposé aux acheteurs à ce moment-là par les autres grands fournisseurs canadien de charbon. »¹⁷⁷⁵

Les parties stipulent parfois des clause de négociation très générales dont les conditions de déclenchement et les effets apparaissent bien plus larges que dans le cas précédent, quand bien même leur vocation consiste toujours dans l'adaptation du contrat aux évolutions de son environnement dans une perspective de prévention de la rupture. Il ne s'agit cependant plus de discuter un aspect du contrat à intervalles réguliers mais d'envisager, quand le besoin s'en fera sentir, la modification de toute clause contractuelle, la clause suivante inscrite dans une concession d'exploitation d'un gisement de cuivre, relève de cette catégorie des clauses de négociations générales¹⁷⁷⁶.

La fréquence des négociations n'est pas fixée, ce qui laisse aux contractants l'entière initiative de l'ouverture des discussions. L'objectif poursuivi par ces négociations est largement conçu. Toute initiative ayant pour objet de rendre plus performante l'exécution de la concession pourra justifier l'ouverture de nouvelles discussions entre les parties ce qui peut constituer un certain risque pour la stabilité du contrat en cas d'usage déloyal de cette clause. Il n'empêche que ce type de clause apparaît comme le plus répandu à l'heure actuelle¹⁷⁷⁷.

1- Clause de renégociation exceptionnelle

Les opérateurs du commerce international sont parfaitement conscients du caractère très mouvant ou évolutif de l'environnement technique, économique et politique dans lequel s'inscrivent leurs rapports contractuels. L'examen de la pratique contractuelle l'atteste, plus la durée d'un contrat est longue plus grand est le risque encouru de connaître un véritable bouleversement de ces conditions d'exécution. L'ampleur et la nature des bouleversements économiques et financiers poussant à leur limite les mécanismes d'adaptation automatique des contrats. Pour éviter la rupture du contrat, l'adaptation du contrat apparaît inexorable. L'ampleur de l'adaptation à envisager impose la tenue de nouvelles négociations. Précisément, les opérateurs de nombreux secteurs économiques semblent avoir intégré. Surtout depuis la crise pétrolière de 1973, la technique de la clause de hardship aux termes de laquelle « les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles un rigueur injuste. » les clause de hardship sont l'archétype de la clause de négociation pour les circonstances graves, les clause de force majeure en ont cependant été rapprochées sous l'angle de leur objet. En effet, la démonstration a été faite que les clauses de force majeures tendent souvent à assurer la continuité du contrat en adaptant celui-ci à l'évolution de l'environnement du contrat qui a engendré l'événement exonératoire.

Sous-section2: Adaptation proposée par un tiers

Le contractant exposé à des difficultés d'exécution n'est pas toujours en mesure d'imposer une négociation à ses partenaires. C'est pourquoi il a été créée la fonction de conciliateur dont la tâche afin d'élaborer un accord amiable de règlement de ses difficultés¹⁷⁷⁸, c'est la raison pour laquelle la conciliation constitue un moyen d'adaptation du contrat avec l'aide d'un tiers (1) et l'expertise comme moyen de l'adaptation du contrat avec l'aide d'un tiers (2) aussi.

¹⁷⁷⁵- Simon Hotte, la rupture du contrat international. Edition Defrénois, Paris, 2007, page 175.

¹⁷⁷⁶- « The parties may from time to time by argreement in writing add to, substitue for, cancel or vary all or any of the provisions of this agreement (...) for the purpose of more efficiently or satisfactorily implementing or facilitating any of the objet of this agreement. »

¹⁷⁷⁷- Simon Hotte, op. cit. Page 176.

¹⁷⁷⁸- Luc Grynbaum, op, cit, page 206.

1- La conciliation comme un moyen d'adaptation avec l'aide d'un tiers

La conciliation se définit comme méthode de règlement amiable des litiges avec l'aide d'un tiers. La continuité des affaires et le climat de paix sociale semblent en tous cas avoir beaucoup à gagner de l'utilisation de ce mode de solution pacifique de différends. L'appropriation de la conciliation à la prévention de la rupture doit respecter une procédure et des conditions précises .

En droit interne, et spécialement en France, l'art 27 de la loi du 30.12.1988 qui avait étendu la procédure de règlement amiable aux présidents du tribunal de commerce la suspension des poursuites. C'est après consultation des créanciers que le président peut rendre une ordonnance suspendant les poursuites. Le juge se voit ainsi doter d'un rôle accru dans la procédure de règlement amiable et le conciliateur bénéficie d'un moyen de pression à l'égard des créanciers à la négociation¹⁷⁷⁹.

En droit international, l'engagement de la procédure dépend du consentement de la partie à qui la conciliation est proposée. L'art 2.B.2 du règlement ADR de la CCI comme, l'art 2 du règlement de conciliation de la CNUDCI ou l'art 4 de la loi-type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale international sont parfaitement nets à ce sujet.

En effet, la procédure prendra fin par la conclusion d'un accord entre les parties ou par constat du conciliateur. De même l'art 6 de la loi-type de la CNUDCI dispose que les parties conviennent librement de la manière dont la conciliation doit se dérouler. Faute de convention des parties à ce sujet, le conciliateur agira librement¹⁷⁸⁰.

Enfin, l'avantage majeur de la conciliation découle de son caractère consensuel, l'on observe que la continuité de bonnes relations d'affaires entre parties est garantie par le caractère consensuel de la conciliation.

2- Condition de la conciliation

D'abord la conciliateur doit être indépendant et impartial comme l'exigent le règlement ADR de la C.C.I à l'art 3, le règlement de la CNUDCI à l'Art 4 et la loi-type de la CNUDCI à l'art 5. Cette impartialité et cette indépendance sont déterminantes pour le succès de la procédure de conciliation.

Ensuite, la condition de confidentialité de la procédure est une exigence généralement partagée dans la conciliation commerciale internationale. Cela signifie que les documents, suggestions, Aveux et faits que les parties ont produits durant la conciliation ne pourront servir comme éléments de preuve dans un éventuel différend ultérieur.

Enfin, la volonté des parties tout au long de la procédure apparaît comme la condition nécessaire et absolue du succès de la conciliation¹⁷⁸¹. Une fois encore, cette volonté dépendra des qualités personnelles du conciliateur, des garanties que peuvent offrir ce tiers et la procédure mise en œuvre.

3- Expertise amiable comme moyen de l'adaptation à l'aide d'un tiers

L'expertise amiable consiste dans une mission que les parties contractantes confient à un tiers afin d'obtenir de lui un avis qualifié sur une question technique. Normalement l'expert est choisi par les parties ou par une institution tierce en raison de ses qualités personnelles. Il doit présenter des titres de sa compétence technique et de son honorabilité.

¹⁷⁷⁹- Luc. Grymbaum. Op. cit, page 207.

¹⁷⁸⁰- Simon Hotte op. cit, page 195.

¹⁷⁸¹- M. de BOISSESON, le droit français de l'arbitrage interne et international, Paris GLN Joly 1990. N°229 page 196 cités par Simon Hotte op. cit. p : 197.

L'expert doit être indépendant, ne risquant aucun conflit d'intérêt en acceptant d'effectuer l'expertise dont il est prié. Et pour la procédure d'expertise doit être confidentielle de sorte que les informations communiquées à l'expert seront traitées confidentielles, s'agissant de l'utilisation du rapport d'expertises dans une procédure ultérieure, elle est autorisée, sauf accord contraire des parties comme l'Art 12 paragraphe 4 du règlement CCI le pose.

Le règlement d'expertise CCI indique à l'art 12 que l'expert fait des constatations ou formule des avis « après avoir donné aux parties la possibilité d'être entendues et de présenter des observations écrites ». Les auteurs du règlement semblent avoir pris en compte le phénomène plusieurs fois dénoncé de judiciarisation des procédures amiables et ses effets néfastes en terme de lourdeur, de coût et d'efficacité¹⁷⁸². Le règlement en vigueur n'interdit pas à l'expert de suivre une démarche contradictoire dans cette procédure qui n'est pas contentieuse. Il permet simplement de garantir à l'expert l'accès à toutes les informations et opinion utiles à la rédaction de son rapport. De surcroît, les échanges résultant de l'application d'une procédure contradictoire peuvent se révéler propices à l'approfondissement d'un dialogue source de tout accord ultérieur. Une solution suivie par les experts de la C.C.I consiste à adresser aux parties un projet de rapport appelant des commentaires de leur part.

L'expertise amiable est d'essence consensuelle car le rapport ou l'avis de l'expert n'est pas obligatoire¹⁷⁸³. Les parties sont censées coopérer à l'accomplissement du travail de l'expert.

Enfin, Dans les circonstances de la pandémie de la Covid-19 qui vit le monde, le contrat international demeure très sensible quant aux changements externes pouvant affecter son juste équilibre et sa juste substance. Son adaptation aux circonstances futures devrait être encouragée, pour permettre la prévention et la sécurisation de l'ensemble contractuel et par conséquent de l'économie.

Toutefois, les entreprises concernées par les conséquences de la pandémie du coronavirus devront en outre faire preuve de bonne foi dans la mise en œuvre desdites clauses et également dans leurs discussions avec leurs partenaires. Devant l'urgence de réadapter les contrats internationaux en souffrance, et face au déséquilibre des prestations à cause d'une difficulté d'exécution, le recours à la justice publique ne serait pas la solution privilégiée, néanmoins la justice privée à travers l'arbitrage (clause compromissoire, ou compromis) ou bien la médiation conventionnelle reste le moyen le plus favorable voire le plus viable pour pallier à ce déséquilibre contractuel néfaste.

¹⁷⁸² - B. OPPETT, théorie de l'arbitrage, Paris, PUF 1998. Page 111 cités par Simon Hotte, op. cit. p 199.

¹⁷⁸³ - Art 12, paragraphe 3 du Règlement d'expertise et l'art 1 paragraphe 4 du règlement DOCDEX de la C.C.I.

LE ROLE DU NOTAIRE DANS LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR IMMOBILIER

✍ **Mohammed EL KASSMI**

*Etudiant chercheur en cycle doctoral
- option Droit-*

RESUME :

L'augmentation et la complexité des transactions immobilières ont impliqué l'intervention du législateur marocain pour imposer aux parties de recourir à des professionnels, comme le notaire, pour conclure ces transactions. Ainsi, le législateur a exigé certaines obligations à ce professionnel pour protéger le consommateur immobilier dans la transaction, et ce, préalablement à la signature de l'acte en procédant à des vérifications préliminaires, et même après la signature l'acte par l'accomplissement des formalités liées à cette transaction ainsi que la conservation des documents.

SUMMARY :

The increase and complexity of real estate transactions have implied the intervention of the Moroccan legislator to force the parties to use professionals, such as the notary, to conclude these transactions. Thus, the legislator demanded certain obligations from this professional to protect the real estate consumer in the transaction, and this, prior to the signing of the deed by carrying out preliminary verifications, and even after the signing of the deed by the completion formalities related to this transaction.

INTRODUCTION

Le secteur de l'immobilier au Maroc a connu une évolution remarquable dans les dernières années en raison de plusieurs facteurs : l'accès au financement, le soutien de l'État, avantages fiscaux, etc. Ainsi, cette expansion a eu un impact direct sur le nombre des transactions immobilières réalisées qui ont augmenté considérablement, notamment par les consommateurs à l'occasion de l'acquisition des biens immeubles surtout de la part des promoteurs immobiliers.

Cette évolution a été accompagnée par un ensemble de réformes législatives introduites par le législateur marocain. Ces réformes visent à garantir un équilibre contractuel et une protection du consommateur immobilier, qui représente la partie faible dans la transaction immobilière à l'instar de la loi n° 44-00 relative à la vente d'immeubles en l'état futur d'achèvement tel qu'elle a été modifiée et complétée, la loi n° 18-00 relative au statut de la copropriété des immeubles bâtis tel qu'elle a été modifiée et complétée, la loi n° 39-08 portant code des droits réels tel qu'elle a été modifiée et complétée, la loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire, etc.

Ainsi, le notaire est considéré parmi les principaux intervenants qui veillent à la protection du consommateur immobilier en ce qui concerne la conclusion de la transaction immobilière. En effet, et pour une meilleure protection du consommateur immobilier, notamment dans les actes qui portent sur le transfert de la propriété immobilière comme la vente, il convient au notaire de procéder à plusieurs

vérifications et mesures pour sécuriser cette transaction d'une part, et protéger ce consommateur d'autre part, et ce, à priori (1) et à postériori (2) de la conclusion du contrat.

I – AU COURS DE LA PHASE PREALABLE DE LA CONCLUSION DU CONTRAT

L'intervention du notaire dans les transactions immobilières vise à sécuriser ces opérations en procédant à des vérifications nécessaires (a), ainsi que le conseil des parties sur les répercussions desdites transactions (b).

A- Des Vérifications préliminaires avant la conclusion de la transaction

La mission essentielle du notaire consiste à vérifier que la situation des parties et du bien immobilier vendu est compatible avec l'opération projetée, et à respecter l'ensemble des contraintes juridiques nécessaires à sa concrétisation¹⁷⁸⁴. Par ailleurs, la conclusion des transactions immobilières est précédée d'une vérification de la situation juridique du bien immobilier par le notaire dans le but de s'assurer que le bien immobilier n'est grevé d'aucune charge ou hypothèque.

En pratique, le notaire demande un certificat récent de la propriété du bien immobilier pour s'assurer que la situation du bien est saine. Il est à signaler que la situation de l'immeuble peut changer à tout moment par l'inscription d'une hypothèque, saisie, prénotation, etc aux registres fonciers. Le notaire ici ne peut délivrer le prix de l'acquisition du bien immobilier au vendeur qu'après l'inscription de la vente dans le titre foncier au nom de l'acheteur et sans aucune charge ou hypothèque en relation avec le vendeur, et d'avoir un certificat de propriété qui atteste le transfert de la propriété.

Également, le notaire demande au vendeur de lui présenter l'origine de la propriété objet de la vente qui servira à la conclusion de la transaction. L'origine de propriété peut porter sur un contrat de vente antérieur, un testament, etc. À défaut, il convient au notaire d'informer les parties sur la situation juridique actuelle et réelle de l'immeuble, d'éclaircir à l'acheteur les répercussions qui peuvent en résulter suite à l'achat de ce bien, et de demander au vendeur de payer sa créance en présentant une attestation de la radiation de l'hypothèque¹⁷⁸⁵.

De même, le notaire s'assure que le bien immobilier n'est pas soumis à des redevances en faveur de l'État tel que les impôts, taxes locales, etc. En effet, le notaire exige au vendeur de présenter à ses soins le quitus fiscal relatif au bien immobilier objet de la transaction qui le décharge de toute redevance envers l'État sous peine d'être tenu solidaire avec le vendeur au paiement des impôts et taxes grevant ledit immeuble¹⁷⁸⁶.

Le notaire est tenu responsable de toutes les répercussions qui pourront en résulter en raison de manquement de vérification de la situation juridique du bien immobilier.

¹⁷⁸⁴ Benoît Nuytten, vente immobilière, éd. Francis Lefebvre, 2016, p. 1293.

¹⁷⁸⁵ محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم، الطبعة الثانية، 2015، ص. 56.

¹⁷⁸⁶ L'article 139-IV du code général des impôts dispose : « **En cas de mutation ou de cession d'immeuble ou de fonds de commerce**, il est fait obligation aux adouls, notaires, avocats agréés près la cour de cassation ou toute personne exerçant des fonctions notariales :

de se faire présenter une attestation des services de recouvrement justifiant du paiement des impôts et taxes grevant l'immeuble se rapportant à l'année de mutation ou de cession et aux années antérieures et ce, à peine d'être tenus solidairement avec le contribuable au paiement des impôts et taxes grevant ledit immeuble ;

d'indiquer selon un modèle établi par l'administration, joint à l'acte constatant la mutation ou la cession, l'identifiant commun de l'entreprise ou le numéro d'article de la taxe d'habitation et de la taxe de services communaux, sous peine du refus par l'inspecteur chargé de l'enregistrement, d'enregistrer l'acte. »

Aussi, le notaire s'assure, sous sa responsabilité, de l'identité et de la qualité des parties, de leur capacité de disposer et de la conformité des documents produits à la loi. La jurisprudence française a considéré que le notaire commet une faute lorsqu'il ne s'assure pas de la capacité de disposer du vendeur¹⁷⁸⁷. Le législateur oblige le notaire, en premier lieu, de vérifier l'identité des parties à travers la production des pièces officielles comportant le nom et prénom, l'adresse, la nationalité, les photographies des parties, et la situation familiale pour les personnes physiques. Aussi, il vérifie la capacité des parties de la transaction, et le cas échéant, le pouvoir de la représentation pour s'assurer qu'ils ont la capacité de disposer en vue de conclure valablement la transaction¹⁷⁸⁸.

Les déclarations des parties sont vérifiées par le notaire surtout lorsqu'elles sont facilement vérifiables et/ou lorsqu'elles conditionnent la validité ou l'efficacité de l'acte qu'il dresse, avec les moyens juridiques et techniques d'investigation dont il dispose et en considération des éventuels éléments factuels de nature à éveiller ses soupçons. En cas de déclarations erronées des parties quant aux faits rapportés, sa responsabilité n'est engagée que s'il dispose d'éléments de nature à faire douter de leur véracité ou de leur exactitude¹⁷⁸⁹. Cette obligation de vérification est renforcée lorsqu'une partie est représentée par un mandataire. Dans ce cas, le notaire doit vérifier, par toutes investigations utiles, les déclarations faites en son nom et qui conditionnent la validité et l'efficacité de l'acte.

B – le Conseil des parties

Avant de procéder à la conclusion de la transaction, le notaire, en tant que juriste professionnel, est tenu par l'obligation du conseil des parties tout au long de cette opération. Il s'agit d'une obligation fondamentale et non pas seulement accessoire. Cette obligation découle de l'article 37 de la loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire qui prévoit que le notaire doit donner son conseil aux parties, leur révéler ce qu'il a appris relativement à l'objet de leurs actes et les éclairer sur la portée et les conséquences des actes qu'il reçoit.

L'objet du devoir de conseil est d'aider le client à contracter en toute connaissance de cause et à opérer des choix parmi les options qui s'offrent à lui. Le domaine de cette obligation est extrêmement vaste, puisqu'il porte sur toute information ou tout risque quelconque susceptible de modifier, même partiellement, le consentement des contractants¹⁷⁹⁰. Autrement dit, le notaire a l'obligation d'informer le client de l'ensemble des options dont il dispose pour la transmission de son patrimoine et des avantages et des inconvénients qui en résultent tant pour lui-même que pour ceux qu'il entend gratifier afin de faire un choix éclairé.

Le notaire informe également les parties sur les risques pouvant être rencontrés après la conclusion de la transaction. Ce risque peut être un risque financier qui concerne l'opportunité économique de l'opération, un risque fiscal en avertissant les clients sur le risque de fixation d'un prix non conforme à la valeur du bien vendu. Les conseils du notaire ne doivent pas favoriser les intérêts d'une partie sur une autre, mais il les conseille avec toute neutralité et impartialité. Toutefois, il peut, lorsqu'il adresse ses conseils, d'œuvrer sur le rapprochement des points de vue des parties dans le but de conclure cette transaction. La responsabilité du notaire se trouve engagée lorsqu'il ne conseille pas les parties de l'acte. Cette position a été confirmée par la Cour suprême (Cour de cassation actuellement) qui a estimé que le manquement du devoir de conseil selon la forme prévue par la loi lorsque le notaire n'a pas informé les parties de l'existence d'un nantissement sur les actions objet de l'opération de la vente engage sa responsabilité¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁷ Arrêt de la cour de cassation française n° 07-18780 rendu le 8 janvier 2009.

¹⁷⁸⁸ L'article 37 de la loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire.

¹⁷⁸⁹ Cécile BIGUENET-MAUREL, gestion immobilière, éd. Francis Lefebvre, 2019, p. 131

¹⁷⁹⁰ Benoît Nuytten, vente immobilière, éd. Francis Lefebvre, 2016, p. 1304.

¹⁷⁹¹ Arrêt n° 587 du 23/02/2005 affaire n° 2482/01/07/2002.

L'intervention du notaire garantit aux parties un conseil qualifié et impartial. Il rééquilibre ainsi en partie l'asymétrie d'information qui pouvait exister entre les cocontractants. À cet effet, le devoir de conseil impose tout d'abord au notaire de rédiger des actes qui remplissent toutes les conditions de validité au regard de la loi¹⁷⁹².

II- LA PHASE POSTERIEURE A LA CONCLUSION DU CONTRAT

Après la signature de l'acte de vente par les parties et le notaire, ce dernier procède à l'accomplissement des formalités garantissant le transfert de la propriété au consommateur immobilier (a), et délivrer aux parties, et conserver à son étude, les documents attestant cette opération (b).

A- L'enregistrement et l'inscription de l'acte de vente

Le code général des impôts exige l'enregistrement¹⁷⁹³ de toutes conventions, écrites ou verbales et quelle que soit la forme de l'acte qui les constate, sous seing privé, à date certaine y compris les actes rédigés par les avocats agréés près la Cour de cassation ou authentique notarié, adoulaire, hébraïque, judiciaire ou extrajudiciaire portant sur mutation entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, tels que vente, donation ou échange concernant les immeubles, immatriculés ou non immatriculés, ou de droits réels portant sur de tels immeubles, ainsi que la propriété, de la nue-propriété ou d'usufruit de fonds de commerce ou de clientèles¹⁷⁹⁴.

Ainsi, en vertu de l'article 47 de la loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire, il appartient à ce dernier de soumettre, à la formalité d'enregistrement, des copies des écritures et des actes certifiées conformes à l'original par lui, au bureau d'enregistrement compétent, et de s'acquitter du montant dû dans le délai de 30 jours à compter de la date de la signature de l'acte. En effet, l'enregistrement protège le consommateur immobilier dans la mesure que cette formalité fait foi de l'existence de l'acte et de sa date, et elle est réputée exacte jusqu'à preuve du contraire. En procédant à l'enregistrement de l'acte, le notaire veille à la protection des intérêts de son client en l'empêchant à payer les pénalités de retard et les majorations d'une part, et d'autre part, le client se trouve dans une situation régulière du côté fiscal¹⁷⁹⁵.

Une deuxième obligation incombe au notaire pour garantir le droit de propriété du consommateur immobilier. En effet, le notaire procède à l'inscription du contrat de la vente immobilière dans le titre foncier¹⁷⁹⁶ dans un délai de 3 mois à compter de la date de la rédaction de l'acte¹⁷⁹⁷. Cette inscription porte une très grande importance dans la protection du droit du consommateur immobilier du faite que la rédaction de l'acte uniquement n'est pas suffisante pour transférer la propriété. L'acte rédigé doit être inscrit sur les registres fonciers car il ne produit aucun effet qu'à dater de son inscription sur le titre foncier¹⁷⁹⁸. Cette position a été confirmée par la Cour Suprême qui a décidé de l'inexistence du droit immobilier relatif à un immeuble immatriculé, même entre les cocontractants, s'il n'a pas été inscrit sur le titre foncier, et que l'attestation du notaire n'est pas suffisante, même pour les

¹⁷⁹² Abdelmajid Bargach, le notaire et l'acte authentique, publié sur le site www.notairebargach.ma, p.14.

¹⁷⁹³ L'enregistrement est une formalité à laquelle sont soumis les actes et conventions. Il donne lieu à la perception d'un impôt dit "droit d'enregistrement".

¹⁷⁹⁴ Article 127 du code général des impôts.

¹⁷⁹⁵ 62 محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم، الطبعة الثانية، 2015، ص.

¹⁷⁹⁶ L'article 65 de la loi n° 14-07 sur l'immatriculation foncière

¹⁷⁹⁷ L'article 65 bis de la loi n° 14-07 sur l'immatriculation foncière

¹⁷⁹⁸ L'article 67 de la loi n° 14-07 sur l'immatriculation foncière

cocontractants, afin de prouver la propriété d'un droit réel qui n'a pas été inscrit sur le titre foncier¹⁷⁹⁹. Par ailleurs, et vu les répercussions dangereuses sur les intérêts du consommateur immobilier en cas d'omission ou du retard dans l'inscription de l'acte sur le titre foncier, le législateur a attribué au notaire la mission d'accomplir les formalités nécessaires à l'inscription aux registres fonciers et toutes autres formalités afin de garantir leur effet¹⁸⁰⁰.

B - La facture et la conservation des documents

À la lecture de la loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire, on remarque que le législateur n'a prévu aucune disposition qui exige le notaire de délivrer une facture qui atteste le service rendu au client. Au contraire, d'autres professionnels libéraux sont tenus par l'obligation de délivrer une facture au client. Dans ce sens, et après paiement des honoraires par les demandeurs de témoignage, les adoul sont tenus de délivrer une quittance numérotée extraite d'un registre à souches numéroté et visé par le juge chargé des affaires notariales¹⁸⁰¹. Dans ce sens, on estime que la protection des intérêts du consommateur immobilier suscite une intervention du législateur de prévoir une disposition qui exige au notaire la délivrance d'une facture ou quittance au consommateur au client qui atteste l'opération de vente, et qui précise les frais liés à cette opération ainsi que les honoraires du notaire.

Une autre obligation incombe au notaire à savoir la conservation des actes. En effet, l'article 50 de la loi n° 32-09 précitée exige au notaire de conserver les minutes des actes et des documents y annexés, ainsi que les photocopies des documents établissant l'identité des parties. La responsabilité du notaire se trouve engagée en cas de perte ou détérioration des documents ayant servi à l'accomplissement de l'opération de la vente immobilière. Il s'agit d'une obligation de grande importance qui protège le consommateur immobilier car à la différence des actes sous seing privé dont les originaux demeurent chez les contractants, le notaire conserve la minute et tous les documents y relatifs. Par ailleurs, le consommateur immobilier se sent en sécurité vu que l'acte est conservé par un professionnel, et il peut revenir au notaire à tout moment pour demander une copie en vertu de l'article 55 de la loi n° 32-09 précitée. Également, le notaire ne peut se dessaisir d'une minute conservée par lui qu'en vertu d'une décision de justice conformément à l'article 52 de la même loi précitée. Cet article précise aussi qu'avant ce dessaisissement, un exemplaire signé et cacheté par le notaire est dressé par ce dernier, qui porte la mention de sa conformité à l'original certifiée par le président du tribunal de première instance dans le ressort duquel le notaire exerce. Cet exemplaire tient lieu de minute jusqu'à la restitution de l'original.

Conclusion

Considéré comme une pièce maîtresse, et l'un des rédacteurs les plus qualifiés pour authentifier les transactions immobilières qui sont caractérisées par la complexité, le législateur a imposé un ensemble d'obligations au notaire, notamment dans la loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire. Ils visent d'une part à sécuriser la transaction immobilière ainsi que le bien immeuble, et d'autre part de protéger les intérêts du consommateur immobilier considéré souvent la partie la plus faible dans cette équation.

¹⁷⁹⁹ Arrêt de la cour suprême n° 640 en date du 20-09-1978, dossier civil n° 65558, publié dans la revue des avocats, 12^{ème} année, éd. 14, p. 205.

¹⁸⁰⁰ L'article 47 de la loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire.

¹⁸⁰¹ L'article 43 du décret n° 2-08-378 du 28 chaoual 1429 (28 octobre 2008) pris pour l'application des dispositions de la loi n° 16-03 relative à la profession d'Adoul.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

- *Benoît Nuytten, vente immobilière, édition Francis Lefebvre, 2016 ;*
- *Cécile BIGUENET-MAUREL, gestion immobilière, édition Francis Lefebvre, 2019 ;*
- *Abdelmajid Bargach, le notaire et l'acte authentique, publié sur le site www.notairebargach.ma.*
المراجع باللغة العربية:
- محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحررات الصادرة عنهم، الطبعة الثانية، 2015.

Lois :

- *La loi n° 14-07 sur l'immatriculation foncière ;*
- *La loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire ;*
- *Le code général des impôts ;*
- *La loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire ;*
- *Le décret n° 2-08-378 du 28 chaoual 1429 (28 octobre 2008) pris pour l'application des dispositions de la loi n° 16-03 relative à la profession d'Adoul.*

Jurisprudence :

- *Arrêt n° 587 du 23/02/2005 affaire n° 2482/01/07/2002 ;*
- *Arrêt de la cour de cassation française n° 07-18780 rendu le 8 janvier 2009 ;*
- *Arrêt de la cour suprême n° 640 en date du 20-09-1978, dossier civil n° 65558, publié dans la revue des avocats, 12ème année, éd. 14, p. 205.*

La protection pénale du cyberconsommateur face à la pandémie du virus COVID-19

✉ **Mohammed Rabie HAJIB**

Étudiant chercheur en Droit privé et sciences Criminelles

MOTS CLES :

PROTECTION CYBERCONSOMMATEUR, COMMERCE ELECTRONIQUE, PUBLICITE ELECTRONIQUE, CRIMINALITE INFORMATIQUE, PANDEMIE COVID-19, SANCTION PENALE.

Introduction :

A l'instar des autres pays touchés par la propagation épidémique du Covid-19, Le Maroc a entrepris depuis le 23 Mars 2020, plusieurs mesures législatives, réglementaires et sanitaires pour gérer cette période de crise internationale. Ainsi, un décret-loi n°2.20.293 portant sur les dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire et aux procédures de sa déclaration, a été publié, Mardi 24 Mars, au Bulletin officiel.

Il s'inscrit dans le cadre des mesures préventives accomplies pour lutter contre la pandémie. Ledit décret prévoit dans son article 5 que le gouvernement peut prendre, en cas de nécessité absolue, des mesures exceptionnelles urgentes à caractère économique, financier social ou environnemental.

En effet, l'ensemble des mesures préventives prises pour permettre la réussite du confinement, avaient des conséquences très lourde sur la vie économique et le fonctionnement du marché a été complètement perturbé. La plupart des personnes ont eu recours à l'achat sur internet ou autrement dit le commerce électronique, en l'espèce Jumia.

Le commerce électronique regroupe la vente ou l'achat de biens ou de services effectués par une entreprise, un particulier, une administration ou toute autre entité publique ou privée et réalisé au moyen d'un réseau électronique. Le commerce électronique permet à l'évidence à des personnes isolées de se procurer des biens et services non disponible sur place. Il permet dans certains cas d'éviter un voyage à l'étranger pour se procurer certains biens jugés indispensables.¹⁸⁰²

La protection du consommateur est au cœur des préoccupations de **Sa Majesté le Roi Mohammed VI**. Ses instructions sont très claires pour que cette protection s'organise rapidement, et efficacement, il a été intervenu en personne pour inciter le gouvernement à renforcer les mécanismes de protection de consommateur à travers le contrôle quotidien **pour lutter contre la concurrence déloyale, la hausse des prix et les pratiques frauduleuses.**

¹⁸⁰² HAJIB Mohammed Rabie, La protection pénale du consommateur dans le commerce électronique, Mémoire Master droit privé et sciences criminelles, 2020, P8.

Dès que le consommateur effectue son achat sur Internet, son principal souci est de vérifier si ses données personnelles¹⁸⁰³ transmises au commerçant sont actuellement protégées, et si sa carte de crédit est uniquement utilisée dans la transaction effectuée, un souci légitime concernant la sécurité et la protection de la transaction.

De plus, ses soucis ne s'arrêtent pas ici : après avoir *commandé* le bien et payé, il veut s'assurer que sa commande sera livrée et en ce cas, que la livraison interviendra selon les conditions et modalités convenues.

En ce qui concerne la protection des données à caractère personnel, La réforme constitutionnelle de juillet 2011 a réaffirmé l'attachement du Maroc à la construction d'un État de droit, démocratique et moderne qui protège les droits de l'Homme et les libertés individuelles et collectives. Parmi ces droits, figure le droit à la protection de la vie privée.

Lorsque la Constitution affirme le principe du droit à la protection de la vie privée, elle entend protéger les droits des individus quant aux informations qui leurs sont personnelles.

Ceci nous entraîne à demander si le consommateur est proprement immunisé contre les risques des transactions électroniques et d'éléments (négociations et endroit d'élaboration du contrat) ? Ou si en vérité les paramètres des transactions électroniques favorisent le commerçant professionnel au consommateur.

Dans le temps, on pouvait assimiler le contrat de consommation en ligne avec la théorie des contrats entre absents. Mais avec l'évolution rapide des contrats électroniques, un besoin de règles propres à ce monde virtuel va émerger. En effet, si les parties au contrat électronique sont physiquement « absentes », elles sont néanmoins présentes sur un plan virtuel, sur un lieu d'échange constitué par un site internet interactif qui permet au contrat électronique de se rapprocher d'un contrat classique.

La problématique juridique posée : quelle est l'étendue de la protection pénale du cyberconsommateur Marocain ? et comment le droit pénal a pu protéger le consentement donné par le cyberconsommateur ?

Dans un premier temps l'étude portera sur la protection pénale du cyberconsommateur avant et jusqu'à la formation du contrat en ligne durant l'état d'urgence sanitaire (I) on s'apercevra que tout le déroulement de la vente électronique est encadré par la loi et que rien n'est laissé au hasard. Puis dans un second temps, il conviendra d'analyser la protection pénale du consommateur et l'exécution du contrat en ligne puis le règlement des litiges pouvant être dus tant à cause d'une irrégularité au moment de la formation du contrat qu'à une irrégularité survenue lors de l'exécution du contrat (II).

I- La protection pénale du cyberconsommateur et la formation du contrat en ligne durant l'état d'urgence sanitaire

Aujourd'hui le monde est obnubilé, ébranlé et frappé par une crise sanitaire extraordinaire. Un fléau aux conséquences fâcheuses, aussi diverses que diversifiées qui impacte inéluctablement le droit du marché au grand dam des consommateurs et incite certains professionnels à profiter et user de cette situation de panique en utilisant certaines pratiques commerciales abusives et trompeuses de nature à induire en erreur le consommateur qui peut être un profane.

¹⁸⁰³ La loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

A cet effet, et après adoption au Maroc du décret n° 2.20.293 portant annonce de l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire national pour faire face à la propagation du coronavirus (Covid-19), qui a été publié [au Bulletin Officiel](#) dans son édition du 24 mars 2020, une ruée vers les grandes surfaces et les commerces de proximité a été observé par crainte de fermeture des supermarchés, du commerce et épuisement du stock, ce qui a occasionné un approvisionnement en masse. D'où une augmentation des prix, notamment des produits alimentaires.

Ainsi, nous avons remarqué une hausse des prix de certaines denrées de premières nécessités parmi lesquelles des produits pharmaceutiques comme les gels hydro alcooliques, les gants, les masques de protection.

Le D.O.C1804 ne fournit aucune définition de la formation du contrat et se contente d'envisager les conditions essentielles pour la validité des conventions.

Ainsi, l'article 2 dispose que « **les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont** » :

- 1- La capacité de s'obliger ;
- 2- Une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ;
- 3- Un objet certain pouvant former objet d'obligation ;
- 4- Une cause licite de s'obliger ;

Aux termes de ce texte, pour être valablement formé, le contrat suppose la réunion de quatre conditions : la capacité, le consentement, l'objet et la cause.

La formation du contrat peut emprunter la voie de l'internet en tant que support de communication. Par conséquent l'exécution du contrat ne gouverne pas la qualification du contrat électronique, seule la formation du contrat électronique importe. Il faut donc durant cette période de formation du contrat anticiper tous les risques que peut entraîner l'exécution du contrat, par conséquent la protection du cyberconsommateur doit être renforcée.

Un dispositif a été mis en place afin d'assurer la protection du cyberconsommateur, notamment la loi n° 31-081805 lorsqu'il désire effectuer un achat sur internet. Il était nécessaire d'intervenir au stade de la formation du contrat électronique ainsi qu'au moment de la phase préalable à la formation de ce contrat.

En vertu de l'article 31806 de la loi n° 31-08 le cyberconsommateur est tenu de respecter l'obligation d'information avant la formation du contrat. Cette obligation d'information est très stricte et doit être respectée tant dans les publicités que les offres électroniques.

Il est nécessaire que le consommateur soit clairement informé sur les produits qu'ils désirent acheter, il ne doit pas par exemple être victime d'une publicité trompeuse ou mensongère. Tout doit être fait pour que le cyberconsommateur soit mis confiance avant son consentement. Ce dispositif de protection ne vise donc pas que le contrat électronique au stade de sa formation mais englobe aussi toute la phase préalable à la formation du contrat électronique c'est-à-dire la prospection en ligne se traduisant plus couramment par la publicité électronique et l'offre électronique.

« Commerce et tromperie vont sans doute de pair depuis l'origine des temps et ce n'est pas sans raison que Mercure était dans la mythologie romaine, à la fois le dieu des marchands et celui des

¹⁸⁰⁴ Dahir formant le code des obligations et des contrats.

¹⁸⁰⁵ Loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

voleurs »¹⁸⁰⁷. Cette malhonnêteté dans les relations commerciales a, de tout temps, été décriée par le cors social.

La religion musulmane s'inscrit également dans le droit fil de ce mouvement foncièrement réprobateur puisque de nombreux versets coraniques stigmatisent explicitement de tels agissements ou, à tout le moins, exhortent, en ce domaine, à une probité absolue et à une rigoureuse et scrupuleuse observation des devoirs de la morale et de la justice.

A seule fin d'illustration, citons les exemples suivants :¹⁸⁰⁸

« Donnez la juste mesure et le bon poids, en toute justice »¹⁸⁰⁹

« Donnez donc la pleine mesure et le poids et ne donnez pas aux gens moins que ce qui leur est dû »¹⁸¹⁰

« Ne diminuez pas les mesures et le poids »¹⁸¹¹

« O mon peuple, faites équitablement pleine mesure et plein poids, ne dépréciez pas aux gens leurs valeurs et ne semez pas la corruption sur la terre »¹⁸¹²

« Malheur aux fraudeurs qui, lorsqu'ils font mesurer pour eux-mêmes exigent la pleine mesure, et qui lorsqu'eux-mêmes mesurent ou pèsent pour les autres (leur) causent perte »¹⁸¹³

La seconde source religieuse de l'islam, la sunna, est venue corroborer cette position.

Empêcher la tromperie dans les ventes et les opérations commerciales dans le monde musulman faisait partie des fonctions du Prophète et des Khalifs après lui. Cette fonction a ensuite été attribuée au « Mouhtassib » qui avait même le pouvoir d'infliger des châtiments discrétionnaires pour les actes dont le caractère prohibé était unanimement reconnu.

La situation au Maroc ne différait guère de ce constat puisque la répression de ces agissements était dévolue au « Mouhtassib » dont les pouvoirs ont été diminués lors du début de l'ère coloniale avant que les autorités françaises ne lui restituent la majorité de ses attributions.

L'institution de la « Hisba » a été consacrée et réglementée après l'indépendance par un dahir du 21 juin 1982¹⁸¹⁴, le « Mouhtassib » demeurant, à ce jour, l'un des organes en charge du contrôle et de la répression des fraudes au Maroc.¹⁸¹⁵

La publicité électronique présente des dangers car pour attirer le consommateur, les cybermarchands peuvent employer des techniques qui contiennent de fausses informations ou omettent

¹⁸⁰⁷ GHESTIN Jacques, Traité des contras : la vente, LGDJ, 1990, P377.

¹⁸⁰⁸ HAKAKAT Ahmad, La traduction des sens de tous les versets qui suivent, Le saint Coran, traduction du sens des versets, Dar Al Fikr, 2004.

¹⁸⁰⁹ Sourate 6, verset 152.

¹⁸¹⁰ Sourate 7, verset 85.

¹⁸¹¹ Sourate 11, verset 84.

¹⁸¹² Sourate 11, verset 85.

¹⁸¹³ Sourate 83, verset 1, 2 et 3.

¹⁸¹⁴ Dahir n°1.82.70 du 21 juin 1982 portant promulgation de la loi n°02.82 relative aux attributions du Mouhtassib et des oumana des corporations, B.O. n° 3636 du 7 juillet 1982.

certaines renseignements de façon à induire en erreur le consommateur et à l'inciter à contracter. La publicité électronique permet de faire un rapprochement avec l'obligation d'information renforcée du cybermarchand avant la formation du contrat. Le législateur Marocain a mis en place une réglementation complète au niveau de la **loi n° 31-08** dans son article 21¹⁸¹⁶ pour encadrer la publicité lorsqu'elle s'adresse au consommateur en insistant plus particulièrement sur l'ensemble des informations à fournir.

L'article premier du dahir du 5 octobre 1984 dispose : « est coupable de fraude par tromperie ou falsification quiconque, par quelque procédé que ce soit, induit en erreur le contractant sur la substance ou la quantité de la chose annoncée ou effectuée, en violation des dispositions de la présente loi ou des textes pris pour son application ou contrairement aux usages professionnels et commerciaux, toute opération tendant à les modifier frauduleusement ». La fraude peut donc emprunter le truchement d'une tromperie ou d'une falsification d'où la pertinence de traiter ces deux incriminations.

L'article 10 dudit dahir s'attache, en outre, à sanctionner toute publicité mensongère ou tendancieuse ; il mérite de ce fait d'être également étudié au regard de l'importance de cette incrimination pour la sauvegarde des intérêts des consommateurs.

A. Le délit de tromperie :

La tromperie consiste à faire croire que la chose objet de la convention ou objet du contrat de vente est identique à la vraie ou possède des qualités autres que celles qu'elle possède véritablement. Il s'agit donc d'un « *dol qui vicie le consentement et qui est punissable en droit pénal que soit son résultat effectif* » ou son degré de gravité.

B. Le délit de falsification :

Le dahir du 5 octobre 1984 ne donne aucune définition de la falsification. Elle doit cependant s'entendre de « toute manipulation qui tend, artificiellement, à modifier les caractéristiques naturelles d'un produit destiné à l'alimentation humaine ou animale, ou même seulement la composition d'un produit naturels lorsque cette composition fait l'objet d'une réglementation impérative par décrets »

Il existe différentes formes de falsification : celle-ci peut se faire par addition, en mêlant au produit une substance différente pour faire croire que le produit ainsi obtenu est pur et sans mélange et, surtout, pour le faire paraître meilleur qu'il n'est en réalité.

La falsification peut aussi s'opérer par le biais d'une soustraction, c'est-à-dire en enlevant une partie des éléments de la composition au produit véritable tout en le présentant et en le vendant au public comme un produit normal.

Il résulte de ce qui précède que la falsification est un acte volontaire et non accidentel, il conviendra dès lors de déterminer l'intention frauduleuse. Les mêmes principes dégagés précédemment concernant les délits de tromperie s'appliquent parfaitement à la falsification.

C. Le délit de publicité mensongère :

Le dahir du 5 octobre 1984 ne s'est pas contenté d'édicter des sanctions pénales à l'encontre de tout fraudeur ayant commis le délit de tromperie ou de falsification, mais s'est également intéressé à la sanction de la publicité mensongère.

Le législateur, conscient du pouvoir de persuasion de la publicité¹⁸¹⁷ et de son rôle déterminant dans l'orientation du choix des consommateurs, a souhaité débarrasser cette dernière de ses déviations

¹⁸¹⁶ L'article 21, loi n° 31-08.

abusives ou tendancieuses. Il était en effet grand temps qu'il se saisisse de ce dossier après le développement qu'a connu ce secteur à partir de 1967.

La volonté d'attirer la clientèle a finalement conduit à des abus que les tribunaux ne parvenaient à sanctionner qu'en ayant recours au **code pénal unifié Marocain**, plus précisément aux dispositions relatives à l'escroquerie règlementer par l'article 540 du CPU¹⁸¹⁸, en assimilant la publicité mensongère à une manœuvre frauduleuse, ou encore à l'usage de faux.

- **Le contenu de l'offre électronique :**

L'offre de vente électronique doit contenir divers types d'information spécifiques présentées selon un niveau de qualité tel qu'il soit possible au cocontractant de mesurer pleinement les avantages et risques de cette transaction.

L'obligation de renseignement est une obligation d'origine prétorienne qui est devenue légale et qui existe dans la plupart des contrats. Tout vendeur ou tout fournisseur doit mettre, par tout moyen approprié, l'acheteur ou le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du produit, du bien ou du service ainsi que l'origine du produit, ou du bien et la date de péremption, le cas échéant, lui fournir les renseignements susceptibles de lui permettre de faire un choix rationnel compte tenu de ses besoins et de ses moyens.

Cette obligation ne peut plus être fondée sur l'obligation tacite des parties. Il existe trois types d'obligations de renseignement de la même famille, celle : d'information ; de conseil et de mise en garde.¹⁸¹⁹

L'obligation générale d'information mise à la charge des professionnels reste l'une des dispositions juridiques instaurée par le législateur marocain pour faire face à une augmentation de prix des produits et à toute pratique commerciale trompeuse de nature à induire en erreur le consommateur dans toutes les circonstances.

Dans ce sens, et selon l'article 3 de la loi, les fournisseurs doivent mettre, par tout moyen approprié, le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du produit, du bien ou du service ainsi que l'origine du produit ou du bien et la date de péremption, et le cas échéant lui fournir les renseignements susceptibles de lui permettre de faire un choix rationnel compte tenu de ses besoins et de ses moyens.

La loi 31-08 prévoit à cet effet que tout fournisseur doit notamment par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix des produits et biens et tarifs des services, et lui fournir le mode d'emploi et le manuel d'utilisation, la durée de garantie et ses conditions ainsi que les conditions particulières de la vente ou de la réalisation

¹⁸¹⁸ **Article 540 CPU** : Quiconque, en vue de se procurer ou de procurer à un tiers, un profit pécuniaire illégitime, induit astucieusement en erreur une personne par des affirmations fallacieuses, ou par la dissimulation de faits vrais, ou exploite astucieusement l'erreur où se trouvait une personne et la détermine ainsi à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers, est coupable d'escroquerie et puni de l'emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 500 à 5 000 dirhams.

La peine d'emprisonnement est portée au double et le maximum de l'amende à 100 000 dirhams si le coupable est une personne ayant fait appel au public en vue de l'émission d'actions, obligations, bons, parts ou titres quelconques, soit d'une société, soit d'une entreprise commerciale ou industrielle.

¹⁸¹⁹ **ALAOUÏ Faiza**, Droit des contrats nommés, dar al qalam, 2017, p61

de la prestation et, le cas échéant, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle. Le législateur marocain a fixé le contenu de cette obligation et a précisé ses modalités par voie réglementaire.

De même, nous constatons également que l'article 4 de la loi 31-08 oblige le fournisseur à délivrer une facture, quittance, ticket de caisse ou tout autre document en tenant lieu à tout consommateur ayant effectué une opération d'achat et ce, conformément aux dispositions fiscales en vigueur. En outre, tout produit ou bien mis en vente doit obligatoirement être accompagné d'une étiquette.

Aussi, et selon l'article 12 de la même loi, dans tout contrat de vente, le fournisseur doit lorsque le prix ou le tarif convenu excède un seuil fixé à 3000 DH, et que la livraison des produits, biens ou l'exécution de la prestation n'est pas immédiate, préciser par écrit, la date limite à laquelle il s'engage à livrer les produits, les biens ou à exécuter la prestation au niveau du contrat, de la facture, du ticket de caisse, de la quittance ou de tout autre document délivré au consommateur.

A cet égard, le législateur marocain prévoit dans son article 173 de la loi n°31-08 une amende de 2000 à 5000 dirhams pour les infractions aux dispositions du titre II de la même loi et ses textes d'application.

Le législateur marocain a prévu aussi dans son article 21 de la loi n°31-08 que toute publicité, quelle qu'en soit la forme, qui peut être reçue à travers un service de communication s'adressant au public, doit indiquer sa nature publicitaire de manière claire, sans ambiguïté et préciser le fournisseur pour lequel elle a été réalisée. Les offres promotionnelles, telles que les ventes en soldes, les primes et les loteries publicitaires, doivent particulièrement être explicites quant à leur nature.

Sur le **plan pénal**, le législateur marocain a réprimé dans son article 174 de la loi n°31-08 les infractions aux dispositions des articles 21 et 22 d'une amende de 50.000 à 250.000 dirhams. Si le contrevenant est une personne morale, il sera puni d'une amende de 50.000 à 1.000.000 dirhams

En outre, nous remarquons que le législateur marocain a consacré dans l'article 29 un principe général de sanction de l'exploitation de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur afin de renforcer la protection des consommateurs les plus vulnérables.

L'abus de faiblesse ou d'ignorance est une pratique qui consiste à profiter de l'ignorance ou de la faiblesse, physique ou morale, provisoire ou permanente, d'une personne (enfants, personnes âgées, malades, etc.) pour l'inciter à s'engager dans un acte d'achat ou d'engagement. Il s'agit de personnes qui ne sont pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elles prennent, ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour les convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elles ont été soumises à une contrainte.

Sur le **plan civil**, l'engagement né d'un abus de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur est réputé nul et ne pourra produire d'effets et le consommateur conserve le droit de se faire rembourser les sommes payées et d'être dédommagé sur les préjudices subis. Sur le plan pénal, le professionnel risque un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 1.200 à 50.000 de DH ou de l'une de ces deux peines seulement. Si le contrevenant est une personne morale, il sera puni d'une amende de 50.000 de DH à 1.000.000 de DH.

- **Le moment de la formation du contrat électronique :**

Par l'intermédiaire d'un moyen de communication à distance, les parties expriment leurs volontés définitives de s'engager lorsque le contrat se forme à distance. Il y a donc un laps de temps séparant l'offre de l'acceptation et entre les parties puisque celles-ci se trouvent dans des lieux différents au moment des consentements.

La détermination de cette date de formation est très importante car elle permet de connaître le moment exact du transfert. De plus, en connaissant cette date on pourra fixer les points de départ de certains délais (ex : délai de rétractation, délai de prescription...) Les juges préfèrent souvent prendre en considération les circonstances de fait pour apprécier s'il faut adopter l'une ou l'autre conception et considérer le contrat comme conclu ou non.

- **Le cyberconsommateur et le droit de rétractation :**

Le consommateur n'a pas la possibilité de vérifier la réalité du produit mis en vente sur un site Internet avant la conclusion du contrat donc ce droit de rétraction accordé au cyberconsommateur est entièrement justifié. Il s'agit d'un droit dérogeant aux règles générales de droit commun.

« *Nul ne peut se faire justice lui-même* » c'est un principe du droit qui consiste en l'existence des institutions spéciales qui vont nous faire justice, et donc aucune personne n'a le droit à sanctionner une autre ou même arracher son droit d'une autre. Mais, le droit de rétractation ce n'est qu'une exception à ce principe puisqu'il permet à une personne, le consommateur, de revenir sur un contrat tout simplement par sa propre volonté.

Le droit de rétractation est l'un parmi les droits fondamentaux édictés par le préambule de la **loi 31-08** édictant des mesures de protection du consommateur. Il est considéré comme l'un des droits visant à protéger le cyberconsommateur dans la phase post contractuelle.

En parcourant les études et recherches sur le droit de rétractation, on constate tout d'abord qu'il existe une diversité linguistique dans ce droit, parfois appelé droit de rétraction, parfois droit de renonciation, droit de repentir...etc.¹⁸²⁰

L'article 36 de la **loi 31-08** est claire concernant le délai du droit de rétraction, il dispose que : « *Le consommateur dispose d'un délai de sept jours pour exercer son droit de rétractation (...) sans avoir à se justifier, ni à payer des pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour. Les délais mentionnés à l'alinéa précédent courent à compter de la date de réception du bien ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services.*

Le même article ajoute que : « *de trente jours pour exercer son droit de rétractation, si le fournisseur n'honore pas son engagement de confirmer par écrit les informations prévues dans les articles 29 et 32* ». Cette dernière disposition vise à protéger le consommateur non informé sur certains informations. Le délai d'exercice du droit de rétractation est porté à **trente jours** lorsque le fournisseur ne se comporter pas vigilant et n'honore pas cette obligation d'information.

Alors le délai de rétraction normale est de **7 jours** à compter, soit à partir de la date de la réception du bien, soit à partir de la date de l'acceptation de l'offre (conclusion du contrat) pour les services. En revanche, **le législateur français** a porté ce délai de rétractation de 7 jours à **14 jours** après la transposition de la directive européenne n° 2011/83/UE.

II- L'exécution du contrat en ligne

Une fois le contrat électronique valablement conclu, il est temps de passer à l'exécution de celui-ci. Cette exécution se traduit par des obligations réciproques entre les parties au contrat. L'exécution du contrat englobe le paiement dû par le cyberconsommateur qui est son obligation principale et l'obligation de livraison de la part du consommateur.

¹⁸²⁰ ROCHFELD, Judith. L'acquis communautaire : le contrat électronique, paris, Economica, 2010, P.146.

Tout est fait pour assurer une sécurisation du paiement en ligne de la part du consommateur mais on s'aperçoit que les fraudes liées à l'utilisation frauduleuse d'une carte bancaire sont encore nombreuses donc les progrès dans ce domaine ne manqueront jamais.

Le code de la consommation prévoit une responsabilité de plein droit du professionnel et les cas d'exonérations sont strictement limités et encadrés par la loi.

- **Le cyberconsommateur et la sécurisation du paiement en ligne pendant la période de l'état d'urgence sanitaire :**

Pour assurer le développement du commerce électronique, il est indispensable de mettre en place un système de sécurisation des paiements. Cela a un double enjeu, cette sécurisation doit permettre de garantir les montants prélevés et la confidentialité des informations bancaires transmises et pour le cybermarchand elle doit garantir l'effectivité du paiement.

L'évolution constante du commerce, le développement des techniques de fraudes et techniques de falsification ont considérablement modifié le cadre des pratiques liées à l'utilisation de la carte bancaire. Les systèmes de paiement en ligne et par mobile posent toutefois des problèmes aux consommateurs dans la mesure où ils s'exposent à des risques en matière de sécurité. Des tiers non autorisés peuvent accéder à leurs données sans qu'ils en soient informés et aient donné leur consentement.

Certains des pays en développement qui ont répondu au questionnaire de la CNUCED¹⁸²¹ ont indiqué que les difficultés qu'ils rencontraient étaient notamment l'encaissement tardif des paiements par les commerçants ; l'irréversibilité des paiements ; les confirmations tardives ; et le blocage du paiement au niveau de l'établissement bancaire, du système de paiement en ligne ou de l'entreprise destinataire sans que le consommateur ne sache où se situe le blocage. Certaines de ces difficultés peuvent découler de réseaux Internet mal conçus.

L'acquéreur a deux principales obligations d'importance variable qui sont considérées comme stables, l'article 576 du DOC prévoit : celle de payer le prix de vente et celle bien évidemment de prendre la livraison.¹⁸²²

Le paiement constitue une obligation essentielle dans les relations contractuelles, celle de payer le prix, contrepartie du bien acquis ou du service rendu. Bien qu'il s'agisse d'une obligation fondamentale, le code de la consommation est silencieux sur les questions du paiement en ligne. La directive « commerce électronique » n'apporte pas plus.

Le cyberconsommateur dispose de différents moyens de paiement virtuels :

1. **Le paiement par carte bancaire :** ce canal intégré et intuitif, permet au client d'effectuer tout son processus d'achat en ligne sur le site du marchand, et minimise ainsi les risques de déperdition. Il est régi par le [Centre Monétique Interbancaire \(CMI\)](http://www.mission-maroc.ch/fr/pages/103.html) et il est nécessaire le recours à un prestataire de services de paiement (PSP) pour l'intégration et le paramétrage de l'API (interface de programmation applicative) de paiement par CB. Ce moyen gagne aussi en sécurité vu que tous les pages de transactions sont en HTTPS et que tous les banques ont appliqué la double authentification via validation de l'achat par code reçu via SMS au numéro de téléphone du client.

¹⁸²¹ <http://www.mission-maroc.ch/fr/pages/103.html> : Créée en 1964 en tant que mécanisme intergouvernemental permanent, la CNUCED est le principal organe de l'Assemblée des Nations Unies dans le domaine de commerce et de développement.

¹⁸²² ALAOUÏ Faiza, ouvr cité, P75.

2. **Païement à la livraison :** (Amana contre remboursement) : A notre sens, le moyen le plus plébiscité par une grande partie de nos ressortissants qui ne font pas encore confiance aux moyens de païement électroniques et préfèrent n'effectuer la transaction qu'après avoir reçu et vérifié leur marchandise, ce qui est tout à fait logique vu que les comportements d'achat traditionnelles sont toujours ancrés dans nos habitudes. S'il comporte plusieurs avantages pour le client, ce canal comporte des risques pour le fournisseur non négligeable.
3. **Application de E-Banking :** La majorité des banques au Maroc proposent actuellement leur application mobile qui permettant la gestion de son compte bancaire via son téléphone portable. Ces applications permettent aussi, selon les partenariats effectués par chaque entité financière, de payer directement des factures (Téléphone, électricité, taxes.) ou des prestations vendues sur Internet (billets d'avion).

Le consommateur n'est pas à l'abri d'un vol, d'une perte de sa carte bancaire. Cela pourrait permettre une utilisation frauduleuse de son moyen de païement sur Internet.

L'utilisation de plus en plus accentuée de l'outil informatique a ses revers qui contrebalancent sa productivité et sa rentabilité. En effet, toutes les entreprises qui s'informatisent se trouvent confrontées aux problèmes de la sécurité de leurs systèmes informatiques. Les banques en particulier se trouvent confrontées à toutes les fraudes par cartes bancaires.

La carte bancaire est à l'heure actuelle l'instrument de païement le plus utilisé dans les pays développés aussi bien dans le quotidien des personnes que pour les païements en ligne. Avec l'essor des nouvelles technologies et son pendant le commerce électronique, cette évidence est encore plus prononcée au point de s'imposer à nous comme le futur mode normal d'échange.

Pour prévenir le vol des données de carte bancaire lors des païements en ligne, la communication des identifiants bancaires figurant sur la carte du titulaire doit s'effectuer selon un mode sécurisé : la cryptographie. Les moyens de cryptologie vont permettre la vérification de la justesse et de l'authenticité des données transmises tout en garantissant la confidentialité par le chiffrement des informations.

Les protocoles d'authentification à distance doivent nécessairement être améliorés afin de prévenir les cas de fraudes, l'authentification étant l'élément essentiel tendant à préserver la sécurité des païements par carte bancaire en ligne. **1823**

• La protection du consentement électronique par le droit pénal

Il convient de s'attacher à l'étude d'un sujet d'une gravité et d'une importance extrêmes : celui de la criminalité informatique. En effet, dans le cadre du commerce électronique, le consentement, c'est-à-dire la volonté exprimée par une partie désireuse de conclure un contrat de vente électronique, peut être criminellement exploité par des délinquants informatiques qui n'hésiteront pas à en tirer parti pour commettre des infractions totalement inédites et hautement ingénieuses.

Au Maroc, comme le cas de la plupart des pays qui ont choisi la voix de l'ouverture économique et de la transformation vers une société de l'information et de la communication. Menacé par le phénomène de la cybercriminalité, le Maroc est aussi conscient de cette dualité entre la nécessité de la transformation numérique et le risque cybernétique, par conséquent depuis une décennie le Maroc a mis en place une stratégie nationale de cybersécurité et de sécurité des systèmes d'information favorisant la transformation vers l'économie numérique et vers la société de l'Information et de la communication, afin de promouvoir ce choix stratégique, plusieurs projets ont été réalisés sur le plan

¹⁸²³ GAKOUE Soukrou Adélaïde, « Fraude à la carte bancaire et païement en ligne : quelle garantie de sécurité », Doc publication, les Editions de l'immatériel, 2017. P3.

organisationnel et réglementaire en matière du monde numérique, ce qui a été traduit par la mise en place de nouvelles structures adéquates à savoir la mise en place de la direction générale de la sécurité des systèmes d'information (DGSSI) et également le centre marocain d'alerte et de gestion des incidents informatiques (MA-CERT) relevant de la direction de la défense nationale, des laboratoires régionaux d'analyse de traces numériques et anti-cybercriminalité, relevant de la direction générale de la sûreté nationale (DGSN), et en terme de protection des données personnelles, dans le cadre du plan stratégique Maroc Numérique, la mise en place de la commission nationale de contrôle de la protection des données personnelles (CNDP), sans oublier le rôle de l'agence nationale de réglementation des télécommunications (ANRT) qui est une autorité en étroite relation avec les opérateurs des télécommunications et les fournisseurs d'accès à Internet.¹⁸²⁴

Sur le plan réglementaire, le Maroc a mis à jour ses textes de lois surtout le code pénal et a mis en place de nouveaux décrets et lois relatives à la réglementation numérique telle le cas de la loi n°53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques, la loi n° 09-08 relative au traitement automatisé des données personnelles, sans oublier la ratification de conventions internationales en matière de lutte contre la cybercriminalité et le terrorisme via les moyennes technologique de communication, à savoir par exemple la Convention de Budapest relative à la cybercriminalité.

Ainsi, l'acheteur encourt le risque de passer une transaction avec un site frauduleux. Il se pourrait aussi qu'un tiers intercepte le message envoyé au vendeur ou parvienne à forcer le système de sécurité informatique mis en place et accède de ce fait à certaines données confidentielles, notamment le numéro de la carte de crédit, ou bien encore télécharge les informations convoitées sans bourse délier. Ceci pourrait également être l'œuvre d'un concurrent ou d'une personne animée par un simple esprit de défi.

A- Les infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé des données :

Les intrusions : la loi n° 07-03 incrimine l'accès et le maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données. Cette infraction résulte de l'article 607-3 du code pénal qui dispose dans sa rédaction de 2003 : « le fait d'accéder, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé des données est puni d'un mois à trois mois d'emprisonnement et de 2000 à 10000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement ». Dès lors que le maintien ou l'accès frauduleux entraîne une altération du système, la loi marocaine prévoit un doublement de la peine. En effet, l'article 607-3, al.3 du code pénal dispose « la peine est portée au double lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le STAD, soit une altération du fonctionnement de ce système ».

L'accès au STAD peut se faire :

- Depuis l'extérieur du système : ainsi, un pirate qui pénètre dans un ordinateur connecté à l'internet tombe sous le coup de la loi.
- Depuis l'intérieur du système : un salarié qui, depuis son poste, pénètre dans une zone du réseau de l'entreprise à laquelle il n'a pas le droit d'accéder pourra être poursuivi.

Les atteintes : L'article 607-5 du code pénal, inséré par la loi n° 07-03, dispose que « le fait d'entraver ou de fausser intentionnellement le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données est puni d'un an à trois ans d'emprisonnement et de 10.000 à 200.000 dirhams d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement ».

¹⁸²⁴ <https://observatoire-fic.com/la-lutte-contre-la-cybercriminalite-au-maroc-les-realizations-et-quelques-defis-par-pr-youssef-bentaleb-centre-marocain-de-recherches-polytechniques-et-dinnovation>.

Aux termes donc de l'article précité, les atteintes au fonctionnement consistent dans le fait d'entraver ou de fausser le système.

L'entrave est définie par certains auteurs comme étant l'acte visant à « **empêcher le fonctionnement logiciel ou matériel du système en provoquant une paralysie partielle ou totale, progressive ou instantanée, temporaire ou définitive, ponctuelle ou permanente et enfin simple ou récurrente de celui-ci** ».

B- La loi n°09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel :

Le Maroc dispose désormais d'un arsenal juridique sur la protection des données personnelles dont l'objectif est de contraindre les informaticiens et tous ceux qui ont accès aux données automatisées à respecter des règles précises sous peine de sanctions.¹⁸²⁵

La Constitution du Royaume du Maroc

- « Toute personne a droit à la protection de sa vie privée », article 24 de la

Constitution du Maroc.

- « ... Le droit à l'information ne peut être limité que par la loi, dans le but d'assurer la protection de tout ce qui concerne la défense nationale, la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat, ainsi que la vie privée des personnes, de prévenir l'atteinte aux droits et libertés énoncés dans la présente Constitution ... », article 27 de la Constitution du Maroc.

Il s'est doté d'une **loi n° 09-08** pour protéger les personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Néanmoins, l'application de cette réglementation tarde à se généraliser de manière concrète sur les administrations, entreprises et organismes publics et privés bien qu'elle soit devenue obligatoire pour l'ensemble des personnes morales depuis plusieurs mois. Résultat : les citoyens et les consommateurs marocains continuent à penser que les nouvelles technologies représentent un danger pour leur vie privée.

La **loi n° 09-08** s'applique au traitement des données à caractère personnel, sous quelque forme que ce soit relatives à une personne physique identifiée ou identifiable. Le nom, prénom, adresse, courriel, photographie d'identité, numéro d'identification, empreintes digitales constituent par exemple des données à caractère personnel.

Quant à la **sanction** : À l'encontre des personnes physiques responsables du traitement des données personnelles, et sans préjudice de leur responsabilité civile à l'égard des personnes ayant subi des dommages du fait de l'infraction, les sanctions règlementer dans le chapitre VII, de l'article 51 jusqu'à l'art 66, varient selon la gravité des faits incriminés, pour ce qui est de l'emprisonnement entre trois mois et deux ans de prison, et pour ce qui est des amendes entre 10 000 et 300 000 dirhams. Ces sanctions peuvent être portées au double en cas de récidive.

Les personnes physiques qui se considèrent « victimes » d'une atteinte à leurs données personnelles peuvent adresser leurs plaintes à la police judiciaire ou aux agents de la CNDP qui sont habilités à rechercher et à constater les infractions. Les procès-verbaux qu'ils rédigent à ce titre sont transmis, dans les cinq jours suivant les opérations de recherche et de constatation, au procureur du Roi. Les victimes peuvent également adresser leurs plaintes à ce dernier.

¹⁸²⁵ SLIMANI Chahid, Devoir de vigilance du banquier et vie privée du consommateur, « Revue », Al Arabiya des études juridiques, économiques et sociales, 2020, n° ISSN- 2550 – الدولي الرقم - 5149, P.466.

C- La responsabilité de plein droit du cybermarchand :

La responsabilité du cybermarchand se situe dans le champ d'application des contrats conclus à distance, elle est régie par l'article 26 de la **loi n°31-08**. Cet article du Code de la consommation, relatif aux contrats conclus à distance énonce que :

« Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à toute personne physique ou morale exerçant une activité à distance ou proposant, par un moyen électronique, la fourniture d'un produit, d'un bien ou la prestation d'un service au consommateur. Ces dispositions s'appliquent également à tout contrat résultant de cette opération entre un consommateur et un fournisseur au moyen d'une technique de communication à distance.

Le fournisseur est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le fournisseur qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci.

Toutefois, il peut s'exonérer de la totalité ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure. »¹⁸²⁶.

En effet cette réglementation a pour but de permettre au consommateur d'avoir un interlocuteur unique qui portera la responsabilité de tout incident ayant pu ponctuer la chaîne des opérations nécessaires à la réalisation de l'opération économique constituant l'objet du contrat. Il est vrai qu'en matière de vente, la question de la livraison et de l'irrespect des délais constituait un motif majeur d'insatisfaction, auquel les professionnels répondaient souvent qu'ayant expédié la marchandise à temps, le reste n'était plus de leur ressort.

Dans la pratique, il est vrai que le consommateur a beaucoup de difficultés à trouver le responsable de l'inexécution de son contrat car les différents intervenants se renvoient tous la balle. Avec l'instauration de cette responsabilité de plein droit le consommateur ne devra s'adresser qu'à son vendeur et ce dernier ne pourra plus être tenté de dire que ce n'est plus de son ressort.

• Les conditions d'exonération de la responsabilité contractuelle :

Le débiteur de l'obligation contractuelle inexécutée ne répond pas des dommages résultant soit d'une force majeure le cas bien évidemment de **pandémie du Covid-19 (A)** soit suite à la faute du créancier et le fait du tiers (B).

Selon l'article 268 du D.O.C, « Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque le débiteur justifie que l'inexécution ou le retard proviennent d'une cause qui ne peut lui être imputée, telle que la force majeure, le cas fortuit ou la demeure du créancier. »

A- La force majeure : Selon l'article 269 du D.O.C, « la force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du prince¹⁸²⁷, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation.

¹⁸²⁶ Article 26 de la **loi n°31-08** relative à la protection du consommateur.

¹⁸²⁷

<https://www.editions-tissot.fr/droit-travail/dictionnaire-droit-travail-definition.aspx?idDef=287&definition=Fait+du+prince> Le fait du prince se définit comme un événement ayant un caractère de force majeure causé par une décision arbitraire d'une autorité publique (un embargo par exemple constitue un fait du prince).

N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il était possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir. N'est guère considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur ».

La doctrine et la jurisprudence marocaine n'ont jamais fait de différence entre les deux concepts de la force majeure et du cas fortuit qui demeurent fondés sur des conditions identiques et qui déterminent un même effet libérateur. Ces conditions de la force majeure et du cas fortuit ont été très tôt fixées par la jurisprudence marocaine.

Trois conditions sont ainsi nécessaires pour que le débiteur soit libéré par l'évènement de force majeure et de cas fortuit : le fait doit être marqué par son extranéité, son imprévisibilité et son insurmontabilité.

B- Le fait du tiers : Le fait du tiers est une variété de la force majeure, il n'est exonératoire que s'il présente les caractères d'extériorité d'irrésistibilité et d'imprévisibilité. Lorsque le fait du tiers est la cause exclusive du dommage et s'apparente à un cas de force majeure dont il présente les caractères. L'exonération du débiteur est totale.

Cependant, si le fait du tiers n'est pas la cause unique du dommage, il ne peut être exonératoire pour le débiteur. En effet, en cas de coexistence de la faute du débiteur et du fait du tiers, le débiteur est obligé de réparer l'intégralité du dommage subi par le créancier.¹⁸²⁸

En pratique, cette preuve sera difficile à rapporter. De plus, les dispositions du Code de la consommation étant d'ordre public, le cybercommerçant a une marge de manœuvre réduite.

Conclusion : En conclusion, on peut dire que le Maroc possède aujourd'hui un arsenal juridique important en matière de la protection du consommateur capable d'assurer l'équilibre dans les relations contractuelles entre le fournisseur et le consommateur, d'instaurer les règles générales pour la protection du consommateur afin de préserver ses droits et d'assurer la transparence des transactions économiques avec le fournisseur dans toute les circonstances et surtout face à la pandémie Coronavirus (Covid-19).

Il convient également de préciser, que le recours à la digitalisation des réclamations en matière de la protection du consommateur via le portail du consommateur www.khidmate.almostahlik.ma permettant aux consommateurs un dépôt et un traitement en ligne des réclamations est une mesure très importante réalisée par le Ministère de l'Industrie, du Commerce, de l'Economie Vert et Numérique afin d'éviter aux consommateurs de se déplacer à l'administration pour déposer leurs réclamations et surtout dans cet état d'urgence sanitaire annoncé sur l'ensemble du territoire marocain pour faire face à la propagation du coronavirus (Covid-19).

Le fait du prince désigne l'intervention de l'autorité administrative, rendant totalement impuissant l'employeur et le mettant dans l'impossibilité de remplir ses obligations. Il n'a aucune possibilité d'intervenir sur la situation. La situation s'impose alors à l'employeur comme un cas de force majeure, qui le met dans l'impossibilité de poursuivre l'exécution normale des contrats de travail avec ses salariés. Il est donc fondé à procéder à un lock-out, dans l'attente de la fin du « fait du prince ».

Bibliographie :

Lois :

- La loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.
- Loi n°13-83 relative à la répression des fraudes sur les marchandises.
- 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°09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.
- Dahir des obligations et des contrats.

Ouvrages :

- ALAOUI Faiza, Droit des contrats nommées, Dar al qalam, 2017, P61.
- GAKOUE Soukrou Adélaïde, « Fraude à la carte bancaire et paiement en ligne : quelle garantie de sécurité », Doc publication, les Editions de l'immatériel, 2017. P3.
-
- Mémoire :
-
- HAJIB Mohammed Rabie, La protection pénale du consommateur dans le commerce électronique, Mémoire Master droit privé et sciences criminelles, 2020, P8.
- Revue :
- SLIMANI Chahid, Devoir de vigilance du banquier et vie privée du consommateur, « Revue », Al Arabiya des études juridiques, économiques et sociales, 2020, n° ISSN- 2550 – الدولي الرقم - 5149, P.466.

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN I^{er}

www.Droitetentreprise.com



محور الدراسات والأبحاث باللغة الإنجليزية

Majority law in shareholders' associations

قانون الأغلبية في جمعيات المساهمين

✉ Arroussi Sacia

Benyoucef Benkhedda Algiers 1 University

Abstract .

If the correct management of the joint stock company is available, and it is a factor in supporting the national economy, otherwise it becomes a threat to it, the primary goal that must be achieved in corporate management is to protect the collective interest as much as possible towards the abuse of the majority - whose powers are concentrated in their hands within the highest pyramid of the company's organs. Shareholders Association. Therefore, the majority authority must govern the necessary and codified controls to protect the rights of shareholders, protect the company, and the public interest, including the national economy, among the most prominent of these are: defining the concept of arbitrariness of the majority, defining criteria for assessing the arbitrariness of the majority in shareholders' societies, deciding the right to nullify arbitrary majority decisions.

Key words.

Majority shareholders; shareholder associations; law; company; collective interest.

ملخص:

إذا ما توفرت الإدارة الصحيحة للشركة المساهمة كانت عاملا في دعم الاقتصاد الوطني و إلا فإنها تصبح خطرا عليه، فالهدف الأساسي الذي يجب تحقيقه في إدارة الشركات هو حماية المصلحة الجماعية ما أمكن تجاه تعسف الأغلبية - الذين تتركز السلطات بين أيديهم ضمن أعلى هرم أجهزة الشركة منبع القرار جمعية المساهمين. لذلك يجب أن تحكم سلطة الأغلبية ضوابط ضرورية و مقننة لحماية حقوق المساهمين، وحماية الشركة، والصالح العام بضمنه الاقتصاد الوطني، ومن أبرز هذه الضوابط: تحديد مفهوم تعسف الأغلبية، تحديد معايير لتقدير تعسف الأغلبية في جمعيات المساهمين، تقرير الحق في إبطال قرارات الأغلبية التعسفية.

الكلمات المفتاحية: أغلبية المساهمين؛ جمعيات المساهمين؛ القانون؛ الشركة؛ المصلحة الجماعية.

Introduction

The shareholders' associations, which perform their decision-making functions, should avoid the risk of falling into one of the prohibited. For the first exception, the minority shareholders should not be left with the opportunity to paralyze the company by disrupting decisions. In the assembly according to the majority of the votes except in very few cases where unanimity is required.

As for the second prohibition, the majority may not crush the minority and should not take its authority to serve selfish and personal interests that are contrary to the collective interest. The majority does not have unlimited powers over the rest of the partners and the company itself. Equity, corporate protection, and public interest.

Thus, the deliberations of the shareholders' associations are the result of the majority of the votes represented at the meeting, which hold the majority of the capital.

This rule is called the "majority law". So What are the provisions of this law? Which is the problem that we answer with the method of analytical research in three chapters, the basis of the principle of majority (chapter 1), the concept of arbitrariness of the majority (chapter 2), sanctions of arbitrary majority decisions (chapter 3).

Chapter 1 : The basis of the principle of majority

Several theories were raised to justify the majority law.

It is from the jurisprudents¹⁸²⁹ who said the theory of the Sultan of will, which went to the majority derives its authority from the binding force of the contract between the partners, or it is based on the implicit will of them to submit to the rule of the majority, criticized this opinion french jurist George Ripert¹⁸³⁰, on the grounds that it is difficult to accept the assumption of an implicit individual will capable of accepting the submission of the will of the majority is not clear, especially after the atrophy of the role of the contract in the major joint stock companies.

Some of them took the idea of representation¹⁸³¹, on the basis that the representative of the company is to reconcile the views between the minority and the majority, but this theory was unsuccessful, because of the inability to reconcile the majority and the minority when the difference to make a decision, contrary to the view of the minority shareholders, does the decision remain the expression of the will of the minority?

It is the jurisprudence of the theory of the moral character of the company¹⁸³², so that the moral personality is entailing the authority of the majority, and that the nature of collective action imposes submission to the law of the majority. But criticized this theory¹⁸³³ on the grounds that it violates the principle of proportionality of contracts, and that this breach is one of the characteristics of the decision of the majority in that it constitutes collective action. It is assumed that, at least in theory, the majority

¹⁸²⁹-Yves Guyon, business law, volume 1, 9 ed, economica eds, Paris, 1996, p.283.

¹⁸³⁰-Georges Ripert and René Roblot, by Michel Germain, commercial companies, volume 1, 21 ed, general bookshop of jurisprudence law, Paris, 2014, p.351.

¹⁸³¹-Wajdi Salman Hatoum, role of the collective interest in protecting commercial companies, halabi human rights publications, first edition, Beirut, 2007, p. 350.

¹⁸³²-Yves Guyon, op.cit, p.283.

¹⁸³³-George De Boubée, essay on the collective legal act, INCD, Vol.15, No. 1, january-march 1963, Paris, p.234.

of partners should be governed by the collective interest so that their decision is correct. Thus, the basis of majority authority lies in the common objective for which it was created. The commercial company, ie profit within the limits of collective interest, is what the french jurist professor S. Zeidenberg¹⁸³⁴.

But criticized this analysis¹⁸³⁵, on the grounds that it carries a lot of idealism, as this hypothesis is often false, where the interest of the company and the interest of the majority, which is known as the transformation of the dominant majority to a dominant minority, for example:

1. If one shareholder holds the majority of the votes in the shareholders' association, and at the same time he shall have the status of director when voting in the general assembly on a decision to discharge his duties, is it conceivable that this contributing director will be stripped and use the right to vote as a forgetful partner in his or her firm interest in making a decision in his favor?
2. The majority in shareholders' associations becomes artificial, as they do not express a majority in the capital. Decisions are issued by a number of shareholders who do not have a majority of the capital. This is evidenced by the quorum of the general assemblies provided for by law¹⁸³⁶.
3. Some laws have given shareholders the means to obtain a majority in shareholder associations, including preferred shares with double voting or multi-vote¹⁸³⁷.
4. The increase in the phenomenon of the absence of shareholders and their indifference, as their number increases, increases the chance of a minority controlling the company¹⁸³⁸. Here the shareholders' association becomes the sole authority of the company.

As a result, decisions are likely to be made by the majority of the shareholders' association in the interest of the company, and then it is difficult to say that such decisions can not be arbitrary, which entails the need to find ways to return them to the benefit of the company.

Chapter 2: *The concept of arbitrariness of the majority*

The arbitrariness of the majority is achieved in commercial companies, where the majority in the shareholders' association is directed to an interest other than the collective interest. In order to promote the arbitrariness of the majority, the availability of its staff and conditions must be proved.¹⁸³⁹

The algerian legislator, as well as the french legislator, has not been subjected to a special provision defining the arbitrariness of the majority. This position has been criticized by some french

¹⁸³⁴ - S. Zeidenberg, note under appeal court-Paris 26/03/2003, bulletin july, 2003, p. 816.

¹⁸³⁵ - Imad Mohammed Amin Al-Sayed Ramadan, protection of the shareholder in the joint stock company, legal books house, Egypt, 2008, p. 716.

¹⁸³⁶ - Order No. 75-59 of september 26, 1975, which includes commercial Law, amended and supplemented by Law No. 05-02 of 06 February 2005, JORA. No. 11 issued on 09/02/2005, is based on the majority rule for the extraordinary general assembly in article 674 last paragraph in which it was stated: "it shall act by a two-thirds majority of the votes cast;". And the same provision for the ordinary general assembly in article 675 last paragraph.

¹⁸³⁷ - Ibid. article 715 bis 44 ; French commercial code, article L.225.

¹⁸³⁸ - Abdul Rahim Abdul Aziz Jawihan, decisions of the general assembly in the joint stock company, dar hamid publishing and gistribution, Jordan, first edition, 2010, p. 23.

¹⁸³⁹ - Imad Mohammed Amin Al-Sayed Ramadan, op.cit, p. 753.

jurisprudence, on the grounds that the definition would resolve the dispute and set boundaries for judicial intervention. And to prevent the disruption of the company's work by canceling the decisions of the majority. The text of the report of the french national assembly to amend the french trade Law¹⁸⁴⁰.

Faced with this position, the french judiciary addressed the construction of the theory of arbitrariness of the majority, and the most important french judicial decision In this regard, which was adopted as a reference in this framework by most french courts and jurisprudence, is the decision of the french court of cassation, that a french joint Picard stock company, made significant profits over successive years. At the end of each year, the general assembly decided to transfer the majority of these profits to the reserves. This led to the resentment of the minority partners of this policy and estimated that it would harm them profits, and because the policy of accumulation of profits conceal the fact that the company flourishes and prevent the spread of its shares on the stock exchange. Which prompted the minority to file a lawsuit invalidating the decision to transfer profits, to be distributed to shareholders.

The court of appeal responded to this request by declared that the majority decision was arbitrary. Following the challenge of appeal the court of cassation overturned the decision and declared the criteria for arbitrariness of the majority, which it had set forth in the merits of its decision¹⁸⁴¹, which:

1. The decision is contrary to interest of the company (the collective interest).
2. The decision shall constitute a breach of equality between the majority shareholders and the minority shareholders.

And the most reasonable opinion in the jurisprudence and the majority of jurisprudence french¹⁸⁴², which is: the need to combine conditions to achieve the arbitrariness of the majority, in the scope of the work of the shareholders' associations, the association shall exceed the limits of its authority, for example: if it issues a decision which is the competence of another organ, or if the ordinary general assembly decides to amend the company's system, which is already the prerogative of the extraordinary general assembly¹⁸⁴³.

As for Abuse of power is otherwise, and relates to the decision that is issued within the competence of the assembly taking into account all provisions, but it is aimed at achieving interests other than those for which the law imposes decisions. And the distinction between abuse of power "arbitrariness of the majority" and exceeding the limit of power is very precise, as was observed in the decision of the court of cassation of France¹⁸⁴⁴, the judges nullified the decision of the shareholders association relating to the freezing of account the company appealed the decision based on the fact that the majority of the

¹⁸⁴⁰-Jean Hémard, Francois Terré, Pierre Mabilat, commercial companies, vol 2, Dalloz, Paris, 1974, p.328 : « Any decision of one or more managers, any deliberation of the board of directors or the general meeting of shareholders, shareholders, bondholders, taken even without fraud or fraud in order to benefit certain stakeholders in relation to other or contrary to the general interest of the company may be canceled. »

¹⁸⁴¹-Cass.com 18/04/1961, R.Dalloz 1961, JCP.661 : « But whereas it does not emerge from these reasons that the resolution in question was taken contrary to the general interest of the society and for the sole purpose of favoring the members of the majority to the detriment of the members of the majority to the detriment of the members of the minority. »

¹⁸⁴²- J. Hémard and others, op. cit, p. 137.

¹⁸⁴³-Order No. 75-59 includes commercial law, op.cit, article 674.

¹⁸⁴⁴-Cass.com 24/06/1997, JCP, general Ed 1997.

freezing decision is not arbitrary because it is consistent with the collective interest. The court of cassation responded and supported the contested decision, arguing that the freezing decision increases the obligations of the creditors in their capacity as shareholders, which constitutes an excess of power.

Chapter 3 : Sanctions of arbitrary majority decisions.

The arbitrariness of the majority revolves around two things, the removal of the harm resulting from the arbitrary decision and the confrontation between the partners. The usual order in this area is to raise a judicial request for nullification of the arbitrary decision and compensation for the damage, which is discussed in two sections, parties to the action of arbitrariness of the majority(section 1), various sanctions of arbitrary decisions(section 2).

Section 1 : The parties to the abuse claim.

The following problems arise under this heading: Who are the persons who have the status of prosecution? Can the company be a legal person (1)? Does the minority (2) that was not a party to the contract request that it be annulled because of the arbitrariness of the majority? And what is the fate of others (3)?

1. The company:

The french court of cassation issued a decision recognizing for the first time the right of the company to be a plaintiff in the case of the majority arbitrariness¹⁸⁴⁵, but this decision can not be relied upon as a reference to the recognition of the right to this company because the company's acceptance as a plaintiff is limited to the case in which this decision was dismissed. Was a contract signed between the company and the majority partner, and the right of invalidity of the company only as a natural consequence of being contracted, regardless of the reason for invalidity.

In the event of appeal against a contract, the company shall be the center of the plaintiff's contractor against whom it has contracted as a defendant. In the case of appeal against the decision of the shareholders' association, the case shall be brought against an internal decision issued by the legal organs of the company, ie against the company itself. She will be a plaintiff and a defendant at the same time.

It is understood from this argument that the right of the company to file an action for annulment of the decision of the association is exceptional and limited in certain cases and is related to the status of the company, such as the case of combining the company with one of the majority partners, or if the company is a minority shareholder.

2. The minority:

The majority of shareholders' associations are supposed to represent the partner group, but this does not always coincide with the truth, so a certain consideration should be given to shareholders with a minority capital.

This is what the french judiciary has dedicated. If the minority proves that there is an assault on their individual rights, they can ask the judiciary to overturn a decision that is unfair to them. They must prove the arbitrariness of the majority, that is, beyond the limits of power in a legitimate interest. company¹⁸⁴⁶, but must use this power without excessive.

¹⁸⁴⁵ - Cass.com 21/01/1997, JCP, general Ed 1997.

¹⁸⁴⁶ - Alain Bénabent, the civil and commercial special contracts, 8 Ed, Ed.lextenso, Paris, 2008, p. 193.

The french litigant has also dedicated the right of the minority shareholder to claim the invalidity of the arbitrary contract concluded with the company to which he belongs, even if he is not a party to the contract.¹⁸⁴⁷ This is because of the nature of the arbitrariness of the majority. Either indirectly as a result of a breach of the contract of collective interest involving minority interests.

3. Others:

The business dealings with the company are based on the theory of appearances¹⁸⁴⁸, which the breed really assumes to be claimed by good faith.

Therefore, there is no effect on the invalidity of a decision taken by the company because of the arbitrariness of the majority over the contract concluded with third parties, if it is a good faith that can not in principle confirm the respect of the principles that sponsor the holding of shareholders' associations before contracting with the company.

The appeal against the decision of these associations to contravene the law or the system is invoked in the face of others even if it is good faith because it does not excuse anyone for ignorance of the law¹⁸⁴⁹, and not in ignorance of the regime is subject to publicity and protest against all.

Section 2 : Various sanctions of arbitrary decisions.

The sanctions range from annulment of decisions that are subject to the arbitrariness of the majority (I), compensation (II), appointment of a judicial agent to the majority vote (III), dissolution of the company(IV) and withdrawal from the company(V).

I. Abolishing decisions of the arbitrary majority :

Under this heading, we deal with: the legal basis for abolishing(a) and the nature of the decisions of the arbitrary majority(b).

a)Legal basis for Abolishing :

French jurisprudence was based on revocation based on the general rules of french civil law and specifically the articles of tort liability which are matched by the same provisions of the algerian civil code.¹⁸⁵⁰

But from the jurisprudence of those who did not accept this basis ¹⁸⁵¹, On the grounds that the abuse of the right to civil law is embodied in the law in three basic forms¹⁸⁵², while the arbitrariness of the majority in companies is something different from these images, as it is achieved when the majority of its decision is in the interest of the interest of the public company - the collective interest - and the company can not be considered in the face of its partners from the others affected by it.

¹⁸⁴⁷- Ibid. p.194.

¹⁸⁴⁸- Order No. 75-58 of september 26, 1975, which includes the civil code, amended and supplemented by Act No. 05-10 of 20 June 2005, JORA. No. 44 issued on 26 June 2005, article 417.

¹⁸⁴⁹-Constitution of Algeria, JORA No. 76 of 08 december 1996, amended and supplemented by Act No. 16-01 of 06 March 2016, JORA .No. 14 dated 7 march 2016, article 74 paragraph 1.

¹⁸⁵⁰- Order No. 75-58 includes the civil code, op.cit, article 124 and beyond ; French civil code, article 1382 and beyond.

¹⁸⁵¹- J. Hémard and others, op. cit, p. 138 ; Pierre Ramquet, Lux Foguene, Françoise Baert, conflicts between partners of commercial companies, lexfori international lawyers 2001, chapter 03, p. 22.

¹⁸⁵²- Order No. 75-58 includes the civil code, op.cit, article 124 bis.

Therefore, the french legislator must-in this direction-provide the commercial law with a special provision punishing the abuse of the majority, until there is a basis for the penalty imposed by the judiciary, such as the Belgian commercial law¹⁸⁵³, which is the advice we give the algerian legislator.

b)The nature of the decisions of the arbitrary majority:

This is completely different when it comes to invalidating an arbitrary decision. The arbitrary decision is correct in form and does not constitute a violation of the law and the system. Therefore, the third party has the right to rely on the appearance. Therefore, the plaintiff - the minority or the company - does not have the right to claim compensation. For the losses incurred by the arbitrary decision, on the one hand.

On the other hand, the revocation of arbitrary decisions includes the work performed - except for the case of the other good-faith parties mentioned - and does not include other acts, for example: the invalidity of the decision to transfer profits to the reserve does not include a mandatory distribution to the shareholders for two reasons:

-The judge can not impose his will on the company, the courts do not have to appreciate the work of the administration but arbitrariness in the administration¹⁸⁵⁴.

- The judge's power to determine the collective interest is limited to ensuring respect for it, and not to impose decisions that serve the interests of the collective. This is not his role, which was decided by the french court of cassation in its decision¹⁸⁵⁵.

However, this prohibition does not deprive the judge of his authority to request again the holding of the shareholders' association to take the appropriate decision that is not contrary to the collective interest, the place of the nullifying decision, such as the decision of the Paris trade court¹⁸⁵⁶. However, nothing prevents the majority from abstaining from voting or vote against, here the court may take additional measures, such as requiring the majority to pay compensation.

II. Compensation :

There is no doubt that the best way to remove the damages resulting from the arbitrary decision is nullity, but this method may not be possible, so compensation must be resorted to in return for the judge to force the damage according to the manner he deems more appropriate¹⁸⁵⁷. The consequences of this decision and therefore compensation and not the company.

The interpretation of this is that if the company bears the consequences of the decisions taken by its legal organs, it is conditional that the decisions of these organs are correct. The majority expresses the will of the company to take decisions that correspond to the interest of the company. When the decision is contrary to this interest, the majority has resigned from its task and therefore it is the responsibility that is not the company, which was ruled by the french court of cassation in its

¹⁸⁵³-Belgian commercial Law, article 190 paragraph 4 : « The commercial court pronounces, at the request of any interested person, the nullity of a decision of general meeting: (...) 4 ° for any other cause of excess of power or for misuse of power. »

¹⁸⁵⁴-Yves Guyon, op.cit, p.284.

¹⁸⁵⁵- Cass.com 09/03/1993, JCP, general edition 1993.

¹⁸⁵⁶- Com. court Paris, 12/02/1991, monthly bulletin of companies information 1991, p. 592.

¹⁸⁵⁷- Pierre Ramquet and others, op.cit, p.23.

decision¹⁸⁵⁸, where it rejected the claim of compensation filed against the company on the grounds that those who bear responsibility for the abuse of the majority are the majority shareholders.

III. Appointment of a judicial agent to the majority vote :

Taking some jurisprudence to allow the appointment of a judicial agent to vote in the majority¹⁸⁵⁹, in the event that it abstained from voting on another decision to replace the arbitrary decision that was overturned, in comparison to the decision of the french court of cassation¹⁸⁶⁰ which appointed a legal agent to represent the arbitrary minority and vote on a decision in the public interest of the company.

On the grounds that the judicial agent has to achieve the collective interest including the interests of the majority and the interests of the minority, that the judge has the authority to take provisional measures at the request of the plaintiff¹⁸⁶¹, and that the appointment of an agent in this case is a precautionary measure.

While one side rejected this penalty¹⁸⁶², because the judicial agent can not make a decision rejected by the majority.

IV. Dissolution of the company :

The effect of arbitrary decisions is not limited to harming the company and the minority shareholders, but it may generate a kind of division between the partners. Hence, the face of arbitrary decisions is not limited to the mere removal of damages, but may tend to address the division company spend.

The french jurisprudence is permissible to dissolve the company in this case¹⁸⁶³, provided that the dispute paralyzes the work of the company, based on the texts that authorized the request to dissolve the company judicially for the failure of one of the partners to implement its obligations¹⁸⁶⁴.

The french judiciary does not apply this penalty because of its harshness, especially when it comes to a successful company, except if the effect of arbitrariness has led to a sharp misunderstanding or stopped the company from performing its activities, thus losing all hope of its continuation¹⁸⁶⁵.

V. Withdrawal from the company :

A shareholder who is targeted by arbitrary decisions by the majority against his interests and the interests of the company to which he belongs, may withdraw from the company voluntarily to terminate his relationship with them. This possibility is not mentioned in a general text that applies to all

¹⁸⁵⁸- Cass.com 06/06/1990, R.Dalloz 1992, p.56.

¹⁸⁵⁹- Wajdi Salman Hatoum, op.cit, p.328.

¹⁸⁶⁰- Cass.com 09/03/1993, op.cit.

¹⁸⁶¹- Order No.75-59 includes commercial law, op.cit, article 778 and beyond.

¹⁸⁶²- Philippe Merle and Tricot (D), abuse of rights in corporations, abuse of majority and minority abuse, quarterly review of commercial law, p.625.

¹⁸⁶³- Paul Le Cannu, company law, 2 Ed, general bookstore of law and jurisprudence, Paris, 2003, p. 232.

¹⁸⁶⁴- Order No. 75-58 includes the civil code, op.cit, article 440/1 ; French civil code, article 1844.

¹⁸⁶⁵- Paul Le Cannu notes under Cass.Com 18/05/1982, corporate review 1982, p. 804.

companies in algerian and even french law, but there are various references to the right of withdrawal¹⁸⁶⁶.

As for the money companies, especially the joint stock companies, the partner to terminate his relationship with the company before the expiry of its term, it must act in its shares, and in this assignment risks, especially in companies not listed on the stock exchange, the possibility that the market of this company is very narrow, and hence, the shareholder who wants to give up his shares is at the mercy of the managers and majority shareholders as they become the potential buyers of the shares¹⁸⁶⁷.

Moreover, the value of the real shares may be greater than the selling price, depending on the circumstances contributing to the price of the stock, As much as you distribute the profits, and the assets you own the value of reserves and others, and then the waiver of shares may not be the most appropriate way to get the shareholder share in the company.

Conclusion.

The study of the majority law in the shareholders' associations revealed a comparison between the algerian legislation and the french legislation on shortcomings in the algerian law on commercial companies that the legislator recommends to avoid:

1. Defining the criteria of arbitrariness of the majority to prevent the disruption of the company's work by canceling majority decisions.
2. Report the right to cancel the decision of the arbitrary majority of those affected by this decision.
3. The inclusion of a legal text on withdrawal from the company obliges the arbitrarily majority to purchase the minority shares at a fair price as a reaction to their abusive behavior towards the minority and the company.

The majority thus bears the burden of withdrawal. If there is no such provision, the nullification of the arbitrary decision on the mandatory text of article 432/01 of the algerian civil code, which obligates the partner to refrain from any activity that harms the company. The arbitrariness of the majority exacerbates the dispute between the partners, which threatens the interest of the public company - the collective interest

¹⁸⁶⁶-Order No. 75-58 includes the civil code, op.cit, article 440/1 and article 442/02; French civil code, article 1844 and article 1846.

¹⁸⁶⁷ -Philippe Merle and others, op.cit, p. 626.

Bibliography.

-Books.

- Abdul Rahim Abdul Aziz Jawihan, *decisions of the general assembly in the joint stock company*, dar hamid publishing and gistribution, Jordan, first edition, 2010.
- Alain Bénabent, *the civil and commercial special contracts*, 8 Ed, Ed.lextenso, Paris, 2008.
- Paul Le Cannu, *company law*, 2 edition, general bookstore of law and jurisprudence, Paris, 2003.
- Georges Ripert and René Roblot, by Michel Germain, *commercial companies*, volume 1, 21 ed, general bookshop of jurisprudence law, Paris, 2014.
- Wajdi Salman Hatoum, *role of the collective interest in protecting commercial companies*, halabi human rights publications, first edition, Beirut, 2007.
- Imad Mohammed Amin Al-Sayed Ramadan, *protection of the shareholder in the joint stock company (comparative study)*, legal books house, Egypt, 2008.
- Yves Guyon, *business law*, volume 1, 9 ed, economica eds, Paris, 1996

-Articles.

- George De Boubée, *essay on the collective legal act*, INCD, Vol.15, No. 1, January-March 1963, Paris.
- Jean Hémard, Francois Terré, Pierre Mabilat, *commercial companies*, volume 2, Dalloz, Paris, 1974.
- Paul Le Cannu *notes under Cass.Com 18/05/1982, corporate review 1982.*
- Philippe Merle and Tricot (D), *abuse of rights in corporations, abuse of majority and minority abuse*, quarterly review of commercial law.
- Pierre Ramquet, Lux Foguene, Françoise Baert, *conflicts between partners of commercial companies*, lexfori international lawyers 2001.
- S.Zeidenberg, *note under appeal court-Paris 26/03/2003*, bulletin joly, 2003.

-Legal documents.

- *Constitution of Algeria*, JORA No. 76 of 08 december 1996, amended and supplemented by Act No. 16-01 of 06 March 2016, JORA .No. 14 dated 7 march 2016.
- *Order No. 75-58 of september 26, 1975*, which includes the civil code, amended and supplemented by Act No. 05-10 of 20 June 2005, JORA. No. 44 issued on 26 June 2005.
- *Order No.75-59 of september 26, 1975*, which includes commercial Law, amended and supplemented by Law No. 05-02 of 06 February 2005, JORA. No.11 issued on 09/02/2005.
- *French civil code.*
- *French commercial code.*
- *Belgian commercial law.*

Coronavirus Crisis and Digital Transformation of Moroccan Courts

✉ Alaoui Mohammed

*A PhD Student in Economic Law and Legal Studies
Faculty of Law, Economics and Social Sciences
University of Sidi Mohamed Ben Abdellah Sais- Fez*

Abstract

Technology in the unexpected era of COVID-19 pandemic has essentially paved a solid ground for accelerating digitalization in Moroccan courtrooms to bring the judiciary into the modern age. Now, the modernization of Moroccan justice and integration of digitalization into the judicial power have become a salient priority and a fundamental cornerstone to ease the access to justice of litigants with the proliferation of Coronavirus in the Moroccan Kingdom and in all over the world.

Keywords: Digitalization, modern technology, judiciary, e-justice.

Introduction

Alongside with lockdown months and the large spread of Covid-19 pandemic in the country, the Moroccan justice substantiates and proves the urgent need to establish radical transformations from traditional trials into E-trials to cope with e-justice and to present acceptable and good judicial services to all Moroccan citizens by using digital courts and E-hearings.

His Majesty the king Mohammed VI frequently lays emphasis on digitalization of Moroccan administrations in many occasions to raise the performance and efficiency of all administrations. His Majesty sheds light on e-administration on the Throne Day Speech from Al Hoceima on the nineteenth anniversary of the Sovereign's accession to the throne, and in the Message addressed to participants in the National Forum on Higher Public Service on February 27, 2018. In this vein, generalization of digitalization in all Moroccan courts and other administrations is crucial to realize Digital Morocco Plan of 2020.

Besides, the Charter of the Judiciary System Reform on July 2013, and Marrakech International Justice Conference on October 21st and 22nd, 2019 stressed on the salient role of digitalization in the judiciary.

Now, digitalisation of justice has become a keystone for the progress of the judiciary not only in Morocco, but also in most developed countries since the modern role of justice is efficiency and to respect reasonable time¹⁸⁶⁸.

In this vein, this article sheds light on the use of digitalization inside the Moroccan judiciary at two levels. The first one tackles the Moroccan judiciary and E-courts in the era of Coronavirus, and the second one is about post coronavirus and digitalization of Moroccan courts.

I- The Moroccan judiciary and E-courts in the era of Coronavirus

Thanks to the significant and unstoppable efforts and role of the judiciary, and despite the spread of the pandemic, there was the official opening of E-hearing in Salé city on April 27th, 2020. Indeed, collaboration and cooperation between the Supreme Council of the Judicial Power, the Presidency of the Public Prosecution, the Ministry of Justice, and Morocco's General Delegation for Prison Administration and Reintegration (DGAPR) and bar associations of lawyers have significantly sped up the integration of E-courts inside first instance courts, Appeal courts and the Court of Cassation.

In this light, almost all the Moroccan judicial system is to some extent satisfied with remote trial experience in the era of Coronavirus. However, new legal texts¹⁸⁶⁹ should be promulgated to shift from doctrinal debates and theoretical thoughts into solid lawful actions and to respect national and international rights of litigants¹⁸⁷⁰.

In this context, the Universal Declaration of Human Rights points out that "Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him". Meanwhile, International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and article 6 of the European Convention on Human Rights preserve most rules to protect fair trial and to preserve all rights of detainees and criminals.

The absence of legal texts regulating remote trials created different and real debates among practitioners and professors in the Moroccan Faculties of law. These debates have pushed Moroccan judges to ask litigants and lawyers before starting trials' proceedings if they want to use remote trial or not, to protect their will and to preserve all constitutional human rights as they are constitutionalized in the article 23 of the Moroccan constitution and in other legal dispositions namely in the Moroccan criminal procedure code.

In this digitalized context, almost all professionals in the field of justice and university professors specialized in legal studies point out the efficiency and the unlimited benefits of digitalization of the judiciary. However, the majority of thoughts figure out the need for promulgating digital court laws to fill the legislative gaps, since legality of penalties is the main principle of the Moroccan criminal law

¹⁸⁶⁸ The first paragraph of the article 120 in the Moroccan constitution points out that every person has the right to an equitable process and to a judgment rendered in a reasonable time.

¹⁸⁶⁹ The main Laws related to protecting individual data in Morocco are: The Law No. 53-05 on the electronic exchange of legal data and its implementing Decree No. 1-7-129, and the Law No. 09-08 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and its implementing Decree No. 1-09-15.

¹⁸⁷⁰ Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and article 6 of the European Convention on Human Rights. Geneva....

(art.3 of the Moroccan Criminal Law), and lawfulness of procedures is also fundamental to respect fair trial principles drafted in the first article of the criminal procedure code.

Indeed, the number of remote trials has considerably pumped up in lockdown days. According to the Superior Council of the Judicial Power, between April 27th and May 29th, 2020, the number of hearing is about 1469 and 24.926 detainees benefited from remote trials. Thanks to e-court many detainees are now free and outside the prison.

It is worth noting to notice that the project of digital court will be achieved in 2021 according to the last Minister of Justice Mohamed Oujjar. Now, the new Minister of Justice Mohamed Ben Abdelkader is vehemently working with all Moroccan judicial system to achieve the implementation of digital court as soon as possible.

Now, modernization of justice¹⁸⁷¹ and integration of digitalization in courts strongly diminish the spread of Coronavirus in Morocco since litigants can see their cases online through websites of the judicial power to avoid direct contacts with employees in courts. In this regard, the Ministry of Justice has established many front offices to avoid direct contacts with all workers in judicial system and citizens.

II- Post coronavirus and digitalization of Moroccan courts

Undoubtedly, post coronavirus era will determine the strong will of all parties in the judicial system to positively integrate digitalization in the judiciary. It clear, however, that digitalization cannot be implemented without the continuous and unstoppable efforts and works of the Ministry of justice on the one hand, and all professions related to justice like lawyers, judicial experts and other administrations on the other hand. Now, many work should be done to achieve digitalization inside Moroccan justice.

In this light and despite the fact that there are new buildings and courts in some Moroccan cities, the infrastructure of some courts should be modernized to meet the needs of digitalization project. That is, reasonable and speedy actions and decisions should be taken by decision-makers to renew or to open new courts since digitalization of courts is essentially based on solid logistics and well-grounded technical infrastructure in addition to providing courts with necessary tools and continuous training of all court staff and judges¹⁸⁷².

Further, security of procedures and trials should be taken into account by the judiciary to protect datacenters¹⁸⁷³ from cyberattacks, since there are always innovated and continuous ways of cyberattacks. For this reason, national cooperation and collaboration with other administrations like the National Defense Administration and the Ministry of interior in addition to telecommunication companies, and engineering schools which are essential for the success of digital courts, play a part in avoiding such attacks. Additionally, cooperation with other countries through international judicial cooperation is also prominent to implement judicial digitalization in Morocco.

Undoubtedly, continuous training of professionals in the field of judicial system is also crucial to guarantee the success of digitalization of courts. It is obvious that some practitioners are not familiar

¹⁸⁷¹ Modernization of justice mainly started with the Constitution of 2011, and the charter of the judicial system reform of 2013.

¹⁸⁷² Training of lawyers, notaries, experts, court clerk can be a keystone for the development of justice.

¹⁸⁷³ The Ministry of justice owns a central datacentre to spread necessary data to Moroccan courts.

with new technologies. For this reason, continuous trainings are necessary to enhance the Moroccan experience of digitalization in the judiciary. In this context, the Ministry of Justice and lawyers' bars and other professions should express their strong will and desire to guarantee the success of digitalization and the development of the judicial power in Morocco. Obviously, all parties and players of judicial system are responsible for the success of digitalization in Morocco in post coronavirus era.

Conclusion

In the light of what has been said, E-court and remote trials to some extent encourage most litigants and citizens to strengthen their confidence in Moroccan justice since the use of new technologies inside courtrooms, and online justice in all websites of the judiciary are mainly designed to meet the needs of all Moroccans to reinforce transparency, and confidence and to implement the leading vision of His Majesty the King in the judicial power. Precisely, post coronavirus era is a decisive period that will determine the success of generalization of digitalization and new technologies of the judicial power in Morocco.

References

- The Moroccan constitution of 2011.
- EU e-Government Action Plan 2016-2020 – Accelerating the digital transformation of government, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM (2016) 179 final.
- E-government program. <http://www.egov.ma/en/context>.
- The Law No. 53-05 on the electronic exchange of legal data and its implementing Decree No. 1-7-129.
- the Law No. 09-08 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and its implementing Decree No. 1-09-15.
- The Moroccan Ministry of justice official website. <https://www.justice.gov.ma/lg-1/cooperations/default.aspx>.



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.Droitentreprise.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