



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 35 - فبراير 2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

مجلة القانون والأعمال

الإيداع القانوني : ISSN: 2665-7910 - 2019 PE0018

ملف الصحافة : 2017 / 05 ص

الطبع : دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع – الرباط

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

الهاتف: 05.37.72.58.23

: المحمول: 06.61.10.65.51

الفاكس: 05.37.72.13.32

البريد الإلكتروني: contact@darassalam.ma

الموقع الإلكتروني: www.darassalam.ma

المدير المسؤول : الدكتور مصطفى الفوري

: الهاتف 0662226677

: البريد الإلكتروني Mforki22@gmail.com

جميع الحقوق محفوظة - مجلة القانون والأعمال الدولية 2021 ©



INTERNATIONAL
Scientific Indexing

Fresh Ideas for Growing your Citations

Certificate

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

Editor ICR Team
(ISI)

International Scientific Indexing
(ISI)



الإدارة العلمية

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

المدير المسؤول

الدكتور مصطفى الفوركي : أسناد زائر بكليات الحقوق

نواب المدير المسؤول

الدكتورة منى كامل تركي: أسناد القانون الدولي بكليات الإمارات - محكم دولي
الأسناد محمد أمين إسماعيلي : 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

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

القانون المدني

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

قانون الشغل

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

قانون المعاملات الإلكترونية

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

القانون الضريبي

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

القانون العقاري و الأسرة

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

القانون الجنائي

- الدكتور عبد الرحمان أسامة : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور بناصر حاجي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور أحمد العلالي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور حسن الرحبية : 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.ة حسناء جبران : دكتورة في الحقوق أستاذة القانون الخاص بجامعة محمد الخامس الرباط
- د. : يونس الأزرق الحيسوني : دكتور في الحقوق أستاذ القانون الخاص بجامعة الحسن الاول بسطات
- 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 : دكتور في القانون الخاص
- د. يونس مليح : دكتور في القانون العام
- د.ة قمرية قباب : دكتورة في القانون الخاص
- د. خالد هيدان : دكتور في القانون الخاص
- د. محمد الخلوقي : دكتور في القانون الخاص
- د. حيدا عز الدين : اطار بوزارة الاقتصاد و المالية باحث في صف الدكتوراه كلية الحقوق بسطات
- د. محمد أوبالاك : محام بهيئة الرباط
- د. عدنان زرزوري : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بمكناس
- 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.ة وصال الشرقي : باحثة بصف الدكتوراه كلية الحقوق السويسي
- د. دبنيشي يونس : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- د.ة خديجة جليلي : باحثة بصف الدكتوراه بدار الحديث الحسنية
- د.ة مريم خراج : باحثة بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- د.ة 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

المسؤولية الجنائية عن التجارب الطبية على الإنسان

- 14 منى كامل تركي **أستاذ القانون الدولي العام**..... **دولة الإمارات العربية المتحدة**
السياسة العقابية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر -قراءة في ضوء القانون رقم 27.14 المتعلق بمكافحة الاتجار
بالبشر وبعض التشريعات المقارنة-
- 53 إبراهيم الغندور **أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس**..... **المغرب**
الآليات القانونية لضبط حرية المنافسة
- 74 عايدة مصطفى **أستاذة محاضرة أ - مديرة مخبر القانون العقاري كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البليدة 02 الجزائر**
النصوص المنظمة للحجز التحفظي على ما للمدين لدى الغير- قراءة تحليلية و نقدية -طبقا لقانون الاجراءات المدنية
والادارية الجزائري-
- 65 غلاي محمد **أستاذ محاضر أ جامعة تلمسان**..... - إيمان خليل **دكتوراه في القانون جامعة تيارت**..... **الجزائر**
البعد الأمني للتراب : من إدارة اقتصادية تربية كلاسيكية نحو التفكير والتدبير الاستراتيجي للتراب
- 100 محمد اقرقر **دكتور في القانون العام/ باحث في القانون الإداري وعلم الإدارة**. جامعة عبد المالك السعدي بطنجة **المغرب**
القرب التمثيلي للديمقراطية التشاركية المحلية – التقسيم الترابي ونمط الاقتراع نموذجاً
- 114 محمد سداوي **باحث في القانون العام والعلوم السياسية** **الجزائر**
المصالحة الجمركية في التشريع الجزائري بين العقد و الجزاء
- 123 أمال بن بريج - **أستاذة محاضرة أ - بكلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة " علي لونيسي " البليدة (2) الجزائر**
نوال قحصوص **أستاذة محاضرة أ - بكلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة " بن يوسف بن خدة " الجزائر**..... **الجزائر**
عقوبة الإعدام في المغرب: بين الضرورة وانتهاك الحق في الحياة
- 136 محمد مرحوم **دكتور في الحقوق كلية الحقوق-جامعة المولى اسماعيل مكناس**..... **المغرب**
حق الأفراد في الطعن أمام الهيئات السياسية المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين، ضرورة للديمقراطية الدستورية
- 145 بركات أحمد **جامعة طاهري محمد-بشار**..... **الجزائر**
الحكامة في شركات المساهمة - مقارنة قانونية
- 162 عبد الله بنغازي **باحث في صف الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة المغرب**
أحكام الامتداد القانوني لعقد الإيجار في التشريع الأردني دراسة تحليلية ناقدة
- 172 علي إبراهيم عبد العزيز **باحث بسلك الدكتوراه – جامعة الحسن الأول – سطات المغرب**
السلوك الجبائي للمكلفين بالضريبة
- 189 محمد الحافظ ولد محمد محمود كاري **باحث بسلك الدكتوراه، تخصص القانون العام والعلوم السياسية ج الحسن الأول المغرب**

إشكالية التوازن العقدي في عقد المراهقة البنكي

- 200 شيماء الطيبي باحثة بسلك الدكتوراه مختبر القانون و الفلسفة و المجتمع ب فاس. جامعة سيدي محمد بن عبد الله المغرب
الديمقراطية التمثيلية والتشاركية للجماعات في ضوء القانون التنظيمي رقم 113.14
- 220 سليم المنصوري باحث في سلك الدكتوراه مختبر الدراسات والأبحاث في التنمية الترابية - جامعة ابن طفيل بالقيظرة- المغرب
قراءة في نظام القانوني الجديد للمدربين الصادر عن FIFA
- 229 خليل بوبحي باحث بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية..... المغرب
الإشكالات الواردة على تشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 76/61
- 239 سهيل الأحمد عميد كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية..... فلسطين
السُّكر أو التخدير وأثره على القصد الجنائي في القانون القطري -دراسة مقارنة
- 254 أحمد يوسف أحمد علي الكوار قطر
سلطة التعديل الانفرادي للإدارة في عقود الشراء العام (قراءة تحليلية نقدية في التشريع القطري)
- 271 عائشة مبارك المهدي قطر
التحفيظ العقاري آلية للتنمية العمرانية
- 290 مريم بلهوان دكتورة في القانون الخاص المغرب
الأثر النسبي لإتفاق التحكيم موضوعاً وأشخاصاً في ضوء التشريع البحريني
- 303 محمد أحمد الشهير عضو إتحاد المحكمين العرب - عضو الإتحاد العربي لحماية الملكية الفكرية مملكة البحرين
التحديات القانونية امام وسائل التواصل الاجتماعي في المجتمع العربي سلطنة عمان انموذجاً (دراسة قانونية مقارنة)
- 320 عبد الوهاب كريم حميد أستاذ القانون الدولي والعلاقات الدولية المساعد جامعة السلطان قابوس..... سلطنة عمان
انعقاد اتفاق التحكيم المصرفي وأثاره
- 340 زيد سلام عباس العبيدي كلية القانون جامعة الفلوجة العراق
أثر العلاقة السببية في جريمة القتل العمد (دراسة مقارنة مع أحكام القانون القطري والفقهاء الإسلاميين)
- 360 غادة عيسى الدوسري باحثة في القانون..... قطر

محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية و الانجليزية

Les services Publics : Principes et Exceptions face au Coronavirus

Saidi Cheikh Enseignant d'université..... -MAROC 374

Les Actions de Priorité en Droit Marocain

Zineb Fassi Fihri USMBA-FSJESF..... - MAROC 388

La Commission Paritaire d'Hygiène et de Sécurité (CPHS) entre le cadre juridique Algérien et l'approche pratique

BELAMEIRI Asseri Laboratoire Droit de Travail et L'emploi Université de Mostaganem ALGERIE 399

IMPACT DES BANQUES ISLAMQUES SUR LA CROISSANCE ECONOMIQUE AU MAROC A L'ERE DU COVID-19

Meryame Sahi Doctorante-chercheur Université Sidi Mohammed Ben Abdellah -Fès MAROC 409

Les dispositions de la cession du contrat de crédit-bail en droit émirien

Omar Fares Professeur associé de droit commercial..... Emirats Arabes Unis 422

محور الأبحاث باللغة الانجليزية

MANNER, TIME AND PLACE OF DELIVERY OF THE ELECTRONIC PRODUCT
IN THE ELECTRONIC SALE CONTRACT: A STUDY UNDER OMANI LAW

Maen Mohammad Ali S. Al-Qassaymeh Assistant prof, College of Law Sultan Qaboos Sultanate of Oman

443

محور تقارير عن أطاريح الدكتوراه

مناقشة أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص في موضوع : حقوق الأجراء في مناخ الأعمال الدولي

454 صوفيا بومنية : تحت إشراف الأستاذ الدكتور محمد بنحسين ، المغرب

محور تقارير عن الندوات واللقاءات العلمية

مناقشة رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص في موضوع : مسؤولية وكالات الأسفار والسياحة تجاه السائح المستهلك
دراسة مقارنة على ضوء القانون الجديد المنظم لوكالات الأسفار(قانون 11.16) "

457 حنان الخاضر بالأشهب تحت إشراف الدكتورة هند الوهابي ، المغرب

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

جميع الحقوق محفوظة لمجلة القانون و الأعمال الدولية © 2021

كلمة افتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين..

يسر إدارة مجلة القانون و الأعمال الدولية أن تضع بين أيديكم العدد الثاني و الثلاثون متضمناً بين دفتيه عدداً من البحوث في موضوعات مختلفة في فروع القانون والتي تعالج اشكاليات قانونية راهنية، ونأمل أن تكون هذه البحوث عاملاً إيجابياً لتفاعل القراء مع الباحثين، فيتقدموا بملاحظاتهم، وآرائهم، في تواصل ينتج عنه ارتقاء النشر العلمي، واستمرار مسيرة البحث العلمي الهادف.

وبذلك فإن صدور الثاني و الثلاثون من مجلة القانون و الأعمال الدولية يعد لبنة نحو بناء فضاء معرفي بحثي يتيح المجال للأكاديميين في المغرب وخارجه تقديم منتوجهم العلمي ومعالجة مختلف الظواهر والقضايا المستحدثة في حقل العلوم القانونية، كما تشمل و لازالت منبرا لتبادل الخبرات والتجارب بين الباحثين من مختلف المشارب الحضارية، ومن مختلف التخصصات العلمية.. والذي سيمثل الوقود الذي يسمح للمجلة بالإستمرار والازدهار والرقى نحو مصاف المجلات العلمية العالمية المصنفة بمنصة الأرشفة الدولية scopus، وذلك بجودة أبحاثهم وصدق تحليلاتهم وأمانتهم العلمية في تقديم أفكارهم وآرائهم.

والسَّلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

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

المسؤولية الجنائية عن التجارب الطبية على الإنسان

منى كامل تركي

أستاذ القانون الدولي العام- دولة الإمارات العربية المتحدة
نائب مدير مجلة القانون والأعمال الدولية جامعة الحسن الأول

ملخص:

تعد التجارب الطبية والحيوية على الإنسان من أخطر ما يتعرض له الكائن البشري، حيث إن الممارسات الجديدة، وطرق العلاج المستحدثة الناجمة عن التقدم العلمي في ميادين الطب، غير مضمونة النجاح في كثير من الأحيان، فهي تحتل الكثير من المخاطر التي تلحق الخاضعين لها، دون نسيان ما حدث في الماضي من التجارب الطبية التي اتخذت الإنسان حقلاً لها، وانتهكت بصورة واضحة حقوق الإنسان، بل إن البعض يستغل الأوضاع المريعة التي يعيشها الأفراد في الدول الفقيرة؛ لإجراء التجارب الطبية عليهم، بعيداً عن الأخلاقيات الطبية والروادع القانونية، والآدمية، والإنسانية، فإن المسؤولية الجنائية الطبية يراد بها التزام الطبيب بتحمل نتائج فعله الإجرامي وبناء عليه، فإنه يشترط لقيام المسؤولية الجنائية الطبية مباشرة الطبيب لفعل إجرامي ونسبة الفعل الإجرامي إلى شخص الطبيب فالأصل في تحمل المسؤولية هو حرية الاختيار؛ لذلك يُسأل الطبيب جنائياً لأنه قد خرق قاعدة قانونية أمرت بقرينة بعقوبة جنائية من جراء الأفعال المجرمة والمتربطة بوظيفته، لذلك فإن المسؤولية الجزائية للطبيب هي شخصية، وعلى أساس الخطأ لأفعاله المادية في صورتها العمدية وغير العمدية

الكلمات الافتتاحية: الكائن البشري- التقدم العلمي- التجارب الطبية - الحماية- المسؤولية الجنائية- المصلحة العامة.

Abstract :

Medical and biological experiences on humans are among the most dangerous things that the human being is exposed to, as new practices and new treatment methods resulting from scientific progress in the fields of medicine are not guaranteed success in most cases, as they bear many risks that afflict them, without forgetting The medical experiments that took place in the past, which clearly violated human rights, occurred in the past. Some even take advantage of the bitter conditions that individuals live in poor countries. To conduct medical experiments on them, far from medical ethics and legal, human and human deterrents, the medical criminal responsibility is the obligation of the doctor to bear the consequences of his criminal act. Responsibility is freedom of choice; Therefore, the doctor is criminally questioned because he has violated a peremptory legal rule that was associated with a criminal penalty as a result of criminal acts related to his job, so the doctor's criminal liability is personal, and on the basis of error for his material actions in their intentional and unintentional form.

Key words: the human being - scientific progress - medical experiments - protection - criminal liability - public interest

مقدمة

بات العالم اليوم يشهد تطوراً كبيراً في المجالات الطبية، والعلاجية، والبيولوجية، والذي كان له الأثر الكبير في تغيير الكثير من المفاهيم والمبادئ المتفق عليها في علمي الطب والقانون، حيث إن كلا العلمين متمثلان في تحقيق غاية واحدة، وهي تحقيق ما يجلب النفع والمصلحة والصحة للإنسان ولا شك أن التطور العلمي والتوسع في البحث العلمي أثر على الكيان الجسدي للإنسان، إذ اتخذ من جسم الإنسان بأعضائه محلاً للتجربة والأبحاث، مجاوزاً بذلك حدود الأعمال الطبية التقليدية بشكل يصعب مواكبته في جميع حالاته.

ويعتبر مبدأ حرمة الجسد البشري من المبادئ القانونية التي تحرم المساس بالجسد البشري، والتي تحافظ بدورها على الكرامة الإنسانية الآدمية، وهي التي تنظم الحق في سلامة الجسد وتكامله، والحق في الحياة، وهو حق مصون، بحيث يعتبر من أهم عناصر الحياة تقدساً ويحيط الجسم البشري بالحماية التي تضمن الحفاظ على كرامته ومعصوميته، وتحريم العبث، أو تعريضه للإهانة، كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾، لذا كان من الضروري التوفيق بين غايتين متلازمتين غاية الاستجابة لمقتضيات التطور العلمي في مجال التجارب الطبية والحرص على تطبيق مبدأ حرمة الكيان الجسدي مع تأكيد الحفاظ على مصلحة الفرد في تكامله الجسدي من بعد موافقته على إجراء هذه التجارب، ومصلحة المجتمع في الاستفادة من نتائج التقدم العلمي ومؤدى ذلك تكامل الأفراد والرقى بالمجتمع كوحدة متماسكة من خلال أداء الوظائف سعيًا إلى تحقيق المصلحة العامة.

فقد أثارت التجارب الطبية المختلفة على أنواعها من نقل وزرع الأعضاء البشرية جدلاً واسعاً في المجتمعات الحديثة، من مجتمع يقبل وجودها إلى مجتمع يرى فيها أنها تجارة تتنافى مع الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بحيث تتطوي هذه التقنية على زراعة الأعضاء البشرية داخل المعامل، وزرعها بعد ذلك داخل جسم الإنسان؛ لضمان توافر العضو المناسب فور احتياج المريض له، وهذا ما دعا الدول إلى الاهتمام بهذه التقنية، من أجل التوصل إلى قواعد تنظم هذه التقنية المستحدثة، ووضعها في إطار لا ينقص من حرمة الكيان الجسدي إلا أن التجارب الطبية لم تقف عند هذا الحد، فقد تعدتها إلى إخضاع هذه التقنية من أجل استنساخ كائن حي، أو من أجل استنساخ أعضاء منفردة الخلايا الجذعية، وعلى هذا فإن حماية الجسم البشري هي حماية شرعية، وقانونية، يحيطها القانون الطبي المقارن بنطاق من الحقوق والضمانات، والتي لا بد من إحاطتها بسياسات متينة من الحماية الشرعية، والقانونية، والأخلاقية، والإنسانية، يجب ألا تتعداها التكنولوجيا الحديثة والاكتشافات الطبية والحيوية المعاصرة.

أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة في تحديد المسؤولية الجنائية المترتبة على المساس بالكيان البشري أثر التجارب الطبية المختلفة على أنواعها من نقل وزرع الأعضاء البشرية بالإضافة إلى الأهمية التالية:

1. أدى المساس بحرمة الكيان البشري عن طريق التجارب الطبية إلى الكثير من الإشكالات القانونية، لذا أثار موضوع التجارب الطبية العلمية على جسد الإنسان الخلاف في الفقه القانوني، وأيضاً مسار خلاف بين الأطباء أنفسهم؛ لعدم وضوح الرؤية القانونية فيما يتعلق بالتصرف في جسم الإنسان من خلال التجارب الطبية، وكيفية الاستفادة من هذه التجارب عن طريق التمسك بالأخلاقيات الطبية.

2. أن المشرع الإماراتي لم ينص على جميع التجارب الطبية في قانون مستقل لكل منها، وهي التي بدورها قد تثير العديد من الإشكالات القانونية حيث إن تطور التجارب العلمية، وتقدمها المتواصل تقتضي من المشرع بذل جهود مكثفة لوضع أطر قانونية تواكب التطور العلمي، لا تخرج عن هدفها الأساسي وهو المحافظة على حرمة الكيان البشري.

3. أبرز صور التجارب الطبية الحديثة التي يثار بشأنها إشكالات، مسألة نقل وزراعة الأعضاء البشرية بالنسبة للمتبرع، الذي يقع عليه الضرر بالرغم مما قدمته التطورات العلمية من تقدم ملحوظ في مجال الطب والتي أعطت المرضى آمالاً في الشفاء إلا إن هذا التطور حمل معه مخاطر جديدة ناجمة عن استخدام التكنولوجيا الحديثة في الطب التي أثارت بدورها الكثير من القضايا الأخلاقية، والدينية، والقانونية التي تمس الحياة الإنسانية؛ لذلك كان لا بد من التوفيق بين المتناقضات التي أفرزتها التجارب الطبية الحديثة عن طريق وضع أطر قانونية، وأخلاقية، تتيح للأطباء الممارسة العملية، من دون المساس بحرمة الجسد الإنساني.

4. أن توفر الحماية القانونية التي تساهم في تطور الطب حيث إن الطبيب الذي لا يعمل في ظل الحماية القانونية، يتعذر عليه الإسهام في التقدم العلمي وهناك ارتباط وثيق بين القانون والطب، حيث إن القانون يقدم حماية وفي المقابل يقدم الطب الأمل.

إشكالية الدراسة

تثير التجارب الطبية والبحوث العلمية على جسد الإنسان الترحيح بين اعتبارين مختلفين بين طموح العلماء في التقدم العلمي وحرية البحث العلمي وما تحتمه من إطلاق حرية الطبيب في إجراء هذه التجارب على الإنسان والحرية الفردية وما تقتضيه من عدم المساس بالسلامة الجسدية ولتحقق الموازنة بين هذه الاعتبارات وما تعترضها من عقبات والتي يختلف الحكم فيها حسب الأبعاد الشرعية، والقانونية، والأخلاقية، فيشير التساؤل التالي هل يندرج الفعل تحت طائلة التجريم مالم يتوافر سبب من أسباب الإباحة التي ينص عليها القانون؟

تساؤلات الدراسة

1. ما هي المسؤولية القانونية المترتبة على التجارب الطبية في جسم الإنسان ؟
2. ما المقصود بالتجارب الطبية على جسم الإنسان ؟ وماهي أنواعها؟
3. كيف يتحقق التنظيم القانوني لواقع المسؤولية عن التجارب الطبية؟
4. المسؤولية الجنائية عن خطأ الطبيب في نقل وزراعة الأعضاء البشرية؟
5. ما هي أركان المسؤولية الجنائية الطبية؟
6. ما مدى تحقق المسؤولية الطبية في نقل وزراعة الأعضاء البشرية؟
7. ما هي سلطة القاضي في تقدير الضرر وعلاقة السببية؟

أهداف الدراسة

يبرز الهدف الرئيسي للدراسة في توضيح المسؤولية الجنائية للطبيب عن إجراء تجارب طبية علاجية للإنسان سواء كانت باعطاء ادوية او اجراء عمليات جراحية بالإضافة إلى الأهداف الفرعية التالية:

1. إبراز أثر التقنيات الحديثة التي أفرزتها الثورة العلمية البيولوجية الحديثة على جسد الإنسان حيث يعتبر الجسم البشري الركيزة الأساسية التي تقوم عليها غالبية الممارسات الطبية الحديثة والدراسات والأبحاث العلمية المتعددة.
2. التركيز على الإطار الأخلاقي الذي يحكم التجارب الطبية، بما يعود بالنفع على الركيزة الأساسية لهذه التجارب وهو الإنسان، عن طريق الحفاظ على كيانه الجسدي وهو الهدف الأساس والرئيس لكل تقدم علمي.
3. بحث أثر الممارسات الطبية الحديثة على نطاق الحماية الجنائية.
4. عرض صور بعض التجارب المستحدثة، ومدى مشروعيتها، والضوابط القانونية التي تحكمها.
5. بيان الموقف التشريعي في مواجهة التجارب الطبية على الإنسان.

منهجية الدراسة

اعتمدت الباحثة على عدة مناهج منها المنهج الوصفي، والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن

- (1) **المنهج الوصفي:** وذلك عن طريق بيان المبادئ الخاصة بحماية الكيان الجسدي، والمقصود بالتجارب الطبية، وأهميتها، وبعض صورها، والتنظيم القانوني لها.
- (2) **المنهج التحليلي:** عن طريق تحليل النصوص القانونية الخاصة بجريمة إجراء التجارب الطبية في القانون الإماراتي، والقوانين الأخرى، وذلك لتقييم النص الحالي، وبيان أوجه القصور ووضع الاقتراحات لمعالجتها.
- (3) **المنهج المقارن:** وذلك بعرض التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات الإماراتية، ومقارنتها بنصوص التشريعات القانونية الأخرى، لإبراز جوانب القصور، وتحديد أفضل حماية تشريعية للكيان البشري عن أي اعتداء؛ ومن أجل إسباغ الحماية الجنائية اللازمة لمكافحة أي اعتداء قد يتعرض له الجسد البشري جراء التجارب الطبية والعلمية.

خطة الدراسة

المبحث الأول: التجارب الطبية على جسم الإنسان والمسؤولية القانونية المترتبة عليها

المطلب الأول: ماهية التجارب الطبية على الإنسان وأنواعها

المطلب الثاني: التنظيم القانوني لواقع المسؤولية عن التجارب الطبية.

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية عن خطأ الطبيب في نقل وزراعة الأعضاء البشرية

المطلب الأول: أركان المسؤولية الجنائية الطبية

المطلب الثاني: تحقق المسؤولية الطبية عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية وسلطة القاضي في التقدير

المبحث الأول: التجارب الطبية على جسم الإنسان والمسؤولية القانونية المترتبة عليها

أن التقدم الذي يشهده الطب لم يكن إلا نتاجاً لبحوث علمية، وتجارب طبية متواصلة اعتبرت النواة الأساسية في تقدم العلوم الطبية باتساع آفاق المعرفة وزرع الأمل في نفوس أصحاب الأمراض المستعصية التي لا تزال محل بحث لأجل الوصول إلى علاج لها حيث تعد التجارب في المجالات العملية والطبية وسيلة من وسائل التطور في العصر الحديث وقد أصبح التطور في مجال التجارب الطبية من المظاهر الجديدة والتي تبدو دخيلة على النظام القانوني عندما تتعارض القواعد القانونية المجردة مع الاعتبارات الإنسانية التي تستند إليها قواعد العمل الطبي الأمر الذي يترتب عليه الكثير من المخاطر التي تلحق الشخص الخاضع للتجربة والمتمثلة في الأضرار الجسدية والمعنوية لما في ذلك من خرق لكرامة الإنسان وأدميته

أصبحت التجارب الطبية تفرض نفسها كواقع لا بد منه وسيطرت على عقول الأطباء المختصين، مما جعلها خطر يهدق بالبشرية؛ ذلك لأن مخاطرها قد تزيد على فوائدها، ومن أجل توضيح ذلك قسمنا البحث في المطالب التالية:

المطلب الأول: ماهية التجارب الطبية على الإنسان وأنواعها

المطلب الثاني: التنظيم القانوني لواقع المسؤولية عن التجارب الطبية.

المطلب الأول: ماهية التجارب الطبية على الإنسان وأنواعها

إن التجارب الطبية عمل منهجي محله الإنسان، فإنه يخرج به غيره من المخلوقات كالحيوان والنبات، فقد يتعرض الإنسان للتجارب الطبية في عدة مراحل أثناء حياته العمرية كالتجارب على البويضات والحيوانات المنوية قبل الإخصاب، أو التجارب على البويضات بعد الإخصاب وقبل التصاقها بجدار الرحم (المجين البشري)، أو التجارب على (الجنين) في رحم أمه أو التجارب على الإنسان الحي وأعضائه أو التجارب على الإنسان الميت⁽¹⁾، لما كانت شخصية الإنسان لا تبدأ إلا بتمام ولادته حياً مما يعني أن الجنين لا يتمتع بالشخصية القانونية، ولا يمكن من حيث المبدأ أن يكون أهلاً للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات، فقد اعترف المشرع الإماراتي للجنين بالشخصية القانونية استثناءً في الحمل المستكن⁽²⁾ حيث جعله أهلاً لأن تثبت له الحقوق التي يعينها القانون حفاظاً على مصالحه⁽³⁾ وسوف نوضح ذلك في الفروع التالية وفي الفرع الأول نوضح تعريف التجارب الطبية، وفي الفرع الثاني: أنواع التجارب الطبية كما يلي:

الفرع الأول: تعريف التجارب الطبية

وحتى نتمكن من تعريف التجارب الطبية من تعريف التجارب الطبية من الناحية اللغوية والاصطلاحية، ثم نشير بعد ذلك إلى تعريفها وفقاً للتشريعات القانونية، كما يلي:

أولاً: ماهية التجربة في اللغة: التجربة في اللغة من جرب الشيء تجريباً وتجربة أي اختبره مرة بعد مرة لتلافي النقص في هذا الشيء وإصلاحه، أو للتحقق من صحته، وجمعها تجارب فإن التجربة من المصدر جرب وتعني لغة الاختبار والتجريب، مرة بعد أخرى،

(1) بلطج العربي: أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الطبية المعاصرة دراسة مقارنة، ط1، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2012، ص 16.

(2) حيث نصت الفقرة الثانية من قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987م على أنه " ويعين القانون حقوق الحمل المستكن.

(3) وبالرجوع إلى قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985، فإنه وقت بداية الشخصية للإنسان، ونصت المادة (71) من القانون المذكور على أنه: 1- تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته".

ويقال رجل مجرب بالكسر، بمعنى أنه عرف الأمور وجربها والتجربة في منهاج البحث معناها التدخل في مجرى الظواهر للكشف عن فرض من الفروض، أو التحقق من صحته، وهي جزء من المنهج التجريبي⁽⁴⁾

ثانياً: التجربة في الاصطلاح: تطلق التجربة على الحالة التي يقوم بها الإنسان لاستحداث الأشياء في كافة مناحي الحياة، فالتجربة يمكن أن تقع في مجال الزراعة، أو الصناعة، أو النواحي البيولوجية، وتهدف إلى ارتقاء المستوى العلمي في كافة الحياة وبمعني آخر فهي تلك الأعمال العملية أو الطبية التي يقوم بإجرائها الطبيب الباحث على مريضه أو الشخص المتطوع، بهدف تجريب أثر دواء معين، أو نجاح عملية جراحية معينة لم تُعرف نتائجها من قبل، للحصول على معلومات جديدة، لخدمة الطب والبشرية⁽⁵⁾ فإن جسم الإنسان ليس مالاً يحق التصرف فيه، فجميع أعضاء الجسم وعناصره لا يمكن أن تكون محلاً لحق مالي يفرض على الإنسان حماية جسمه من أي اعتداء⁽⁶⁾

ثالثاً: التجربة في القانون: جاء في القانون الفرنسي والخاص بحماية الأشخاص الذين يخضعون للأبحاث الطبية الحيوية بأن التجارب الطبية بأنها " الأبحاث والدراسات التي تجري على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الحيوية والطبية ⁽⁷⁾، وعرفت التجربة الطبية بأنها جمع معطيات علمية، للكشف عن فرض من الفروض، لأغراض عملية، أو للتحقق من صحتها، وهي جزء من المنهج البحثي التجريبي على الإنسان؛ وهي تختلف بحسب الغرض أو القصد العام من إجرائها علاجية أو غير علاجية أي عملية محضة، أو عمليات جراحية تجريبية غير مسبقة أي مغايرة للعرف الطبي⁽⁸⁾ وهناك من عرفها بأنها مجموع الأعمال الفنية، والطبية، التي يباشرها الطبيب لمصلحة المريض والتي تكون لغرض تحسين حالته الصحية، وتحسين صحة الأفراد عموماً وأن التدخلات الطبية المشار إليها وإن كانت محل تجريب لتحديد مدى نجاحها في العلاج، وبعدئذ أصبحت تشكل الأصول الطبية المعترف بها ⁽⁹⁾

وعرفت بأنها تلك الأعمال العلمية، أو الفنية الطبية، التي تعمل دون ضرورة تملئها من حالة المريض ذاته، بل لإشباع شهوة علمية أو لخدمة علم الطب وأن التعريفات خصت بالذكر الإنسان المريض فقط، دون السليم، في حين أن التجربة الطبية قد تقع على الإنسان

⁽⁴⁾ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن المنظور الأنصاري: لسان العرب، المجلد الأول، حرف الخاء مع الهمزة، طبعة خاصة، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، دار النوادر الكويتية، 2010، ص 261، 262.

⁽⁵⁾ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 113 بلحاظ العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة " دراسة مقارنة مرجع سابق، ص 25. منذر عبد المحسن الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين الطبية والعقابية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، 2010، ص 9.

⁽⁶⁾ عدنان السرحان، وعلى سيد قاسم، أحمد الهواري، وعلى المهداوي: المدخل لدراسة القانون نظرية القانون، نظرية الحق، ط1، الشارقة، مكتبة الجامعة، 2012، ص 207.

⁽⁷⁾ القانون الفرنسي رقم (88/1138) الصادر في 20 ديسمبر 1988، والخاص بحماية الأشخاص الذين يخضعون للأبحاث الطبية الحيوية، ولقد تم تعديل هذه المادة بالقانون رقم 90/86 الصادر في 23 يناير 1990، وحذفت كلمة دراسات وحل محلها أبحاث طبية وحيوية، أنظر: أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة رويبر شومان في ستراسبورغ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 305.

⁽⁸⁾ dorsner-dolivet annick, la responsabilité du médecin, economisa, paris, 2006, p 372. Jurgen simon, ph.d. And Brigitte jansen, legal and ethical aspects of cloning, Research centre for biotechnology and law, germany, 1999.

⁽⁹⁾ محمد لطفي عبد الفتاح: القانون الجنائي واستخدام التكنولوجيا الحيوية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 286. خالد بن النوى: ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان وأثرها على المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 28.

السليم، والمريض على حد سواء وأنها مجموعة الأعمال العلمية أو الفنية التي تجرى على الشخص، ولا يكون غرضها الأساسي العلاج وإنما الحصول على معلومات جديدة بخصوص المرض موضوع البحث، أو علاجه، أو التي تجرى بهدف جمع المعطيات العلمية، أو لإشباع رغبة علمية⁽¹⁰⁾

فالعلاقة التي تربط الطبيب بالمريض، أو الشخص الخاضع للتجربة هي علاقة عقدية أي أنها تقوم على عقد يستند إلى الرضاء المتبادل، وحينئذ لا بد أن يكون الرضاء موجوداً، وأن يكون خالياً من العيوب، وأن يكون كل من طرفيه أهلاً للتعاقد؛ ولذلك فإن الأصل أن يكون الخاضع للتجربة كامل الأهلية، أي: يصلح لأن يصدر عنه رضاء صحيح قانوناً لإبرام هذا العقد، وهو شرط منطقي بالنظر إلى طبيعة التجارب الطبية التي تقتضي الموافقة عليها أن يكون للشخص على قدر كاف من الوعي والإدراك⁽¹¹⁾

بينما يرى الأطباء أن التجارب الطبية على كل من المجين والجنين أمر ضروري من الناحية الطبية للوقوف على الكثير من الأمراض التي قد تصيب الأطفال بعد الولادة على اعتبار أن نصف الوفيات الطفولية مرتبطة بهذه المرحلة من عمر الكائن بدارسة الموضوع في مرحلة أولى وهو التجريب على الجنين والمجين باعتبار أنه لا يمكن فهم طبيعة الكثير من الأمراض بدون الدراسات المعمقة على الأجنة، ولكن يرى رجال الشرع والقانون أن التجريب على المجين والجنين فيه اعتداء صارخ على حقوق هذا الأخير فقد حظر المشرع الإماراتي على المراكز أياً كانت صفتها استعمال البويضات غير الملقحة أو الملقحة أو الحيوانات المنوية لأغراض تجارية أو لإجراء الأبحاث أو إدخال تعديلات جينية في سمات المواليد، أو التصرف فيها لآخرين وفقاً لما ورد في المادة (14/ قانون ترخيص مراكز الإخصاب)⁽¹²⁾ وكذلك في مرحلة ما بعد الولادة إلى ما قبل الوفاة وفقاً للمادة (8/ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية)⁽¹³⁾ فالإنسان يولد حراً وليس لأحد أن يستعبده أو يذله أو يقهره أو يشغله، ولا عبودية لغير الله تعالى؛ لذلك فكل اتفاق على استغلال أو استثمار جسم الإنسان أو عضو من أعضائه هو اتفاق باطل بطلاناً مطلقاً؛ وفقاً للمادة (11/ إعلان القاهرة عن حقوق الإنسان في الإسلام)⁽¹⁴⁾

(10) خالد حمدي عبد الرحمان، التجارب الطبية الالتزام بالتبصير، الضوابط القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص30. مأمون عبد الكريم: رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، 2006، ص 811.

(11) سهير منتصر: المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2001، ص 37. مأمون عبد الكريم، رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، مرجع سابق، ص692.

(12) المادة (14) من القانون الاتحادي رقم (11) لسنة 2008 في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالدولة حيث نصت على أنه: " يحظر على المركز أو أية جهة أخرى أياً كانت صفتها استعمال البويضات غير الملقحة أو الملقحة، أو الحيوانات المنوية لأغراض تجارية، أو لإجراء الأبحاث، أو إدخال تعديلات جينية في سمات المواليد، أو التصرف فيها لآخرين".

(13) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966. الفقرة الأولى من المادة (8) والتي تنص على أنه " لا يجوز استرقاق أحد، ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورهما

(14) إعلان القاهرة عن حقوق الإنسان في الإسلام تقضي الفقرة الأولى من المادة (11) منه على أن: " الإنسان يولد حراً وليس لأحد أن يستعبده أو يذله أو يقهره أو يشغله، ولا عبودية لغير الله تعالى؛ لذلك فكل اتفاق على استغلال أو استثمار جسم الإنسان أو عضو من أعضائه هو - كقاعدة عامة - اتفاق باطل بطلاناً مطلقاً؛ وذلك لعدم مشروعية المحل من جهة، وعدم مشروعية السبب من جهة أخرى، فالتصرف أو المضاربة بجسم الإنسان يتعارض مع مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، وهو مبدأ متعلق بالنظام العام

ويعتبر الشخص كامل الأهلية وأهلاً لإبرام التصرفات وفقاً للتشريع الإماراتي إذا بلغ 21 سنة قمرية وفقاً للمادة ((85/ معاملات مدنية) ⁽¹⁵⁾ بينما أجازت معظم التشريعات التجارب الطبية على القاصر باعتبار التجارب الطبية على الأطفال على غرار التجارب الطبية على الراشدين تعتبر ضرورة علمية ولا يمكن الاستغناء عنها؛ بقصد علاجهم، ويكون مناط الاعتداد برضاء الصغير هو إدراك وتمييز طبيعة التجربة من قبل الشخص، لذلك فإنه ليس لرضاء عدم التمييز أية قيمة قانونية، لأنه لا يملك القدرة على كشف وتمييز طبيعة التجربة التي يرضى بها، وبذلك فالأصل العام هو الرجوع للقواعد العامة المتعلقة بالوصاية على الصغير، فيجب الرجوع إلى رأي أبويه، ومن الأفضل أن يؤخذ رأي الأبوين معاً، وإن اختلفا كان الرأي للأب باعتباره ولي النفس حيث أن القاصر لا يؤخذ بإذنه في العلاجات الطبية الخطرة، وينتقل إذنه إلى وليه فيها ⁽¹⁶⁾

فإن المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة لم يفرق في المرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية أو الغير علاجية، إنما ورد فيها لفظ التجربة بشكل عام وتستلزم التجارب الطبية على الإنسان وجوب التوفيق بين الضرورة العلمية للحصول على الرعاية الطبية وبين ما تمليه حتمية الجسم البشري والحفاظ على كرامته الإنسانية ذلك أن التجارب الطبية على الإنسان سببت مشاكل قانونية تدور حول حماية السلامة البدنية والعقلية للإنسان من المخاطر المحتملة من إساءة استخدام هذه التجارب فإن الحق في سلامة الجسم البشري من أهم الحقوق العامة الأساسية للصيقة بالإنسان وهو أغلى ما يحرص عليه الإنسان لأن الحياة هي مصدر القوة للفرد، ومن أهم العناصر التي تعتمد عليه ثروته ⁽¹⁷⁾

الفرع الثاني: أنواع التجارب الطبية

تفرق معظم القوانين واللوائح الطبية بين نوعين من التجارب الطبية التي تُجرى على الإنسان، وذلك بحسب الغرض الذي يسعى إلى تحقيقه من وراء كل منها، ومن ثم فإن التجارب الطبية نوعان تجارب علاجية، وتجارب غير علاجية ونوضحها كما يلي:

النوع الأول: التجارب العلاجية: يراد بالتجربة العلاجية التجربة التي يباشرها الطبيب بهدف علاج المريض باستخدام وسائل حديثة في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء؛ أما إذا كان علاج المريض مستطاعاً بالوسائل الطبية العادية وفقاً للمادة (2/12) المرسوم بشأن المسؤولية الطبية ⁽¹⁸⁾ فالتجارب الطبية العلاجية تعد وسائل علاجية متنوعة مبتكرة يتم تجريبيها على إنسان مريض بقصد شفاؤه، أو تحقيق أي نفع علاجي له، وهذه الوسائل لا بد من اختبارها معملياً على الحيوان قبل تجريبيها على الإنسان وهذه النفع كتحقيق شفاء جزئي له، أو محاصرة المرض ومنعه من الزيادة والانتشار، أو دراسة المرض ومعرفة أسبابه، وأعراضه،

⁽¹⁵⁾ نصت المادة (85) من القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة بأنه: "1- كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون والقوانين المتفرعة عنه. 2- ويبلغ الشخص سن الرشد إذا أتم إحدى وعشرين سنة قمرية

⁽¹⁶⁾ المرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية

⁽¹⁷⁾ جابر محجوب علي: الرضاء عن الغير في مجال الأعمال الطبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 83. محمد علي البار، إذن المريض وعلاج الحالات الميؤوس منها، بحوث ودراسات من موقع الإسلام اليوم، المكتبة الشاملة، رقم 2428\4 بتاريخ 1404\7\29 هـ، المبنى على قرار هيئة كبار العلماء رقم 119 وتاريخ 1404\5\26 هـ - شبكة الانترنت <https://al-maktaba.org/book/8356/14931#p2>

⁽¹⁸⁾ نصت الفقرة الثانية من المادة (12) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية على أنه: يحظر إجراء أبحاث أو تجارب طبية على الإنسان إلا بعد موافقته والحصول على تصريح كتابي بذلك من الجهة التي تحددها اللائحة التنفيذية وتبعاً للشروط التي تقررها تلك اللائحة.

ومظاهره، ليتسنى إيجاد وسيلة علاجية له، و لا شك في أن تجريم هذا النوع من التجارب يؤدي إلى جمود التطور الطبي، ويقضي على روح الابتكار و يحرم الإنسانية من علاجات جديدة قد تكون فعالة ، وأن الغرض الأساسي للتجارب العلاجية في محاولة إيجاد علاج من خلال تجريب طرق جديدة كالأدوية الجديدة، أو الجراحات الحديثة، أو عمليات زرع الأعضاء أو غيرها من وسائل التكنولوجيا المتطورة باستمرار، وذلك وفق شرط الحصول على رضا المريض بإجراء التجربة العلاجية عليه رضا حراً وصريحاً وكذلك وجود قدر من الكفاءة العلمية، والخبرة الطبية، حتى يتسنى له إجراء هذا النوع من التجارب (19)

النوع الثاني: التجارب الطبية الغير علاجية: يمكن تعريف التجارب الطبية غير العلاجية بأنها أعمال فنية وعلمية يباشرها الطبيب على جسم المريض بغرض اكتساب معارف جديدة بخصوص الوقاية من الأمراض أو المعالجة الوقائية أو العلاج، كما تعرف بأنها الأعمال الطبية العلمية، أو التجريبية الخالصة التي يباشرها الطبيب الباحث على جسم المريض؛ بغرض البحث العلمي لأكتساب معارف جديدة، فهذا النوع من التجارب العلمية المحضة أو غير علاجية، لا يهدف إلى تحقيق مصلحة علاجية شخصية ومباشرة للشخص الخاضع للتجربة، وإنما يستهدف المعرفة العلمية والفنية على وجه العموم بخصوص التشخيص والعلاج كأن يجري الطبيب كشفاً إكلينيكياً، أو مفعول مستحضر طبي جديد أو عملية جراحية غير مسبقة، وعادة تجري مثل هذه التجارب على متطوعين أصحاء أو مرضى لا تكون لهم مصلحة شخصية مباشرة في إجراء التجربة وإنما تحقيق مصلحة علمية من أجل فائدة البحث العلمي (20) فالتجربة العلاجية تهدف إلى إيجاد أفضل طرق العلاج الممكنة لصالح المريض، مع إمكانية تعميم هذه الفائدة إلى غيره من المرضى ممن يشكون من نفس المرض حالاً ومستقبلاً أما التجربة العلمية المحضة أو غير علاجية فالهدف منها كسب معارف جديدة بخصوص التشخيص أو العلاج (21)

المطلب الثاني: التنظيم القانوني لواقع المسؤولية عن التجارب الطبية.

أدت زيادة التطور المستمر في علم الطب بمجالاته المختلفة إلى احتمالية وجود مخاطر ممارسة مهنة الطب مما يضاعف من مسؤولية الطبيب في تسجيل الكثير من الأخطاء الطبية فمع الوتيرة المتسارعة لتطور العلوم الطبية والذي تزامن معه التطور الواضح في سن القوانين المنظمة لمزاولة مهنة الطب على نحو يرسم حدودها ويحدد صور المسؤولية القانونية المتعلقة بها، ويبين طرق مواجهة هذه المسؤولية لما كان موضوع العمل ونشاط الطبيب هو الإنسان، جسماً وعقلاً ونفساً، وكان عمل الطبيب يتعلق في الأساس بحياة الإنسان، وصحته، وسلامته، وتبعاً لذلك بصحة المجتمع، وسلامته، وأمنه، وسعاده، فالعمل الذي يقوم به الطبيب المتمثل بالتجارب الطبية تنشأ عنها مسؤولية الطبيب وذلك في حالة حدوث ضرر للمريض، وتتعدد صور المسؤولية على عمل الطبيب فقد تكون مسؤولية مدنية، أو تأديبية، أو جزائية (22) وسوف نوضح ذلك في الفروع التالية ففي الفرع الأول نوضح صور المسؤولية القانونية، وفي الفرع الثاني نوضح الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية، كما يلي:

(19) حلمي عبد الحكيم الفقي: مدى مشروعية إجراء التجارب الطبية على الإنسان، ط1، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2018، ص 32 وما بعدها، أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء دراسة مقارنة، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص 318، بلحاج العربي: الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري دراسة مقارنة، ط1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص 20.

(20) penneau jean, La responsabilité du médecin, Dalloz.coll, Connaissance du droit, 3e edition, 2004, p10.

(21) بلحاج العربي: أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الطبية المعاصرة دراسة مقارنة، مرجع سابق ص

95، خالد حمدي عبد الرحمان، التجارب الطبية الالتزام بالتبصير، الضوابط القانونية، مرجع سابق ص 33

(22) محمد سامي الشوا: مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 130، مأمون عبد الكريم: رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، مرجع سابق ص 811.

الفرع الأول: صور المسؤولية القانونية

تعددت صور المسؤولية القانونية واختلفت، فقد تترتب على أعمال الطبيب مسؤولية مدنية، أو مسؤولية تأديبية، أو مسؤولية جنائية.

أولاً: المسؤولية المدنية: ترتب على التطور الطبي وما لازمه من مخاطر، زيادة طبيعية في عدد الأعمال الطبية التي لا تهدف إلى علاج المرضى، بل وأكثرها يسبب خطورة للخاضع للتجارب الطبية، ونتج عنها زيادة ملحوظة في عدد دعاوى المسؤولية المدنية المرفوعة أمام القضاء للمطالبة بالتعويض عما يترتب عليها من أضرار، فقد أصبح من الممكن مساءلة الطبيب عن مجرد إهماله وأصبحت تقام المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني التي تهدف إلى جبر الضرر الذي يحدث للشخص نتيجة فعل ارتكبه شخص آخر وذلك عن طريق التعويض⁽²³⁾

وقد عرفت المسؤولية المدنية بأنها التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر، وقد ذهب القضاء إلى التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية الأولى مسؤولية عقدية تنشأ عن الإخلال بالالتزام عقدي أي التزام مصدره العقد، فهي تفترض ارتباط كل من المضرور والمسؤول، بعقد سابق مبرم قبل حصول الضرر، والثانية مسؤولية تقصيرية فهي التزام الشخص بتعويض عن الضرر الناشئ عن فعله الشخصي، أو فعل من هم تحت رعايته، أو رقابته من الأشخاص، أو الأتباع، أو تحت سيطرته الفعلية من الحيوان، أو البناء، أو الأشياء غير الحية الأخرى في الحدود التي يرسمها القانون وهي التي لا تترتب على الإخلال بالالتزام عقدي، وإنما تترتب على الإخلال بالالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الأضرار بالغير⁽²⁴⁾ وقد يشترط لقيام المسؤولية بنوعيهما العقدية والتقصيرية توافر ثلاثة أركان وهي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية، فإن الخطأ يتمثل في الإخلال بالالتزام قانوني يصدر عن إدراك، فقد يكون عمدياً، وهو عندما يريد الفعل ويتصور الأضرار التي قد تنتج عن فعله، وقد يكون غير عمدياً، وذلك بإحداث ضرر نتيجة سلوك الفرد دون القصد بإضرار الغير، أما العنصر الثاني من عناصر المسؤولية المدنية فهو عنصر الضرر ويقصد به الأذى الذي يلحق بالغير، وهو إما أن يكون مادياً ويقصد به الخسارة المالية التي تلحق المضرور، وأما الضرر الأدبي فهو الذي يلحق شرف الإنسان، وسمعته، واعتباره، ومركزه الاجتماعي، أما العنصر الثالث من عناصر المسؤولية المدنية فهو العلاقة السببية وهي رابطة ما بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص المسؤول والضرر الذي لحق بالمضرور⁽²⁵⁾

ثانياً: المسؤولية التأديبية: تنشأ المسؤولية التأديبية للطبيب عن الإخلال بواجبات وظيفته التي تتطلبها قواعد المهنة، حيث إن ممارسة الطب من قِبَل الأطباء ضمن ترخيصهم الطبي العام، ووفق قوانين ممارسة الطب الحديث قد يعرضهم لمخاطر انضباط، أو تأديب المجلس الطبي عن سوء التصرف المهني، أو التصرف غير المهني، ويستوي في ذلك أن يمارس الطبيب الممارسات التقليدية المعترف بها، والمرخصة بقانون، أو تلك غير المرخصة أصلاً؛ وذلك نتيجة لعدم مطابقته للمعايير المقبولة مثل:

(23) محمد سامي الشوا: مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، مرجع سابق ص 131، مأمون عبد الكريم: رضاء المريض عن الأعمال

الطبية والجراحية، مرجع سابق ص 812

(24) عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 618. محمد عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 321.

(25) محمد حسن قاسم: إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 3. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980، ص 198، زياد خلف عليوي: المسؤولية المدنية عن الأبحاث والتجارب الطبية غير العلاجية على جسم الإنسان، دراسة مقارنة، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، 2007، ص 94.

إجراء التجارب الطبية، والممارسة الطبية السائدة في الطب الحديث، وبغض النظر فيما إذا لحق المريض الضرر أم لا (26)

ولذلك نجد أن بعض الأنظمة الصحية العربية والأجنبية نصت في قوانينها على ماهية الأفعال التأديبية وعقوباتها التي تفرض من المجلس الطبي على ممارس العمل الطبي في حالة انتهاكه للواجبات الإدارية المفروضة عليه فأن بعض الدول تحيل تطبيق العقوبات التأديبية على الطبيب المخالف إلى لجان إدارية تتولى تطبيقها، وبعض الدول الأخرى تتولى إنفاذ الأمر إلى المحاكم الاعتيادية التي تستعين بأهل الخبرة؛ للتدقيق ثم الفصل في الدعوى، فأن اللجان الإدارية تتمتع بوظيفة مزدوجة فهي من جهة خصم؛ لأن مرتكب الفعل الضار تابع لها وظيفياً ومهنياً، ومن جهة أخرى هي بمثابة الحكم الفاصل في النزاع المعروض، وهو أمر يتنافى مع قواعد العدالة لاسيما وأن اللجان الإدارية قد لا تضم بين أعضائها المختصين بعلم القانون وقد رجح المشرع الإماراتي إحالة تطبيق العقوبات التأديبية على الطبيب المخالف إلى المحاكم وليس إلى اللجان الإدارية (27).

ثالثاً: المسؤولية الجنائية: إن المسؤولية الجنائية هي تعبير عن ثبوت نسبة الوضع الإجرامي للواقعة المادية التي يجرمها القانون إلى شخص معين مُتهم بها، وأن الإتيان المادي للجريمة لا يؤدي بالضرورة إلى إنزال العقوبة على مرتكبها ما لم تُثبت مسؤوليته الجزائية بمعرفة القضاء، وعلى هذا النحو فإن المسؤولية الجنائية الطبية يراد بها التزام الطبيب بتحمل نتائج فعله الإجرامي وبناء عليه، فإنه يشترط لقيام المسؤولية الجنائية الطبية مباشرة الطبيب لفعل إجرامي ونسبة الفعل الإجرامي إلى شخص الطبيب فالأصل في تحمل المسؤولية هو حرية الاختيار؛ لذلك يُسأل الطبيب جنائياً لأنه قد خرق قاعدة قانونية أمرة أو ناهية اقترنت بعقوبة جنائية من جراء الأفعال المجرمة والمتعلقة بوظيفته، لذلك فإن المسؤولية الجزائية للطبيب هي شخصية، وعلى أساس الخطأ لأفعاله المادية في صورتها العمدية وغير العمدية (28) فقد أخذ المشرع الإماراتي بمعيار الخطأ الجسيم بالمادة (40/ المسؤولية الطبية) (29) وفي ذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن مسؤولية

(26) الجدير بالتنويه أن الأطباء المسلمون مارسوا التجارب الطبية منذ زمن قديم، فقد بدأوا بالتجارب الطبية أولاً على الحيوانات ومن ثم على الإنسان، كما عرف الأطباء في الإسلام كالرازي، ابن سينا، ابن النفيس، ابن الهيثم، والزهراوي، علم التشريح حيث قاموا بتشريح الجثث لمعرفة تفاصيل الأعضاء، ولفهم الأمراض وإدراك مسبباتها الخفية ومنها أخلاقيات مهنة الطب الصادرة عن الهيئة السعودية للتخصصات الصحية، ونظام أخلاقيات البحث على المخلوقات الحية المعتمد بالأمر الملكي رقم م / 59 في 14/9/1431 هـ، والوثيقة المصرية لأخلاقيات المهنة الطبية، ومجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره العاشر بجدة بالمملكة العربية السعودية خلال الفترة من 23 - 28 صفر 1418 هـ الموافق 28 حزيران (يونيو) - 3 تموز (يوليو) 1997م.

أنظر أيضاً: عبد الرحمن بن إبراهيم بن عبد العزيز العثمان: التجارب الطبية على الإنسان دراسة مقارنة، ط1، الرياض، دار الميمان للنشر والتوزيع، 2014، ص 85.

أسماء إبراهيم عطية الجبوري: المسؤولية التأديبية عن سوء ممارسة الطب التقليدي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، الجامعة الإسلامية ماليزيا، يناير 2010، ص 175.

(27) المادة (20/أ)، المادة (21)، المادة (23) من قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني رقم (25) لسنة 2018، والمواد (28-30) من المرسوم بقانون اتحادي الإماراتي رقم (4) لسنة 2016 في شأن المسؤولية الطبية، والمادتين (10-11) من القانون المصري رقم (415) لسنة 1954 في شأن مزاول مهنة الطب والمعدل بالقانون رقم (153) لسنة 2019، كما نص على واجبات الطبيب نحو المرضى من المادة 20 إلى المادة 36 من لائحة آداب المهنة المصري رقم (238) لسنة 2003 والصادر بتاريخ 5 سبتمبر لسنة 2003.

(28) منذر الفضل: المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2012، ص 46. إيمان محمد الجابري: المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011، ص 55.

(29) حيث نص قرار مجلس الوزراء رقم (40) ، لسنة 2019، في شأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم (4) ، لسنة 2016، بشأن المسؤولية الطبية حيث نصت المادة (5) على أنه: " يُعتبر الخطأ جسيماً إذا تسبب في وفاة المريض أو الجنين، أو استئصال عضو بالخطأ، أو فقدان وظيفة عضو، أو أي ضرر جسيم آخر، بالإضافة إلى توفر أحد المعايير التالية التي يكون الخطأ الطبي نتيجة لها: أ- الجهل الفادح بالأصول

الأطباء تخضع للقاعدة العامة وأنه متى تحقق القاضي وثبت لديه الخطأ المنسوب إلى الطبيب، سواء كان مهنيًا أم غير مهني وأيا كانت درجته جسيمًا كان أو يسيرًا فإنه يتعين مساءلة الطبيب عن خطئه ذلك أن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط في هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمد الفعل، أو تقصيره، أو عدم تحرزه في أداء عمله، والتزام الطبيب في أداء عمله ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، بل ببذل عناية تقتضي منه أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في عالم الطب⁽³⁰⁾

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية

تتوافر المسؤولية العقدية بين كل عاقد لم يوف بما التزم به في العقد وغايتها أن يحكم عليه لمن تعاقد معه بتعويض الضرر الناشئ عن عدم الوفاء حيث ينشأ العقد بين الطبيب والمريض للعلاج وهو ليس عقد كتابي ولكنه عقد اتفاقي بين الطرفين ومن مضمون هذا العقد تتحدد مسؤولية الطبيب تجاه المريض، ويترتب فيه على الطبيب أن يقدم للمريض العناية المطلوبة وإتمام العلاج اللازم له بناء على العقد الاتفاقي الطبي بشفاء المريض وسوف نوضح أولاً: الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية، ثانياً: صور نقل الأعضاء البشرية، ثالثاً: موقف المشرع الإماراتي من التجارب الطبية على الإنسان كما يلي:

أولاً: الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية

تقوم المسؤولية العقدية على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات وتبقى الرابطة العقدية قائمة بين الطبيب والمريض مادام العقد الطبي قد نشأ أصلاً بناء على الإيجاب الصادر من الطبيب والقبول الصادر من المريض أو من في حكمه⁽³¹⁾ أما المسؤولية التقصيرية فهي الجزاء المترتب على الطبيب نتيجة إخلاله بالتزام قانوني وهو التزام يفرض عدم الإضرار بالآخرين ويعبر عنه بالخطأ غير المشروع ومعياره انحراف المرء في سلوكه وتصرفاته عن جانب الحيطة والحذر والتبصر وعن بذل العناية اللازمة للمريض⁽³²⁾

فقد كان لدولة الإمارات العربية المتحدة موقف الريادة سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي في شأن الاهتمام بالصحة وتطوير أداء وكفاءة العاملين في مجال تقديم الخدمات الصحية ونشر الثقافة الصحية والتبصير بأطر وحدود المسؤولية الطبية وأثمرت جهودها في

الطبية المتعارف عليها وفقاً لدرجة وتخصص مزاولة المهنة. ب- اتباع أسلوب غير متعارف عليه طبياً. ج- الانحراف غير المبرر عن الأصول والقواعد الطبية في ممارسة المهنة. د- وجود الطبيب تحت تأثير سكر، أو تخدير، أو مؤثر عقلي. هـ- الإهمال الشديد، أو عدم التبصر الواضح في اتخاذ الإجراءات الطبية المتعارف عليها، كترك معدات طبية في جسم المريض، أو إعطائه جرعة زائدة من الدواء، أو عدم تشغيل جهاز طبي أثناء أو بعد العمليات الجراحية، أو الإنعاش، أو الولادة، أو عدم إعطاء المريض الدواء الملائم طبياً، أو أي عمل آخر يدخل في إطار الإهمال الشديد. و- ممارسة المهنة بصفة معتمدة خارج نطاق التخصص، أو الامتيازات السريرية التي يتمتع بها الطبيب بموجب الترخيص الممنوح له. ز- استعمال الطبيب لوسائل تشخيص أو علاج، من غير أن يكون قد سبق له إجراؤها، أو التدريب عليها دون إشراف طبي. 2- - على اللجنة واللجنة العليا كل في حدود اختصاصها، النظر في الشكاوى والتظلمات المتعلقة بالخطأ الطبي، وتحديد ما يأتي: أ- المعيار الذي تم الاستناد إليه لاعتبار الخطأ الطبي الواقع من قبيل الخطأ الطبي الجسيم. ب- بيان العناصر المتوفرة في الملف والتي تؤكد وجود خطأ طبي جسيم. ج- تحديد نوع الضرر والخطأ."

⁽³⁰⁾ المحكمة الاتحادية العليا، في الطعن الجزائي رقم 420 - 365 لسنة 2017 جزائي، جلسة الاثنين الموافق 16 أكتوبر 2017، مجموعة الأحكام الجزائية والقواعد الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا س ق 22 لعام 2018

⁽³¹⁾ عبد الرزاق احمد السنهاوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق ص 847

⁽³²⁾ محمد فهد شقفه: المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية، العدد 3، السنة الرابعة، 1979، ص

عدة تشريعات تناولت جوانب المسؤولية الطبية أهمها القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 بشأن المسؤولية الطبية⁽³³⁾ على أن يسأل الطبيب الجراح، عن كل تقصير لا يمكن توقعه من طبيب جراح آخر يتمتع بالمؤهلات نفسها وفي الظروف نفسها التي أحاطت بإجراء العملية الجراحية للأخطاء الطبية الجراحية صور تختلف عن الأخطاء الطبية في التخصصات الأخرى في المادة (14 / المسؤولية الطبية) وحدد المشرع حالات عدم توافر المسؤولية الطبية على الطبيب وهي:

1. إذا كان الضرر قد وقع بسبب فعل المريض نفسه أو رفض العلاج أو عدم اتباعه للتعليمات الطبية الصادرة إليه من المسؤولين عن علاجه أو كانت نتيجة سبب خارجي ووفقاً لذلك قضت محكمة تمييز دبي باستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية ونسبته إلى فاعله⁽³⁴⁾
2. إذا اتبع الطبيب أسلوب طبي معين في العلاج مخالفاً لغيره في ذات الاختصاص ما دام أسلوب العلاج الذي اتبعه متفقاً مع الأصول الطبية المتعارف عليها ووفقاً لذلك قضت محكمة تمييز دبي فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي⁽³⁵⁾
3. إذا حدثت الآثار والمضاعفات الطبية المعروفة في مجال الممارسة الطبية وغير الناجمة عن الخطأ الطبي ووفقاً لذلك قضت محكمة تمييز دبي حيث أن مسؤولية الطبيب لا تقوم في الأصل على أنه يلتزم بتحقيق نتيجة وهي شفاء المريض أو بنجاح العملية التي يجريها وإنما على التزامه لبذل العناية الصادقة في سبيل شفائه وأنه يجب عند تحديد المسؤولية الوقوف عند السبب الفعال المنتج في إحداث الضرر⁽³⁶⁾

فقد ركز القضاء الإماراتي على عدة مبادئ وركائز أساسية انتهجها منذ نشأته جعلته نبراساً ومثالاً يحتذى به إقليمياً ودولياً منها إن إدانة المتهم بجريمة إنما تعرضه لأخطر القيود على حريته الشخصية وأن تجرى المحاكم علانية وخلال مدة معقولة وتستند في قضاءها بلا إدانة إلى موضوعية التحقيق الذي تجريه وعرض الحقائق بموضوعية مجردة، ومن أجل ذلك كان لمحاكم الدولة موقف تحفظي تجاه الآراء التي نادى بجعل قضايا المسؤولية الطبية وحق الترضية القضائية عنها خارج نطاق المحاكم فقضاء الدولة وحق اللجوء إلى القاضي

⁽³³⁾ قرار مجلس الوزراء رقم 33 لسنة 2009 بشأن اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية ، والقرار الوزاري رقم 188 لسنة 2009 في شأن المهن الطبية وتحديد المهن المرتبطة بالمهن الطبية والقانون الاتحادي رقم 7 لسنة 1975 في شأن مزاوله الطب البشري ، والقرار الوزاري رقم 42 لسنة 1977 في شأن تسجيل الوصفات الطبية في السجلات المعتمدة في من قبل الوزارة، والقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1984 في شأن مزاوله غير الأطباء والصيدلة لبعض المهن الطبية في القطاع الخاص ، والقانون الاتحادي رقم 15 لسنة 1993 في شأن تنظيم ونقل زراعة الأعضاء البشرية، والقانون الاتحادي رقم 20 لسنة 1995 في شأن الادوية والمستحضرات من مصادر طبية، وقانون مهنة الصيدلة والمؤسسات الصيدلانية رقم 4 لسنة 1983

⁽³⁴⁾ محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2009/238 والطعن 2009/240 الصادر بتاريخ 2009/12/20 ، مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014 ص 1

⁽³⁵⁾ محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2007/144 بتاريخ 2007/9/30 مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014 ص 39

⁽³⁶⁾ محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2004/153 بتاريخ 2005/1/16 ، والخاص بالقاعدة رقم 31 الصادرة في العدد 16 سنة 2005 ص 199 مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014 ص 45

هو الضمان الذي يحقق الحل المنصف لكل أطراف الخصومة في المسؤولية الطبية مع ضرورة أخذ الموافقة الكتابية من المريض لإجراء العملية الجراحية (المادة 15 / المسؤولية الطبية) ⁽³⁷⁾

ولقد تعددت الآراء في أساس إباحة العمل الطبي والجراحي وكان الاتجاه الراجح بإسناد إباحة الأعمال الطبية إلى الرخصة المخولة للأطباء قانوناً لمزاولة مهنة الطب وأن الأعمال الطبية تستهدف المحافظة على الجسم ومصلحته في أن يسير سيراً عادياً طبيعياً فضلاً عن أن الأعمال التي يجريها الطبيب على جسد مريضه تتم بموافقته ورضائه وإن الخطأ الطبي هو جوهر المسؤولية الطبية غير العمدية وأساسها الذي لا تقوم إلا به، وهو الذي يترتب النتيجة التي يجرمها القانون ولقد عبر المشرع الإماراتي عن ذلك كله بقوله في نص المادة (2/53 عقوبات اتحادي) لا جريمة إذا وقع الفعل بنية سليمة استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون وفي نطاق هذا الحق

في التشريع المصري: فقد اتجه المشرع المصري إلى تعريف الخطأ الطبي بأنه الجهل بأمر فنية في حدود تخصصه ويفترض في كل مكان من يمارس المهنة الإلمام بها أو الذي يرجع إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة ⁽³⁸⁾ وإن المسؤولية الطبية لا تتوافر إذا كان الضرر قد وقع بسبب فعل المريض نفسه أو رفضه العلاج أو عدم اتباعه التعليمات الطبية الصادرة إليه من المسؤولين عن علاجه أو كان نتيجة سبب خارجي وإذا اتبع الطبيب أسلوب طبي معين في العلاج وكان مخالفاً لغيره من ذات الاختصاص فإن حدث الأثار والمضاعفات الطبية المعروفة في مجال الممارسة الطبية الناجمة وغير الناجمة عن الخطأ الطبي يعفى الطبيب ⁽³⁹⁾. وقضت محكمة النقض المصرية في مسؤولية الخطأ في التشخيص العلاجي بإدانة طبيب عن جريمة القتل وتشخيص الحالة على أنها روماتيزم في مفصل الركبة على الرغم من علم الطبيب بسبب الإصابة الفعلية للمريض ⁽⁴⁰⁾ كما قضت محكمة النقض المصرية بأن مسؤولية الطبيب الذي إختاره المريض أو نائبه لعلاجها هي مسؤولية عقدية والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن إلتزام الطبيب ليس إلتزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو إلتزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظه تتفق في غير الظروف الإستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول وجراح التجميل وإن كان كغيره

⁽³⁷⁾ أورد اختصاصها في المواد (16، 17، 18، 19، 20، 21، من ذات القانون) وحدد في المادة (24) عدم جواز القبض على الأطباء أو حبسهم احتياطياً أثناء التحقيق في الوقائع المتعلقة بالخطأ الطبي، وفي حالة الضرورة لذلك يتم بأمر النائب العام وحده

⁽³⁸⁾ القوانين واللوائح التي تنظم العمل الطبي في مصر - قانون 415 لسنة 1954 في شأن مزاولة مهنة الطب، قانون 45 لسنة 1969 الخاص بشروط العضوية و القيد بالنقابة و النظام التأديبي للأطباء، وقانون 481 لسنة 1954 المعدل بالقانون 140 لسنة 1981 بشأن مهنة التوليد، وقانون 198 لسنة 1985 بشأن مزاولة مهنة العلاج النفسى، وقانون 3 لسنة 56 بشأن مزاولة مهنة العلاج الطبيعي، و قانون تنظيم تعامل الأطباء و الصيدالة بالمواد المخدرة 182 لسنة 1960، وقانون تنظيم المنشآت الطبية القانون 51 لسنة 1981، وقوانين الصحة العامة و تعليمات وزارة الصحة بشأن تنظيم تداول بعض المواد والمستحضرات الصيدلانية المؤثرة على الحالة الصحية والنفسية، ولائحة المهنة الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان رقم 238 لسنة 2003

⁽³⁹⁾ أمير فرج يوسف: خطأ الطبيب من الناحية المدنية والجنائية معلقاً عليه بالمستجد والمستحدث من آراء الفقهاء وأحكام محكمة النقض المدنية والجنائية ملحقاً به كافة التشريعات الطبية وتعديلاتها الأخيرة ، القاهرة ، المكتب الجامعي الحديث، ط1، 2008 ، ص 34 وما بعدها

⁽⁴⁰⁾ محكمة النقض المصرية في القرار رقم 1033/364 بتاريخ 1953/6/30 ، قاعدة الاجتهادات والتشريعات المصرية ، أحكام محكمة النقض

من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى إعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر⁽⁴¹⁾

في المملكة العربية السعودية: أخذ المنظم بالمسؤوليتين التقصيرية والعقدية على الطبيب متى تحققت شروط قيام كل منهما وعرف المنظم للمسؤولية المدنية للطبيب بأن الالتزام في عمل الطبيب ينشأ من القوانين المنظمة لمهنة الطب بالإضافة إلى العقد الطبي بين الطبيب والمريض فإذا ارتكب الطبيب أي خطأ طبي ونتج عنه ضرر للمريض فيتربط على ذلك قيام المسؤولية المدنية تقصيرية أو عقدية على الطبيب فألزم المنظم في المادة (8/ نظام مزاوله المهن الصحية) على الطبيب الذي يشهد أو يعلم أن مريضاً أو جريحاً في حالة خطرة أن يقدم له المساعدة الممكنة وبالتالي فهو التزام قانوني بموجب النظام⁽⁴²⁾

وفي التشريع الأردني: وضع المشرع الأردني قانون للمسؤولية الطبية في عام 2009 عرف فيه الخطأ الطبي واستحدث القانون لجنة عليا لتحديد المسؤولية الطبية حول تحديد وقوع خطأ طبي من عدمه ليستعين بها القاضي قبل إصدار الحكم القضائي⁽⁴³⁾

وفي التشريع الجزائري: حدد المشرع المسؤولية الطبية منها ما ورد بقانون العقوبات في المادتين (288، 289) والتشريع المتعلق بحماية المسؤولية والصحة في المادة (168) وأوجب طرح دعوى المسؤولية على المجلس الوطني لأخلاقيات الطب لإبداء رأيه الفني قبل إصدار الحكم القضائي

وفي التشريع التونسي: أقام المشرع التونسي قواعد الخطأ الطبي على أساس التفرقة بين الجرم العمدي والخطأ غير العمدي وتم إنشاء الجمعية التونسية لمساعدة الضحايا في مجال الأخطاء الطبية

وفي القانون الأمريكي: والذي عرف سوء الممارسة الطبية بأنه فعل أو امتناع من قبل مقدمي خدمات الرعاية الصحية التي تنحرف عن المعايير المقبولة من الناحية العلمية في الوسط الطبي والذي يتسبب في الحاق أضرار بالمريض ويتم اللجوء في إثبات ذلك إلى الخبراء المعتمدين لدى المحاكم الأمريكية وتقوم المسؤولية الطبية في القانون الأمريكي وفق قواعد المسؤولية التقصيرية وتتم معالجة الأخطاء الطبية في نظام المحاكم المدنية أو وفقاً لقانون الضرر في الولايات المتحدة الأمريكية ويتم تقديم المطالبة الطبية من سنة إلى خمس سنوات بعد الواقعة أو بعد اكتشاف الضرر المدعى به إذا لم يكن واضحاً من قبل وفي حالة سوء الحالة الطبية يجب إثبات عدم إقامة مستوى

⁽⁴¹⁾ محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 0111 لسنة 35 مكتب فنى 20 صفحة رقم 1075 بتاريخ 26-06-1969، تعويض، مسؤولية الطبيب، فقرة رقم: 1، تنص المادة 238 من قانون العقوبات المصري علي من تسبب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد علي خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو تقاعس وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد علي سبع سنين إذا نشأ عن الفعل وفاة أكثر من ثلاثة أشخاص فإذا توافر طرف آخر من الظروف الواردة في الفقرة السابقة كانت العقوبة بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد علي عشر سنين

⁽⁴²⁾ أمير فرج يوسف: خطأ الطبيب من الناحية المدنية والجنائية معلقاً عليه بالمستجد والمستحدث من آراء الفقهاء وأحكام محكمة النقض المدنية والجنائية ملحقاً به كافة التشريعات الطبية وتعديلاتها الأخيرة مرجع سابق ص 22

⁽⁴³⁾ منير رياض حنا: الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوربية والأمريكية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي ط1

مناسب من الرعاية مما يدل على أنه تم اختراق مستوى الرعاية المطلوبة مع استعانة القضاء بالخبراء والشهود حيث يتم التدرج في إجراءات المحاكم الاستثنائية للصحة بالاشتراك مع كلية هارفارد للصحة العالمية وتولي قاضي متخصص لتحقيق العدالة وأدى هذا التدرج إلى التقليل من المخاطر التي تعرض لها الأطباء في هذا المجال⁽⁴⁴⁾

وفي القانون الفرنسي اتجهت أحكام القضاء الفرنسي إلى أن التطوير القانوني في المجال الطبي أظهر بعض الالتزامات القانونية ابتدعها الفقه والقضاء من أهمها إعلام المريض بمخاطر العملية الجراحية ومضاعفاتها فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن المخاطر التي يتعين على الطبيب إعلام المريض بها هي المخاطر العادية المتوقعة أما غيرها من المخاطر الغير متوقعة فهي غير ملزمة للطبيب أن يعلم بها المريض وأنه في الحالات التي يستوجب على الطبيب إخطار المريض وأعلامه بكافة المخاطر ولو كانت استثنائية مثل عمليات التجميل واستئصال بعض الأعضاء وحالات الإجهاض فلم يشترط القضاء الفرنسي الإعلام الكتابي على أنه يمكن إثبات الإعلام بكافة طرق الإثبات⁽⁴⁵⁾

ثانياً: صور نقل الأعضاء البشرية : إن التصرف من الناحية القانونية يقصد به اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء كان ذلك في صورة عقد ملزم للجانبين، أو في صورة تصرف ملزم لجانب واحد، والتصرف المنصب على الأعضاء البشرية يقصد به نقل عضو بشري، أو مجموعة من الأنسجة، أو الخلايا من المتبرع إلى مستقبل، بهدف زرعها لهذا الأخير، فيقوم العضو المستأصل ليقوم مقام العضو التالف في جسده ، كما يقصد به إجراء عمليات استبدال أعضاء بشرية تالفة لا تؤدي وظيفتها، بأعضاء بشرية سليمة منقولة من أشخاص أحياء عن طريق غرسها أو زرعها لديه وبهذا فحمل التصرف في الأعضاء البشرية لا ينصب فقط على الأعضاء البشرية، بل يشمل كل من الأنسجة والأجهزة البشرية⁽⁴⁶⁾ فعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية تمر بثلاثة مراحل أساسية المرحلة الأولى تتمثل في

⁽⁴⁴⁾ ففي حكم صادر عن المحكمة لسنة 1974 في قضية karp ضد كولى cooly وتتلخص وقائعها في "أن مريض توفي بعد 32 ساعة من خضوعه لعملية جراحية على القلب متأثراً بفشل كلوي حاد، وادعت أرملة المتوفى بأن زوجها الهالك لم يتم تبصيره تبصيراً وافياً، إذ أن الجراحة لم تكن تقليدية معتادة وإنما تجربة جديدة، إلا أن المحكمة قضت بعدم مسؤولية الطبيب على اعتبار أن الزوجة المدعية لم تقدم الأدلة الكافية على عدم حصول الطبيب على رضا متبصر من زوجها المتوفى، كما لم تثبت الخطأ المهني في جانبه ومع ذلك اضافت المحكمة أنه عندما يقوم الطبيب باستعمال وسيلة علاجية جديدة، فإن درجة التبصير المطلوبة تختلف عن تلك المطلوبة للعلاج التقليدي

⁽⁴⁵⁾ الواردة في النص الفرنسي م 319 ق ج ف، موقف محكمة النقض الفرنسية بنقلها عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب في قرار صادر بتاريخ 1997/5/25 وتتلخص وقائع الدعوى في لجوء السيد Hedruel إلى طبيبه بسبب أوجاع حادة في المعدة فأعلمه هذا الأخير بأن حالته تتطلب تدخل جراحي لاستئصال بعض الأورام الموجودة بمعدته غير أنه أثناء العملية أصيب المريض بثقب في أمعائه فرفع دعوى تعويض ضد طبيبه مستند إلى أنه لم يصره بالمخاطر المحتملة للعملية الجراحية وقد عرض النزاع أول مرة على محكمة Rennes التي فرضت على المريض إثبات ما يدعيه لكن محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم وقررت مبدأً جديداً مفاده أن عبء الإثبات يقع على عاتق الطبيب وليس المريض واستندت المحكمة على المادة 1315 ق.م الفرنسي جاء في قرار المحكمة لما كان على عاتق الطبيب التزام خاص بالتبصير في مواجهة مريضه وأنه ملزم بإثبات تنفيذه هذا النظام فإنه يتعين معه القول أن محكمة الاستئناف قد خالفت النص المشار إليه ومن بين القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بعد دخول قانون 2002/3/4 حيز التطبيق قرارها الصادر في 2002/10/2 والذي أكدت فيه أنه: يجب أن تكون الأخطار معروفة لدى الطبيب عند مباشرته العمل الطبي وفي مجال الجراحة التحسينية قضت محكمة ليون في حكم لها بأن: الجراح يلتزم بإعلام المريض الراغب في الجراحة بكافة المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة التي قد تنتج عن التدخل الجراحي، وإلا كان الجراح مخطئاً لأنه لم يحم بتنفيذ التزامه بإعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية تماماً والتي يمكن أن تحدث من جراحة التحميل

⁽⁴⁶⁾ خولة على العبدولي: نطاق التصرف بالأعضاء البشرية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة، معهد التدريب والدراسات القضائية، ط1، سنة 2012، ص40. حسين عودة الزعال: التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

عملية استئصال العضو السليم من المتنازل، والمرحلة الثانية تتمثل في استئصال العضو التالف من المتنازل له، والمرحلة الثالثة تتمثل في زراعة العضو السليم محل العضو التالف في جسد المريض فإن الأعضاء البشرية، والأنسجة تجد أساسها أو مصدرها إما في الإنسان الحي، حيث إن الشخص يتبرع بإرادته الحرة المتبصرة ببعض من أعضائه، وهو يعتبر من بين أخصب مصادر الأعضاء البشرية ولا سيما فيما يتعلق بعملية نقل وزرع الكلى وإما في جثة المتوفى حيث يجيز المتوفى قبل وفاته أو ممثليه القانونيين بعد وفاته هذا التصرف وفي هذه الحالة تعتبر الجثة مصدراً للأعضاء البشرية أخصب وأنفع، بالنسبة للمتبرع لها، على اعتبار أن التبرع قد يشمل جميع أعضاء الجثة أيا كانت طبيعتها أو وظيفتها البيولوجية⁽⁴⁷⁾

ثالثاً: موقف المشرع الإماراتي من التجارب الطبية على الإنسان: أن الكيان الجسدي للإنسان يحتاج إلى الحماية القانونية الدولية والمحلية، بحيث لا يغدو جسم الإنسان محلاً للتعامل والاتفاقات المخالفة لمبدأ حرمة الكيان الجسدي، حيث لم تدخر المنظمات والهيئات الدولية والإقليمية العامة في مجال أخلاقيات العلوم الإحيائية جهداً في إصدار القرارات والتوصيات التي تؤكد على ضرورة المحافظة على كرامة الإنسان، وحرمة كيانه الجسدي⁽⁴⁸⁾

فقد تناول المشرع الإماراتي أحكام المسؤولية الطبية ونظم القواعد القانونية التي تحكمها من خلال نصوص ومواد المرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016، في شأن المسؤولية الطبية الذي تسري أحكامه على كل من يزاوِل المهنة داخل الدولة⁽⁴⁹⁾، فالمشرع الإماراتي

2001، ص 9. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية " بين الشريعة والقانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1999، ص 7.

⁽⁴⁷⁾ ميرفت منصور حسن: التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 119 وما بعدها. جارى بسمه والذهبي ثورية: التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، كوكب العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 27. نبيل العبيدي، امنه السلطاني، مكافحة جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، دراسة قانونية جنائية فقهية طبية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، سنة 2017، ص 214.

⁽⁴⁸⁾ خولة علي العبدولي: نطاق التصرف بالأعضاء البشرية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة، معهد التدريب والدراسات القضائية، الطبعة الأولى، سنة 2012، ص 100.

⁽⁴⁹⁾ صدر قرار مجلس الوزراء رقم (40)، لسنة 2019، في شأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم (4)، لسنة 2016، بشأن المسؤولية الطبية، واعتمد مجلس الوزراء، خلال جلسته يوم الأحد الموافق 9 يونيو، 2019، برئاسة نائب رئيس الدولة، رئيس مجلس الوزراء، حاكم دبي الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم، في قصر الرئاسة بأبوظبي، اللائحة التنفيذية لقانون المسؤولية الطبية الذي يحدد معايير الأخطاء الطبية، وآلية تقديم وفصل الشكاوى في القطاع الصحي بالدولة وألغى هذا القرار بقرار مجلس الوزراء رقم (33) لسنة 2009 باللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم (10) لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية حيث نصت المادة (19) من قرار مجلس الوزراء رقم (40) لسنة 2019 في شأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية على أنه : يلغى قرار مجلس الوزراء رقم (33) لسنة 2009 باللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم (10) لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية، كما يلغى كل حكم يخالف أو يتعارض مع أحكام هذا القرار

عاقب بالحبس والغرامة بالمادة (28/ المسؤولية الطبية) على إجراء أبحاث، أو تجارب طبية على الإنسان إلا بعد موافقته والحصول على تصريح كتابي بذلك من الجهة المختصة⁽⁵⁰⁾ وكذلك المشرع الأردني بالمادة (28/ المسؤولية الطبية والصحية)⁽⁵¹⁾

فقد اختلف الفقه في الاعتداد بالرضا من التجارب الطبية ومدى اعتبارها من أسباب الإباحة فقد ذهب البعض إلى أن الرضاء بالإضافة لشروط أخرى يعتبر شرطاً لإجراء التجربة العلاجية وعدم مشروعية التجارب العلمية وغير العلاجية والتي أكدت على حماية جسم الإنسان في مواجهة أي صورة من صور المساس به، وأنه يجيز التجربة غير العلاجية بضوابط وشروط معينة، منها ألا يترتب عليها الانتقاص من سلامته الجسدية، مع تضائل الخطر والدليل على ذلك أن التجربة العلاجية لا تحتاج لنص دستوري لإقرارها ولكن يشترط أن يتم تبصير الخاضع للتجربة تبصيراً كاملاً وتفصيلياً بالمخاطر والنتائج التي تترتب على التجربة، ويلزم أن يصدر الرضا بعد العلم بكل التفاصيل ويرى البعض عدم جواز إجراء التجارب الطبية على المسجونين، بينما يذهب رأي آخر إلى جواز إخضاعهم إلى التجارب الطبية، بشرط اتخاذ الاحتياطات والتدابير التي يمكن من خلالها التيقن من حرية رضائهم بالخضوع لها⁽⁵²⁾

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية عن خطأ الطبيب في نقل وزراعة الأعضاء البشرية

حظيت المسؤولية الجنائية للطبيب بعناية فائقة من السياسية الجنائية المعاصرة، وقد أثارت المسؤولية الجنائية للطبيب الكثير من الجدل في ساحات القضاء نظراً لحساسية تلك الأعمال التي تمس بجسم الإنسان، فالمسؤولية الجنائية الطبية هي التبعة التي يتحملها الطبيب نتيجة أفعاله المحرمة التي تستوجب عقوبة شرعية من حد أو قصاص، أو تعزيز وإن لم تلحق ضرر بالغير وهي الالتزام القانوني بتحمل الطبيب الجزاء أو العقاب، نتيجة إتيانه فعلاً أو امتناعه عن فعل يشكل خروجاً، أو مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها الشريعة في الأمور الجنائية الطبية لما كان القانون قد أعترف للأطباء بحق التطبيق فإن مؤدى ذلك إباحة جميع الأفعال الضرورية والملائمة لاستعمال هذا الحق⁽⁵³⁾ وتحديد الأفعال لا يعتبر من اختصاص القانون بل ينفرد ببيانها القواعد التي تحكم مهنة الطب وهذه القواعد بطبيعتها متطورة مما يعني أن من حق الطبيب إزاء حالة مرضية لم تجد الأساليب التقليدية سبيلاً لشفائها أن يجري عليها أسلوب علاجي

⁽⁵⁰⁾ المادة (28) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (4)، لسنة 2016، بشأن المسؤولية الطبية تنص على أنه: " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبالغرامة التي لا تقل عن (100.000) مائة ألف درهم ولا تزيد على (200.000) مائتي ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف حكم المادة (12) بند 2، و المادة (15) من هذا المرسوم بقانون " ، ووفقاً للمادة (2/12) من هذا القانون " يحظر إجراء أبحاث، أو تجارب طبية على الإنسان إلا بعد موافقته، والحصول على تصريح كتابي بذلك من الجهة التي تحددها اللائحة التنفيذية، وتبعاً للشروط التي تقررها تلك اللائحة

⁽⁵¹⁾ المادة (8/ي)، من قانون رقم (25) لسنة 2018، بشأن المسؤولية الطبية والصحية على أنه: " يحظر على مقدم الخدمة ما يأتي: - ي- إجراء أبحاث أو تجارب طبية على الإنسان إلا بعد موافقته الخطية والحصول على تصريح كتابي بذلك من الجهة التي تحددها الجهات المعنية وحسب التشريعات النافذة

⁽⁵²⁾ حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، السنة 22، يونيو ويوليو 1980، العدد الأول والثاني، ص 47 وما بعدها. حسام الدين كامل الأهواني: المشاكل التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة 17-1975، ص 21، محمد عيد الغريب، التجارب الطبية والعملية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2011، ص 80.

⁽⁵³⁾ وكذلك قررت محكمة باريس أن حرية الطبيب في اختيار وسيلة علاجية معينة، هي إحدى الحريات الأساسية التي ينبغي أن يكفلها له القانون. منصور عمر المعاينة: المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، سنة 2004، ص8، صفوان محمد شديفات: المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2011، ص51.

يعتقد بجدواه فإن الأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية قد يرتكبون أخطاء جزائية أثناء ممارستهم لعملهم طبقاً للقواعد العامة⁽⁵⁴⁾ ، ونوضح ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: أركان المسؤولية الجنائية الطبية

المطلب الثاني: تحقق المسؤولية الطبية عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية وسلطة القاضي في التقدير

المطلب الأول: أركان المسؤولية الجنائية الطبية

يعتبر التزام الطبيب تجاه المريض التزام ببذل العناية اللازمة لعلاج المريض مما يعني أن الطبيب لا يكون مسؤولاً عن نتيجة العلاج ولكن عليه بذل العناية اللازمة لشفاء المريض وذلك باتباع الوسائل العلمية في علاجه أو عند إجراء العمليات الجراحية، كما يلتزم الطبيب الجراح تجاه المريض ببذل العناية اللازمة عند إجراء العملية الجراحية له وتنشأ مسؤوليته إذا لم يتخذ الاحتياطات اللازمة قبل إجراء العملية الجراحية وخلالها ويقاس سلوك الطبيب الجراح بسلوك طبيب جراح من الاختصاص نفسه والمستوى المهني والعلمي ذاته مع الأخذ بعين الاعتبار، الظروف الخارجية والإمكانات المادية التي توافرت عند إجراء العملية الجراحية ، ونوضح ذلك من خلال الفرعين التاليين ففي الفرع الأول نوضح أركان المسؤولية الجنائية عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية وفي الفرع الثاني نوضح ضوابط المسؤولية الجنائية عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية كما يلي:

الفرع الأول: أركان المسؤولية الجنائية عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية

تقضي القواعد العامة للمساءلة أي شخص عند توافر ثلاثة أركان وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتعتبر علاقة السببية قائمة ما دام الضرر الذي يلحق بالمريض قد ينتج من الخطأ الصادر من الطبيب إذا كانت المسؤولية طبية وفي هذه الحالة يتحقق حكم المسؤولية وهو التعويض بقيام علاقة السببية وينتفي بانتفاءها⁽⁵⁵⁾، وسوف نوضحها كما يلي:

الركن الأول الخطأ: أن الخطأ بوجه عام سلوك يتخذه الشخص بسلك اتجاه مخالف ضد الاتجاه الصحيح ويعني انحراف عن

السلوك المعتاد اجتماعياً لما ينتج عنه ضرر مع إدراك الشخص باتجاهه في المسلك الخاطئ وقد ينتج عن الخطأ ضرر جسيم يعاقب عليه القانون.

فالخطأ الطبي هو ذلك الخطأ الذي ينجم عن عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه أصول مهنته في علاج مرضاه

ومتى توافرت في العمل الطبي شروط الإباحة يظل مشروعاً ولو ساءت حالة المريض أما إذا فشل العلاج فلا يعد قرينة قاطعة على خطأ الطبيب فتقدير الخطأ الطبي يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها تقدير الخطأ غير العمدي⁽⁵⁶⁾

⁽⁵⁴⁾ حبيبة سيف سالم راشد الشامسي: النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2006، ص 298، منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، مرجع سابق، ص 15.

⁽⁵⁵⁾ أبراهيم على حمادي الحلبوس: الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2017 ص 76

⁽⁵⁶⁾ إيسر فؤاد: الخطأ الطبي بين الواقع والمأمول مع اتجاهات التشريع والقضاء بدولة الامارات، محاكم دبي، الامارات العربية المتحدة، 2014 ص 29، إبراهيم أنيس: المعجم الوسيط، الجزء الأول، القاهرة، 1960 ص 3

وخطأ الطبيب المهني هو ذلك الخطأ الذي يتصل بالأصول الفنية للمهنة كخطأ الطبيب في التشخيص أو خطئه في اختيار وسيلة العلاج فالطبيب الذي اعتاد القيام بعمليات الإجهاض يكون قد ارتكب خطأ مهنيا فادحا يفيد معه أن الخطأ المهني يتصل بقواعد مهنة الطب فكل مخالفة لنصوص القوانين الطبية يشكل خطأ مهنيا تترتب عنه مسؤولية الطبيب والتي تتحدد حسب جسامته الخطأ إلى خطأ مهني جنائي أو مدني أو تأديبي أو كلاهم معا أو أحدهما دون الآخر فيكون هدف ركن الخطأ كحد فاصل بين ما يجوز من الأعمال الطبية وما لا يجوز طبقا للمقتضيات العامة الواردة بما يمكن أن يعتبر خطأ فنيا يصلح أن يشكل خطأ عاديا، والعكس صحيح⁽⁵⁷⁾.

وبالتالي يصعب الترجيح في مجال الإثبات في المنازعات الطبية لجهة على حساب أخرى سواء كان المرضى أو الأطباء وذلك أمام النصوص القانونية العامة والقوانين المنظمة للمهن الطبية وتحديد قوام المسؤولية للخطأ الطبي دونما أي إسقاط للفعل أو الامتناع الطبي في جريمة الخطأ الطبي فالقاضي يقارن سلوك الطبيب موضوع الشكوى بسلوك الطبيب العادي وليس بسلوك الطبيب المتميز أو الطبيب المهمل مع الأخذ في الاعتبار الظروف المحيطة بهذا الطبيب فإذا اتبع الطبيب الأصول المتعارف عليها في مهنة الطب أي قام بإجراء تشخيص بالعناية اللازمة مستعينا بالوسائل الفنية اللازمة وبمن تستدعي ظروف الحالة الاستعانة بهم من الأخصائيين أو الماعدين ومع ذلك لحق بالمريض ضرر لا يمكن الاحتراز منه فإن الطبيب في هذه الحالة لا يلزمه الضمان ولن يتعرض للمساءلة وقد اكتفى المشرع الإماراتي بذكر صور الخطأ في المادة (38/2 عقوبات اتحادي)

فأن الخطأ هو إخلال الجاني عند تصرفه الإرادي بواجبات الحيلة والحذر التي يفرضها المشرع على كافة الأفراد فيما يباشرونه من أفعال وعليه فإن الخطأ عموماً يتوافر إذا تصرف الشخص دون التقيد بواجبات الحيلة والحذر التي يتقيد بها الأفراد فيما يباشرونه من أفعال حرصاً على الحقوق التي يحميها القانون وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون تحقق النتيجة المعاقب عليها قانوناً كأثر لفعله إما لاعتقاده أنها لن تحدث أو عدم توقعه هذه النتيجة بينما كان من واجبه وفي استطاعته توقعها وهذا المدلول ينطبق على الخطأ الطبي الذي يتوافر إذا قام الطبيب بمباشرة مهنته على نحو لا يتفق مع الواجبات التي تقتضيها ممارسة المهنة، وكذلك القواعد العامة للحيلة والحذر التي يتقيد بها كافة الأفراد فتترتب على مسلكهم نتائج ضارة كان يمكن لطبيب معتاد تفاديها.

ومن أمثلة ذلك تصرف الطبيب على نحو يخالف الأصول العلمية والفنية المقررة والثابتة في مهنة الطب⁽⁵⁸⁾

فأن القواعد والأصول الطبية هي تلك المبادئ والقواعد الأساسية الثابتة والمستقرة نظرياً وعملياً بين أهل مهنة الطب ولا يعني ذلك أن الطبيب يلتزم بتطبيق الأصول العلمية والفنية كما يطبقها غيره من الأطباء بل من حق الطبيب أن يُترك له قدر من الحرية والاستقلال من حيث اختيار الطريقة التي يرى أنها أصلح من غيرها في علاج مريضه طالما أنه قد التزم في اختياره بالثابت علمياً وفنياً في مهنة الطب كما أنه يجوز للطبيب في ظل الظروف الاستثنائية الخروج عن القواعد والأصول العلمية والفنية الطبية تطبيقاً للقواعد العامة في امتناع المسؤولية الجنائية إذا توافرت حالة الضرورة، وفقاً لما تحدده المادة (64/1 عقوبات اتحادي) كما لو كان هناك خطر جسيم يهدد حياة المريض أو صحته فلم يكن أمام الطبيب من سبيل لدفعه غير الفعل الذي أتاها والذي خرج فيه عن أصول مهنته فتمتنع مسؤوليته عندئذ

(57) خالد محمد شعبان: مسؤولية الطب الشرعي، دراسة مقارنة، الاسكندرية، ط1، دار الفكر الجامعي 2008 ص 47 وما بعدها

(58) منير رضا حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، 2007، ص233. أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1990، ص 222.

وعلى ذلك فإن القاضي الجنائي لا يسأل الطبيب إلا عن تلك المخالفات الخطيرة للنصوص التي يطبقها فالخطأ الطبي الجنائي هو الخطأ الفني أو المادي الذي كان بإمكان الطبيب المعتاد الحذر اليقظ تفاديه⁽⁵⁹⁾.

ومن صور الخطأ الطبي الخطأ هو تلك الجرائم التي تقوم بشكل مستقل عن نية الفاعل أي أن الجنائي لم يقصد ارتكابها، ولا عبث فيها لحسن النية، أي عدم توافر القصد الجرمي، والمشرع الإماراتي عبثاً عن الخطأ في المادة (38) من قانون العقوبات، ويتوافر الخطأ إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل، سواء أكان هذا الخطأ إهمالاً، أم عدم انتباه، أم عدم احتياط، أو الطيش، أو الرعونة، أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة واللوائح والأوامر.

الركن الثاني الضرر: تتحدد المسؤوليات والالتزامات في الأعمال الطبية بهدف حماية ضحايا الأخطاء الطبية من العبث واللامسؤولية المهنية للأطباء بالتالي فإن الضرر هو الأساس الذي تنبني عليه المسؤولية المدنية والجنائية وهو في إطار الركن المادي للجريمة عندما يوجد نشاط إجرامي في شكل إيجابي أو سلبي بالنتيجة الإجرامية والتي لا تكون عنصراً من عناصر الركن المادي بالنسبة لجرائم النتيجة أو جرائم الضرر أو الجرائم المادية التي يتوقف وجودها على حدوث نتيجة معينة بسبب وجود اعتداء على حق تمت حمايته من طرف القانون وجرائم الضرر أو جرائم النتيجة الإجرامية يمكن أن يرتكبها شخص لا يحمل أي صفة ويمكن أن يوقعها أشخاص ذوو صفة ينتمون لقطاع معين يترتب عند ارتكابهم فعل أو امتناع يجرمه القانون ويقرر له عقوبة خاصة سواء في صلب المجموعة الجنائية أو ثانياً القواعد الخاصة الأخرى ويشترط لتحقيق المسؤولية الجنائية للطبيب أو الطبيب الجراح الخطأ تحقيق نتيجة معينة في سلوكيات الأطباء تجاه المرضى ضحايا الأخطاء الطبية وهي وفاة المريض في القتل الخطأ وإصابته أو جرحه أو إيدائه في سلامة جسمه أو صحته في الجرح الخطأ فقيام فكرة الضرر تطلب شروط لقيامها⁽⁶⁰⁾

فإن ركن الضرر كشرط كافي لقيام المسؤولية عامة والمسؤولية الطبية خاصة بمجرد ثبوت العلاقة السببية بين الضرر كنتيجة إجرامية والخطأ الطبي ويتربط بذلك آثار تختلف أحكامها عن الفعل والامتناع الذي أحدث ضرراً طبياً في جريمة طبية على ضحية خطأ طبي صادر لطبيب عن فعله الشخصي أو قد أسهم في أحداثه الغير فالضرر الذي يلحق بالمريض من فرصة العلاج يؤدي إلى ارتباط الخطأ بالضرر وارتباط السبب بالمسبب وأن توافر علاقة السببية من عدم توافرها من المسائل الموضوعية التي تفصل بها محكمة الموضوع بغير معقب مادام تقديرها مستنداً إلى أدلة مقبول لها أصلها بالأوراق فالطبيب الذي يباشر بنفسه علاج المريض ثم ينتج عن ذلك ضرر لجسمه أو تسبب في هلاكه لا يكون ضامناً لهذا الضرر ما لم ينسب إليه خطأ يكون هو السبب في حدوث الضرر كأن يقوم شخص بالتطبيب وهو جاهل بعلوم

⁽⁵⁹⁾ الحكم الصادر عن المحكمة الاتحادية العليا في قولها: " الأعراض المرضية والعاهات والإعاقة التي حدثت للطفل يرجع سببها إلى استمرار ارتفاع نسبة الصفراء بالدم ولا يوجد لها مبرر آخر، وتقع مسؤولية التأخير والإهمال في علاج الطفل المذكور على الطبيبات المناوبات بقسم الولادة واللاتي كن يناظرن الطفل من تاريخ بدء ظهور الصفراء وهكذا يتضح جلياً أن الطبيبات أي المطعون ضدهن قد خالفن واجباتهن الإنسانية والمهنية بما أدى إلى تفاقم حالة الطفل المرضية وإن احتماها من عملهن تحت إشراف الاستشاري الذي وقعت إدانته في الأصل لا يقين من تحمل مسؤولياتهن نتيجة أخطائهن الشخصية الصادرة عنهن والتي يجب عليهن أن يحاسبن عليها بشكل ذاتي وفقاً لمقتضيات المنطق والقانون

⁽⁶⁰⁾ إيمان محمد الجابري: المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، على ضوء القانون رقم (10) لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011 ص 66 وما بعدها، طه عثمان أبو بكر المغربي: المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد المنصورة، ط1، دار الفكر والقانون، 2014 ص 91 وما بعدها

الطب أو يستأصل عضواً سليماً من جسم المريض بدلاً من العضو التالف أو يترك بعض أدوات الجراحة في جسم المريض مما يتسبب في بتر عضو من أعضائه أو يتسبب في وفاته وما إلى ذلك مما يجب اعتباره خطأ لأنه يشكل إخلالاً بالأصول الطبية الثابتة والمتعارف عليها⁽⁶¹⁾

الركن الثالث علاقة السببية: إن إثبات قيام علاقة السببية يصعب في العمل الطبي بسبب طبيعة الجسد البشري وإجراء التداخل الجراحي والمريض غائب عن الوعي بفعل التخدير ووجوده داخل غرفة العمليات بمفرده دون ذويه وسط طاقم الأطباء العاملين والممرضين والمساعدين الذين ينتمون جميعاً إلى وسط طبي وصحي واحد فيصعب إثبات علاقة السبب حتى من خلال أهل الخبرة مما يوجه القضاة إلى جعل خطأ الطبيب خطأً مفترض وأقامه المسؤولية بدون علاقة السببية على أساس فكرة تحمل التبعة ويبقى الأصل متمثلاً في عدم مساءلة الشخص عن الضرر ما لم يكن نتيجة خطأه وإن من يطالب بالتعويض إثبات قيام أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية فعلى المدعي عليه أن يدفع المسؤولية عنه إما عن طريق مباشرة أو أن يثبت انعدام السببية بين فعله الضار والضرر أي يثبت أن الضرر لم ينتج من فعله فيهدم كل قرائن المسؤولية مباشرة أو بطريقة غير مباشرة بأن يثبت أن الفعل الذي تسبب في الضرر نتج عن سبب أجنبي أو أن السبب الأجنبي هو الذي سبب الفعل الذي أحدث الضرر فإن ركن علاقة السببية ركن مفترض؛ فالقضاء الإماراتي يقيم قرينة توفر علاقة السببية لدى قيام المضرور بإثبات الخطأ والضرر وأن من شأن ذلك الخطأ أن يحدث مثل هذا الضرر فهنا القرينة تقوم لصالح المضرور والطبيب نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه⁽⁶²⁾ فالأخطاء الجراحية في الجراحة التجميلية بكافة وجوهها وأشكالها هي أخطاء نموذجية لأنه من المتفق عليه بين الأطباء أن العمل الجراحي يمر غالباً بثلاث مراحل وهي مرحلة الفحص والإعداد والتحضير للعمل الجراحي ومرحلة تنفيذ وإجراء العمل الطبي الجراحي ومرحلة الإشراف والمتابعة للمريض حتى الوصول به إلى التعافي وتبقى مسؤولية الطبيب الجراح قائمة⁽⁶³⁾

وفي ذلك قضت به محكمة تمييز دبي إن مسؤولية الطبيب لا تقوم على التزامه بتحقيق نتيجة شفاء المريض إذ يكفي التزامه ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه وانحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي لحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج ما دام هذا الخطأ قد تداخل بما يؤدي إلى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب ويتعين عند تحديد مسؤوليته الوقوف عند السبب الفعال المنتج في إحداث الضرر دون السبب العارض الذي ليس من طبيعته إحداث مثل هذا الضرر⁽⁶⁴⁾

فالمبدأ المستقر عليه في الفقه والقضاء وبين غالبية الأطباء أن التزام طبيب الجراحة بالعناية والعلاج والإشراف والمتابعة للمريض هو كالتزامه قبل إجراء العملية الجراحية، أو إهماله أو تركه للمريض في أي مرحلة من مراحل العمل الطبي الجراحي يكشف عن جهله بواجباته والتزاماته الطبية ويعد خطأ تنعقد عليه مسؤولية ملاحقة الطبيب وهو ما قضت به محكمة تمييز دبي حيث يسأل الطبيب عن كل

⁽⁶¹⁾ محمد صبري الجندي: في المسؤولية التقصيرية المسؤولية عن الفعل الضار، دراسة مقارنة، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015، ص 33

⁽⁶²⁾ محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي، دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، ط1، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي 2015، جاسم العبودي: حقيقة الإجهاد في النظم العالمية، دراسة قانونية اجتماعية تحليلية مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 1999 ص 295 إيمان محمد الجابري: المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، على ضوء القانون رقم (10) لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية دراسة مقارنة، مرجع سابق ص 96

⁽⁶³⁾ حسن زكي الإبراشي: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، ط1، 2002، ص 297

⁽⁶⁴⁾ محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2 / 2008 بتاريخ 2008/2/24، والخاص بمجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014 ص30

تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول ولئن كان جراح التجميل كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه تكون أكبر من أحوال الجراحة الأخرى باعتبار أن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسده وإنما إصلاح عيوب به بما لا تعرض حياته للخطر⁽⁶⁵⁾

الفرع الثاني: ضوابط المسؤولية الجنائية عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية

لقد وضع المشرع الإماراتي ضوابط معينة يتقيد بها الأطباء عند مباشرتهم لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء كان ذلك بين الأحياء أم من جثث الموتى، وعلى ذلك قد تنتج حالات معينة تقوم من خلالها المسؤولية الجزائية للطبيب عند مخالفته لهذه الشروط وهي:

أولاً: مسؤولية الطبيب عن إهمال إجراء الفحوص الطبية: من المعلوم أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية، أو التكميلية للمريض يعدّ أمراً ضرورياً قبل إجراء العملية الجراحية أو تنفيذ العلاج، فمن واجب الطبيب عند قيامه بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن يتأكد من خلو كل من المتبرع بالعضو والمستفيد منه من الأمراض التي يكون لها تأثير مباشر في عدم نجاح العملية كأمراض القلب والسكري⁽⁶⁶⁾

أ- الخطأ في العضو محل الاستئصال: يلتزم الجراح في مجال زراعة الأعضاء بتحقيق نتيجة فيما يخص العضو محل الاستئصال، فيلتزم باستئصال عضو سليم من جسم المتبرع، كما يلتزم باستئصال العضو المريض من جسم المستقبل، فإذا لم يكن الحال كذلك، أي إذا ارتكب خطأ مهنيًا جراحياً عند استئصاله للعضو من جسم المتبرع، وأدى ذلك لإتلافه؛ فإنه يكون مسؤولاً جنائياً تجاه المتبرع والمستقبل، على أساس أنه تضرر معنوياً، حيث إنه فوت له فرصة الشفاء⁽⁶⁷⁾

ب- مسؤولية الطبيب عن خطئه في تنفيذ عمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية: من واجب الطبيب بعد إجراء الفحوص اللازمة لكل من المتبرع ومستقبل العضو أن يلتزم بالرعاية، والحيلة عند إجراءاته لعمليتي نقل وزراعة الأعضاء البشرية؛ وأن يتابع بدقة حالة المريض أثناء فترة النقاهة؛ وذلك لتجنب المضاعفات، ولاتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب لمنع تفاقم الأضرار، فإذا أخطأ الطبيب في تنفيذ عملية النقل أو الزرع، وذلك بإغفال الإشراف على المريض، وتبعاً لحالته الصحية، فإن ذلك يعد خطأ تتعقد به المسؤولية الجزائية⁽⁶⁸⁾

⁽⁶⁵⁾ محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2007/144 بتاريخ 2007/9/30، والخاص بمجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014 ص 39

⁽⁶⁶⁾ ماجد محمد لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 257. زهدور أشواق: المسؤولية الجنائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها، متوفر في www.revues.univ-auargla، مصطفى محمد عبد المحسن: الخطأ الطبي والصيدي والمسؤولية الجنائية، ط1، القاهرة، دارالنصر، 2000، ص 121.

⁽⁶⁷⁾ فاروق عبد الرؤوف عبد العزيز حمود: الحماية الجنائية لسلامة الجسم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، 2003، 259. ماجد محمد لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، مرجع سابق ص 258

⁽⁶⁸⁾ Art. R. 2151-1. Sont notamment susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs, au sens de l'article L. 2151-5, les recherches sur l'embryon et les cellules embryonnaires poursuivant une visée thérapeutique pour le traitement de maladies particulièrement graves ou incurables, ainsi que le traitement des affections de l'embryon ou du fœtus".

ج- مسؤولية الطبيب في حالة تخلف الغرض العلاجي: يتعين أن يكون القصد منه التدخل الطبي في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية هو العلاج، وأن يكون زرع العضو هو الوسيلة الوحيدة التي لا بديل لها لإنقاذ، أو تحسين حالته الصحية، وتخفيف آلامه؛ ذلك أن الطبيب حين يمارس نشاطه الطبي بنقل العضو لا يقصد سوى العلاج من علة مرضية، دون الوصول إلى هدف آخر كالتجربة الطبية، أو الانتقام من المريض⁽⁶⁹⁾

المطلب الثاني: تحقق المسؤولية الطبية عن نقل وزراعة الأعضاء البشرية وسلطة القاضي في التقدير

تتحقق المسؤولية الطبية بتوافر أركانها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر وللقاضي سلطة واسعة في تقدير هذه الأركان التي يلزم أن تكون واضحة لديه بدون غموض فالقاضي لا يحكم من منطلق الشك وقد يتطلب حكم الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء في حالة الخطأ الطبي نقل وزراعة الأعضاء البشرية⁽⁷⁰⁾ ومن أجل توضيح ذلك قسمنا المطلب في فرعين ففي الفرع الأول نوضح تحقق المسؤولية الطبية ونفيها، وفي الفرع الثاني نوضح تحقق المسؤولية في التجارب الطبية عن الخلايا الجذعية كما يلي:

الفرع الأول : تحقق المسؤولية الطبية ونفيها

ففي الخطأ المهني عن أي عمل مهني طبي يقوم به الطبيب قد لا يستطيع القاضي أن يتبين وجود علاقة سببية إلا إذا استعان بأهل الخبرة من الأطباء وذلك بسبب الطبيعة الغامضة والمعقدة لجسم الإنسان إذ يرجع الضرر إلى طبيعة جسم الإنسان وما يكتنفها من غموض كونها محاطة بالأسرار الإلهية الأمر الذي يستعصي معه على القاضي تبين وجود علاقته السببية ما لم يستعين بخبير لأن الصفة التشريحية تكشف عن عيوب جسمانية لا يمكن معرفتها وهو ما قضت به محكمة دبي في الطعن بالتمييز بتحديد مسؤولية الطبيب على السبب الفعال المنتج في إحداث الضرر دون السبب العارض الذي ليس من طبيعته إحداث مثل هذا الضرر واعتبرت انحراف الطبيب عن أداء الواجب خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض فوت عليه فرصة العلاج مادام هذا الخطأ قد تدخل بما يؤدي إلى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالسبب مما يتعين عند تحديد مسؤولية الوقوف عند السبب الفعال المنتج في إحداث الضرر دون السبب العارض الذي ليس من طبيعته أحداث مثل هذا الضرر وإن القاضي يستطيع أن يتحرى علاقة السببية من خلال الخبرة والاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء في التقارير الطبية الواردة من الطب الشرعي الذي يبين ثبوت الحقيقة التي تأسست عليها النتيجة التي انتهى بها التقرير في نفي الخطأ المنسوب صدوره للطبيب المعالج⁽⁷¹⁾

فالرابطة السببية تعتبر أساس المسؤولية المدنية فالضرر الناتج عن خطأ لابد أن تكون له علاقة سببية تجعل الخطأ سبب الضرر وسبب وقوعه وأن مناط المسؤولية وجوهرها الرابطة السببية فالعلاقة السببية هي التي تربط الضرر الطبي الحاصل عن الخطأ المرتكب والذي أدى إلى وقوع الضرر وهذا السبب ركناً قائماً بذاته مستقل عن ركن الخطأ⁽⁷²⁾ فقد يقع الخطأ من الطبيب ولكن لا يكون هو السبب فيما

⁽⁶⁹⁾<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006687481&dateTexte=&categorieLien=cid>

⁽⁷⁰⁾ سميرة حسين محيسن: المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها ، دراسة مقارنة، المنصورة، ط1، دار الفكر والقانون، 2016 ص 35 وما بعدها مصطفى محمد عبد المحسن: الخطأ الطبي والصيدلي والمسؤولية الجنائية، مرجع سابق ص 122.

⁽⁷¹⁾ محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2009/217 بتاريخ 2009/12/20، والخاص بمجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014 ص 15

⁽⁷²⁾ سميرة حسين محيسن: المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها مرجع سابق ص 35 وما بعدها

أصاب المريض من أضرار كما لو أهمل الطبيب في إجراء العملية الجراحية ثم أصيب المريض بأزمة قلبية حادة لا ترجع إلى خطأ الطبيب أدت إلى وفاته في الطعن المدني رقم 2003/378⁽⁷³⁾ كذلك قد يتوفى المريض نتيجة العلاج الذي وصفه الطبيب له دون وقوع أي خطأ من جانب الطبيب فعلاقة السببية بين فعل الطبيب المخالف لأصول مهنة الطب والضرر الذي لحق بالمريض أمر ضروري لانعقاد مسؤوليته، كما أنه من الممكن أن ينتج الضرر مباشرة من فعل الطبيب كما لو قام الطبيب بخلع السن السليم بدلاً من المريض وفي ذلك قضت محكمة تمييز دبي بمعاقة المتهمين⁽⁷⁴⁾

وقد ينتج الضرر بسبب فعل سلبى من الطبيب كما لو امتنع الطبيب عن إسعاف مصاب كان بإمكانه معالجته فتسبب امتناع الطبيب في وفاة المصاب وسواء أكان الطبيب مباشراً للضرر الذي لحق بالمريض أم متسبباً فيه فإنه يسأل عن ذلك إلا إذا أثبت انعدام علاقة السببية بين تصرفه والضرر الذي لحق بالمريض كأن يثبت أن ذلك الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو خطأ المريض نفسه أو خطأ الغير على أن إثبات علاقة السببية أو نفيها من أصعب الأمور في المجال الطبي خاصة أن المريض لديه استعداد سابق للإصابة بالضرر ولذلك يرجع إلى رأي الخبرة الطبية للتحقق من السبب الحقيقي للضرر الذي لحق بالمريض ومع ذلك فإن علاقة السببية لا يشك في وجودها بين تصرف الطبيب والضرر الذي لحق بالمريض عندما يتسبب فعل الطبيب في إحداث الضرر مباشرة ودون تدخل عوامل أخرى فركن الخطأ لا يكفي بذاته لقيام علاقة السببية بينه وبين الضرر وتعدد المتهمين في الجريمة غير العمدية لا يتصور قيام الاتفاق بل لا يصح معه التعميم ويتعين تحديد أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية في جانب الطاعن⁽⁷⁵⁾

أما عن نفي المسؤولية الطبية عن الخطأ الطبي فتتوزع مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية إلى مسؤولية مدنية وجنائية فالمسؤولية المدنية وفقاً للمادة (282/معاملات مدنية) يشترط بها توافر الخطأ والضرر والرابطة السببية بينهما؛ أي ارتكاب الطبيب لخطأ طبي أدى إلى إلحاق الضرر بالمريض ويجب أن يكون الضرر أكيدا ومباشراً وشخصياً، وأن يتصل سببياً بالخطأ الطبي، ويكون قابلاً للتعويض عنه⁽⁷⁶⁾ أما في المسؤولية الجزائية فأن المبدأ الأساسي الذي حدده المادة (53/عقوبات الاتحادي) بأنه لا جريمة إذا وقع الفعل بنية سليمة استعمالاً لحق مقرر بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية أو القانون وفي نطاق الحق ويعتبر من استعمال الحق الجراحة الطبية وأعمال التطبيب طبقاً للأصول العلمية المتعارف عليها في المهن الطبية المرخص بها متى تمت برضاء المريض أو النائب عنه قانوناً صراحةً أو ضمناً أو كان التدخل الطبي ضرورياً في الحالات العاجلة التي تقتضي ذلك، ويجيز القانون العمليات الجراحية والعلاجات الطبية المطابقة للأصول شرط

⁽⁷³⁾ محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2003/378 بتاريخ 2004/3/14، والخاص بمجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014 ص 66

⁽⁷⁴⁾ محكمة دبي للتمييز في الطعن الجزائي رقم 2010/13، 2010/20، 2010/24 جزء 2، 2010/2/8، والخاص بمجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014 ص 126، وطالبت المحكمة بمعاقة المتهمين عملاً بالمواد (2/38)، 45، 47، 65، 1/121، 2/342 / من قانون العقوبات الاتحادي المعدل والمادة (1) من القانون الاتحادي رقم 9 لسنة 2003 المعدل بالقانون الاتحادي رقم 17 لسنة 1991 والمادتين 1/27 من القانون الاتحادي رقم 7 لسنة 1975 المعدل بالقانون الاتحادي رقم 4 لسنة 1981 في شأن مزاولة مهنة الطب البشري

⁽⁷⁵⁾ محكمة دبي للتمييز في الطعن الجزائي رقم 2010/13

⁽⁷⁶⁾ قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985، والمعدل بالقانون رقم 1 لسنة 1987، وفقاً لأحدث تعديلاته الطبعة 3 لسنة 2013

أن تجري برضى المريض أو رضى ممثليه الشرعيين أو في حالات الضرورة الماسة، إلا أن فعل الطبيب يعتبر سلوكاً جرمياً في حال إبداء المريض أو التسبب بوفاته عن إهمال أو قلة احتراز أو لعدم مراعاة القوانين والأنظمة وفقاً لأحكام (المادة 219/عقوبات اتحادي) (77)

فالعمل الطبي بما يقتضيه من أفعال مثل إعطاء المواد الضارة والذي يؤدي في النهاية إلى ضرر يستند في أصلها بإباحة رخصها القانون ذلك أن المشرع الاتحادي قد رخص الاعمال الطبية لأنها لا تنتج اعتداء على الحق في سلامة الجسم إذ أن الأفعال التي تقوم بها جرائم الاعتداء على سلامة الجسم ليست الأفعال التي تمس مادته وإنما التي تمس مصلحته في أن تصان للإنسان سلامته وأن يسير عادياً، فقد قدر المشرع الاتحادي أن الاعمال الطبية وأن مست مادة الجسم فهي لم تهدر مصلحته بل صيانة جسم الإنسان ومن ثم لم تنتج اعتداء على الحق الذي يحميه القانون، فإذا كان الطبيب عند قيامه بعمله قد التزم الأصول العلمية متجهاً إلى شفاء المريض فإن عمله يكتسب المشروعية ولا يرتفع عنه ذلك الوصف بتدخل عوامل لم يكن في وسع الطبيب أن يعلم بها غيرت من اتجاهه وأفضت إلى نتيجة سيئة إلا أنه يتعين لإضفاء وصف الإباحة على العمل الطبي الشروط التالية

(1) الترخيص القانوني: يجب لإباحة العمل الطبي أن يقوم به شخص رخص له القانون بمزاولة مهنة الطب المادة (1/ قانون مزاولة المهن الطبية) حيث لا يجوز لأي شخص أن يزاول مهنة الطب البشري في الشركات أو العيادات أو المستشفيات الخاصة أو في المؤسسات أو المنشآت الخاصة في دولة الامارات العربية المتحدة إلا إذا كان مرخصاً له بمزاولة هذه المهنة من وزارة الصحة ومسجلاً لديها وفقاً لأحكام القانون وأن مهنة الطب البشري تحدد بقرار من وزير الصحة شرط الحصول على المؤهل الدراسي لمزاولة المهنة في المادة (2/ قانون مزاولة المهن الطبية) وما بعدها (78)

(2) رضاء المريض: أباح المشرع الاتحادي لاتمام العمل الطبي أن يكون مشروطاً برضاء المريض والرضاء المقصود في موافقة المريض على إجراء العملية الجراحية وهو عالماً متبصراً بما تقتضيه حالته المرضية وأجاز المشرع الاتحادي موافقة المسؤول عن المريض بإجراء الجراحة في حالة عدم قدرة المريض في التعبير بإرادته الشخصية على إجراء العملية الجراحية ويعفى الطبيب من المسؤولية المترتبة على حالة المريض في حالة رفض المريض عن التدخل الجراحي

(3) قصد العلاج: فإن عمل الطبيب لا يكون مشروعاً إلا إذا كان بقصد العلاج فإذا انتفى القصد تحققت مسؤولية الطبيب سواء كانت مسؤولية مدنية أو مسؤولية جزائية وذلك لأن الهدف الأساسي من العمل الطبي هو علاج المريض والوقاية من المرض والكشف عن أسباب سوء الصحة وبالتالي تتحقق مسؤولية الطبيب في حالة إجراء جراحة لأثنى لاستئصال مبيض التناسل بناء على طلبها دون حاجة علاجية كما تتحقق مسؤولية الطبيب في إجراء جراحة الإجهاض وكذلك تتحقق مسؤولية الطبيب في قتل المريض بدافع الشفقة

(4) التجارب الطبية بقصد البحث العلمي: تتحقق مسؤولية الطبيب في التجارب الطبية التي يجريها على المريض ولو توافر فيها رضاء المريض ذاته عن التجارب العلمية إلا أن أهمية التقدم العلمي والأبحاث العلمية تلزم الأطباء بالقيام بتجارب علمية جديدة من أجل

(77) مادة 219 يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل طبيب أو قابلة أصدر شهادة أو بيانا مزوراً في شأن حمل أو ولادة أو مرض أو عاهة أو وفاة أو غير ذلك مما يتصل بمهنته مع علمه بذلك ولو وقع الفعل نتيجة رجاء أو توصية أو وساطة

(78) القانون الاتحادي رقم 7 لسنة 1975 في شأن مزاولة مهنة الطب البشري وتعديلاته في المواد 1، 2، 8، 9، 10، 11، 15، 16، 17، 18، 20

كشف أسباب الأمراض المستعصية ووصولاً إلى أنجح الأساليب العلمية للعلاج⁽⁷⁹⁾ ويشترط مطابقة الأصول العلمية لذلك وفقاً للمادة (3/26) قانون مزاوله المهن الطبية)

(5) **خطأ الطبيب الشخصي:** أن تقدير خطأ الطبيب يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها تقدير الخطأ العمدي، وكذلك عدم استخدام الطبيب للوسائل العلمية الحديثة المتعارف عليها كالفحص الكلينيكي والدموي والاشعة يرتب المسؤولية الجزائية والمدنية على الطبيب ولا يعفيه ذلك إلا أن تكون حالة المريض لا تسمح باللجوء إلى هذه الوسائل

(6) **رفض الطبيب علاج المريض:** فالامتناع هو احجام شخص عن إتيان فعل إيجابي معين يلزمه به القانون في ظروف معينة شريطة أن يكون في استطاعته إرادته فالعلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية يلزم فيها رضا الطرفين وقد نص المشرع الاتحادي في المادة (21 / قانون مزاوله المهن الطبية) على أنه لا يجوز أن يمتنع الطبيب عن علاج مريض أو اسعاف مصاب ما لم تكن حالته خارجة عن نطاق اختصاصه

(7) **نقل وزراعة الأعضاء البشرية:** نظم المشرع الاتحادي إجراء عمليات نقل وزراعة وحفظ الأعضاء والأنسجة البشرية وتطويرها ومنع الاتجار في الأعضاء والأنسجة البشرية من أجل حماية حقوق الأشخاص الذين تنقل منهم أو إليهم أعضاء أو أنسجة بشرية في المادة (3/ قانون نقل وزراعة الأعضاء)، ونظم عملية التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية ومنع استغلال حاجة المريض أو المتبرع (80) وأجاز للأطباء المتخصصين إجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي أو جثة متوفى وزرعها في جسم شخص حي آخر بقصد العلاج للمحافظة على حياته وذلك وفقاً للشروط والإجراءات المنصوص عليها في القانون وفقاً للمادة (1/ قانون نقل وزراعة الأعضاء) وحظر عملية الاتجار بالأعضاء البشرية وجميع أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو نزع الأعضاء أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو التسول أو الممارسات الشبيهة بالرق والاستعباد وفقاً للمادة (1/ قانون الاتجار بالبشر)⁽⁸¹⁾

وحدد المشرع الاتحادي الأعضاء البشرية التي يمكن نقلها فميز بين الأعضاء الأساسية للحياة وبين الأعضاء الأخرى فمنع نقل العضو الأساسي للحياة إذا كان هذا النقل يؤدي إلى وفاة الإنسان ولو كان ذلك بموافقة، كالقلب والكبد في حالة استئصاله كلياً كما أخضع المشرع الاتحادي على غرار جل التشريعات المنظمة لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية لجملة من الشروط والضوابط القانونية في المادة (12 / قانون نقل وزراعة الأعضاء)، والخاصة بشروط النقل من الجسم البشري الحي التي يعد عدم مراعاتها سبباً لقيام المسؤولية القانونية للمتصرف في العضو البشري⁽⁸²⁾ وحدد المشرع بالمادة (13/ قانون نقل وزراعة الأعضاء)، شروط نقل نخاع العظم واستثنى من

⁽⁷⁹⁾ إعلان هلسنكي عام 1964، وإعلان طوكيو عام 1975 وضع ضوابط لإبادة التجارب العلمية تمثلت في إجراء التجارب الطبية بقصد البحث العلمي وفقاً لمبادئ الأخلاق على أن تكون فوائدها أكثر من مضرتها، وأن يكون الطبيب قد سبق له إجراء عملية مشابهة وأن يكون متخصصاً في هذا المجال مع ضرورة مراعاة واجب الحيطة والحذر

⁽⁸⁰⁾ نص المادة (3) من مرسوم بقانون اتحادي 5 لسنة 2016 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 601 السنة السادسة والأربعون بتاريخ 15 / 8 / 2016 والمعمول به من تاريخ 15 / 2 / 2017 (أهداف القانون يهدف هذا المرسوم بقانون إلى تحقيق ما يأتي: 1- تنظيم إجراء عمليات نقل وزراعة وحفظ الأعضاء والأنسجة البشرية وتطويرها، 2- منع الاتجار في الأعضاء والأنسجة البشرية، 3- حماية حقوق الأشخاص الذين تنقل منهم أو إليهم أعضاء أو أنسجة بشرية، 4- تنظيم عملية التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية، 4 منع استغلال حاجة المريض أو المتبرع)

(81) المرسوم بقانون اتحادي رقم (51) لسنة 2006 في شأن مكافحة الاتجار بالبشر، المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2015

⁽⁸²⁾ شروط النقل من حي المادة 12(1)- يحظر نقل الأعضاء أو جزء منها أو الأنسجة البشرية بين الأحياء إلا على سبيل التبرع ومن شخص كامل الأهلية. 2- يثبت التبرع المشار إليه في البند (1) من هذه المادة بموجب وثيقة وفق النموذج المعد من الجهة الصحية المختصة، ومرفقاً بها

المادة (12) قانون نقل وزراعة الأعضاء) جواز الحصول على نخاع العظم المستخرج من القاصر أو ناقص أو فاقد الأهلية كما وضع شروط النقل بعد الوفاة في المادة (15/ قانون نقل وزراعة الأعضاء) ⁽⁸³⁾ ونص صراحة على ضرورة أن يتم النقل أو الزرع للأعضاء البشرية في مراكز طبية وفق لجنة طبية أو أكثر مشكلة من المركز الوطني الاتحادي وفقاً لأحكام المادة (10/ قانون نقل وزراعة الأعضاء) ⁽⁸⁴⁾

الفرع الثاني: تحقق المسؤولية في التجارب الطبية عن الخلايا الجذعية

اهتم العلماء والأطباء بالخلايا الجذعية كوسيلة لعلاج الأمراض المستعصية في المستقبل القريب وهو الأمل الذي يعقده عليها كثير من الأطباء والمرضى؛ من أجل شفاء العديد من الأمراض خلال السنوات القليلة المقبلة مثل أمراض السكري، والشلل الرعاش، والزهايمر، ومرض تصلب الأعصاب، وتليف الكبد، والفشل الكبدي والكولي وتستخدم الخلايا الجذعية بديلاً لزراعة الأعضاء، وذلك بأخذ خلية من شخص المريض نفسه، ففي هذه الحالة لن يرفض الجسم العضو المأخوذ من خلاياه الجديدة واستخدمت للخلايا الجذعية من خلال عمليات زراعة النخاع حيث اكتشف الباحثون قدرة هذه الخلايا على تجديد خلايا أعضاء الجسم المختلفة ونتج عن هذا التقدم فتح جديد للأطباء بالابتعاد عن الأعمال الطبية التقليدية وأسهم في تقليل الاعتماد على أعضاء المتبرعين والمتوفيين وكأي تقدم طبي لا بد أن يكون له جانب إيجابي، وآخر سلبي ينتج عنه، فبات من الضروري وضع قيود قانونية لتعيين الحدود التي يجوز فيها شرعاً، وقانوناً الاستفادة من التقدم العلمي مع الحفاظ على مبدأ حرمة الكيان الجسدي ⁽⁸⁵⁾

حيث تؤدي الخلية الجذعية دوراً مهماً في تكوين مختلف خلايا الجسم المتخصصة، ولها القدرة على ترميم الخلايا المريضة أو التالفة حيث يمكن الحصول عليها من الجنين الباكر في مرحلة الكرة الجرثومية البلاستولا وهي الكرة الخلوية الصانعة التي تنشأ منها

التقارير الطبية اللازمة لعملية نقل الأعضاء أو جزء منها أو الأنسجة البشرية الخاصة بالمتبرع. 3- يقتصر التبرع بنقل الأعضاء أو أجزاء منها والأنسجة البشرية بين من يأتي:- أ- الأقارب حتى الدرجة الرابعة. ب- الأزواج الذين مضى على عقد زواجهم مدة لا تقل عن سنتين. ج- أقارب أي من الزوجين بالنسبة للزوج الآخر حتى الدرجة الرابعة. د- النقل التبادلي للأعضاء والأنسجة البشرية المأخوذة من بين أقارب المتبرع والمنقول إليه حتى الدرجة الرابعة، 4- تحدد اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون أية شروط أخرى لازمة لتنفيذ حكم هذه المادة)

⁽⁸³⁾ نص المادة (13) استثناء من المادة (12) من هذا المرسوم بقانون، يجوز الحصول على نخاع العظم المستخرج من القاصر أو ناقص أو فاقد الأهلية بشرط توفر ما يأتي: 1- أن يكون الغرض من الحصول عليه زراعته في أحد أبوي المنقول منه أو أبنائه أو إخوته، 2- الموافقة الكتابية من ولي المنقول منه أو وصيه، 3- عدم توفر حلول علاجية أفضل للمنقول إليه، 4- عدم إلحاق أي ضرر بالمنقول منه.

(84) المادة (10) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2016 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، على أن تشكل في المركز الوطني الاتحادي وفقاً للمادة (10) لجنة طبية أو أكثر، لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة أطباء متخصصين على الأقل، وتختص بدراسة الحالات التي تحتاج إلى زراعة الأعضاء أو الأنسجة البشرية والتوصية بما تراه بشأنها، ويشترط أن يكون أعضاء اللجنة من غير المالكين أو الشركاء في المنشأة الصحية المرخص لها التي ستجرى بها عملية الاستئصال أو الزراعة وخصص الفصل الرابع من المرسوم بالقانون رقم (5/ 2016) للعقوبات المشددة للمخالفين خاصة في قضية الاتجار بالأعضاء البشرية والذي يعتبر من أهم البنود في القانون ما يؤكد التزام الدولة بتجريم سيادة زراعة الأعضاء والمتاجرة بها، ففي المادة (21) شددت العقوبة بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على سبع سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تزيد على ثلاثة ملايين درهم كل من قام بالإتجار أو التوسط بقصد الاتجار بأعضاء أو جزء منها أو أنسجة بشرية وتقضي المحكمة بمصادرة الأموال المتحصلة من الجريمة

⁽⁸⁵⁾ ميرفت منصور: التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2016، ص429. خالد مشعل: الخلايا الجذعية الحقائق العلمية والأبعاد الأخلاقية ضمن كتاب فقه الطبيب ندوات حوارية تفاعلية الندوة التي نظمتها جمعية ابن سينا الطبية في فرنسا بالتعاون مع المعهد الأوروبي للعلوم الإنسانية بتاريخ 12-13/ 2008، ص 280

مختلف خلايا الجسم، كما يمكن أن يتم تلقيح متعمد لبيضة من متبرعة وحيوان منوي من متبرع للحصول على لقيحه وتنميتها إلى مرحلة البلاستولا ثم استخراج الخلايا الجذعية منها أو من الخلايا الجرثومية وهي مثل الخلايا الناتجة من إنهاء الحمل أو استخدام الأجنة إلا في حالة الإجهاض التلقائي والمشيمة أو الحبل السري، والأطفال والبالغون، أو الاستنساخ العلاجي بأخذ خلية جسدية من إنسان بالغ واستخراج نواتها، ودمجها في بيضة مفرغة من نواتها، بهدف الوصول إلى مرحلة البلاستولا، ثم الحصول منها على الخلايا الجذعية⁽⁸⁶⁾

فقد اتخذ مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، القرار بجواز الحصول على الخلايا الجذعية، وتنميتها، واستخدامها بهدف العلاج، أو لإجراء الأبحاث العلمية المباحة، إذا كان مصدرها مباحاً، ومن ذلك على سبيل المثال من البالغون إذا أذنوا، ولم يكن في ذلك ضرر عليهم أو الأطفال إذا أذن أولياؤهم، لمصلحة شرعية ومن دون ضرر عليهم، والمشيمة، أو الحبل السري، وبإذن الوالدين أو الجنين السقط تلقائياً، أو لسبب علاجي يجيزه الشرع، وبإذن الوالدين، مع التذكير بما ورد في القرار السابع من دورة المجمع الثانية عشرة، بشأن الحالات التي يجوز فيها إسقاط الحمل، أو اللقائح الفائضة من مشاريع أطفال الأنابيب إذا وجدت وتبرع بها الوالدان وعدم الحصول على الخلايا الجذعية واستخدامها إذا كان مصدرها محرماً على سبيل المثال الجنين المسقط تعمداً بدون سبب طبي يجيزه الشرع، التلقيح المتعمد بين بويضة من متبرع، وحيوان منوي من متبرع، الاستنساخ العلاجي⁽⁸⁷⁾ بينما خصص المشرع الفرنسي المادة (1124) من تقنين الصحة العامة مسألة استئصال الأنسجة، والخلايا، ومنتجات الكيان الجسدي وأكد على حظر التجارب الطبية على الأجنة البشرية، وعلى أنه لا يمكن تصور الأجنة البشرية الحية إلا في الطرق التي تساعد على تقدم الطب، والعلاج، والتناسل، كما نصَّ على حظر الاتجار في الأجنة البشرية⁽⁸⁸⁾

⁽⁸⁶⁾ وهي العملية الطبيعية التي يقوم فيها الرحم بطرد الجنين من غير إرادة الأم، سواء كانت بسبب عيوب خلقية بالجنين أو حالة جسمانية تعاني منها الأم، محمود أبو العنين، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006، ص 420، محمد على البار: الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية، بحث مقدم للدورة 17 للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي المنعقدة بمكة في الفترة 19-23/10/1424 هـ موافق 13-17 / 12 / 2003 م، ص 23

⁽⁸⁷⁾ أمير فرج يوسف: الموت الإكلينيكي وزرع ونقل الأعضاء والدم والعلاج بالخلايا الجذعية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011، ص 135، ميرفت منصور، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، مرجع سابق، ص 437، عادل عبد الفضيل عيد، السيد طلبة على، قرارات المجمع الفقهي في القضايا الطبية والصحية المعاصرة، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2016، ص 164.

⁽⁸⁸⁾ وهي التي تكفل الكرامة الإنسانية وتحظر الاعتداء عليها وتضمن احترام الإنسان منذ بداية حياته

1. Article 16, Créé par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 2 JORF 30 juillet 1994, La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.

2. Article L2151-6, Modifié par LOI n°2011-814 du 7 juillet 2011 - art. 43, L'importation de cellules souches embryonnaires aux fins de recherche est soumise à l'autorisation préalable de l'Agence de la biomédecine. Cette autorisation ne peut être accordée que si ces cellules souches ont été obtenues dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du code civil.

3. Décret n° 2006-121 du 6 février 2006 relatif à la recherche sur l'embryon et sur les cellules embryonnaires et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires).

أما الفقه الإسلامي فيعارض بقوة تجارب قتل الأجنة البشرية أي إبادة وإهلاكها، لاستخلاص الخلايا الجذعية الجنينية بدعوى خدمة الإنسان، أو تحت غطاء أو مسوغ علمي فضفاض، بدعوى خدمة العلاج بالخلايا باعتبارها إهانة وتلاعباً بالجنين الآدمي الذي كرمه الله عز وجل، وهو أمر لا يمكن تسويغه للاعتبارات الشرعية، والأخلاقية، والإنسانية وعليه، فإنه لا يجوز استنساخ الأجنة الأدمية للحصول على الخلايا الجذعية الجنينية، كما لا يجوز التبرع بالنطف المذكرة، أو المؤنثة⁽⁸⁹⁾ أو القيام بالإجهاض العمدي أو الإجرامي، لإنتاج بويضات مخصبة تتحول بعد ذلك إلى جنين بغرض الحصول على الخلايا الجذعية منه غير أنه يجوز للطبيب أو الباحث الحصول على الخلايا الجذعية من خلال الحبل السري، أو المشيمة في إطار البحث العلمي التجريبي المعتمد شرعاً ونظاماً، ويجوز أيضاً نقل الخلايا الجذعية الجنينية في حالة الجنين الميت والانتفاع بها لعلاج الأمراض المستعصية وفقاً للضوابط الشرعية المعتمدة في نقل الأعضاء من جثث الموتى⁽⁹⁰⁾

بينما لم ينظم المشرع الإماراتي تشريعاً خاصاً ينظم التجارب الطبية على الخلايا الجذعية، إنما يمكن الرجوع إلى المادة (12/ قانون تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية) على حظر نقل الأعضاء، أو جزء منها، أو الأنسجة البشرية بين الأحياء إلا على سبيل التبرع، ومن شخص كامل الأهلية⁽⁹¹⁾

وإن كان قد نص على الخلايا الجذعية بشكل عام، إلا أنه كان من الأفضل أن يضع لها تشريعاً خاصاً مستقلاً ينظم مسألة التجارب الطبية على الخلايا الجذعية، كما ينظم في الوقت ذاته عمل مراكز تخزين دم الحبل السري والخلايا الجذعية إذ إن غياب الإطار القانوني لتنظيم آلية هذه المراكز، قد يفسح المجال الواسع لممارسة الأعمال الضارة بالصحة العامة؛ لذا أصبح من الضروري إصدار تشريع مستقل ينظم كيفية حفظ هذه الخلايا الجذعية وتخزينها، وكيفية استخدامها، والتعامل معها وفق المعايير الدولية المعتمدة للخلايا الجذعية، والأنسجة البشرية.

الخاتمة

حاولنا توضيح المسؤولية الجنائية عن التجارب الطبية على الإنسان وفقاً للتشريعات الاتحادية من خلال المحاور الأساسي والرئيسي للمسؤولية الطبية في حرمة وسلامة الجسد البشري وتكامله وهو أول محور يحكم مشكلات الطبيب ويحدد مسؤولياته من حيث سند مشروعية العمل الطبي كونه يضع مبدأ التكامل الجسدي البشري وسلامته كهدف ومحل لمسائلة الطبيب أو الطبيب الجراح عند الانحراف عن أداء الواجب تجاه المريض والذي يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض طالما أن هذا الخطأ قد تدخل بما يؤدي إلى ارتباط السبب بالمسبب.

⁽⁸⁹⁾ أحمد عبد الله الكندري: نقل وزراعة الأعضاء دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه قدمت لكلية الحقوق جامعة عين شمس، 1997، ص 198. جابر علي مهران: حكم الاستنساخ والتلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة أسيوط، العدد 21 يونيو 1998 م، ص 148.

⁽⁹⁰⁾ مبرفت منصور، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، مرجع سابق، ص 437، شعلان سليمان محمد: نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة 2002، ص 708. محمد لطفي عبد الفتاح: القانون الجنائي واستخدام التكنولوجيا الحيوية دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر القانوني، المنصورة، 2012، ص 282.

⁽⁹¹⁾ المادة (12) من القانون الاتحادي رقم 5، لسنة 2016، في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، بينما بعض الدول، مثل النمسا وبولندا ومالطا وليتوانيا ولكسمبورج، قد أظهرت معارضة لاستمرار الدعم المالي الأوروبي للأبحاث في الخلايا الجذعية المأخوذة من الأجنة لتدابير تحرم تدمير الأجنة لغرض الحصول على الخلايا الجذعية منها، للمزيد انظر: <https://www.alittihad.ae/wejhatarticle> - شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)

فقد أثارت التجارب الطبية المختلفة على أنواعها من نقل وزرع الأعضاء البشرية جدلاً واسعاً في المجتمعات الحديثة، من مجتمع يقبل وجودها إلى مجتمع يرى فيها أنها تجارة تتنافى مع الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بحيث تنطوي هذه التقنية على زراعة الأعضاء البشرية داخل المعامل، وزرعها بعد ذلك داخل جسم الإنسان؛ لضمان توافر العضو المناسب فور احتياج المريض له، وهذا ما دعا الدول إلى الاهتمام بهذه التقنية، من أجل التوصل إلى قواعد تنظم هذه التقنية المستحدثة، ووضعها في إطار لا ينقص من حرمة الكيان الجسدي إلا أن التجارب الطبية لم تقف عند هذا الحد، فقد تعدتها إلى إخضاع هذه التقنية من أجل استنساخ كائن حي، أو من أجل استنساخ أعضاء منفردة الخلايا الجذعية، وعلى هذا فإن حماية الجسم البشري هي حماية شرعية، وقانونية، يحيطها القانون الطبي المقارن بنطاق من الحقوق والضمانات، والتي لا بد من إحاطتها بسياسات متينة من الحماية الشرعية، والقانونية، والأخلاقية، والإنسانية، يجب ألا تتعداها التكنولوجيا الحديثة والاكتشافات الطبية والحيوية المعاصرة.

وإن كان قد نص على الخلايا الجذعية بشكل عام، إلا أنه كان من الأفضل أن يضع لها تشريعاً خاصاً مستقلاً ينظم مسألة التجارب الطبية على الخلايا الجذعية، كما ينظم في الوقت ذاته عمل مراكز تخزين دم الحبل السري والخلايا الجذعية إذ إن غياب الإطار القانوني لتنظيم آلية هذه المراكز قد يفسح المجال الواسع لممارسة الأعمال الضارة بالصحة العامة؛ لذا أصبح من الضروري إصدار تشريع مستقل ينظم كيفية حفظ هذه الخلايا الجذعية وتخزينها، وكيفية استخدامها، والتعامل معها وفق المعايير الدولية المعتمدة للخلايا الجذعية، والأنسجة البشرية.

النتائج: قد توصلت الباحثة من خلال الدراسة إلى يعتبر خطأ من جانب الطبيب الجراح إجراء العملية الجراحية من دون التأكد من سلامة المنضدة وألات تثبيت المريض عليها، والذي يمكن أن يؤدي إلى سقوط المريض عنها

(1) إن المشرع الإماراتي لم يتناول بعض التجارب الطبية المتمثلة في الاستنساخ والخلايا الجذعية في تشريع خاص ومستقل، كما فعلت بعض التشريعات الأخرى وإن كان قد نص على الاستنساخ في قانون المسؤولية الطبية رقم (4)، لسنة 2016، إلا أنه لم يتناول فيه تنظيمًا للتجارب الطبية على الخلايا الجذعية

(2) إن حماية الجسم البشري هي حماية شرعية، وقانونية، يحيطها القانون الطبي المقارن بنطاق من الحقوق والضمانات والتي لا بد من إحاطتها بسياسات متينة من الحماية الشرعية، والقانونية، والأخلاقية، والإنسانية، يجب ألا تتعداها التكنولوجيا الحديثة والاكتشافات الطبية والحيوية المعاصرة.

(3) إن حظر إجراء التجارب الطبية على الإنسان لم ينحصر فقط بعد ولادته، إنما يمتد إلى ما قبل الولادة وهو ما أسماه المشرع الإماراتي الحمل المستكن كما يمتد إلى ما بعد الوفاة وذلك عن طريق حظر إجراء التجارب والمساس بجثث الموتى.

(4) لكل إنسان الأحقية في التمتع بحرمة جسده لكونها جوهر كرامته الإنسانية التي تعني عدم جواز التفريط في كيانه المادي باعتباره محل حماية فالكرامة الإنسانية هي القاعدة التي بنيت عليها حقوق الإنسان.

(5) إن التجارب الطبية تنقسم إلى نوعين، بحسب الغرض الذي يسعى الطبيب إلى تحقيقه من وراء كل منهما، وهي التجارب العلاجية وغير العلاجية فيتوجب على الطبيب الجراح اتباع الأصول العلمية المتعارف عليها واستخدام الطرق الحديثة عند إجراء العملية الجراحية، والابتعاد عن الطرق البدائية في ذلك.

(6) اعتماد العمل الجماعي لمواجهة التجارب العلمية البحتة التي لا يكون فيها نفع للإنسان، إنما يتم القيام بها لحاجة علمية، عن طريق حتمية التعاون بين الطب والقانون؛ لضبط المفاهيم المتعلقة بالتجارب الطبية كل حسب مجاله، ولتقييم المخاطر التي قد تنجم عن إجراء هذه التجارب الطبية، بخلاف المنصوص عليه قانوناً، وللوصول إلى قوانين برؤية قانونية وطبية متجانسة، أكثر قرباً من الواقع العملي.

(7) كان من الأفضل أن يحدد المشرع الإماراتي صراحة في قانون المسؤولية الطبية رقم (4)، لسنة 2016، الجهة التي يتم اللجوء إليها للحصول على تصريح كتابي لإجراء التجارب الطبية، دون أن يترك تحديدها لجهات أخرى، نظراً لأهمية هذا التصريح في إجراء التجارب الطبية على الأشخاص.

(8) على الطبيب الجراح عند الانتهاء من العملية الجراحية التأكد من إزالة المواد وقطع الشاش المستعملة، ومن الأخطاء التي تتكرر دائماً ترك بعض هذه المواد أو القطع في جسم المريض ما يؤدي أحياناً إلى وفاته.

لذلك توصي الباحثة بما يلي:

(1) نهيب بالمشرع الإماراتي ضرورة وضع تنظيم قانوني أخلاقي عام وشامل، يعالج كافة الجوانب القانونية والأخلاقية والاجتماعية، وسائر الاعتبارات العلمية للممارسات الطبية المستحدثة عن التجارب الطبية على الإنسان، حيث إن المبادئ القانونية التي تحكم التنظيم القانوني التقليدي أدت إلى اتساع الفجوة، التي تفصل بين ضرورة الحفاظ على مبدأ حرمة الكيان البشري، وبين حتمية التطور العلمي في المجال الطبي، حيث إن الحل الأمثل لتدارك هذه الفجوة تكمن في ضرورة وضع تنظيم قانوني أخلاقي عام وشامل.

(2) أهمية إعادة النظر في التشريعات المنظمة للتجارب الطبية بشكل دوري ومنتظم، مع الاهتمام بتحديث القوانين المنظمة لمهنة الطب وقواعدها، بما يتناسب مع التطور العلمي السريع في مجال التجارب الطبية، لمواجهة أي صورة مستحدثة من صور الاعتداءات التي تستغل هذا التقدم لارتكابها.

(3) نلتمس من المشرع الإماراتي أن يحدد في المرسوم بقانون اتحادي رقم (5)، لسنة 2016، في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية حدو المشرع الفرنسي في توضيح الفارق بين أعضاء الجسم ومنتجاته، لما لهذه التفرقة من أثر في قيام المسؤولية الجنائية عن التجارب الطبية وعدمها.

(4) ضرورة وضع ضوابط صارمة من قبل وزارة الصحة؛ لضمان الرقابة الفعالة على أنشطة مراكز البحث في مجال التكنولوجيا الحيوية، ضماناً لعدم المساس بالكرامة الإنسانية من جهة، وحتى لا يظل باب التجارب الطبية مفتوحاً على مصراعيه من جهة أخرى.

(5) نلتمس من المشرع الإماراتي تشديد العقوبة الواردة في المادة (20) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5)، لسنة 2016، في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، الخاصة ببيع العضو البشري، أو عرضه للبيع، أو التوسط في بيع، أو شراء عضو، أو جزء منه، أو نسيج بشري، حيث إن نوع العقوبة المقررة غير متناسبة مع خطورة الفعل الإجرامي فقد كان من الملائم لو أن

المشرع الإماراتي نص في المرسوم بقانون اتحادي رقم (5)، لسنة 2016، في شأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، على الوسيلة التي يتم من خلالها تأمين المتبرع من جميع الأخطار التي قد تلحق به جراء التبرع بأحد أعضائه، أو أنسجته.

(6) ضرورة دعم مراكز تخزين الخلايا الجذعية الحكومية؛ نظراً للتكلفة الباهظة التي تدفع للبنوك الخاصة، فدعم الدولة لها قد يساهم في توفير الكثير من الأموال التي قد تنفق على علاج الأمراض المستعصية، ويضع حداً للاحتكار.

المراجع والمصادر

الكتب العامة

1. إبراهيم على حمادي الحلبوس: الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2017
2. إبراهيم أنيس: المعجم الوسيط، الجزء الأول، القاهرة، 1960
3. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن المنظور الأنصاري: لسان العرب، المجلد الأول، حرف الخاء مع الهمزة، طبعة خاصة، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، دار النوادر الكويتية، 2010
4. أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء دراسة مقارنة، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003
5. أمير فرج يوسف: خطأ الطبيب من الناحية المدنية والجنائية معلقا عليه بالمستجد والمستحدث من آراء الفقهاء وأحكام محكمة النقض المدنية والجنائية ملحقا به كافة التشريعات الطبية وتعديلاتها الأخيرة، القاهرة، المكتب الجامعي الحديث، ط1، 2008
6. إيمان محمد الجابري: المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011
7. إيمان محمد الجابري: المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، على ضوء القانون رقم (10) لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية دراسة مقارنة، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011
8. ايسر فؤاد: الخطأ الطبي بين الواقع والمأمول مع اتجاهات التشريع والقضاء بدولة الامارات، محاكم دبي، الامارات العربية المتحدة، 2014
9. جاري بسمه والذهبي ثورية: التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، كوكب العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012
10. جاسم العبودي: حقيقة الإجهاض في النظم العالمية، دراسة قانونية اجتماعية تحليلية مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 1999
11. حسن زكي الإبراشي: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، ط1- 2002
12. حبيبة سيف سالم راشد الشامسي: النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2006
13. خالد محمد شعبان: مسؤولية الطب الشرعي، دراسة مقارنة، الاسكندرية، ط1، دار الفكر الجامعي 2008
14. زياد خلف عليوي: المسؤولية المدنية عن الأبحاث والتجارب الطبية غير العلاجية على جسم الإنسان، دراسة مقارنة، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، 2007
15. سميرة حسين محيسن: المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها، دراسة مقارنة، المنصورة، ط1، دار الفكر والقانون، 2016
16. صفوان محمد شديفات: المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2011
17. طه عثمان أبو بكر المغربي: المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد المنصورة، ط1، دار الفكر والقانون، 2014
18. عادل عبد الفضيل عيد، السيد طلبة على، قرارات المجمع الفقهي في القضايا الطبية والصحية المعاصرة، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2016
19. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004
20. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980

21. عدنان السرحان، وعلى سيد قاسم، أحمد الهواري، وعلى المهداوي: المدخل لدراسة القانون نظرية القانون، نظرية الحق، ط1، الشارقة، مكتبة الجامعة، 2012
22. ماجد محمد لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009
23. محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنيين في ضوء التطورات العلمية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006
24. محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي، دراسة تحليلية وتأسيسية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، ط1، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي 2015
25. محمد حسن قاسم: إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006
26. محمد سامي الشوا: مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003
27. محمد صبري الجندي: في المسؤولية التقصيرية المسؤولية عن الفعل الضار، دراسة مقارنة، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015
28. محمد عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009
29. محمد لطفي عبد الفتاح: القانون الجنائي واستخدام التكنولوجيا الحيوية دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر القانوني، المنصورة، 2012
30. مصطفى محمد عبد المحسن: الخطأ الطبي والصيدي والمسؤولية الجنائية، ط1، القاهرة، دارالنصر، 2000
31. منذر الفضل: المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2012
32. منصور عمر المعاينة: المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، سنة 2004
33. منير رياض حنا: الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي ط1 2008
34. منير رضا حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، 2007
35. نبيل العبيدي، امنه السلطاني، مكافحة جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، دراسة قانونية جنائية فقهية طبية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، سنة 2017

الكتب المتخصصة

36. أمير فرج يوسف: الموت الإكلينيكي وزرع ونقل الأعضاء والدم والعلاج بالخلايا الجذعية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011
37. بلحاج العربي: أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الطبية المعاصرة دراسة مقارنة، ط1، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2012
38. بلحاج العربي: الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري دراسة مقارنة ط1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011
39. جابر محجوب على: الرضاء عن الغير في مجال الأعمال الطبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
40. حلمي عبد الحكيم الفقي: مدى مشروعية إجراء التجارب الطبية على الإنسان، ط1، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2018
41. حسين عودة الزعال: التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001
42. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لإجراء التجارب الطبية وتغير الجنس ومسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014
43. خالد حمدي عبد الرحمان، التجارب الطبية الالتزام بالتبصير، الضوابط القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
44. خولة علي العبدولي: نطاق التصرف بالأعضاء البشرية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة، معهد التدريب والدراسات القضائية، ط1 سنة 2012

45. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1999
46. سهير منتصر: المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2001
47. عبد الرحمن بن إبراهيم بن عبد العزيز العثمان: التجارب الطبية على الإنسان دراسة مقارنة ، ط1، الرياض، دار الميمان للنشر والتوزيع، 2014
48. مأمون عبد الكريم: رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، 2006
49. محمد عيد الغريب: التجارب الطبية والعملية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2011
50. ميرفت منصور حسن: التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013

المجلدات وأوراق العمل

51. أسماء إبراهيم عطية الجبوري: المسؤولية التأديبية عن سوء ممارسة الطب التقليدي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، الجامعة الإسلامية ماليزيا، يناير 2010
52. منذر عبد المحسن الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين الطبية والعقابية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، 2010
53. أخلاقيات مهنة الطب الصادرة عن الهيئة السعودية للتخصصات الصحية، ونظام أخلاقيات البحث على المخلوقات الحية المعتمد بالأمر الملكي رقم م / 59 في 14/9/1431 هـ،
54. الوثيقة المصرية لأخلاقيات المهنة الطبية، ومجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره العاشر بجدة بالملكة العربية السعودية خلال الفترة من 23 - 28 صفر 1418 هـ الموافق 28 حزيران (يونيو) - 3 تموز (يوليو) 1997 م.
55. جابر علي مهران: حكم الاستنساخ والتلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة أسيوط، العدد 21 يونيو 1998 م
56. خالد مشعل: الخلايا الجذعية الحقائق العلمية والأبعاد الأخلاقية ضمن كتاب فقه الطبيب ندوات حوارية تفاعلية الندوة التي نظمتها جمعية ابن سينا الطبية في فرنسا بالتعاون مع المعهد الأوروبي للعلوم الإنسانية بتاريخ 12-13 / 2008
57. حسام الدين كامل الأهواني: المشاكل التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة 1975-17
58. حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، السنة 22، يونيو ويوليو 1980، العدد الأول والثاني 1980.
59. محمد فخر شقفة: المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية، العدد 3، السنة الرابعة، 1979
60. محمد علي البار: الخلايا الجذعية والقضايا الأخلاقية، بحث مقدم للدورة 17 للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي المنعقدة بمكة في الفترة 19-23/10/1424 هـ الموافق 13-17 / 12 / 2003 م

الرسائل العلمية

61. أحمد عبد الدائم: أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة روبر شومان في ستراسبورغ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999

62. أحمد عبد الله الكندري: نقل وزراعة الأعضاء دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه قدمت لكلية الحقوق جامعة عين شمس، 1997
63. خالد بن النوى: ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان وأثرها على المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013
64. شعلان سليمان محمد: نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة 2002
65. فاروق عبد الرؤوف عبد العزيز حمود: الحماية الجنائية لسلامة الجسم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، 2003

المصادر القانونية

66. قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987م
67. مرسوم بقانون اتحادي 5 لسنة 2016 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 601 السنة السادسة والأربعون بتاريخ 15 / 8 / 2016 والمعمول به من تاريخ 15 / 2 / 2017
68. المرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية
69. القانون الاتحادي رقم (11) لسنة 2008 في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بدولة الإمارات العربية المتحدة
70. القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1984 في شأن مزاولة غير الأطباء والصيادلة لبعض المهن الطبية في القطاع الخاص
71. القانون الاتحادي رقم 15 لسنة 1993 في شأن تنظيم ونقل زراعة الأعضاء البشرية، والقانون الاتحادي رقم 20 لسنة 1995 في شأن الادوية والمستحضرات من مصادر طبية
72. المرسوم بقانون اتحادي رقم (51) لسنة 2006 في شأن مكافحة الاتجار بالبشر، المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2015
73. قانون مهنة الصيدلة والمؤسسات الصيدلانية رقم 4 لسنة 1983
74. قرار مجلس الوزراء رقم (40) لسنة 2019 في شأن اللائحة التنفيذية للمرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2016 بشأن المسؤولية الطبية، واعتمد الأحد الموافق 9 يونيو، 2019،
75. قرار مجلس الوزراء رقم 33 لسنة 2009 بشأن اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية
76. القرار الوزاري رقم 188 لسنة 2009 في شأن المهن الطبية وتحديد المهن المرتبطة بالمهن الطبية والقانون الاتحادي رقم 7 لسنة 1975 في شأن مزاولة الطب البشري
77. القرار الوزاري رقم 42 لسنة 1977 في شأن تسجيل الوصفات الطبية في السجلات المعتمدة في من قبل الوزارة
78. قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني رقم (25) لسنة 2018
79. القانون المصري رقم (415) لسنة 1954 في شأن مزاولة مهنة الطب والمعدل بالقانون رقم (153) لسنة 2019،
80. لائحة آداب المهنة المصري رقم (238) لسنة 2003 والصادر بتاريخ 5 سبتمبر لسنة 2003.
81. القوانين واللوائح التي تنظم العمل الطبي في مصر - قانون 415 لسنة 1954 في شأن مزاولة مهنة الطب
82. قانون 45 لسنة 1969 الخاص بشروط العضوية و القيد بالنقابة و النظام التأديبي للأطباء،
83. قانون 481 لسنة 1954 المعدل بالقانون 140 لسنة 1981 بشأن مهنة التوليد

84. قانون 198 لسنة 1985 بشأن مزاولة مهنة العلاج النفسى
85. قانون 3 لسنة 56 بشأن مزاولة مهنة العلاج الطبيعى المصري
86. قانون تنظيم تعامل الأطباء و الصيادلة بالمواد المخدرة 182 لسنة 1960 المصري
87. قانون تنظيم المنشآت الطبية القانون 51 لسنة 1981 المصري
88. قوانين الصحة العامة و تعليمات وزارة الصحة بشأن تنظيم تداول بعض المواد والمستحضرات الصيدلانية المؤثرة على الحالة الصحية والنفسية، ولائحة المهنة الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان رقم 238 لسنة 2003
89. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966.
90. إعلان القاهرة عن حقوق الإنسان في الإسلام 1994
91. القانون الفرنسي رقم (88/1138) الصادر في 20 ديسمبر 1988، والخاص بحماية الأشخاص الذين يخضعون للأبحاث الطبية الحيوية، ولقد تم تعديل هذه المادة بالقانون رقم 90/86 الصادر في 23 يناير 1990

الأحكام القضائية

92. المحكمة الاتحادية العليا، في الطعن الجزائي رقم 420 – 365 لسنة 2017 جزائي، جلسة الاثنين الموافق 16 أكتوبر 2017، مجموعة الأحكام الجزائية والقواعد الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا س ق 22 لعام 2018
93. محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2009/238 والطعن 2009/240 الصادر بتاريخ 2009/12/20، مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014 ص 1
94. محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2004/153 بتاريخ 2005/1/16، والخاص بالقاعدة رقم 31 الصادرة في العدد 16 سنة 2005 ص 199 مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014
95. محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2/ 2008 بتاريخ 2008/2/24، والخاص مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014
96. محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2007/144 بتاريخ 2007/9/30، والخاص مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014
97. محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2009/217 بتاريخ 2009/12/20، والخاص مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014
98. محكمة دبي للتمييز في الطعن المدني رقم 2003/378 بتاريخ 2004/3/14، والخاص مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014 ص 66
99. محكمة دبي للتمييز في الطعن الجزائي رقم 2010/13، 2010/20 جزاء، 2010/24 جزاء بتاريخ 2010/2/8، والخاص مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة تمييز دبي في المسؤولية الطبية لعام 2014
100. محكمة النقض المصرية في القرار رقم 1033/364 بتاريخ 1953/6/30، قاعدة الاجتهادات والتشريعات المصرية، احكام محكمة النقض المصرية
101. محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 0111 لسنة 35 مكتب فنى 20 صفحة رقم 1075 بتاريخ 1969-06-26،

المواقع الإلكترونية

102. زهدور أشواق: المسؤولية الجنائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها، متوفر في

104. محمد علي البار: إذن المريض وعلاج الحالات الميؤوس منها، بحوث ودراسات من موقع الإسلام اليوم، المكتبة الشاملة، رقم 2428\4 بتاريخ 1404\7\29 هـ، المبني على قرار هيئة كبار العلماء رقم 119 وتاريخ 1404\5\26 هـ. - شبكة الانترنت

105. <https://al-maktaba.org/book/8356/14931#p2>

المراجع الأجنبية

106. dorsner-dolivet annick, la responsabilité du médecin, economisa, paris, 2006
107. Jurgen simon, ph.d. And Brigitte jansen, legal and ethical aspects of cloning, Research centre for biotechnology and law, germany, 1999.
108. penneau jean, La responsabilité du médecin, Dalloz.coll, Connaissance du droit, 3e edition, 2004,
109. Art. R. 2151-1. Sont notamment susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs, au sens de l'article L. 2151-5, les recherches sur l'embryon et les cellules embryonnaires poursuivant une visée thérapeutique pour le traitement de maladies particulièrement graves ou incurables, ainsi que le traitement des affections de l'embryon ou du foetus".
110. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006687481&dateTexte=&categorieLien=cid>
111. Article 16, Créé par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 2 JORF 30 juillet 1994, La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.
112. Article L2151-6, Modifié par LOI n°2011-814 du 7 juillet 2011 - art. 43, L'importation de cellules souches embryonnaires aux fins de recherche est soumise à l'autorisation préalable de l'Agence de la biomédecine. Cette autorisation ne peut être accordée que si ces cellules souches ont été obtenues dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du code civil.
113. Décret n° 2006-121 du 6 février 2006 relatif à la recherche sur l'embryon et sur les cellules embryonnaires et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires).

السياسة العقابية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر

-قرلة في ضوء القانون رقم 27.14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر وبعض التشريعات المقارنة-

✍ إبراهيم الغندور

أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس

ملخص:

يمكن القول بأن سياسة العقاب التي نهجها المشرع الجنائي في القانون رقم 24.17 تتميز بما يلي :

أولاً: صرامة المشرع في مجال العقاب

التنصيص على تدابير زجرية (عقوبات وغرامات مالية) وتشديدها على المجرمين والشبكات الإجرامية خاصة عند اقتران الجريمة بظروف خاصة، شخصية وموضوعية؛ حيث نلاحظ أن المشرع الجنائي شدد من العقوبات، بالرجوع إلى القانون الجنائي المغربي يلاحظ بأن المشرع قد اعتمد أسلوب مشدد في العقاب ضد مرتكب جرائم الاتجار بالبشر، حيث أقر على أنه ودون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 درهم كل من ارتكب الاتجار بالبشر .

هذا التوجه الذي تبناه المشرع الجنائي المغربي صار عليه المشرع الإماراتي الذي اعتبر كذلك أن أقل مدة يمكن الحكم بها على مرتكب الاتجار في البشر في الأحوال العادية في خمس سنوات .

فيما عاقب المشرع الجزائري مرتكب جريمة الاتجار بالبشر بعقوبة تتراوح بين ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 1000.000 إلى 20000.000 . أما المشرع المصري فقد عاقب في قانون مكافحة الاتجار بالبشر على هذه الجريمة بالسجن المشدد، وبغرامة لا تقل عن 50000 جنيه. في حين يلاحظ بأن المشرع الفرنسي قد عاقب من خلال القانون الجنائي من يرتكب الاتجار بالبشر بالحبس لمدة سبع سنوات وبغرامة مائة وخمسين ألف يورو .

كما تشدد المشرع المغربي في الفصل 4-448 العقوبة على مرتكب الاتجار بالبشر وجعلها من 20 إلى 30 سنة وغرامة من 200 إلى 2000.000، إذا ارتكبت الجريمة ضد قاصر دون الثامنة عشر؛

كما شدد من العقوبة كذلك وجعلها من عشرين إلى ثلاثين سنة وغرامة من 1.000.000 إلى 6.000.000 درهم عن جريمة الاتجار بالبشر، إذا ارتكبت الجريمة بواسطة عصابة إجرامية أو في إطار عابر للحدود الوطنية خاصة إذا ارتكبت ضد مهاجر أو لاجئ في الفصل 5-448 وترفع السجن المؤبد إذا ارتكبت الجريمة بواسطة التعذيب أو أعمال وحشية.

إضافة الى ذلك فقد نص المشرع الجنائي على عقاب المحاولة كالجريمة التامة في كل الجرائم الواردة في هذا القانون الفصل 11-448.

بالنسبة للشخص المعنوي:

فقد عاقب المشرع الجنائي الشخص الاعتباري بغرامة من 1.000.000 إلى 10.000.000 درهم، إذا ارتكب جريمة الاتجار بالبشر دون الإخلال بالعقوبات التي تطبق على الشخص الذاتي الذي يمثله أو يديره أو يعمل لحسابه.

علاوة على ذلك، يجب على المحكمة الحكم بحل الشخص الاعتباري وبالتدبيرين الوقائيين المنصوص عليهما في الفصل 62 من هذا القانون (المصادرة للأشياء التي لها علاقة بالجريمة مع اغلاق المكان الذي ارتكبت فيه الجريمة).

ثانيا: العقاب في الجرائم ناتجة عن الاتجار

حيث عاقب المشرع الجنائي المغربي بعدة جرائم متعلقة بجريمة الاتجار بالبشر وهي كالآتي:

جريمة عدم التبليغ بارتكاب الاتجار بالبشر أو الشروع فيها مع العلم بذلك: حيث أقر بهذه العقوبة في الفصل 448-7 سنة على خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم مع إمكانية الإعفاء من هذه العقوبة إذا كان من امتنع عن التبليغ زوجا لمرتكب الجريمة أو كان من أحد أصوله أو فروعه

المنع من تقديم الشهادة أو التبليغ نص الفصل 448-8 على عقوبة كل من استعمل العنف أو التهديد باستعماله أو وعد بمنفعة لمنع شخص من الإدلاء بشهادته أو تقديم أدلة، أو حرضه على الإدلاء بشهادة زور، أو على الامتناع عن تقديم أدلة، أو على تقديم إقرارات أو تصريحات أو أدلة غير صحيحة تتعلق بجريمة الاتجار بالبشر أمام أي سلطة مختصة، وفي أي مرحلة من مراحل التقاضي بشأنها، وجعل العقوبة هي سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم،

تعريض ضحايا الاتجار بالبشر أو الشاهد للخطر عمدا: حيث أكد في الفصل 448-9 هذه الجريمة وعاقب عليها ب سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم وذلك عن طريق الكشف عن هويته أو مكان إقامته أو عرقلة إجراءات الحماية المتخذة لفائدته

الاستفادة من خدمة أو منفعة أو عمل يقدمه ضحية الاتجار بالبشر مع العلم بذلك فعاقب بالحبس من سنة على خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم، حيث أعطى المشرع الجنائي خصوصية للطفل سواء المهاجر أو اللاجئ في هذه الجريمة حينما شدد من العقوبة فيها إذا كان ضحية الاتجار بالبشر قاصرا دون الثامنة عشر تضاعف العقوبة (الفصل 448-10).

ثالثا: استثناءات العقاب:

حيث جاء المشرع بمبررات الاعفاء من العقاب في حق الضحية، حيث نص الفصل 448-14 على انه لا يكون ضحية الاتجار بالبشر مسؤولا جنائيا أو مدنيا عن أي فعل قام به تحت التهديد متى ارتبط ذلك الفعل مباشرة بكونه شخصا ضحية الاتجار بالبشر، إلا إذا ارتكب فعلا مجرما بمحض إرادته دون أن يتعرض لأي تهديد.

كما أن المشرع الجنائي عمل على إعفاء الجناة المبلغين عن الجريمة قبل تنفيذها من العقوبة الفصل 448-12 وذلك بغرض تشجيعهم على الدول الارادي الايجابي عن الجريمة.

On peut dire que la politique de sanction adoptée par le législateur pénal dans la loi n ° 24.17 est caractérisée par ce qui suit :

Premièrement : la rigueur du législateur dans le domaine de la sanction

Prescrire des mesures prohibitives (sanctions et amendes pécuniaires) et les mettre en valeur sur les criminels et les réseaux criminels, en particulier lorsque le crime est associé à des circonstances particulières, personnelles et objectives ; Où l'on constate que le législateur pénal a durci les peines,

En référence au code pénal marocain, il est à noter que le législateur a adopté une méthode stricte de punition contre l'auteur des crimes de traite des êtres humains, car il a été reconnu que sans préjudice des exigences pénales les plus strictes, quiconque commet la traite des êtres humains sera puni de cinq à dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 à 10000 dirhams.

Cette approche, qui a été adoptée par le droit pénal marocain, a été adoptée par le législateur émirati, qui a également estimé que la période minimale pour laquelle l'auteur de la traite des êtres humains peut être jugé est dans des circonstances normales de cinq ans.

Alors que le législateur algérien a puni l'auteur du crime de traite des êtres humains d'une peine allant de trois à dix ans et d'une amende de 1 000 000 à 20 000 000. Quant au législateur égyptien, dans la loi anti-traite des êtres humains, ce crime était puni d'une peine d'emprisonnement sévère et d'une amende d'au moins 50 000 livres.

Certes, on constate que le législateur français a sanctionné par la loi pénale les auteurs de traite des êtres humains d'une peine d'emprisonnement de sept ans et d'une amende de cent cinquante mille euros. De plus, le législateur marocain, à l'article 4-448, augmente la peine pour l'auteur de la traite des êtres humains et la fait passer de 20 à 30 ans et une amende de 200 à 2 000 000, si le crime est commis contre un mineur de moins de dix-huit ans;

Il a également augmenté la peine et l'a fait passer de vingt à trente ans et une amende de 1.000.000 à 6.000.000 de dirhams pour le crime de traite des êtres humains, si le crime est commis par un gang criminel ou dans un cadre transnational, surtout s'il est commis contre un immigré ou un réfugié au chapitre 5-448. L'emprisonnement à vie si le crime a été commis au moyen de torture ou d'atrocités.

En plus de cela, le législateur pénal stipule que la tentative est punie comme un crime complet dans tous les crimes mentionnés dans cette loi, article 11-448.

Pour une personne morale:

Le législateur pénal a sanctionné la personne morale d'une amende de 1 000 000 à 10 000 000 dirhams si elle commet le délit de traite des êtres humains sans préjudice des sanctions qui sont appliquées à la personne qui la représente, la gère ou travaille pour elle.

De plus, le tribunal doit statuer sur la dissolution de la personne morale et les deux mesures préventives prévues à l'article 62 de cette loi (confiscation des choses liées au crime avec la fermeture du lieu où le crime a été commis).

- **Deuxièmement: la répression des crimes résultant de la traite**

La loi pénale marocaine a puni plusieurs crimes liés au crime de traite des êtres humains, comme suit :

Le délit de non-dénonciation ou de tentative de commettre la traite des êtres humains en connaissance de cause: Cette sanction a été reconnue au chapitre 7-448 ans sur cinq ans et une amende de 5000 à 50000 dirhams avec possibilité d'exemption de cette peine si la personne qui a refusé de dénoncer était le conjoint de l'auteur du crime ou était de Une de ses origines ou branches

Interdiction de témoigner ou de notifier L'article 448-8 prévoit la sanction de quiconque utilise la violence ou menace de l'utiliser, ou promet un avantage pour empêcher une personne de témoigner ou de fournir des preuves, ou de l'inciter à faire un faux témoignage, ou à s'abstenir de fournir des preuves, ou à présenter des déclarations Ou de fausses déclarations ou preuves liées au délit de traite des êtres humains devant toute autorité compétente, et à tout stade du contentieux le concernant, rendant la peine de un à cinq ans et une amende de 5.000 à 50.000 dirhams,

Exposer délibérément les victimes de la traite des êtres humains ou le témoin à un danger: comme affirmer au chapitre 448-9 ce crime et le punir d'un à cinq ans et d'une amende de 5000 à 50000 dirhams en révélant son identité ou son lieu de résidence ou en faisant obstruction aux mesures de protection prises à son profit

Bénéficiaire d'un service, d'une prestation ou d'un travail fourni par une victime de la traite des êtres humains en ayant connaissance de cela, il est donc puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 5000 à 50000 dirhams, car le législateur pénal a donné la vie privée à l'enfant, qu'il soit immigré ou réfugié dans ce crime lorsqu'il a resserré la peine s'il était victime de la traite. Pour un mineur de moins de dix-huit ans, la peine est doublée (chapitre 10-448).

- **Troisièmement : les exceptions de punition :**

Où le législateur a proposé des justifications d'exemption de peine contre la victime

L'article 448-14 stipule que la victime de la traite des êtres humains ne peut être tenue pénalement ou civilement responsable de tout acte qu'elle a accompli sous la menace, chaque fois que cet acte est directement lié au fait qu'elle est personnellement victime de la traite des êtres humains, à moins qu'elle ne commette un acte criminel de son plein gré sans être soumise à aucune menace.

En outre, le législateur pénal a œuvré pour exempter les auteurs qui ont signalé le crime avant son exécution de la peine du chapitre 12-448, afin de les encourager à refuser volontairement le crime

مقدمة:

إن الجزاء الجنائي بالمفهوم التقليدي الضيق يفترض رد الفعل من أجل مواجهة الجريمة الكاملة الأركان والمتوفرة بشأنها عناصر المسؤولية الجنائية ليتواصل بعد ذلك ويشمل ردود الأفعال التي تواجه حالات لا تكتمل فيها عناصر البنيان القانوني للجريمة، إما لكون الهيكل المادي لهذه الأخيرة قد صدر عن شخص يفتقر إلى الأهلية الجنائية كالمجنون مثلاً، وإما لأن الفعل في ذاته يفتقد كل المظاهر المادية للجريمة، إلا أنه حتى يحقق الجزاء الجنائي أهدافه لا بد أن تكون له طبيعة فعلية تنفيذية تتخذ مظهرها مادياً ملموساً يتحقق به معنى القسر والإجبار.⁹²

كما تجدر الإشارة أن المشرع قد يضع قدر من الإيلاء على المستوى التشريعي بطريقة مجردة وفقاً لما يتبناه من معايير عامة في سياسة التجريم والعقاب وعلى أساس ذلك يتم تكييف العقوبة وتصنيفها بغض النظر عن درجة الإيلاء التي يستشعرها المحكوم عليه من الناحية الواقعية.⁹³

هذا وقد يتضمن القانون المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر جانباً زجرية كبيراً فيما يخص التوجه العقابي حيث يلاحظ أن المشرع الجنائي المغربي قد كان متشدداً في الجزاء الجنائي الخاص بجرائم الاتجار بالبشر بشكل يعبر باللمس عن مدى سخط المجتمع ودرجة استهجانته للأفعال المكونة لجريمة الاتجار بالبشر بكون الإنسان فيها كسلعة تباع وتشتري مما يفسر الصرامة التي تعامل بها المشرع المغربي في العقاب ودرجة تشدده فيه بإفراد ظروف مشددة لجريمة متعددة، إضافة إلى الرفع من قيمة الغرامات المالية المحكوم بها في هذا القانون.

كما عرف القانون رقم 27.14 جريمة الاتجار بالبشر وعدد صورها، حيث اعتبر على أنه يقصد بالإنسان بالبشر تجنيد شخص أو استدراجه أو نقله أو تثقيله أو إيواؤه أو استقباله، أو الوساطة في ذلك، بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو باستعمال مختلف أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو إساءة استعمال السلطة أو الوظيفة أو النفوذ أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة أو الهشاشة، أو بإعطاء أو بتلقي مبالغ مالية أو منافع أو مزايا للحصول على موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال.

لا يشترط استعمال أي وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه لقيام جريمة الاتجار بالبشر تجاه الأطفال الذين تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة بمجرد تحقق قصد الاستغلال.

يشمل الاستغلال جميع أشكال الاستغلال الجنسي، لا سيما استغلال دعارة الغير والاستغلال عن طريق المواد الإباحية بما في ذلك وسائل الاتصال والتواصل المعلوماتي، ويشمل أيضاً الاستغلال عن طريق العمل القسري أو السخرة أو التسول أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو نزع الأعضاء أو نزع الأنسجة البشرية أو بيعها، أو الاستغلال عن طريق إجراء التجارب والأبحاث الطبية على الأحياء، أو استغلال شخص للقيام بأعمال إجرامية أو في النزاعات المسلحة.⁹⁴

⁹² - سليمان عبد المنعم، "أطول علم الإجرام والجزاء"، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط 1، س 1972 ص. 406.

⁹³ - محمد عوض بلال، "النظرية العامة للجزاء الجنائي"، دار النهضة العربية، القاهرة، ب. ط، س 1995، ص. 15.

⁹⁴ - ف 1-448 من القانون رقم 27.14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر، ظهير شريف رقم 1.16.127 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016) ص 6644.

لا يتحقق هذا الاستغلال إلا إذا ترتب عنه سلب إرادة الشخص وحرمانه من حرية تغيير وضعه وإهدار كرامته الإنسانية، بأي وسيلة كانت ولو تلقى مقابلاً أو أجراً عن ذلك.

يقصد بالسخرة في مفهوم هذا القانون جميع الأعمال أو الخدمات التي تفرض قسراً على أي شخص تحت التهديد، والتي لا يكون هذا الشخص قد تطوع لأدائها بمحض اختياره. ولا يدخل في مفهوم السخرة الأعمال المفروضة لأداء خدمة عسكرية إلزامية، أو نتيجة إدانة قضائية، أو أي عمل أو خدمة أخرى تفرض في حالة الطوارئ⁹⁵.

ويلاحظ من خلال هذا التعريف على أن المشرع الجنائي لم يقيم كسائر التشريعات والاتفاقيات الدولية بإعطاء تعريف للإتجار بالبشر بقدر ما قام بتعداد صور هذه الجريمة بشكل يجعلها أكثر دقة لأن جريمة الاتجار بالبشر تكمن خطورتها في تعدد صورها وقابليتها للتحديث في صور جديد متطورة سواء في الوسائل أو كيفية ارتكابها.

وبالرجوع إلى الإطار التاريخي لهذه الجريمة يلاحظ بأن الاستعباد قد عاد في العصر الحديث بصور مختلفة وجد مستحدثة، ومثالها العمل بالسخرة والاستغلال الجنسي وتجارة الأعضاء البشرية، وهذا ما اصطلح عليه الاتجار بالبشر⁹⁶، فكان الأمريكان يمارسون على من يسمونهم بالزنج هذا السلوك الجاهلي بأبشع الصور من بينها التمييز العنصري، خاصة ظهور الجماعات المتاجرة بالنساء والأطفال بغرض الاستغلال الجنسي والحروب، وتحولت أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية إلى أكثر البلدان اتجاراً بالبشر⁹⁷.

ولقد ظهرت في بريطانيا جريمة الاتجار بالبشر بشكل واضح خاصة ظهور حركة أدت إلى إلغاء نظام الاسترقاق في الجزر البريطانية سنة 1772، ثم تم إلغاء نظام الاسترقاق في المستعمرات الإنجليزية سنة 1833⁹⁸. لكن جريمة الاتجار بالبشر عادت في القرن العشرين بأشكال جديدة مثل: استخدام النساء والأطفال لإشباع الرغبات الجنسية وإنتاج المواد الإباحية⁹⁹.

أما بالنسبة لتجارة الأعضاء بالبشر فهي جريمة حديثة نسبياً ظهرت في القرن العشرين، وهذا بفضل تطور الطب في مجال زراعة الأعضاء البشرية والتقدم العلمي، لكن نقص المتبرعين بالأعضاء والفقر أدى لرواج السوق بخصوص هذه التجارة، لأنها تحول جسد الإنسان إلى سلعة متحركة أما أعضاؤه فتعتبر قطع غيار بشرية¹⁰⁰.

ومن خلال كل ما سبق فقد عمل المنتظم الدولي على محاولة وضع الآليات القانونية والمؤسسية من أجل مكافحة الاتجار بالبشر نظراً لما يشكله من خطورة كبيرة تستدعي تضافر كل الجهود الدولية من أجل مكافحتها وجاء ذلك من خلال اعتماد عدة اتفاقيات ومواثيق دولية¹⁰¹.

⁹⁵- ف. 1-448 ، من م.ق.ج.م.

⁹⁶- طلال أرفيفان الشرفات، "جرائم الاتجار بالبشر"، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2012، ص. 9.

⁹⁷- هاني السبيكي، م.س، ص. 32.

⁹⁸- أكرم عمر دهام، م.س، ص. 26.

⁹⁹- عبد الحافظ عبد الهادي عبد الحميد، "الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الاتجار بالبشر"، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط 1، 2005، ص. 349.

¹⁰⁰- طلال أرفيفان الشرفات، م.س، ص. 104.

¹⁰¹- وأهمها ما يلي:

هذا ويعتبر الاتجار بالبشر، والذي أصبح يسمى "بالعبودية الحديثة"، مصدر قلق وطني ودولي على حد سواء، حيث من الصعب جداً معرفة الحجم الدقيق لهذه الظاهرة على اعتبار أن جزءاً كبيراً من الحالات لا يتم اكتشافه¹⁰²، ووفقاً لمكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة (UNODC) فالإتجار بالبشر يكلف حوالي 32 مليار دولار سنوياً من الأرباح لفائدة العصابات الإجرامية، بما في ذلك 3 مليارات اليورو بأوروبا كما يشمل 79٪ من ضحايا الاتجار بالبشر في الاستغلال الجنسي، و 18٪ في العمل القسري و 3٪ على أشكال أخرى من الاستغلال، وأخيراً، 25٪ من ضحايا الاتجار في العالم هم من الأطفال حيث تقدر منظمة العمل الدولية (منظمة العمل الدولية، يونيو 2012) أن ما يقرب من 22 مليون شخص من ضحايا الاتجار بالبشر في جميع أنحاء العالم، بما في ذلك ما يقرب من 5.5 مليون طفل، وعدد الضحايا المتصلة بالعمل القسري، وشملت الاستغلال الجنسي¹⁰³.

وعلى المستوى الوطني فإن تزايد خطورة هذه الجريمة وتطور أساليبها أدى إلى إعادة التفكير في البناء التشريعي لها على اعتبار أن القانون الجنائي المغربي لم يكن ينص إلا على بعض صور هذه الجريمة، حيث أن المغرب قد انخرط في دينامية المنتظم الدولي والإقليمي الهادفة إلى مكافحة الظاهرة وصادق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية¹⁰⁴، وبروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لهذه الاتفاقية¹⁰⁵.

-
- الاتفاقية الخاصة بالرق، التي وقعت في جنيف يوم 25 سبتمبر 1926، وبدأ نفاذها في 9 مارس 1927، طبقاً للمادة 27 منها، وقد عدلت هذه الاتفاقية بالبروتوكول المحرر في مقر الأمم المتحدة في نيويورك في 7 يناير 1953، وبدأ نفاذ الاتفاقية المعدلة يوم 7 يوليو 1955، - بروتوكول تعديل الاتفاقية الخاصة بالرق، الموقع في جنيف في 25 سبتمبر 1926 الذي أقرته الجمعية العامة بقرارها (794-د-8)، وبدأ نفاذه في 7 دجنبر طبقاً للمادة الثالثة،
 - اتفاقية السخرة، التي اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في دورته الرابعة عشرة، بدأ تاريخ نفاذها في 1 ماي 1932 طبقاً للمادة الثامنة والعشرين.
 - اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير التي أقرتها الجمعية العامة بقرارها (317-د-4) يوم 2 كانون الأول 1949، وبدأ تاريخ نفاذها في 25 تموز 1951 طبقاً للمادة الرابعة والعشرين.
 - الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق، التي اعتمدت من قبل مؤتمر مفوضين دعي للانعقاد بقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي (608) المؤرخ في 30 أبريل 1956، وحررت في جنيف في 7 سبتمبر 1956، وبدأ نفاذها في 30 نيسان 1957، طبقاً للمادة الثالثة.
 - اتفاقية تحريم السخرة التي أقرها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية يوم 25 حزيران 1957 في دورته الأربعين، وبدأ تاريخ نفاذها في 17 يناير 1959 طبقاً للمادة الرابعة.
 - اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.
 - بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000.
 - البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية، الذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (263) في الدورة الرابعة والخمسين في 25 ماي 2000، ودخل حيز النفاذ في 18 يناير 2002.

¹⁰²-Plan d'action Lutte contre la traite des êtres humains 2015-2019 en Belgique, la Commission européenne, 2014 : p.3 en FRANCE, ministère droits des femmes de ville et 6-2014¹⁰³- Plan d'action Lutte contre la traite des êtres humains 201 de la jeunesse et des sports, 2013, p.3.

¹⁰⁴- تم التوقيع عليها في 13 دجنبر 2000 والمصادقة عليها بتاريخ 19 سبتمبر 2002.

¹⁰⁵- تمت المصادقة عليه في مجلس وزاري في 7 ماي 2009، واستكملت إجراءات الانضمام إليه بتاريخ 25 أبريل 2011.

كما إنه وفي إطار وفاء المغرب بالتزاماته الدولية، وتفعيلا لمقتضيات الدستور المغربي الذي نص على ضرورة التصدي لكافة انتهاكات حقوق الإنسان، وضمان ولوج ضحايا الأفعال الإجرامية لحماية قضائية منصفة وتوفير حماية خاصة للفئات الضعيفة والهشة، وتنزيلا للسياسة الوطنية للهجرة¹⁰⁶، تمت المصادقة على قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم 27.14 الذي أتى من أجل إزالة الإبهام عن آليات مكافحة الاتجار بالبشر في المغرب، حيث تضمن تعاريف عامة وأحكاما مسطرية وزجرية وحمائية إضافة إلى تدابير مؤسساتية كل هذا يهدف الى التأسيس لسياسة جنائية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر قادرة على تحقيق أهدافها سواء فيما يرتبط بالتجريم والعقاب أو فيما يخص الوقاية إضافة إلى حماية الضحية.

هذا و تتجلى أهمية الموضوع في إزالة الإبهام والغموض عن التوجه التشريعي الذي نهجه المشرع الجنائي المغربي في مجال مكافحة جريمة الاتجار بالبشر وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار التشريعات المقارنة في هذا المجال.

ومن خلال كل ما سبق يمكن القول بأن سياسة العقاب المتعلقة بالاتجار بالبشر تضم العقوبات في الأحوال العادية الغير مقرونة بظرف من ظروف التشديد إضافة إلى الحالات التي أعتبر فيها المشرع الجنائي ظرف التشديد قائما (المبحث الأول) ثم الجرائم المرتبطة بجريمة الاتجار بالبشر بطريقة مباشرة وحالات الإعفاء من جريمة الاتجار بالبشر (المبحث الثاني).

المبحث الأول: عقوبة جريمة الاتجار بالبشر

يمكن اعتبار العقوبة عنوانا للتوجه العقابي الذي يعتمده المشرع الجنائي للتعامل مع الظاهرة الإجرامية¹⁰⁷، حيث إن الطابع الخاص لجريمة الاتجار بالبشر يفرض بالضرورة توقيع عقوبات ذات طابع صارم على اعتبار أن العقوبات في مضمونها تهدف إلى تحقيق أغراض هامة تتمثل في الردع بنوعيه الخاص والعام، وأنها تهدف كذلك إلى تحقيق فكرة العدالة. مما يبرر تعامل المشرع الجنائي مع ظاهرة الاتجار بالبشر حين حاول من خلال قانون 27.14 اعتماد أسلوب متشدد في تعاطيه مع هذه الجريمة نظرا للخطورة الإجرامية التي يتصف بها الجناة، موازاة مع خطورة الجريمة في ذاتها وما تخلفه من انعكاسات اجتماعية واقتصادية على أفراد المجتمع وعلى الضحايا بشكل خاص،

وبالتالي فقانون مكافحة الاتجار بالبشر قد عمل على وضع نظام عقابي صارم يتجلى من خلال العقوبات في الأحوال العادية (المطلب الأول) الخاصة بالاتجار بالبشر ثم تشديد هذه العقوبة كلما استدعى الأمر ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العقوبات الأصلية

إن سياسة العقاب تبين المبادئ التي يتوقف عليها تحديد العقوبات وتطبيقها وتنفيذها، وتحديد العقوبات يأتي كمكمل للتجريم الذي لا يقوم وحده بدون العقوبة، ويستأثر به المشرع، ولذا سماه البعض بالتفريد القانوني، أما تطبيق العقوبات وتنفيذها فيتم في مرحلتين متعاقبتين هما التطبيق القضائي والتنفيذ العقابي¹⁰⁸.

¹⁰⁶ - تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الانسان حول مشروع قانون رقم 27.14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر، م.س، ص. 3.

¹⁰⁷ - Vitou : traité de droit criminel , Edition Cujas, 1984 ; p771 Merle et A.

¹⁰⁸ - احمد فتحي سرور " أصول السياسة الجنائية "، م.س، ص. 20.

وقد تبنى المشرع الجنائي المغربي نهجا متشددا في تعاطيه مع جريمة الاتجار بالبشر من حيث اعتبارها جنايات معاقب عليها لمدة لا تقل عن 5 سنوات وهو ما يعبر عن نهج تشريعي مشدد ناتج عن خطورة، والجريمة تشكل جناية كلما ارتكبت بعناصرها المتمثلة في الفعل الجرمي (تجنيد شخص أو استدراجه أو استقباله أو تنقيله أو نقله أو إيواؤه...) ووسائل ارتكاب الجريمة (بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو استعمال مختلف أشكال القسر أو الاختطاف أو الاغتيال أو الخداع...) إضافة إلى توفر عنصر الاستغلال (الاستغلال الجنسي أو العمل القسري أو السخرة أو التسول أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق...)، مما يستدعي الأمر ضرورة معرفة حجم العقاب الخاصة بالجريمة في الأحوال العادية مع التفرقة بين عقوبة الشخص الطبيعي (الفقرة الأولى) والشخص الاعتباري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عقوبة الشخص الطبيعي في جريمة الاتجار بالبشر

بالرجوع إلى القانون الجنائي المغربي يلاحظ بأن المشرع قد اعتمد أسلوبا متشددا في العقاب ضد مرتكب جرائم الاتجار بالبشر، حيث أقر على أنه ودون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 درهم كل من ارتكب جريمة الاتجار بالبشر¹⁰⁹. هذا التوجه الذي تبناه المشرع الجنائي المغربي صار عليه المشرع الإماراتي الذي اعتبر كذلك أن أقل مدة يمكن الحكم بها على مرتكب جريمة الاتجار في البشر في الأحوال العادية في خمس سنوات¹¹⁰ فيما عاقب المشرع الجزائري مرتكب جريمة الاتجار بالبشر بعقوبة تتراوح بين ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 1000.000 إلى 20000.000¹¹¹.

أما المشرع المصري فقد عاقب في قانون مكافحة الاتجار بالبشر على هذه الجريمة بالسجن المشدد، وبغرامة لا تقل عن 50000 جنيه¹¹². في حين يلاحظ بأن المشرع الفرنسي قد عاقب من خلال القانون الجنائي من ارتكب الاتجار بالبشر بالحس لمدة سبع سنوات وبغرامة مائة وخمسين ألف يورو¹¹³. أما المشرع السعودي فقد عاقب مرتكبي جريمة الاتجار بالبشر بالسجن لمدة خمس عشر سنة أو بالغرامة التي لا تزيد عن مليون ريال أو بهما معا¹¹⁴.

فمن خلال هذه المقارنة البسيطة يلاحظ بأن جل التشريعات سواء العربية أو الأجنبية قد عملت على اعتبار جريمة الاتجار بالبشر في شكلها العادي جناية معاقب عليها لمدة لا تقل عن 5 أو 7 سنوات، وهذا ما يؤكد حرص المشرع الجنائي على اتباع نظام صارم في تعاطيه مع جرائم الاتجار بالبشر نظرا لخطورتها وخطورة مرتكبيها الذي يجعل من الإنسان كسلعة يتاجر بها غير مبالي لأدميته، هذا إضافة إلى اعتماد أسلوب الغرامة ومحاولة الرفع منها مقارنة مع بعض الجرائم الأخرى، حيث أن هذه العقوبات المالية تعني إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الدولة المبالغ المقررة في الحكم كما تم النص عليها كعقوبات أصلية. إضافة إلى ذلك نص المشرع المغربي بشكل صريح على أنه يعاقب على محاولة ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر بالعقوبة المقررة للجريمة التامة¹¹⁵.

¹⁰⁹ - ف.2.448 من ق.ج.م.

¹¹⁰ - م 2 من القانون الاتحادي الإماراتي الخاص بالاتجار بالبشر.

¹¹¹ - في المادة 303 مكرر 04 من القانون رقم 01/09.

¹¹² - المادة 3 من قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم 24 لسنة 2010.

¹¹³ - الفقرة الثانية من المادة (104/225) من القانون الجنائي الفرنسي المعدلة بقانون رقم (239-2003) الصادر في 18 مارس 2003.

¹¹⁴ - المادة 2 من قانون الاتجار بالبشر السعودي.

¹¹⁵ - ف 448.11 ق.ج.م.

هذا وإن المشرع المغربي قد عمد إلى التجاوب مع التحديات التي أصبحت تثيرها جريمة الاتجار بالبشر في المغرب، وخاصة ما كشفت عنه الدراسة التي قامت بها وزارة العدل بشراكة مع الأمم المتحدة للمرأة سنة 2015 والتي كشفت عن بعض المعطيات الكفيلة بالاستجابة لكل هذه الإرهاصات والعمل على معالجة ظاهرة الاتجار بالبشر بنوع من الحزم والتشدد حتى في الأحوال العادية.

فالعقوبة يراد بها كجزاء أن تتسم بنوع من الإيلام يصيب الجاني سواء في شخصه أو حريته أو ماله، بالقدر الذي يتناسب مع الجرم الذي ارتكبه دون المبالغة أو التساهل في قدر العقوبة كلما اقتربت من قدر خطورة الجاني على المجتمع أمكن القول بتحقيق العدالة على أن تراعى الظروف المختلفة التي أحاطت بالمجرم عند ارتكابه جريمة¹¹⁶. إن العقوبة تهدف إلى تحقيق الرضا بالشعور الاجتماعي الذي تأذى من وقوع الجريمة، وأن إيقاعها على المجرم لم يكن بهدف الانتقام وإنما لإعادة التوازن القانوني الذي أخلت به الجريمة، مما يعيد للعدالة اعتبارها كقيمة اجتماعية¹¹⁷.

وبالتالي فغاية المشرع الجنائي من الزجر بالتشديد في جريمة الاتجار بالبشر حتى في أحوالها العادية يعد رد فعل طبيعي على بشاعة الجريمة ومساسها بقيم المجتمع وهو تشدد وإن كان رادعا فهو بطريقة أو أخرى يحقق الوقاية من الجريمة، لأن غاية العقاب يتمثل في الوقاية عبر الردع العام¹¹⁸.

هذا ويمكن القول بأن العمل القضائي حتى الآن لم يساير التشدد التشريعي في مجال العقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي وهذا أمر طبيعي بالنظر إلى أن القاضي في تفريده للعقوبة يأخذ بعدة معطيات اجتماعية ونفسية وكذا عدم سوابق الجاني مما يجعل العقوبة في كثير من الأحيان تنزل عن الحد الأدنى المطلوب في النص التشريعي ومن الأمثلة القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بمراكش فبالرغم من أن المتابعة كانت بناء على ارتكاب المتهمين لجناية الاتجار بالبشر واستدراج قاصر يقل عمرها عن 18 سنة باستعمال التدليس ونقلها من المكان الموضوعة فيه من قبل ولي امرها والمشاركة في هتك عرضها بدون عنف نتج عنه افتضاض، إضافة إلى القيام بالاحتجاز ووضع محل رهن إشارة أشخاص لاستعماله في الدعارة والوساطة في البغاء والفساد.... فإن قرار المحكمة جاء فيهما يلي : "وحيث إن المحكمة وبعد ثبوت الإدانة انتقلت إلى ظروف التخفيف واستقرت مداولاتها على أحقية المتهمين فيها.....نظرا لظروفهما الاجتماعية والعائلية المستندة أساسا من تحملاتها العائلية.....

ولهذه الأسباب فإن غرفة الجنايات الابتدائية وهي تقضي علينا ابتدائيا وحضوريا، تصرح بمؤاخذة المتهمين من أجل المنسوب إليهم ومعاينة كل واحد المتهمين..... بخمس سنوات سجنا نافذا وغرامة نافذة قدرها أربعون ألف درهم ومعاينة باقي المتهمين بسنة ونصف حبسا نافدا وغرامة قدرها خمسة آلاف درهم وتحميلهم الصائر وتحدد مدة الاجبار في الأدنى¹¹⁹.

وهو توجه صارم حيث كان فيه المشرع المغربي على صواب نظرا لخطورة الجريمة، لكن يبقى للتطبيق القضائي الدور الأساسي في كيفية التعاطي مع هذه الجريمة لأن مثل هذه الجرائم لا بد فيها من ردع عام منتج لأثاره المطلوبة، خاصة وأن الكثير من الحالات في جريمة الاتجار بالبشر تتسم بالطابع المنظم حيث تكون العصابات الإجرامية المنظمة هي المتحكم في هذه الجريمة.

¹¹⁶ - حسن صادق المرصفاوي، "الإجرام والعقاب"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1، س 1973، ص. 248.

¹¹⁷ - محمود نجيب حسني، "علم العقاب"، دار النهضة العربية، ط 1، القاهرة، س 1988، ص. 98.

¹¹⁸ - Charles Germain, « L'unification de la peine privative de liberté en droit comparé », Revue de science crim ; 1955;p. 463.

¹¹⁹ - قرار صادر عن الغرفة الجنائية الابتدائية، محكمة الاستئناف بمراكش، قرار رقم 912، ملف جنائي عدد 2238/2642/2017، غ.م.

الفقرة الثانية: عقوبة الشخص الاعتباري في جريمة الاتجار بالبشر

يذهب الرأي الغالب في فقه الحديث إلى القول بوجود مساءلة الشخص المعنوي جنائياً إلى جانب الشخص الطبيعي¹²⁰، الذي ارتكب الجريمة أثناء ممارسته عمله لدى الشخص المعنوي، وسند الفقه الحديث في ذلك، أن جوهر المسؤولية في الحالتين هو الإرادة، وأن الشخص المعنوي يمكنه أن يرتكب الركن المادي لكثير من الجرائم، كالنصب، وخيانة الأمانة، والتزوير، والتهرب الضريبي، والجرائم ضد البيئة، بالإضافة إلى حقيقة الإرادة الجماعية التي تتجسد بالاجتماعات، المداولات والتصويت في مجلس الإدارة، الأمر الذي يعني أنه يتصور أن يتوفر الركن المعنوي للجريمة لديه، بالإضافة إلى تطبيق معظم العقوبات عليه، كالغرامة، المصادرة، الحل، حرمانه من مزاولة نشاط معين أو نشر الحكم الصادر بالإدانة وهذه العقوبة من شأنها المساس بسمعته¹²¹.

وجريمة الاتجار بالبشر من الجرائم التي من المتصور ارتكابها في إطار الشخص المعنوي كالشركات أو المقاولات أو المؤسسات التي تعمل على استغلال الأشخاص في ممارسات غير مشروعة تكون في مضمونها أركاناً لجريمة الاتجار بالبشر كتجنيد أو استقطاب أطفال أو نساء من أجل استغلالهم في الدعارة أو العمل القسري وما إلى ذلك من الممارسات الخطيرة.

ويمكن تعريف الشخص المعنوي من الناحية القانونية بأنه "مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بالشخصية القانونية المستقلة، فتكون قابلة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات"¹²².

كما أكدت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة¹²³، على مبدأ المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية عن المشاركة في الجرائم الخطيرة التي تضطلع بها جماعة إجرامية منظمة والجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية بما في ذلك بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالبشر، وعلى الرغم من أن الأصل العام في القانون الجنائي هو الاعتداد بمسؤولية الأشخاص الطبيعيين عن جرائم الاتجار بالبشر، كما إن المشرع المغربي أخذ بمبدأ المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في جرائم الاتجار بالبشر وذلك بتأكيد على أنه يعاقب بغرامة من 1.000.000 إلى 10.000.000 درهم للشخص الاعتباري في حالة ما ارتكب جريمة الاتجار بالبشر دون الإخلال بالعقوبات التي تطبق على الشخص الذاتي الذي يمثله أو يديره أو يعمل لحسابه.

علاوة على ذلك، فالمشرع الجنائي ألزم على المحكمة بضرورة الحكم بحل الشخص الاعتباري والتدبيرين الوقائيين المنصوص عليهما في الفصل 62 من القانون الجنائي¹²⁴.

وبالتالي فلقيام مسؤولية الشخص المعنوي يتطلب الأمر ضرورة توافر شرطين:

¹²⁰ - Didier Boccon-Gibod , « La responsabilité pénale des personnes morales » ; Editions ESKA. Paris ; 1994 ; p. 1 ; et Marie Elisabeth Cartier, « De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales, en les droit de le droit » ; Mélanges dédiés à Bernard Bouloc Dalloz ; 2007, p. 1 .

¹²¹ - شريف سيد كامل، "المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية-دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية القاهرة، ط 1، 1997، ص. 26.

¹²² - شريف سيد كامل، م.ن، ص. 3.

¹²³ - المادة 10 من الاتفاقية.

¹²⁴ - ف 6-448 من م.ق.ج.م: وهذه التدابير الوقائية العينية المنصوص عليها في ف 62 من م.ق.ج.مهي:

1- مصادرة الأشياء التي لها علاقة بالجريمة أو الأشياء الضارة أو الخطيرة أو المحظور امتلاكها.

2- إغلاق المحل أو المؤسسة التي استغلت في ارتكاب الجريمة.

الأول: أن يكون ارتكاب الجريمة بواسطة أحد أعضاء الشخص المعنوي أو أحد من ممثليه؛

الثاني: أن يكون ارتكاب الجريمة لصالح ولحساب الشخص المعنوي.

ومسؤولية الشخص الاعتباري في القانون الجنائي مسؤولية مباشرة لا تتوقف عند ثبوت مسؤولية أحد العاملين به أو صدور حكم جنائي عليه، كما أن مسؤولية الشخص الاعتباري لا تخل بمسؤولية الشخص الطبيعي¹²⁵. الذي يمكن أن يتم تحريك الدعوى الجنائية ضده أيضا رغم تحريكها في حق الشخص الاعتباري، وهذا التوجه هو المستقر عليه دوليا وفقا لأحكام المادة (3/10) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة التي نصت على أنه "لا تخل هذه المسؤولية بالمسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعيين الذين ارتكبوا الجرائم المشار إليها"¹²⁶.

وبالرجوع للمشرع المغربي نجده قد اتجه نحو وقف نشاط أو حل الشخص الاعتباري أو تصفيته أو إلغاء تسجيله، أو غلقه أو أحد فروع ذلك بشكل دائم، وهو نفي التوجه الذي سار عليه المشرع المصري¹²⁷، حيث أجاز للمحكمة أن تقضي بوقف نشاط الشخص الاعتباري لمدة لا تتجاوز سنة، وبالتالي فهذا الحل جعله المشرع المصري مؤقت عكس المشرع المغربي الذي لم ينص إلا على الحل النهائي للشخص المعنوي وهو الأمر الذي قد يضر بمصلحة أخرى محمية قانونية في التشريع الاجتماعي على اعتبار أن الحل الدائم يمكن أن يشكل أثارا اجتماعية واقتصادية على العمال التابعين للشخص الاعتباري بالرغم من عدم اقترافهم لأي ذنب، وأخيرا كان على المشرع المغربي عدم التشدد إلى هذا وإعطاء السلطة التقديرية للمحكمة من أجل اتخاذ قرار الحل المؤقت أو الدائم.

كذلك يلاحظ بأن المشرع الإماراتي قد نص على جواز الحكم بالحل المؤقت لمدة لا تتجاوز شهر ولا تزيد عن سنة¹²⁸، عكس القانون القطري الذي لم يعطي للمحكمة إمكانية الغلق أو الحل النهائي حينما صرح بأنه يجب ألا تتجاوز عقوبة وفق نشاط الشخص المعنوي التي تقضي بها المحكمة سنتين في كل الأحوال¹²⁹.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص على عقوبة حل الشخص المعنوي في الفصل 36 من القانون الجنائي المغربي كما عمل على تحديد الآثار الناجمة عنها في الفصل 47 منه فأكد على أن: "حل الشخص المعنوي هو منعه من مواصلة النشاط الاجتماعي، ولو تحت اسم آخر وبإشراف مديرين أو مسيرين أو متصرفين آخرين ويترتب عنه تصفية أملاك الشخص المعنوي. ولا يحكم به إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون وبند صريح في الحكم بالإدانة".

هذا ويلاحظ إن المشرع الجنائي لم يربط حل الشخص المعنوي بارتكاب جنائية أو جنحة أو مخالفة، أي بقاعدة عامة، يفوض فيها للقضاء سلطة الحكم بها من عدمه وإنما قيد الحل بوجود نص صريح يقضي بذلك، أما إذا لم يوجد هذا النص القانوني فلا يمكن تقرير الحل من طرف المحكمة¹³⁰.

¹²⁵ -Henri Bosly, « La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique »; R.D.P.86 Janvier 2006;P. 92

¹²⁶ - م (3/10) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.

¹²⁷ - م 12 من قانون الاتجار بالبشر المصري.

¹²⁸ - المادة 7 من القانون الاتحادي الإماراتي الخاص بالاتجار بالبشر.

¹²⁹ - محمد الشناوي، م.س، ص. 261.

¹³⁰ - عبد الواحد العلمي، م.س، ص. 443.

وهو الأمر الذي اعتمده المشرع المغربي في القانون رقم 27.14 الخاص بمكافحة الاتجار بالبشر إضافة إلى ذلك فقد نص على ضرورة الحكم بالتدبيرين الوقائيين المنصوص عليهما في الفصل 62 من القانون الجنائي المغربي وهما:

أولاً: مصادرة الأشياء التي لها علاقة بالجريمة أو الأشياء الضارة أو الخطيرة أو المحظور امتلاكها.
ثانياً: إغلاق المحل أو المؤسسة التي استغلت في ارتكاب الجريمة.

وتبعاً لذلك نظم المشرع المغربي أحكام المصادرة كتدبير وقائي عيني في الفصل 89 من القانون الجنائي الذي جاء فيه يؤمر بالمصادرة كتدبير وقائي بالنسبة للأدوات والأشياء المحجوزة التي يكون صنعها أو حيازتها أو بيعها جريمة، ولو كانت تلك الأدوات أو الأشياء على توجود على ملك الغير، حتى ولو لم يصدر حكم بالإدانة¹³¹.

وبالتالي فالمصادرة، كتدبير وقائي، تختلف اختلافاً كلياً عن المصادرة العينية كعقوبة إضافية (المنظمة في الفصولين 42 و43) فهي تقع على ذات الشيء -أي عينه- الذي يعتبر صنعه أو استعماله، أو حملته، أو حيازته، أو بيعه جريمة معاقب عليها، ... لذلك كان الحكم بالمصادرة العينية وجوبي دوماً من طرف المحكمة أن تحكم لها أو لا تحكم، إضافة إلى المصادرة فالمشرع المغربي في قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم 27.14 نص على ضرورة إغلاق المحل أو المؤسسة التي استعملت في ارتكاب الجريمة وهذا التدبير العيني منصوص عليه في الفصل 92 من القانون الجنائي المغربي حيث ينتج عم هذا الإغلاق منع المحكوم عليه من مزاولة نفس المهنة أو النشاط بذلك المحل، ويشمل المنع أفراد أسرة المحكوم عليه وغيرهم ممن يكون المحكوم عليه قد باع له أو أكره له أو سلمه إليه ومدة الإغلاق المؤقت لا يجوز أن تقل عشرة أيام ولا تتجاوز ستة أشهر ما لم ينص القانون على خلاف ذلك¹³¹.

هذا فيما يتعلق بعقوبة جريمة الاتجار بالبشر في الأحوال العادية وهو ما يستدعي بالضرورة التعرف على التوجه العقابي للمشرع الجنائي المغربي في عقاب جريمة الاتجار بالبشر في الأحوال المشددة.

المطلب الثاني: ظروف التشديد في جريمة الاتجار بالبشر

ظروف التشديد باعتبارها عناصر عرضية أو ثانوية قد تتعلق بالركن المادي أو المعنوي لا تدخل في تكوين الجريمة، فهي مجرد وعاء حسب المدلول اللغوي يؤثر في مقدار الشيء دون جوهره، كما تتعلق بالكم دون الكيف لكنها في نفس الوقت ذات أثر معدل، سواء بالنسبة للجسامة المادية للجريمة أو للخطورة في شخصية الجاني مما يستوجب المغايرة في الجزاء الجنائي الواجب التطبيق، ومن ثم فهي تنال بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية الجنائية أو تحديد نوع من التدبير الملائم لمقدار الخطورة الكامنة في شخصية الجاني¹³². حيث نصت غالبية التشريعات المقارنة على تشديد العقاب في جرائم الاتجار بالبشر، رغم أن هذا التشديد يختلف آثاره من مشرع إلى آخر، وهو ما اعتمده المشرع المغربي في قانون 27.14 المتعلق بالإتجار بالبشر فقد عمد إلى التشديد في هذه الجريمة وذلك نظراً للخطورة التي تلازمها خاصة إذا اقترنت بظرف من ظروف التشديد والتي يمكن دراستها من خلال ظروف التشديد الشخصية (الفقرة الأولى) وظروف التشديد العينية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الظروف الشخصية المشددة في جريمة الاتجار بالبشر

¹³¹ - عبد الواحد العلمي، م.س، ص. 501.

¹³² - garde-professionnelle.blogspot.com تاريخ الزيارة 15/02/2018 في 17.36 /

يقصد بالظروف الشخصية تلك الظروف التي تتصل بشخصية الجاني وتكشف عن خطورته الإجرامية، حيث يمكن معالجة هذه الظروف حسب ما جاء به قانون 27.14 المتعلق بالإتجار بالبشر والمتمثلة في خطورة الجاني، صفة الجاني، علاقة الجاني بالضحية حالة ضعف الضحية وحالات العود.

البند الأول: خطورة الجاني

لقد تشدد المشرع المغربي في عقاب مرتكب جريمة الاتجار بالبشر الذي اعتاد على ارتكابها¹³³، ذلك لأن خطورة الجاني في مثل هذه الحالات واضحة لأن الشخص المعتاد على ارتكاب مثل هذه الأفعال والذي تثبت عليه حالة العود لابد من تشديد العقاب في حقه لأنه أصبح غير مبال بالعقوبة الأولى الموقعة عليه الأمر الذي يستلزم ضرورة تشديدها كل مرة حتى يتم ردعه بواسطتها، بحيث تصبح العقوبة الواقعة في حقه هي السجن من عشرين إلى 30 سنة وغرامة من 10.000 إلى 1000.000 درهم.

إضافة إلى ذلك نص الفصل 5-448 على أنه دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد، يعاقب بالسجن من عشرين إلى ثلاثين سنة وغرامة من 1.000.000 إلى 6.000.000 درهم عن جريمة الاتجار بالبشر إذا ارتكب بواسطة عصابة إجرامية أو في إطار عابر للحدود الوطنية... "فانتفاء الجاني إلى عصابة إجرامية، منظمة تبرر تشديد العقوبة في حق مرتكبها بغض النظر عن صورة مساهمته أو مشاركته في هذه العصابة الإجرامية سواء تولى قيادتها أو كان أحد أعضائها. وهو نفس موقف المشرع الفرنسي الذي عاقب على المنتمي للعصابة الإجرامية بـ 20 سنة وغرامة 3 ملايين يورو إذا ارتكب جريمة الاتجار بالبشر¹³⁴.

البند الثاني: صفة الجاني

لقد تشددت جل التشريعات المقارنة¹³⁵، في العقوبة الخاصة بجرائم الاتجار بالبشر إذا توافرت ظروف ترتبط بصفة الجاني كما لو كان الجاني موظفا عموميا أو مكلفا بخدمة عامة، وترجع الحكمة من تشديد العقاب في حق الموظف العمومي لاستغلاله لوظيفته العمومية في ارتكاب الجريمة، التي قد تسهل له ارتكاب جريمته¹³⁶، كما يلاحظ كذلك على إن المشرع المغربي لم يخرج على هذا التشدد من خلال جعل العقوبة في حق مرتكب الجريمة إذا كان موظفا عموميا واستغل وظيفته لارتكاب الجريمة أو تسهيل ارتكابها هي السجن من عشر إلى عشرين سنة وغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم¹³⁷.

البند الثالث: علاقة الجاني بالضحية

عمل المشرع المغربي على تشديد العقوبة إذا ارتكبت بواسطة زوج الضحية أو أحد أصولها أو فروعها أو كان وصيا عليها أو كافلا لها أو مكلفا برعايتها أو كانت له سلطة عليها¹³⁸، حيث عاقبه بالسجن من عشرين إلى ثلاثين سنة وغرامة من 200.000 إلى 2.000.000 درهم وترجع الحكمة في تشديد العقاب إلى أن وجود صلة بين الفاعل والضحية قد يكون سببا أو وسيلة للتأثير في الضحية للوقوع فريسة

¹³³ - ف 2-448 من م.ق.ج.م.

¹³⁴ - ف (3-4-225) من م.ق.ج.م.

¹³⁵ - م 2 من القانون الاتحادي الإماراتي والمادة 2-4-225 من القانون الجنائي الفرنسي.

¹³⁶ - محمد الشناوي، م.س، ص. 241.

¹³⁷ - ف 3-448 من م.ق.ج.م.

¹³⁸ - ف 4-448 من م.ق.ج.م.

للجريمة. وهو نفس التوجه الذي سار عليه المشرع المصري في المادة الثانية من قانون الاتجار بالبشر، وكذا المشرع الفرنسي في المادة (2-4-225) من القانون الجنائي الفرنسي.

البند الرابع: حالة ضعف الضحية

عمل المشرع المغربي على تشديد العقوبة وجعلها 20 إلى 30 سنة وغرامة من 200.000 إلى 2.000.000 درهم إذا ارتكبت الجريمة ضد شخص يعاني من وضعية صعبة بسبب كبر سنه أو بسبب المرض أو الإعاقة أو نقص بدني أو ضد امرأة حامل سواء كان حملها بينا أو كان معروفا لدى الفاعل ونفس الأمر إذا ارتكبت الجريمة ضد قاصر دون الثامنة عشر¹³⁹. حيث يمكن تفسير هذا التشديد في رغبة المشرع لإقرار حماية خاصة للنساء والأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة، والأخذ بالاعتبار باستغلال الجاني للوضعية الهشة للضحية التي سهلت له ارتكاب جريمة¹⁴⁰.

البند الخامس: حالات العود

تتجلى في الحالة التي يوجد فيها الشخص عندما يرتكب جريمة جديدة بعد أن يكون قد صدر في حقه حكم غير قابل للطعن من أجل جريمة سابقة، والمشرع الجنائي قد اعتبر العود للجريمة ظرفا من ظروف التشديد التي يؤدي إلى رفع العقوبة عن الأحوال العادية المقررة للجريمة الأولى التي لم تفلح في ردعه وإصلاحه بإبعاده كلياً عن طريق الجريمة مما يتحتم معه التشديد في مواجهته لتوقي الخطورة الإجرامية الكامنة فيه، والمشرع الجنائي نص على حالات العود في جريمة الاتجار بالبشر بعبارة "إذا كان مرتكب الفعل معتاداً على ارتكابه"، حيث رفع من العقوبة بالسجن من عشر إلى عشرين سنة وغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم¹⁴¹.

الفقرة الثانية: الظروف العينية المشددة لجريمة الاتجار بالبشر

يقصد بالظروف العينية تلك الظروف التي تتصل بالفعل الإجرامي في ذاته أو تكشف عن خطورة في هذا الفعل الذي ارتكبت به الجريمة أو الوقائع التي اقترفت بها في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بالقوة أو استعمال السلاح ويمكن إجمال هذه الظروف في القانون رقم 27.14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر كالآتي:

البند الأول: وسيلة ارتكاب الجريمة

إن المشرع الجنائي المغربي قد عمل على الرفع من العقوبة إلى السجن من عشر إلى عشرين سنة وغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم إذا ارتكبت الجريمة بواسطة التهديد بالقتل أو بالإيذاء أو التعذيب أو الاحتجاز أو التشهير¹⁴²، حيث كان صارماً في التشديد في حالة استعمال هذه الأفعال في ارتكاب الجريمة، وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع الإماراتي¹⁴³، والمشرع الفرنسي¹⁴⁴، حيث عملوا على الرفع من العقوبة والتشدد فيها كلما توفرت هذه الأفعال المواكبة لجريمة الاتجار بالبشر.

¹³⁹ - ف. 4-448 من م.ق.ج.م.

¹⁴⁰ - محمد الشناوي، م.ن، ص. 242.

¹⁴¹ - ف 3-448 من م.ق.ج.م.

¹⁴² - ف 3-448 من م.ق.ج.م.

¹⁴³ - م 2/3 من القانون الاتحادي للإماراتي لمكافحة الاتجار بالبشر.

¹⁴⁴ - ف. مكرر (2-4-225) من القانون الجنائي الفرنسي.

إضافة إلى ذلك، نص المشرع الجنائي على تشديد من العقوبة لتصل إلى المؤبد إذا ما ارتكبت بواسطة التعذيب أو أعمال وحشية، إضافة إلى الرفع من الغرامة لتصل إلى ما بين 1000.000 و6000.000 درهم في الحالة التي تكون فيها الجريمة عابرة للحدود الوطنية أو بواسطة عصابة إجرامية¹⁴⁵.

البند الثاني: تعدد الفاعلين أو حمل السلاح

كان المشرع المغربي صارما في تشديد العقوبة إذا ارتكبت بواسطة شخصين أو أكثر بصفتهم فاعلين أصليين أو مساهمين أو مشاركين أو إذا كان مرتكب الجريمة حاملا لسلاح ظاهر أو مخبئ، كما إن العقوبة ترتفع في هذه الحالات إلى السجن من عشر إلى عشرين سنة وغرامة من 100000 إلى 1000.000 درهم¹⁴⁶.

نفس النهج تبناه المشرع المصري في المادة (2/6) من قانون العقوبات حيث ترجع العلة في تشديد العقاب إلى أن تعدد الفاعلين يقلل من مقاومة الضحية ويضعفها، نظرا لتعدد الفاعلين، فضلا عن استخدام السلاح وما يعد وسيلة لتهديد المجني عليه أو إكراهه بالشكل الذي يعدم أو يقلل من مقاومته للجنة¹⁴⁷.

البند الثالث: جسامة النتيجة الإجرامية

أكد المشرع المغربي على أن العقوبة تشدد إذا نتج عنها وفاة الضحية أو إصابته بعاهة مستديمة أو مرض في الفصول 3-448 و5-448 من القانون الجنائي، حيث ترجع العلة في التشديد إلى جسامة النتيجة الإجرامية المتحققة والتي قد تصل إلى وفاة الضحية وهو نفس التوجه الذي سار عليه المشرع المصري في المادة 6 من القانون الخاص بمكافحة الاتجار بالبشر.

البند الرابع: امتداد الجريمة بين أكثر من دولة

من مبررات تشديد عقوبة الاتجار بالبشر هو امتدادها إلى أكثر من دولة واتخاذها طابعا دوليا، حيث أن المشرع المغربي عاقب بـ 20 سنة إلى 30 سنة وغرامة من 1000.000 إلى 6.000.000 عن جريمة الاتجار بالبشر التي ترتكب في إطار عابر للحدود الوطنية¹⁴⁸ كما أنه ترفع هذه العقوبة إذا ارتكبت بواسطة التعذيب أو أعمال وحشية إلى المؤبد. وهو نفس التوجه المعتمد من طرف المشرع الإماراتي (المادة 8/2) والمشرع المصري (المادة 6) في قانون الاتجار بالبشر. مما يبرر أن عنصر أو الطابع العابر للحدود الوطنية يجعل العقوبة مشددا نظرا لكون الجريمة في هذه الأوضاع تكون مرتكبة من طرف عصابات إجرامية منظمة.

المبحث الثاني: الجرائم المرتبطة وحالات الإعفاء القانونية

من خلال الاطلاع على المقتضيات المتعلقة بالقانون رقم 27.14 يلاحظ أن سياسة العقاب التي أتى بها المشرع المغربي جاءت شاملة حيث لم يكتف فيها فقط بالعقاب على جرائم الاتجار بالبشر، وإنما امتد كذلك في تطبيق سلطته في العقاب إلى بعض صور الجرائم الأخرى التي يمكن قد ترتبط بجريمة الاتجار بالبشر، والغاية من ذلك تتمثل خاصة في مجال الحث على ضرورة التبليغ بوجود جريمة

¹⁴⁵ - ف-5-448 من ق.ج.م

¹⁴⁶ - ف-3-448 من ق.ج.م.

¹⁴⁷ - محمد الشناوي، م.س، ص. 244.

¹⁴⁸ - ف-5-448 من ق.ج.م.

الاتجار بالبشر من طرف كل من له علاقة من قريب أو بعيد بالجاني أو أي شخص مستفيد من خدمة أو نشاط أو منفعة يقدمها ضحية الاتجار بالبشر مع ضرورة العلم بذلك. فالتهديد بالعقوبة وإيقاعها على الجاني يمهد للردع العام من خلال زجر الآخرين عن الجريمة واقتناعهم بعدم وجدواها¹⁴⁹، حيث أن امتداد العقوبة على جرائم أخرى مرتبطة يؤدي بالضرورة إلى الشعور العام بخطورة هذه الجريمة.

هذا إضافة إلى أن طبيعة الجريمة في بعض الحالات تتطلب ضرورة وجود حالات للإعفاء منها سواء الكلي أو الجزئي، ذلك لأن غاية المشرع دائما تكون في الحد من خطورة الأثر الاجتماعي للجريمة، ولهذا يكون تشجيع الجناة على العدول أمر طبيعي وقد يؤدي أكله في الكثير من الحالات التي قد يشعر فيها الجاني بالندم قبل إتمام جريمته، مما جعل المشرع المغربي في القانون رقم 27.14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر يحرص على ضرورة تشجيع الجناة على العدول الإرادي خاصة في مرحلة ما قبل إتمام الجريمة. هذا إضافة إلى وضع نوع خاص من الإعفاء الضحية الاتجار بالبشر الذي قد يرتكب جريمة أثناء مقاومته للإتجار بالبشر أو عن طريق الإكراه أو ما شابه ذلك.

وبالتالي فهذا ما يستدعي ضرورة التعرف على نوع الجرائم المرتبطة بالإتجار بالبشر (المطلب الأول) والتي عاقب عليها المشرع الجنائي المغربي، بالإضافة إلى الأسس التي اعتمدها في منح الإعفاء من الجريمة سواء الكلي أو الجزئي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الجرائم المرتبطة بجريمة الاتجار بالبشر

يقصد بالردع العام إنذار الناس كافة عن طريق التهديد بالعقاب بسوء عاقبة الإجرام كي ينفرهم بذلك منه، فهو في حقيقته إشعار موجه إلى عموم الناس لمنعهم من الاقتداء بالمجرم ليتجنبوا بذلك ألم العقوبة الذي يلحق بهم إذا أقدموا على اقتراف الجريمة وبالتالي فالعقوبة بما تتضمنه من خشية الألم تقف حائلا دون أن يتحول هذا الإجرام الكامن في النفوس إلى إجرام فعلي ويتحقق إحساس الكافة بهذا الألم من خلال الاطلاع على العقوبة المنصوص عليها في القانون الجنائي¹⁵⁰.

وهذا الردع قد يجد فيه المشرع سبيلا لتشجيع الناس على التبليغ على ارتكاب جريمة الاتجار بالبشر وذلك عن طريق جعل العقوبة في القانون المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر رقم 27.14 ترتبط إما مباشرة أو بصفة غير مباشرة بجريمة الاتجار بالبشر حيث أن المشرع الجنائي ونظرا لجسامة جريمة الاتجار بالبشر، والتي الجريمة في الغالب ما تكون مستترة لا يتم التبليغ على وجودها فقد حاول المشرع رصد مظهر آخر للعقاب من خلال هذا القانون بعقابه على جرائم مرتبطة بجريمة الاتجار بالبشر، ناهيك عن الجرائم المؤطرة وفقا للقواعد العامة كالتحريض على الجريمة، وبصفة عامة قواعد المساهمة والمشاركة في الجريمة¹⁵¹،

وبالتالي يمكن الحديث في هذا الإطار عن الجرائم المتعلقة بالشهادة أو التبليغ (الفقرة الأولى)، وكذا تعريض ضحية الاتجار بالبشر للخطر والاستفادة من منفعة يقدمها الضحية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الجرائم المتعلقة بالشهادة أو التبليغ

¹⁴⁹ - محمود نجيب حسني، "علم العقاب"، م.س، ص. 100.

¹⁵⁰ - محمد عبد الله الوريكات، "أثر الردع الخاص في الوقاية من الجريمة في القانون الأردني، دراسة مقارنة مع القانون الإيطالي والمصري"، دار الثقافة، عمان، ط 1، 2007، ص. 59.

¹⁵¹ - ف 128 و 129 و 130 من م.ق.ج.م.

حيث إن المشرع المغربي قد عمد إلى توسيع نطاق التجريم في جريمة الاتجار بالبشر قصد التشجيع على التبليغ على الجريمة من خلال العقاب على جريمة عدم التبليغ بجريمة الاتجار بالبشر أو الشروع فيها وكذا جريمة المنع من الشهادة.

البند الأول: جريمة عدم التبليغ بجريمة الاتجار بالبشر أو الشروع فيها

عمل المشرع المغربي على عقاب مرتكب جريمة عدم التبليغ بجريمة الاتجار بالبشر أو الشروع فيها¹⁵²، بخمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم وعبر عن الأفعال المكونة لهذه الجريمة بكل من علم بوقوع جريمة الاتجار بالبشر أو الشروع فيها ولم يبلغ ذلك إلى السلطات المختصة.

هذا وإيماناً من المشرع الجنائي المغربي بضرورة وضع نظام عقابي لمواجهة جرائم الاتجار بالبشر بشكل شامل، فقد أورد تجريماً لكافة صور المساعدة اللاحقة للجنة والتي تشكل في ذاتها جرائم مستقلة، والتي تهدف إلى فرار الجناة من يد العدالة.

ويتمثل الركن المادي لهذه الجريمة من سلوك سلبي يتمثل في فعل الامتناع أو عدم القيام بالتبليغ لدى السلطات المختصة بأية معلومات أو بيانات عن جرائم الاتجار بالبشر أيا كان سبب هذا الامتناع سواء أكان بسبب الخوف من الجاني أم بهدف مساعدته على الفرار من العدالة حيث أن السكوت عن التبليغ يعتبر شكلاً من أشكال المساعدة التي تقدم للجاني. وهو نفس التوجه الذي سار عليه المشرع المصري في المادة 12 من قانون مكافحة الاتجار بالبشر وبالتالي فالامتناع عن التبليغ جريمة عمدية تتطلب بالضرورة توافر العلم والإرادة¹⁵³.

وفي هذا الإطار اعتبرت المحكمة " وحيث إن المتهمين.... قد ارتكبوا جرائم عدم التبليغ بوقوع جناية الاتجار بالبشر من خلال علمهم بكون المتهمه..... تستقبل في شقتها الفتيات حتى القاصرات من أجل التوسط لهن في ممارسة الجنس مع بعض الشبان في شقتها إضافة الى كونهم كانوا يعلمون بكون الفتاة قاصر تم هتك عرضها من قبل المتهم.... مما نجم عن ذلك افتضاض بكراتها وبالرغم من ذلك لم يبلغوا السلطات العامة عن ذلك إضافة الى انهم يتعاطون الفساد....، حيث تمت مؤاخذهتهم بسنة ونصف حبساً نافداً وغرامة 5000 درهم وتحميلهم الصائر وتحديد مدة الإجازة في الأدنى¹⁵⁴.

مما يجعل إلزامية التبليغ عن جريمة الاتجار بالبشر أمر هام وأن مخالفته يعرض الممتنع عن التبليغ للمسؤولية الجنائية وفي هذا نوع من التشجيع على التبليغ لأنه من بين الإشكالات المتعلقة بجريمة الاتجار بالبشر عدم وجود إحصائيات دقيقة تبين حجم الظاهرة وهذا ناتج بالأساس عن الخوف من التبليغ حيث ان ربط عدم التبليغ بالعقاب يجعل فئة كبيرة من الناس تبلغ لكن لا بد من ضرورة وضع حماية لهؤلاء المبلغين فبالرغم من الحماية الخاصة بالضحية والشهود في ق.م.ج.م إلا إن هذه الحماية مازالت قاصرة ولم تواكبها الآليات العملية الكفيلة بتطبيق مقتضياتها.

البند الثاني: جريمة المنع من الإدلاء بالشهادة أو تقديم أدلة

¹⁵² - ف 7-448 من م.ف.ج.م.

¹⁵³ - محمد الشناوي، م.س، ص. 205.

¹⁵⁴ - قرار صادر عن غرفة الجنايات الابتدائية بمحكمة الاستئناف بمراكش، قرار 912، ملف جنائي رقم 2238/2642/2017، بتاريخ 29/05/2018، غ.م.

عاقب المشرع المغربي مرتكب هذه الجريمة في المادة 8-448 من القانون الجنائي بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم كل من استعمل العنف أو التهديد باستعماله أو وعد بمنفعة لمنع شخص من الإدلاء بشهادته أو تقديم أدلة، أو حرضه على الإدلاء بشهادة زور، أو الامتناع عن تقديم أدلة، أو تقدير إقرارات أو تصريحات أو أدلة غير صحيحة تتعلق بجريمة الاتجار بالبشر أمام أي سلطة مختصة، وفي مرحلة من مراحل التقاضي بشأنها.

الفقرة الثانية: جريمة تعريض الضحية للخطر والاستفادة من منفعة يقدمها

من خلال الخصوصية التي يتصف بها ضحية الاتجار بالبشر فقد عمل المشرع المغربي على التوسيع من نطاق التجريم وذلك حماية لهذا الضحية وخاصة من خلال جريمة تعريض الضحية للخطر والاستفادة من منفعة يقدمها.

البند الأول: جريمة تعريض الضحية للخطر

حيث عاقب المشرع المغربي على جريمة تعريض الضحية أو الشاهد للخطر بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم كل من عرض للخطر عمدا ضحية الاتجار بالبشر أو الشاهد بالكشف عن هويته أو مكان إقامته أو عرقلة إجراءات الحماية المتخذة لفائدته¹⁵⁵.

كما إن الغاية من معاقبة مرتكب هذه الجريمة يتجلى فيكون الإفصاح أو الكشف عن هوية الضحية أو الشاهد بالشكل الذي يخالف القواعد المتعلقة بالحفاظ على سرية المجني عليهم والشهود، يؤدي إلى الإضرار بالسير العادي للمحاكمة وقد يؤثر سلبا على الضحية أو الشاهد¹⁵⁶، وهو نفس ما أكد عليه المشرع المصري في المادة 9 من القانون الخاص بالاتجار بالبشر.

البند الثاني: جريمة الاستفادة عن علم من خدمة يقدمها ضحية الاتجار

عاقب المشرع المغربي على هذه الجريمة في الفصل 10-448 حيث نص على أنه يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم كل من استفادة مع علمه بجريمة الاتجار بالبشر من خدمة أو منفعة أو عمل يقدمه ضحية الاتجار بالبشر. حيث إن المشرع المغربي من خلال هذه الجريمة اشترط ضرورة العلم بكون الشخص المستفيد من خدمة أو منفعة يقدمها هو ضحية جريمة الاتجار بالبشر.

كما إن المشرع المغربي قد تشدد أيضا في تقرير العقوبة في الحالة التي يكون فيها ضحية الاتجار بالبشر قاصرا دون الثامنة عشر من عمره وجعل العقوبة هي الضعف أن من 2 إلى 10 سنوات. بعد التعرف على كل الأحوال المتعلقة بالعقوبة في جريمة الاتجار بالبشر سواء العادية او مشددة فلا بد من البحث عن شروط الإعفاء من العقاب في هذه الجريمة.

المطلب الثاني: شروط الإعفاء من العقاب

ينص القانون أحيانا على أعمار معينة تكون نتيجتها وجوب تخفيض العقوبة أو الإعفاء منها، ويسري مفعولها بالنسبة لجميع الجرائم، والأعذار القانونية حالات محددة في القانون على سبيل الحصر، ولا يملك القاضي إزاءها أي سلطة تقديرية، ويترتب عليها مع ثبوت الجريمة وقيام المسؤولية أن يتمتع المجرم بالإعفاء من العقاب، إذا كان العذر معفيا منه تماما - وعلى الرغم من أن هذه الأعذار تعفي

¹⁵⁵ - ف 9-448 من م.ق.ج.م.

¹⁵⁶ - محمد الشناوي، م.س، ص. 216.

الجاني من العقاب، غير أنه يمكن للقاضي أن يحكم عليه بتدابير الوقاية الشخصية أو العينية أو تقوم بتخفيض العقوبة؛ إذا كان العذر مخفضاً للعقوبة¹⁵⁷.

وبالتالي فالأصل في الإعفاء من العقاب كونه حالات محددة في القانون على سبيل الحصر، يترتب عليها مع ثبوت الجريمة وقيام المسؤولية أن يتمتع المجرم إما بعدم العقاب، إذا كانت أَعذار معفية وإما بتخفيف العقوبة إذا كانت أَعذار مخففة¹⁵⁸، وبالتالي فلا يجوز للقاضي القول بوجود حالة إعفاء للجاني، كما أن المشرع الجنائي كذلك حاول من خلال أحكام المحاولة وفق الفصل 114 من القانون الجنائي تشجيع الجناة على العدول الإرادي، وذلك لاشتراطه ضرورة عدم وجود عدول إرادي منتج لأثر حتى تتم معاقبة الجاني المحاول لارتكاب الجريمة، وبالرجوع إلى القانون المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر رقم 27.14 يبدو أن المشرع الجنائي اعتمد منهجا عاما يقتضي به تشجيع الجناة على العدول الإرادي قبل ارتكاب الجريمة أو حتى بعد الشروع فيها بغرض التقليل من أثارها الوخيمة على الضحية، هذا إضافة إلى تمتع الضحية بهذا العذر القانوني المعفي من العقاب إذا ما ارتكب جريمة أثناء سيرورة جريمة الاتجار بالبشر في حقه وعن طريق وجود التهديد بالقتل أو ما شابه ذلك.

وبالتالي يتوجب الحديث عن حالات الإعفاء المقررة للجاني (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك رصد لحالة إعفاء ضحية الاتجار بالبشر الجاني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإعفاء المقرر للجاني

إن الإعفاء المقرر للجاني في جريمة الاتجار بالبشر يمكن رصده سواء عن طريق الإعفاء الوجوبي المقرر أو الإعفاء الجوازي.

البند الأول: الإعفاء الوجوبي المقرر للجاني

ذهب المشرع المغربي في القانون الجنائي إلى إقرار الإعفاء من العقاب في جرائم الاتجار بالبشر على كل من بادر من الجناة إلى إبلاغ السلطات المختصة بما يعلمه عن جريمة الاتجار بالبشر قبل تنفيذها أو الشروع فيها أو مكن من الحيلولة دون إتمامها¹⁵⁹. حيث إن هذا العدول الإرادي للجاني يعد مانعا من موانع العقاب، والمحكمة تكون ملزمة بالإعفاء من العقاب للشخص المبلغ من الجناة¹⁶⁰. هذا فيما يخص الاعفاء الوجوبي المقرر للجاني والذي قد جعله له المشرع مجال للاستفادة من إعفاء جوازي.

البند الثاني: الإعفاء الجوازي

وهذا الإعفاء هو ما نص عليه المشرع الجنائي في الفقرة الثانية من الفصل 12-448 بقوله "إذا حصل التبليغ عن الجريمة، فإنه يجوز إعفاء الجاني المبلغ عن الجريمة من العقاب أو التخفيف في حقه، حسب ظروف التبليغ، إذا مكن السلطات المختصة أثناء التحقيق من القبض على باقي الجناة.

وبالتالي فالإعفاء هنا يبقى خاضعا لسلطة المحكمة التقديرية التي وحسب الظروف لها أن تقرر الإعفاء الكلي أو الجزئي للمبلغ.

¹⁵⁷ - عبد السلام بنحدو، "الوجيز في القانون الجنائي المغربي"، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط5، س 2004، ص. 291.

¹⁵⁸ - ف 143 من م.ق.ج.م.

¹⁵⁹ - ف 12-448 من م.ق.ج.م.

¹⁶⁰ - محمد علي عريان، "عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، س 2011، ص. 115.

لكن الإعفاء يستثنى إذا كانت الجريمة المرتكبة قد أدت إلى وفاة الضحية أو إصابته بعاهة دائمة أو بمرض عضوي أو نفسي أو عقلي عضال. وإضافة إلى الجناة فقد أقر المشرع المغربي الإعفاء الجوازي الذي يمكن أن تحكم به المحكمة حسب ظروف القضية في حالة عدم التبليغ بالجريمة مع العلم بوقوعها إذا كان الممتنع عن التبليغ زوجا لمرتكب الجريمة أو كان من أحد أصوله أو فروعه¹⁶¹.

الفقرة الثانية: الإعفاء المقرر للضحية

من خلال المقتضيات الجنائية التي جاء بها القانون رقم 27.14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر يلاحظ بأن المشرع المغربي اعتبر على أنه لا يكون ضحية الاتجار بالبشر مسؤولا جنائيا أو مدنيا عن أي فعل قام به تحت التهديد متى ارتبط ذلك الفعل مباشرة بكونه شخصا ضحية الاتجار بالبشر، إلا إذا ارتكب فعلا مجرما بمحض إرادته دون أن يتعرض لأي تهديد¹⁶².

كما يلاحظ إن المشرع المغربي قد أعطى نوعا من الحماية لضحية الاتجار بالبشر الذي قد يرتكب فعلا مجرما أثناء سريان جريمة الاتجار بالبشر عليه مما جعل المشرع الجنائي يؤكد على إمكانية الإعفاء الكلي من العقاب الجنائي وكذا مسؤوليته المدنية حول هذا الفعل والتي قد تثار بهذا الشأن، لكن رغم ذلك فالمشرع قد صعب الأمر على ضحية الاتجار بالبشر حينما وضع شرط ضرورة الإثبات بكون هذا الفعل المرتكب قد صدر عن الضحية تحت التهديد وليس بمحض إرادته، فالإثبات في هذه الحالة يقع على الضحية الذي يتوجب عليه إثبات كون الفعل الصادر عنه والمجرم جنائيا قد كان بسبب وقوع التهديد عليه مما أثر على إرادته وأدى به إلى ارتكاب الجريمة وليس بكونه ارتكبه بكامل إرادته، وبالتالي فهذا الشرط صعب جدا بالنسبة لوضعية ضحية الاتجار بالبشر التي من الصعب جدا إن لم نقل من المستحيل إثبات فرضية التهديد التي دفعته إلى ارتكاب الفعل.

وبالتالي كان على المشرع المغربي مراعاة لخصوصية الضحية بشكل خاصة وأن طبيعة الجريمة تبين حالة الضعف والهشاشة التي يتميز بها ضحية الاتجار بالبشر والتي تجعل سلوكاته غير إرادية في كثير من الحالات.

خاتمة:

من خلال ما سبق الحديث عنه في مجال سياسة العقاب يلاحظ بأن المشرع الجنائي المغربي قد كان منسجما بشكل كبير مع ما جاءت به المقتضيات الدولية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر سواء من حيث التوسيع في نطاق التجريم بشكل عام أو في مجال التشديد في عقوبة مرتكب جريمة الاتجار بالبشر، حيث ان المشرع المغربي كان متشددا في تفعيل مضامين السياسة العقابية بشكل قادر على مسيطرة التوجهات الزجرية للسياسة الجنائية في مجال مكافحة الاتجار بالبشر وذلك بغض النظر عن النواقص التي قد تعتري هذه السياسة خاصة من الناحية المؤسساتية من خلال العمل القضائي .

¹⁶¹ - ف 7-448 من م.ق.ج.م

¹⁶² - ف 14-448 من م.ق.ج.م.

الآليات القانونية لضبط حرية المنافسة

✍ عايدة مصصفاوي

أستاذة محاضرة أ

مديرة مخبر القانون العقاري كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البليدة 02

ملخص:

يهدف هذا المقال إلى إبراز الآليات القانونية لضبط السوق وتحقيق الاقتصاد العادل عن طريق دراسة أولا دور قانون المنافسة في ضبط السوق وتنظيمه وضمان منافسة عادلة وفعالة، انطلاقا من أن قانون المنافسة هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين.

إن قانون المنافسة هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين المؤسسات وضبط السوق، يهدف إلى ضمان المنافسة الحرة عن طريق منع الممارسات المنافية للمنافسة.

كما تهدف الدراسة إلى إبراز دور مجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط عامة تتمثل مهمته الأساسية في ضبط السوق ومنع الممارسات المنافية للمنافسة، والحرص على احترام مبادئ المنافسة الحرة.

Abstract :

Cet article aborde la recherche pour mettre en évidence les mécanismes légaux pour contrôler le marché et réaliser l'économie équitable par l'étude d'abord :

Le rôle de la loi de concurrence dans la direction et la régulation du marché pour assurer la concurrence effective, basée sur le fait que la loi de concurrence est un ensemble de règles juridiques dirigeant la relation entre les agents économiques.

Le Droit de la concurrence est l'ensemble des règles qui gouvernent les rapports entre les entreprises et le fonctionnement du marché. Il protège la concurrence libre en réprimant les pratiques contraires aux usages honnêtes du commerce, les coalitions illicites et les abus de position dominante.

L'étude avait aussi pour le but de surligner le rôle du conseil de la concurrence, qui n'est pas d'empêcher les regroupements entre agents économiques, mais de veiller au respect des principes de la libre concurrence.

مقدمة :

إن التطور الاقتصادي السريع الذي يعرفه العالم، وما يرافقه من تطور تكنولوجي وعلمي يغطي سائر القطاعات والمستويات، أدى إلى انقلاب موازين القوى المتحركة في دواليب الاقتصاد العالمي، وللضغوطات المختلفة والمتنوعة لحصر دور الدولة في مهام التنظيم والضبط والمراقبة، وهي المهام التي أكدت أكثر في ظل الانفتاح الاقتصادي، حيث كان من الطبيعي أن تفسح هذه الوضعية المجال أمام كل المتعاملين الاقتصاديين الذي صار بإمكانهم التحكم في صيرورة الاقتصاد، وهو ما انجر عنه نوع من الفوضى الاقتصادية.

ولواجهة هذه الظاهرة كان لابد من تأطير تشريعي وتنظيمي لضبط مختلف نشاطات الاقتصاد الوطني، وضمان انسياب السوق في مجال العرض والطلب لتلبية حاجيات المواطن. وفي هذا السياق، سعت الجزائر منذ منتصف التسعينيات إلى ضبط وتأطير مجال المنافسة، بإصدار أول قانون يكرس القواعد العامة للمنافسة، وهو الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995.

وبفعل الحركية التي شهدتها الاقتصاد الوطني على الصعيدين الداخلي والخارجي، وعلى غرار تكييف الأطر التشريعية التي تحكم المنظومة الاقتصادية الوطنية (تجارة- استثمار- حركة رؤوس الأموال استيراد البضائع وتصديرها- تقييس..)، تمت مراجعة هذا الأمر سنة 2003 بموجب الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 بهدف مواكبة التحولات الاقتصادية الجارية على المستوى العالمي، وتجسيد الأهداف المسطرة في مختلف البرامج الإصلاحية التي انتهجتها الدولة.

فهل يستطيع هذا القانون أن يضع حدا للاحتكار البارز السائد في الوطن أو على الأقل هل سيخفف من عواقبه على الحياة اليومية للمواطن من ارتفاع أسعار المنتجات الحيوية المنتجة محليا أو المستوردة؟

نسعى من خلال هذا المقال، التطرق إلى آليات ضبط المنافسة الحرة لتحقيق الاقتصاد العادل، عن طريق دراسة ما يلي:

المبحث الأول: قانون المنافسة أداة لضبط حرية المنافسة**المبحث الثاني: مبادئ حرية المنافسة****المبحث الثالث: دور مجلس المنافسة لتحقيق الاقتصاد العادل****المبحث الأول: قانون المنافسة أداة لضبط حرية المنافسة**

إن انتقال الدولة من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر، إنما يعني الانخراط في الحركة العالمية المتصاعدة للعولمة كحتمية لا مفر منها، حيث يبرز مبدأ المنافسة، وهو الذي يكفي الدولة هذه التدخلات كلما تقلبت الأسواق العالمية لتدعم هذه المادة أو تلك.

إن من مظاهر التنمية الاجتماعية قدرة التنظيم والتحكم في الموارد الاقتصادية، لذا كان من الضروري سن قانون يضبط المنافسة الحرة ويحمي السوق من كل الممارسات المنافية للمنافسة، من أجل تحقيق تكافؤ الفرص، لذا من الضروري التطرق لتعريف قانون المنافسة، وخصائصه، ومحتواه.

المطلب الأول: تعريف قانون المنافسة:

تعد التشريعات التي تحكم وتنظم المنافسة في الأسواق، إحدى أهم الآليات القانونية المستقرة في الأنظمة القانونية التي تأخذ بمبدأ حرية التجارة والصناعة¹⁶³ من هذا المنطلق يعرف قانون المنافسة على أنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم التنافس بين العملاء الاقتصاديين وهم بصدد البحث عن العملاء والمحافظة عليهم¹⁶⁴.

الفرع الأول: التعريف الفقهي: يرى جانب من الفقه أن قانون المنافسة هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم وتضبط العلاقة بين رجال الأعمال وعمل السوق، بهدف حماية المنافسة الحرة من الممارسة المنافية للممارسات التجارية الشريفة والتحالفات غير القانونية وإساءة استعمال المركز المهيمن، حيث يضمن حرية التجارة والصناعة التي تمكن أي شخص يرغب في تطوير النشاط الاقتصادي الذي يختاره¹⁶⁵.

الفرع الثاني: التعريف القانوني: بالرجوع إلى الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة¹⁶⁶، وطبقاً للمادة الأولى منه، فإن قانون المنافسة يهدف إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين.

كما يطبق هذا القانون على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تندرج ضمن صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام، أما المادة الأولى من الأمر 06-95¹⁶⁷، فتتص على أنه يهدف إلى تنظيم المنافسة الحرة وترقيتها وإلى تحديد قواعد حمايتها، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية، تحسين معيشة المستهلكين، ويهدف أيضاً إلى تنظيم شفافية الممارسات التجارية ونزاهتها.

ويتضح من خلال أهداف القانونيين أن المشرع احتفظ بنفس أهداف القانون الملغى إلا أنه بتعديل بسيط، من خلال حذف عبارة "تنظيم المنافسة وترقيتها" وحلت محلها عبارة "تحديد شروط المنافسة"، ما يجعل القول أن المنافسة لم تعد تحتاج إلى ترقيتها بعد انتشارها في جميع القطاعات بقدر ما تحتاج إلى تحديد شروط الممارسة¹⁶⁸.

إن قانون المنافسة وفقاً لهذا الاعتبار هو قانون ضبط سلوكيات الأعوان الاقتصاديين داخل السوق من خلال حظر الممارسات التي من شأنها عرقلة عملية المنافسة الحرة، حيث تكمن الأهمية القانونية في ضرورة الإسهام في منظومة تشريعية مرنة، كما تكمن الأهمية

¹⁶³ بلال سليمة: الأعمال المنافية للمنافسة على ضوء التشريع والقضاء "دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة البليدة 02، 2016، ص 178.

¹⁶⁴ J. AZEMA, droit de la concurrence, ed PUF, Paris, 1981, p 17.

¹⁶⁵ JEAN BERNARD BLAISE : droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution : 3eme édition LGDJ PARIS, 2002 p.314.

¹⁶⁶ الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر العدد 43.

¹⁶⁷ الأمر رقم 06-95 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة، ج.ر العدد 9.

¹⁶⁸ خميلية سمير: عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، مذكرة ماجستير في القانون جامعة تيزي وزو، 2013، ص 16.

الاقتصادية في إعادة التوازنات الاقتصادية، أما الأهمية السياسية فتكمن في الانفتاح على اقتصاد السوق، أما الأهمية الاجتماعية فتكمن في استقرار الوضع الاجتماعي وتخفيض الأسعار.

المطلب الثاني: خصائص قانون المنافسة ونطاق تطبيقه:

من خلال النصوص القانونية السابقة يتبين أن لقانون المنافسة خصائص تميزه عن باقي القوانين، كما أن له نطاقا معينا يطبق فيه، تبعا للخصائص التي تميزه.

الفرع الأول: خصائصه: يتميز قانون المنافسة بعدة خصائص أهمها:

أولاً: قانون اقتصادي: يجمع بين قواعد القانون والنظريات الاقتصادية، لقد أدت سياسة الانفتاح الاقتصادي إلى اهتمام الدول بتفعيل سياسة المنافسة التي تعتبر عنصرا مهما وضروريا من عناصر الإصلاح الاقتصادي، لما تبذعه من أساليب تؤدي إلى التطور والتقدم، وبالتالي أصبح من الضروري تحديد سياسة تمكن الأفراد من تطوير قدراتهم التنافسية، وحمايتهم من الأعمال المنافية للمنافسة التي تعتبر عائقا أمام أي محاولة للتطور والإبداع.¹⁶⁹

ثانيا: قانون تطوري: يتغير حسب قوة النشاط الصناعي والتجاري، حيث لا يعرف الثبات والاستقرار في الأسعار كونها مرتبطة بالعرض والطلب.¹⁷⁰

ثالثا: قانون حماية وضبط لحرية المنافسة: فالقانون الذي يحمي المنافسة ويجسدها من خلال مبدئين جوهريين هما مبدأ حرية التجارة والصناعة مبدأ الحرية التعاقدية، هو ذاته الذي يلجأ لتقييدها بوسائل قانونية صارمة، فإذا كان المبدأ هو حرية المنافسة فإن التشريعات التي تنظم المنافسة هي بمثابة الحدود التي تقف عندها تلك الحرية.¹⁷¹

رابعا: قانون مرن وشامل: يمكن أن ينظر إلى قانون المنافسة من منظورين يتضمن أحدهما قانون المنافسة بمفهومه الضيق والذي يشتمل على الآليات القانونية اللازمة للقضاء على كل الممارسات التي يمكن أن تعوق المنافسة في السوق وهي الممارسات التي تتمثل في الاتفاقات المحظورة وإساءة استخدام المركز المسيطر والتجمعات التي تقود إلى احتكارات، ممارسات تؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني.¹⁷²

أما قانون المنافسة بمفهومه الواسع فيشمل كل القواعد القانونية التي يكون محلها المباشر المنافسة، فيتمثل قانون المنافسة بمفهومه الواسع، نظرية المنافسة غير المشروعة، الالتزامات التعاقدية بعدم المنافسة، الرقابة على الممارسات المضادة للمنافسة ومنع الاحتكار.¹⁷³

الفرع الثاني: نطاق تطبيق قانون المنافسة

¹⁶⁹ لينا حسن ذكي، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 12

¹⁷⁰ أرزقي زويبر: حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 23.

¹⁷¹ JEAN BERNARD BLAISE , op-cit, p.324.

¹⁷² بلبل سليمة، مرجع سابق، ص 186.

¹⁷³ J BRUST, concurrence déloyale et parasitisme, ECONOMICA, 1993.

يتحدد مجال تطبيق قانون المنافسة من خلال الأعمال التي يطبق عليها والأشخاص الذين يسري عليهم قانون المنافسة

أولاً: من حيث الموضوع:

طبقاً للمادة 02 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، يطبق هذا القانون على ما يلي:

- نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بنا فيها الاستيراد وتلك التي يقوم بها الأشخاص المعنويون والجمعيات والاتحاديات المهنية،
أيا كان قانونها الأساسي وشكلها أو موضوعها.

- الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة

غير أنه يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.

إلا أن هذه المادة عدلت بموجب القانون رقم 05-10¹⁷⁴، وأصبح قانون المنافسة يطبق على كل نشاطات الإنتاج بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري، وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية جمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها.

لقد جاءت المادة 02 من القانون رقم 05-10 أكثر وضوحاً وتفصيلاً وشمولية مما كانت عليه في الأمر رقم 03-03.¹⁷⁵

ثانياً: من حيث الأشخاص:

عرف المشرع المؤسسة بموجب المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المعدلة بالقانون رقم 12-08 على أنها كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد، وبالتالي فإن قانون المنافسة يطبق على هؤلاء الأشخاص:

- التجار والحرفيون

- الشركات التجارية

- المؤسسات

- الجمعيات والاتحاديات المهنية

- أشخاص القانون العام الذي يمارسون بصفة دائمة نشاط اقتصادي.

بمعنى أن المؤسسة يمكن أن تكون شخصاً معنوياً أو طبيعياً، شركة تجارية أو غير تجارية، ويمكن لها أن تكون جمعية، المهم أن

تمارس نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بصفة دائمة¹⁷⁶.

المبحث الثاني: مبادئ حرية المنافسة

¹⁷⁴ المادة 02 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 15 أوت 2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج. ر العدد 46.

¹⁷⁵ جلال مسعد زوجة محتوت: مدى تأثير المنافسة الحرة، بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2012، ص 12.

¹⁷⁶ جلال مسعد زوجة محتوت، مرجع سابق، ص 15.

يهدف القانون رقم 02-04¹⁷⁷ إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وتتمثل هذه القواعد فيما يلي:

المطلب الأول: شفافية الممارسات التجارية: تتطلب شفافية الممارسات التجارية احترام ما يلي:

الفرع الأول: الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع¹⁷⁸: عن طريق احترام جملة من الالتزامات:

- يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع، ويكون ذلك عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، على أن تبين بصفة مرئية مقروءة.

- يجب أن توافق الأسعار أو التعريفات المعلنة المبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل اقتناء سلع أو الحصول على خدمة.

- يلزم البائع في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين، بإعلام الزبون بالأسعار والتعريفات عند طلبها، ويكون هذا الإعلام بواسطة جداول الأسعار أو النشرات البيانية أو دليل الأسعار أو بأية وسيلة أخرى ملائمة مقبولة بصفة عامة في المهنة.

- يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة.

الفرع الثاني: الفوترة: يترتب على فرض الفوترة مجموعة من الالتزامات وهي:

- يجب أن يكون كل بيع سلع، أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين مصحوبا بفاتورة، يلزم البائع بتسليمها، ويلزم المشتري بطلبها منه، وتسلم عند البيع أو تأدية الخدمة¹⁷⁹.

- يقبل وصل التسليم بدل الفاتورة في المعاملات التجارية المتكررة والمنظمة عند بيع منتجات لنفس الزبون، ويجب أن تحرر فاتورة إجمالية شهريا تكون مراجعها وصولات التسليم المعنية.

لا يسمح باستعمال وصل التسليم إلا للأعوان الاقتصاديين المرخص لهم صراحة بواسطة مقرر من الإدارة المكلفة بالتجارة¹⁸⁰.

- يجب أن يقدم العون الاقتصادي بصفته بائعا أو مشتريا الفاتورة للموظفين المؤهلين بموجب هذا القانون عند أول طلب لها، أو في أجل تحدده الإدارة المعنية¹⁸¹.

المطلب الثاني: نزاهة الممارسات التجارية: وتتحقق هذه النزاهة من خلال ما يلي:

الفرع الأول: منع الممارسات التجارية غير الشرعية: عن طريق الامتناع عن ما يلي:

- يمنع على أي شخص ممارسة الأعمال التجارية دون اكتساب الصفة التي تحددها القوانين المعمول بها.

¹⁷⁷ القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 جوان 2004، ج.ر العدد 41.

¹⁷⁸ المادة 04 من القانون 02-04، السالف الذكر.

¹⁷⁹ المادة 10 من القانون 02-04، السالف الذكر.

¹⁸⁰ المادة 11 من القانون 02-04، السالف الذكر.

¹⁸¹ المادة 12 من القانون 02-04، السالف الذكر.

- يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة.
- يمنع كل بيع أو عرض بيع لسلع وكذلك كل أداء خدمة أو عرضها عاجلاً أو آجلاً مشروطاً بمكافأة مجانية، من سلع أو خدمات إلا إذا كانت من نفس السلع أو الخدمات موضوع البيع أو تأدية الخدمة، وكانت قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات المعنية.
- يمنع على عون اقتصادي أن يمارس نفوذاً على أي عون اقتصادي آخر، أو يحصل منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو كفاءات بيع أو على شراء تمييزي لا يبرره مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة والشريفة.
- يمنع إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي، إلا في الحالات المستثناة صراحة.
- يمنع إعادة بيع المواد الأولية في حالتها الأصلية إذا تم اقتناؤها قصد التحويل، باستثناء الحالات المبررة كتوقيف النشاط أو تغييره أو حالة القوة القاهرة.

الفرع الثاني: منع ممارسات أسعار غير شرعية:

- كل بيع سلع أو تأدية خدمات لا تخضع لنظام حرية الأسعار، لا يمكن أن تتم إلا ضمن احترام نظام الأسعار المقتنة طبقاً للتشريع المعمول به.
- تمنع الممارسات التي ترمي إلى:
- القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على أسعار السلع والخدمات غير الخاضعة لنظام حرية الأسعار
- القيام بكل ممارسة أو مناورة ترمي إلى إخفاء زيادات غير شرعية في الأسعار

الفرع الثالث: الممارسات التجارية التدليسية:

- تمنع الممارسات التجارية التي ترمي إلى:
- دفع أو استلام فوارق مخفية للقيمة
- تحرير فواتير وهمية أو فواتير مزيفة
- إتلاف الوثائق التجارية والمحاسبية وإخفائها أو تزويرها قصد إخفاء الشروط الحقيقية للمعاملات التجارية
- يمنع على التجار حيازة:
- منتجات مستوردة أو مصنعة بصفة غير شرعية
- مخزون من المنتجات بهدف تحفيز الارتفاع غير المبرر للأسعار
- مخزون من منتجات خارج موضوع تجارتهم الشرعية قصد بيعه.

الفرع الرابع: الممارسات التجارية غير النزيهة: تمنع كل الممارسات التجارية غير النزيهة المخالفة للأعراف التجارية النزيهة

- والنزيهة والتي من خلالها يتعدى عون اقتصادي على مصالح عون أو عدة أعوان اقتصاديين آخرين.
- تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة طبقاً للقانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ما يلي:
- تشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات سيئة تمس بشخصه أو بمنتجاته أو خدماته

- تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتجاته أو خدماته أو الإشهار الذي يقوم به، قصد كسب زبائن هذا العون إليه بزرع شكوك وأوهام في ذهن المستهلك
- استغلال مهارة تقنية أو تجارية مميزة دون ترخيص من صاحبها
- إغراء مستخدمين متعاقدين مع عون اقتصادي منافس خلافا للتشريع المتعلق بالعمل
- الاستفادة من الأسرار المهنية بصفة أجير قديم أو شريك للترف فيها قصد الإضرار بصاحب العمل أو الشريك القديم
- إحداث خلل في تنظيم عون اقتصادي منافس وتحويل زبائنه باستعمال طرق غير نزيهة كتبديد أو تخريب وسائله الإشهارية واختلاس البطاقات أو الطلبات والسمرسة غير القانونية وإحداث اضطراب بشبكته للبيع
- الإخلال بتنظيم السوق وإحداث اضطرابات فيها، بمخالفة القوانين أو المحظورات الشرعية، وعلى وجه الخصوص التهرب من الالتزامات والشروط الضرورية لتكوين نشاط أو ممارسته أو إقامته
- إقامة محل تجاري في الجوار القريب لمحل منافس بهدف استغلال شهرته خارج الأعراف والممارسات التنافسية المعمول بها.

الفرع الخامس: الممارسات التعاقدية التعسفية: تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- أخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد
- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية
- إلزام المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته
- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

المطلب الثالث: الممارسات المقيدة للمنافسة: من أجل ضمان ممارسة ونزاهة في السوق، حظر المشرع الإتيان بالممارسات المقيدة للمنافسة وعدم عرقلة السوق وتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: حظر الممارسات والأعمال المدبرة: تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لا سيما عندما ترمي إلى:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها

- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.

الفرع الثاني: التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:

إن المساس بالمنافسة لا يتم بواسطة الاتفاقات فقط وإنما يتم أيضا بوسائل أخرى وهو ما يحدث إذا كانت المؤسسة تتمتع بقوة اقتصادية معتبرة¹⁸²، وتتمثل مظاهر التعسف فيما يلي:

- يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:
- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.

ثالثا/ يعتبر عرقلة حرية المنافسة أو حد منها أو إخلال بها كل عقد شراء استثنائي يسمح لصاحبه باحتكار التوزيع في السوق.

رابعا: يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة.

يتمثل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي
 - البيع المتلازم أو التمييزي
 - البيع المشروط باقتناء كمية دنيا
 - الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى
 - قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة
 - كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل سوق.
- كما يحظر عرض الأسعار أو ممارسة بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق.

¹⁸² بن عزة محمد: دراسة في مبادئ حرية المنافسة ضمن قانون المنافسة الجزائري، مقال منشور بمجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 01 لعام 2013، ص 252.

المبحث الثالث: دور مجلس المنافسة في تحقيق الاقتصاد العادل:

يقوم دور الدولة في ظل الاقتصاد الحر على أساس الضبط، الذي يعني القيام بالمراقبة المتواصلة للسوق والدراسة الدقيقة لكل التحولات التي تقع، والقيام بالتقديرات التي تمكن من التصدي للارتفاعات العشوائية للأسعار، ومن أجل تحسين شروط تنظيم وتسيير شبكات التوزيع على مستوى السوق، أحدث المشرع سلطة تتكفل بمهمة ضبط السوق وهي مجلس المنافسة بموجب الأمر 06-95، ثم أعاد تشكيله مرتين على التوالي بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة الذي ألغى الأمر السابق رقم 06-95، ثم أعاد تشكيلته بموجب القانون رقم 12-08 الذي عدل الأمر رقم 03-03.

المطلب الأول: تعريف مجلس المنافسة وتشكيلته: بما أن مجلس المنافسة هو أهم هيئة في ضبط السوق ومتابعة سير الممارسات النزيهة والشريفة، فإنه يتوجب علينا أولاً تعريفه ثم التركيز على تشكيلته.

الفرع الأول: تعريفه: يعتبر مجلس المنافسة سلطة الضبط العام للمنافسة والذي يوصف ضمن ما يعرف بالسلطات الإدارية المستقلة، التي تعتبر نموذجاً حديثاً لتنظيم المجال الاقتصادي والمالي.¹⁸³

إن مجلس المنافسة وظيفته القانونية والتنظيمية هي تأطير المنافسة في ظل التحولات الاقتصادية العالمية، خاصة بدخول الجوائر الشراكة مع الاتحاد الأوروبي.

الفرع الثاني: تشكيلة مجلس المنافسة:

ضماناً لأداء مجلس المنافسة الدور الهام المنوط به، خصه المشرع بتشكيلة من الأعضاء، حيث بعد كان يتكون مجلس المنافسة في ظل الأمر 03-03¹⁸⁴ من تسعة أعضاء يتبعون الفئات الآتية:

- 1- عضوان يعملان أو عملاً في مجلس الدولة أو في المحكمة العليا أو في مجلس المحاسبة بصفة قاض أو مستشار
 - 2- سبعة أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات المعروفة بكفاءتها القانونية أو الاقتصادية أو في مجال المنافسة والتوزيع والاستهلاك من ضمنهم عضو يختار بناء على اقتراح الوزير المكلف بالداخلية.
- تغيرت تشكيلة الأعضاء بموجب القانون رقم 12-08، من أجل مواكبة التحولات الاقتصادية وإعطاء القيمة والقوة لمجلس بحجم مجلس المنافسة، لضبط السوق وتحقيق التوازن الاقتصادي، فأصبح يتشكل كآتي:

- 1- ستة أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات والخبراء الحائزين على الأقل شهادة الليسانس أو شهادة جامعية مماثلة وخبرة مهنية مدة 8 سنوات على الأقل في المجال القانوني أو الاقتصادي والتي لها مؤهلات في مجال المنافسة والتوزيع والاستهلاك أو في مجال الملكية الفكرية.
- 2- أربعة أعضاء يختارون من ضمن المهنيين المؤهلين الممارسين أو الذين مارسوا النشاطات ذات مسؤولية والحائزين شهادة جامعية لهم خبرة مهنية مدة 05 سنوات على الأقل في مجال الإنتاج والتوزيع والحرف والخدمات والمهن الحرة.

¹⁸³ - خميلية سمير، مرجع سابق، ص 20.

¹⁸⁴ المادة 24 من الأمر 03-03.

3- عضوان مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين.

يمارس أعضاء المجلس وظائفهم بصفة دائمة.

يعين رئيس المجلس ونائب الرئيس والأعضاء الآخرون بموجب مرسوم رئاسي لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة وصلاحياته: ضمان لقيام مجلس المنافسة بمهامه على أكمل وجه، منحه المشرع طبيعة قانونية خاصة.

الفرع الأول: طبيعته القانونية: نصت المادة 23 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تتمثل في مجلس المنافسة، يتمتع بالشخصية والاستقلال المالي، يكون مقره في مدينة الجزائر.

وبذلك يكون المشرع قد أزال الغموض الذي كان يكتنف الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، إذ أفصح بأنه سلطة إدارية تابعة لرئاسة الحكومة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، ويكون مقره مدينة الجزائر، وبموجب القانون رقم 12-08 المعدل والمتمم حذف عبارة سلطة تابعة لرئاسة الحكومة و تم تفسير ذلك بأن المشرع أراد لهذه الهيئة أن تكون متمتعة بالاستقلالية و غير تابعة لأي سلطة وأن ينسجم هذا النص مع التعديلات الدستورية الأخيرة لدستور 1996 و التي بموجبها تم إلغاء منصب رئيس الحكومة وتكريس وحدة السلطة التنفيذية، وأعتقد من جهة أخرى أنه أراد به هيئة عمومية وطنية¹⁸⁵. و بهذا يكون المشرع الجزائري قد اعترف لمجلس المنافسة بصفة السلطة الإدارية المستقلة وبذلك يكون قد فصل في الجدول القائم حول الطبيعة القانونية مجلس المنافسة.

وتتمثل مظاهر استقلال مجلس المنافسة كسلطة في أنه تم تكليفه بمهام ضبط النشاط الاقتصادي، والتي هي في الأساس من مهام السلطة التنفيذية، فهو بذلك سلطة تحل محل السلطة التنفيذية في مجال المعاينة، ومحل السلطة القضائية في مجال قمع الممارسات المناهضة للمنافسة¹⁸⁶، أي أنه يتكفل بمهمة السهر على تطبيق أحكام قانون المنافسة الذي له خصائص القانون الإداري¹⁸⁷.

كما يتمتع مجلس المنافسة بالاستقلال العضوي من خلال طريقة تعيين أعضائه بموجب مرسوم رئاسي لمدة 4 سنوات قابلة للتجديد، ولا يجوز إقالتهم أو استبدالهم خلال هذه المدة، بالإضافة إلى الاستقلال الوظيفي، حيث لا يخضع مجلس المنافسة لا لرقابة سلمية ولا لرقابة وصائية.

ويمكنه أيضا التعامل مع السلطات الأجنبية في حدود اختصاصه.

¹⁸⁵ بلبل سليمة: مرجع سابق، ص 475.

¹⁸⁶ محمد الشريف كتو: قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، منشورات البغدادي، الجزائر، 2010، ص 70.

¹⁸⁷ لحراري(شالح) ويزة، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2012 ص 149.

الفرع الثاني: صلاحيات مجلس المنافسة: يتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو كلما طلب منه ذلك في أي مسألة أو أي عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة وتشجيعها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تنعدم فيها المنافسة أو تكون غير متطورة فيها بما فيه الكفاية.

يؤدي مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة إذا طلبت الحكومة منه ذلك، ويؤدي كل اقتراح في مجالات المنافسة. ويمكن أن تستشير أيضا في المواضيع نفسها الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات المستهلكين.

يمكن أن يقوم مجلس المنافسة بتحقيقات حول شروط تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة أن تطبيق هذه النصوص تترتب عليه قيود على المنافسة، فإن مجلس المنافسة يباشر كل العمليات لوضع حد لهذه القيود

خاتمة:

يعتبر مبدأ حرية المنافسة نتيجة حتمية لانفتاح الدولة الجزائرية على سياسة اقتصاد السوق وممارسة التجارة بكل حرية، وكذا إلغاء كل أنواع الاحتكار واقتصار تدخل الدولة في مجال التنظيم والمراقبة، وقد تجلّى هذا التحول من خلال إصدار أول أمر ينظم المنافسة الحرة ويمنع كل عمل منافٍ لها ويتمثل في الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة الذي كان يهدف إلى ترقية وتنظيم المنافسة، إلا أنه ألغي سنة 2003 بموجب الأمر رقم 03-03.

أدت الحركية التي شهدتها الاقتصاد الوطني على الصعيدين الداخلي والخارجي، إلى تكييف الأطر التشريعية والتنظيمية التي تحكم المنظومة الاقتصادية الوطنية، من ثم تم مراجعة الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، وذلك بهدف مواكبة التحولات الاقتصادية الحاصلة على المستوى العالمي وتجسيد الأهداف المسطرة في مختلف البرامج الإصلاحية التي فرضها الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر، بموجب القانون رقم 12-08، الذي يهدف إلى تكييف وإثراء الإطار التشريعي المتعلق بالمنافسة، عن طريق وضع إطار قانوني فعال وواقعي يتماشى ومقتضيات السوق على المستويين الداخلي والخارجي.

ومن هذا المنطلق الصدد فإن التعديلات التي تضمنها القانون رقم 12-08 تكتسي طابعا تنظيميا وتقنيا كفيلا بتكريس مهام تنظيم ومراقبة السوق وضمان المنافسة الحرة والنزيهة وتتمحور في مجملها في مايلي:

وضع مجلس المنافسة لدى الوزير المكلف بالتجارة وتوسيع صلاحياته لتشمل بالأخص الصفقات العمومية باعتبارها مصدرا محتملا للممارسات المنافية للممارسة.

منع الأعمال والعقود التي تضيي طابعا استثنائيا على ممارسة النشاطات التجارية تفاديا لحالات الاحتكار التي قد يستغلها المتعاملون الاقتصاديون للإضرار بالمواطنين.

التكفل بمهمة ضبط السوق من قبل مجلس المنافسة قصد تحسين شروط وتنظيم شبكات التوزيع على مستوى السوق الوطنية.

تنظيم وتطوير علاقات التعاون وتبادل المعلومات بين مجلس المنافسة ومختلف سلطات الضبط المسؤولة عن القطاعات الأخرى.

رغم أن التعديلات التي تضمنها القانون رقم 12-08 المتعلق المنافسة تهدف في مجملها، ضمان المنافسة النزيهة والشفافة بين المتعاملين الاقتصاديين حفاظا على توازنات السوق والأسعار وبالتالي حماية المواطنين من وضعيات الهيمنة والاحتكار التي قد تظهر في السوق، إلا أن وضعية السوق لا تعكس هذه الأهداف وذلك إلى راجع إلى عدة نقائص تتمثل أهمها في صعوبة تطبيق القانون وصعوبة هذه النصوص من الناحية التقنية.

بالإضافة إلى أن عملية تنظيم المنافسة تفرض تلازما بين الإنتاج والاستهلاك، ومن ثم تأتي فرصة تحقيق التوازن بين جميع الأطراف، وهو ما لا يعكسه الوضع الحالي من حيث ضعف الإنتاج الوطني وعدم قدرته على المنافسة.

ومن ثم نورد الاقتراحات التالية:

ضرورة تمتع مجلس المنافسة بالاستقلال المالي بدلا من إلحاق ميزانيته بوزارة التجارة مما يسمح له باتخاذ القرارات باستقلالية وفعالية و يساهم في عملية ضبط السوق وتنظيمه تفاديا لكل ما من التأثير سلبا على الحياة اليومية للمواطنين.

إنعاش الاقتصاد الوطني بتوقيف سياسة الخصخصة والتصرح ووضع مخطط لدعم الإنعاش الاقتصادي الوطني الذي يوفر الإنتاج وبالتالي يحدث المنافسة والتي تستلزم بعدها الضبط والتأطير.

خلق الانسجام في التطبيق بين قانون المنافسة وقانون الأسعار وقانون ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

المراجع:

المراجع باللغة العربية:

1- المؤلفات:

- لینا حسن ذكي، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

محمد الشريف كتو: قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، منشورات البغدادي، الجزائر، 2010.

2- الأطروحات والمذكرات العلمية:

- بلال سليمة: الأعمال المنافسة للمنافسة على ضوء التشريع والقضاء "دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة البليدة 02، 2016.

جلال مسعد زوجة محتوت: مدى تأثير المنافسة الحرة، بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2012.

- خميلية سمير: عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، مذكرة ماجستير في القانون جامعة تيزي وزو، 2013.

لحراري(شالح) وبزة، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2012.

- أرزقي زوبير: حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، 2011.

3- المقالات:

بن عزة محمد: دراسة في مبادئ حرية المنافسة ضمن قانون المنافسة الجزائري، بمجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 01 لعام 2013.

4- القوانين:

- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر العدد 43.

- الأمر رقم 06-95 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة، ج.ر العدد 9.

المادة 02 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 15 أوت 2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج.ر العدد 46.

- القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 جوان 2004، ج.ر العدد 41.

Les ouvrages en français :

J.AZEMA , droit de la concurrence, ed PUF, Paris, 1981..

JEAN BERNARD BLAISE : droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution : 3eme édition LGDJ PARIS, 2002 .

-J BRUST, concurrence déloyale et parasitisme, ECONOMICA, 1993.

النصوص المنشورة للمؤلفين على ما للمدين لدى الغير

- قراءة تحليلية ونقدية -

- حسب القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائية -

أيمان خليل

دكتوراه في القانون جامعة تيارت

غلاي محمد

أستاذ محاضر جامعة تلمسان

ملخص:

الحجز التحفظي هو وضع أموال المدين المنقولة المادية والعقارية تحت يد القضاء ومنعه من التصرف فيها ، ويقع الحجز على مسؤولية الدائن ، وحجز أموال المدين لدى الغير تحفظيا يتم عن طريق إجراءات استثنائية تميزه عن الحجز الأخرى حيث تتم إجراءاته بين ثلاثة أشخاص هم الدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه وشخص من الغير هو المحجوز لديه وبطبيعة الحال بحضور المحضر القضائي وتحت إشراف القضاء ، ولأن هذا الغير ليس طرفا سلبيا في الحق في الحجز يجب مراعاته ، والغرض من هذا الحجز هو حبس أموال المدين وديونه في يد الغير ومنع المحجوز لديه من تسليمها أو الوفاء بها وبعد ذلك تأتي مرحلة التنفيذ حيث يحق للدائن الحاجز القيام بهذا الإجراء الذي يؤدي لاستيفاء حقه من المال المحجوز عليه .

كلمات مفتاحية: الدائن ، محجوز عليه ، الغير ، مدين ، تحفظي ، القضاء .

summary

Precautionary seizure is placing the debtor's real and movable property under the jurisdiction of the judiciary and preventing it from disposing of it. The seizure is at the responsibility of the creditor, and the reservation of the debtor's money with others is conservative by way of exceptional measures that distinguish it from other seizures where procedures are made between three people who are the barrier creditor and The debtor who is seized and a person from others is the one who is seized with him, of course in the presence of the judicial record and under the supervision of the judiciary, and because this third party is not a negative party to the right to seizure, it must be observed, and the purpose of this seizure is to keep the debtor's money and debts in the hands of others and prevent The detainee has the right to hand it over or fulfill it, and then comes the implementation phase where the detaining creditor has the right to take this procedure that leads to the fulfillment of his right from the money seized on him.

Key words ; Creditor, withheld, third party, debtor, conservative, jurisdiction

مقدمة

الالتزام واجب قانوني خاص يلزم المدين بعمل أو الامتناع عن عمل لمصلحة الدائن الذي له سلطة إجباره على أدائه. و يقسم الفقه القانوني الالتزام المدني إلى عنصرين هما ، عنصر المسؤولية ، و يمثل عنصر الجبر في الالتزام أي إمكانية جبر المدين قانونا على الوفاء بما التزم به ، أما العنصر الثاني فهو عنصر المديونية ، و على هذا الأساس يمكن للدائن إجبار مدينه على الوفاء إذا لم يقم به عن رغبة و اختيار ، و هو ما يسمى بالتنفيذ الجبري.

و سواء كان التنفيذ الجبري لصالح فرد أو دائن واحد أو تنفيذ جماعي لصالح جماعة من الدائنين ، فإن إجراءات التنفيذ الجبري تتخذ تحت اشراف السلطة القضائية لضمان حقوق الدائنين و كذلك الغير باعتبار أن التنفيذ الجبري خصومة تتبع بشأنها إجراءات حددها المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، بحيث حدد وسائل إجبار المدين و قهره لإرغامه على تنفيذ الالتزام كالحجز على ممتلكاته.

و التنفيذ الجبري إما يكون بطريقة مباشرة أو عن طريق الحجز على أموال المدين طبقا للشروط و الإجراءات التي حددها المشرع الجزائري، وقد يضرب هذا الحجز على الأموال الموجودة بحوزة المدين أو على أموال يملكها هذا المدين و لكنها توجد بحوزة شخص آخر من الغير و في هذه الحالة تتبع إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير، فما لمقصود بهذا الحجز و ما هي اجراءاته و آثاره ؟.

هذا ما سيتم توضيحه من خلال دراسة و تحليل المواد القانونية التي نظمت هذا النوع من الحجز من خلال مطلب وحيد ينقسم إلى ثلاثة فروع وفق للخطة التالية:

الفرع الأول : تعريف الحجز التحفظي على ما للمدين لدى الغير و خصائصه

الفرع الثاني: إجراءات الحجز التحفظي على أموال المدين لدى الغير

الفرع الثالث : آثار الحجز التحفظي على أموال المدين لدى الغير

الفرع الأول : تعريف الحجز التحفظي على ما للمدين لدى الغير و خصائصه

و في هذا الفرع سيتم تعريف هذا النوع من الحجز أولا ثم تبيان خصائصه التي تميزه عن أنواع الحجز الأخرى

أولاً: تعريفه : و سيتم تحديد المقصود بكل من الحجز التحفظي و حجز ما للمدين لدى الغير والمقصود بالغير:

أ-تعريف الحجز التحفظي:

نص المشرع الجزائري على الحجز التحفظية في الفصل الثاني من الباب الخامس الخاص بالحجز تحت عنوان الكتاب الثالث في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و هذا في المواد من 646 إلى 666. و عرّف المشرع الجزائري الحجز التحفظي في المادة 646 من نفس القانون على أنه " وضع أموال المدين المنقولة المادية و العقارية تحت يد القضاء و منعه من التصرف فيها ، ويقع الحجز على مسؤولية الدائن".

ومن خلال هذا النص يتبين أن الحجز التحفظي هو وسيلة من وسائل المحافظة على الضمان العام المقرر للدائن على أموال المدين التي تكون جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، يعني وضع هذه الأموال كوديعة أو أمانة بيد القضاء وعلى الدائن تحمل مسؤولية ما يلحق هذه الاجراءات من توابع مادية أو تحمل أي مسؤولية مدنية أو جزائية إذا تبين أن الاجراءات التي قام بها لم تكن قانونية أو مشروعة.

ب-تعريف حجز ما للمدين لدى الغير بصفة عامة:

تناول المشرع الجزائري هذا النوع من الحجز في المادة 667 و 668 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية في الفصل الثالث من الباب الخامس المتعلق بالحجز¹، و هو الحجز الذي يوقعه الدائن على ما يكون لمدينه من حقوق في ذمة الغير أو منقولات في حيازة هذا الغير. أو هو الحجز الذي يوقع تحت يد غير المدين على حق للمدين أو عين منقولة مملوكة للمدين في حيازة الغير، أي الحجز الذي يوقعه الدائن على ما يكون لمدينه من حقوق في ذمة الغير أو منقولات مادية في حيازة هذا الغير من أجل منع الغير من الوفاء للمدين أو تسليمه ما في حيازته من منقولات و ذلك تمهيدا لاقتضاء حق الحاجز من المال المحجوز أو من ثمنه بعد بيعه². فحجز ما للمدين لدى الغير يفترض وجود ثلاثة أشخاص، الأول هو الدائن والثاني مدين الدائن والثالث مدين للمدين بدين أو في حيازته منقولات للمدين، فيقوم الدائن (الحاجز) بتوقيع الحجز على ما يكون للمدين (المحجوز عليه) من حقوق أو منقولات في ذمة مدين المدين (المحجوز لديه) أو في حيازته.

و يشترط في حجز للمدين لدى الغير بالنسبة للمنقول المادي

1-أن يكون المنقول للمدين وقت الحجز

2-وجود هذا المنقول المادي في حيازة الغير

ومن خلال مضمون المادة 667 يمكن للدائن الحاجز اقتضاء حقه من مدينه عن طريق حجز ما لهذا المدين من أموال منقولة مادية أو أسهم أو حصص الأرباح في الشركات أو السندات المالية أو الديون، و لو لم يحل أجل استحقاقها، وذلك بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي توجد فيها الأموال، و يتم الحجز بإعلان المحجوز لديه لنهييه عن الوفاء، أو تسليم المال المنقول لدائنه، ثم بعد ذلك يتم ابلاغ المحجوز لديه بالحجز.

و ما يفهم من خلال هذه المادة أنه لا يمكن توقيع هذا الحجز على العقارات.

ج-المقصود بالغير:

هو ذلك الشخص أو الجهة التي لا تربطها بالمدين رابطة أو علاقة التبعية التي تجعله يخضع و يتبع و يأتمر بأوامره و ينتهي بنواهييه، فلا يكون للمدين سيطرة مباشرة على ما تحت يده، و تطبيقا لذلك فإن الصراف الذي يحتفظ بخزينة رب العمل لا يعتبر غيرا، و البواب بالنسبة لصاحب العمارة، والساعي بالنسبة للموظف الذي يتبعه، والخادم بالنسبة لمخدومه³، لا يجوز للمدين الاستلاء على الأشياء المحجوزة من طرفه إلا بإذنه أو موافقته، و على هذا الأساس فإن الغير هو الذي له السيطرة الفعلية على الشيء التي تحول دون سيطرة المدين عليه.

و قد أغفل المشرع الجزائري مسألة توقيع الحجز على الاموال التي تكون لدى مدين المدين من أموال في ذمة الغير، عكس المشرع الفرنسي و المصري الذي يجيز الحجز في مثل هذه الحالة.

ثانيا: خصائص و مميزات حجز ما للمدين لدى الغير :

1-إن هذا النوع من الحجز تنظمه اجراءات خاصة حرصا على مصلحة الحاجز و رعاية لمصلحة الغير المحجوز لديه، فمصلحة الحاجز تقتضي أن يباشر الحجز في مواجهة الشخص الثالث قبل علم المدين حتى لا يترك له فرصة لاسترداد ماله أو تهريبه و يحول دون تحقيق

غرض الحاجز ، ومصلحة المحجوز لديه تقتضي أن يتم ذلك بإخطار يوجه إليه دون حاجة لانتقال المحضر القضائي لمكان وجود هذه الأموال لدى الغير وذلك مراعاة لسمعته و تجنباً لما قد ينتج من شمول الحجز على منقولات مملوكة له و غير مملوكة للمدين ⁴ .

2- أن هذا النوع من الحجز يجمع من حيث نطاقه ثلاثة أطراف و هم الحاجز الطرف الايجابي الذي بيده السند التنفيذي ⁵ ، ويحوز أمر بالحجز على أموال مدينه الموجودة لدى الغير طبقاً للمادة 668 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، و الطرف الثاني و هو الطرف السلبي في علاقة المديونية و قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، أما الطرف الثالث فهو الغير و يسمى المحجوز لديه الذي له سلطة على الشيء تمنع المحجوز عليه المدين من الاتصال بهذا الشيء إلا عن طريقه كالمستأجر أو المودع لديه كالبنك أو الراهن الحيازي أو المحضر القضائي ⁶ .

3- يتميز هذا الحجز بإجراءات خاصة و معقدة كونه لا يقتصر على وجود علاقة قانونية واحدة بين الدائن و مدينه و لكن توجد بالإضافة إلى ذلك علاقتان أخريان و هي علاقة المدين المحجوز عليه بمدينه و علاقة الدائن الحاجز بمدين مدينه المراد الحجز على الأموال المنقولة التي هي تحت يده ⁷ .

4- أن محل هذا الحجز هو الأموال المنقولة فقط كما سبق تبيانها ، أو مثل حجز الدائن منقولات مدينه الموجودة في اللودائع أو آلات سَلِّمت للشركة مكلفة بنقلها من مكان لآخر أو سيارة اشتراها المدين و لم يتسلمها بعد ⁸ .

5- أنه و بدون الخوض في الجدل الذي حصل حول طبيعة هذا النوع من الحجز فإنه و طبقاً للقانون الجزائري يمكن أن يكون هذا الحجز تحفظياً مت لم يكن لدى الدائن سنداً تنفيذياً و إنما لديه مجرد مسوغات ظاهرة كما نصت عليها المادة 668 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية كالسند العرفي أو فاتورة مقبولة أو أية وثيقة تفيد وجود دلالة المديونية ⁹ ، و قد يكون حجزاً تنفيذياً إذا كان بيد الدائن سنداً تنفيذياً .

6- أن هذا الحجز يتشابه إلى حد بعيد من حيث تنظيمه إلى اجراء الدعوى غير المباشرة أو يجد أساسه في مبدأ الضمان العام طبقاً للمادة 188 من القانون المدني التي تنص على أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه سواء كانت أموالاً مادية أو معنوية ، و أنه لا يمكن الحجز على ديون المدين دون ادخال مدين في اجراءات الحجز .

7- أنه و بخصوص الحجز التحفظي على أموال المدين لدى الغير يتميز عن الحجز التنفيذية بكونه إجراء وقائياً و تحفظياً قبل المدين لحماية الضمان العام ، لا يمكن توقيعه إلا إذا توافرت لدى الدائن الخشية من فقدان الضمان العام أو بنقصانه بالنظر إلى التصرفات المحتملة من المدين إضراراً بالدائن .

كما أنه إجراء مؤقت يرتبط بالضرورة لأنه صورة من صور الحماية الوقائية للحق لمواجهة حالة مستعجلة تتطلب المباغته ، بغرض تجنب تضييع المدين لأمواله ، و حالة الضرورة مسألة موضوعية يقدرها القاضي الناصر في طلب الحجز و من ثم يتعين على الدائن تقديم الأدلة الثبوتية التي تفيد قيام حالة الضرورة لتوقيع الحجز، وأن الحجج متروكة النظر في جدواه للقاضي ¹⁰ .

الفرع الثاني: إجراءات الحجز التحفظي على أموال المدين لدى الغير:

بداية لا بد من الإشارة إلى أن هذا النوع من الحجز لم ينص عليه المشرع في الفصل المخصص للحجوز التحفظية بل أورده في الفصل المتعلق بحجز ما للمدين لدى الغير.

و حجز ما للمدين لدى الغير دون توفر السند التنفيذي هو استثناء من الأصل الذي يقضي بضرورة توفر السند التنفيذي للقيام بإجراءات الحجز و هو من الحالات الأقل إعمالا من حيث الواقع ، و غالبا ما يقع هذا الحجز تحفظيا خشية من قيام المدين بالإضرار بأمواله ثم يقوم الدائن بتثبيت دعوى الحجز التحفظي ليتحول إلى حجز تنفيذي¹¹.

أولا- حيث يقوم الدائن بتوقيع الحجز على ما يكون لمدينه -من حقوق أو منقولات مادية أو أسهم أو حصص أرباح في الشركات أو سندات مالية أو ديون باستثناء العقارات- في ذمة الغير ، و بهذا يشكل حجز ما للمدين لدى الغير وسيلة إضافية بيد الدائن تمكنه من استعادة الدين جبرا من مدينه، وهذا إذا لم يكن للدائن سندا تنفيذيا غير أن لديه مسوغات ظاهرة وواضحة تماما بأنه دان للمدين كل ذلك طبقا للمادة 668 السالفة الذكر.

و طبقا لنص المادة 647 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية يمكن للدائن أو من ينوبه قانونا استصدار أمرا بالحجز التحفظي على أموال المدين ، و تقريبا نفس الأمر بالنسبة لحجز أموال المدين لدى الغير و ذلك بموجب عريضة مسببة و مؤرخة و موقعة متى توافرت له مسوغات تؤكد بما لا يدع أي مجال للشك ثبوت الدين طبقا للمادة 668 من نفس القانون ، خاصة إذا خشي على فقدان الضمان العام ، و يتم الحجز التحفظي بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها الأموال عملا بنص المادة 667 من نفس القانون.

و على الدائن الحاجز احترام مجموعة من الاجراءات التالية لحجز ما للمدين لدى الغير حتى يكون الحجز التحفظي صحيحا و مشروعا و تتمثل فيما يلي:

ثانيا- ضرورة قيام الدائن بتبليغ الغير المحجوز لديه بأمر الحجز تبليغا رسميا و بصفة شخصية إذا كان شخصا طبيعيا أو إلى الممثل القانوني إذا تعلق الأمر بشخص معنوي، بواسطة المحضر القضائي الذي يتعين عليه التنويه بذلك في محضر التبليغ، و هذا تحت طائلة البطلان طبقا لأحكام المادة 669 من نفس القانون ، و على المحضر القضائي أن يقوم على الفور بجرد الأموال المراد حجزها و تعيينها تعيينا دقيقا في محضر الحجز و الجرد ، على أن يقوم بتعيين المحجوز لديه حارسا على هذه الأموال و على ثمارها ، إلا إذا فضل هذا الأخير تسليمها طواعية إلى المحضر القضائي ، بحيث ينوّه هذا الأخير بذلك في محضره . و يجب على المحضر القضائي طبقا للفقرة الأخيرة من نفس المادة أن يعذر المحجوز لديه بالحفاظ على الأموال المحجوزة و عدم التخلي عنها و عدم تسليمها لأي كان سيما المدين إلا بصور أمر مخالف لذلك، و ينوّه بذلك الإعذار في محضر الحجز و الجرد.

و قد أشارت المادة 671 لحالة ما إذا كان للمحجوز لديه فروع كالشخص المعنوي الذي له أكثر من فرع فقرر المشرع في هذا الخصوص أن الحجز لا يمكن أن ينتج آثاره لكل الفروع، انما فقط تجاه الفرع الذي يحدده الحاجز، و الذي يجب على المحكمة المعنية تعيينه في أمر الحجز¹².

ويتم الحجز التحفظي دون اعلان مسبق للمدين المحجوز عليه حتى يتحقق عنصر المفاجأة¹³ ، و أوجب القانون تبليغ المدين المحجوز عليه رسميا بأمر الحجز التحفظي بصفة شخصية أو لأحد أفراد عائلته البالغين المقيمين معه إذا كان شخصا طبيعيا أو إلى ممثله القانوني

أو الاتفاقي إذا كان شخصا معنويا ، في غضون 8 أيام التالية لإجراء الحجز مرفقا بنسخة من أمر الحجز مع التنويه بذلك في محضر التبليغ و إلا كان أمر الحجز باطلا إذا كان طبقا للمادتين 674 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، وإذا كان المدين يقيم في الخارج وجب تبليغه بصفة شخصية أو في موطنه طبقا للإجراءات المقررة في البلد الذي يقيم فيه عملا بأحكام المادة 670 من نفس القانون.

و ما يلاحظ حول نصوص هذه المواد السابقة و مجموعة من المواد التي تتناول مسألة الحجز هو أن المشرع الجزائري لم يستقر على نسق معين بخصوص التمييز بين الحجز و الجرد، فأحيانا تقدّم الحجز و تؤخر الجرد ، و أخرى تعكس الأمور تماما ، و هو ما لا يجب أن يكون ، ذلك أن اجراءات الجرد تسبق اجراءات الحجز و ليس العكس، و كان على المشرع أن يستقر على سديد الرأي بالقول دائما على محضر جرد الأموال ثم حجزها سيما إذا كانت غير معلومة¹⁴.

و ما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يبين الطرف الذي يحق له التمسك بالبطلان ، أما الفقه فيرى أنه يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، فللمحجز عليه أن يتمسك به لأنه هو المقصود بالحجز ، و للمحجز لديه كذلك ان يتمسك بالبطلان لتصحيح ما لحق اجراءات الحجز من عيوب¹⁵.

ثالثا- إنه و طبقا للمادة 662، لا بد على الدائن الحاجز أن يرفع دعوى أمام قاضي الموضوع في أجل لا يتجاوز 15 يوما من تاريخ صدور أمر الحجز، و إلا اعتبر ذلك الحجز و ما تبعه من اجراءات باطلا. و ذلك من أجل تثبيت الحجز التحفظي لمنحه الوصف التنفيذي، و هو الاجراء الذي يلي عملية الحجز مباشرة ، و على هذا الأساس لا يكفي صدور أمر الحجز لكي ينفذ ، بل علاوة على ذلك يجب على الدائن الحاجز أن يقوم بتثبيت الحجز باتباع هذه الاجراءات المنصوص عليها في هذه المادة السابقة ، و يجوز للدائن أيضا إذا كانت دعوى الدين مرفوعة أمام قاضي الموضوع تقديم مذكرة اضافية في ملف الموضوع لتثبيت الحجز أمام نفس قاضي الموضوع ليفصل فيهما معا بحكم واحد طبقا للمادة 668، ولا يعتد بالأجل المنصوص عليه في المادة 662.

ولا شك أن المشرع حسن ما فعل بنصه على وجوب رفع دعوى تثبيت الحجز أمام قاضي الموضوع ، كون دعوى الموضوع قد تعطي أو ينتج و يتمخض عنها حولا قد ينتهي بموجبها النزاع، و إذا فصلت المحكمة في تثبيت الحجز التحفظي قضت بإثبات الدين و صحة الحجز و تثبيته.

و يلاحظ أن المشرع لم يعرف دعوى تثبيت الحجز التحفظي إلا أن الفقه يعرفها على أنها دعوى موضوعية ترفع أمام قاضي الموضوع، للنظر في موضوع الدين و تثبيت الحجز وصحته معا ، سواء كان له سند أو لم يكن له سند مثبتا للدين ، وترفع وفقا للإجراءات العادية أمام المحكمة المختصة و الحكم فيها يفصل النزاع حول أصل الحق¹⁶.

رابعا- أنه متى تم تكليف المحجز لديه بالحضر إلى الجلسة المتعلقة بتثبيت الحجز التحفظي فليس من حقه طلب اخراجه من الخصام ، لأن حضور المحجز لديه مؤسس على وجود الأموال المحجوزة تحت يده ، أما الحكم الذي يصدر في الدعوى فلا يرتّب أي التزام تجاه المحجز لديه إلا فيما يخص تثبيت الحجز و هذا عملا بأحكام المادة 673.

خامسا- أنه يجوز للمحجز عليه أن يقوم برفع الحجز بواسطة دعوى رفع حجز ما للمدين لدى الغير ، و ذلك بنفس الاجراء الذي تم تقريره به، و هو الأمر الاستعجالي، و قد يتم رفعه كليا أو جزئيا و وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادتين 663 و 673 ولكن في الحالات التي حددها القانون على سبيل الحصر و هي:

1- حالة عدم سعي الدائن الحاجز إلى تثمين الحجز في الآجال القانوني.

2- حالة سعي المدين إلى ايداع المبالغ المالية و ما يتبع ذلك من مصاريف بأمانة ضبط المحكمة أو لدى المحضر القضائي.

3- في كل حالة يثبت فيها المستأجر أو المستأجر الفرعي أنه دفع الأجرة المستحقة في حالة حجز المؤجر على منقولات المستأجر.

والهدف من دعوى رفع الحجز هو إظهار مدى جدية الحاجز في اتخاذ الإجراءات الرامية إلى تزويده بسند تنفيذي، و للحصول على أمر استعجالي للتخلص من حجز ما للمدين لدى الغير سواء كان حجزاً تحفظياً أو تنفيذياً و بالتالي استرداده لسلطته كمالك المتمثلة في حرية تصرفه في أمواله¹⁷.

سادساً- انه و بخصوص موجبات المحضر القضائي ازاء الأموال المراد حجزها فإذا تعلق الأمر بسندات تجارية محررة لفائدة الدائن الحاجز فإنه على المحضر القضائي تعيينها في محضر الحجز و ايداعها لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة مع أصل المحضر مقابل وصل يسلم إليه لهذا الغرض طبقاً لنص المادة 664 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية، ويرى البعض أن هذا النص حل في غير موضعه و كان على المشرع أن يدرجه في مواد القسم الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب تحت عنوان (الحجز التحفظي على المنقولات الصناعية و التجارية)¹⁸.

أما إذا وقع الحجز التحفظي على اموال منقولة موجودة تحت يد المدين، يحرر المحضر القضائي محضر الحجز والجرد، و يسلم نسخة منه للمدين، و يعينه حارساً .

و إذا كانت المحجوزات عبارة عن مصوغات و سبائك ذهبية أو فضية أو معادن نفيسة أخرى أو حلي أو أحجار كريمة وجب على المحضر القضائي أن يبين في محضر الحجز نوع المعدن و وزنه الحقيقي و أوصافه و تقدير قيمته بمعرفة خبير يعين لهذا الغرض بموجب أمر على عريضة، أو من طرف خبير آخر يعين من طرف الادارة المكلفة بدمج المعادن الثمينة ، و هذا بحضور المدين أو ممثله القانوني ، و إلا بعد صحة تكليفه بالحضور و في كل الاحوال يرفق تقرير الخبير الخاص بالتقدير و الوزن بمحضر الحجز ، و يجب بعد الوزن و التقييم أن توضع في حرز مختوم و مشمع ، وان يذكر ذلك في محضر الحجز مع وصف الأختام و ايداعها لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة مقابل وصل وهذا عملاً بأحكام المادة 665 من نفس القانون.

و يعاب على هذه المادة كذلك أنه لم ترد في موضعها الحقيقي لأنها تتحدث على الحجز و ليس تثمين الأموال المحجوزة، كما انه لم يبين كيفية تعيين المحجوز لديه كحارس على الأموال المحجوزة ، وماهي طبيعة ذلك الحجز و الآثار المترتبة عليه.

و من جهة أخرى لم تذكر النصوص القانونية الخاصة بهذا النوع من الحجز البيانات التي يجب أن يشملها هذا المحضر كاليانات الخاصة بالمحجوز لديه و سبب الحجز و لم يبين المشرع للمحضر القضائي كيفية تدوين أقوال المحجوز لديه هل يدون ذلك في محضر الحجز و الجرد أم يحرر محضر جديد¹⁹.

سابعاً- أنه و طبقاً للمادة 672 من نفس القانون تعتبر التبليغ الرسمي لأمر الحجز للمحجوز لديه بمثابة انذار له لتقديم تصريح عن الأموال المملوكة للمدين المودعة لديه ، فيجب على المحجوز لديه أن يبين جميع الحجز التي وردت إليه طبقاً للمادة 677/1 من نفس القانون²⁰، كما يجب أن يبين الأموال المنقولة و مقدار الدين الذي في ذمته للمدين، و رصيده و سببه و شروطه و الحوالات التي حصلت

بشأنه، و الحجز الأخرى التي قد تكون موجودة من دائنين آخرين، و يدرج في وثيقة التبليغ و هذا طبق للمادة 677 من نفس القانون، أما إذا قدم المحجز لديه تصريحاً مغايراً لحقيقة أو أخفى وثائق يجب إيداعها لتأكيد ما لديه من أموال جاز الحكم عليه بالمبلغ المحجز من أجله لصالح الدائن الحاجز بدعوى استعجالية مع الزامه بالمصاريف القضائية و امكانية الحكم عليه بالتعويضات المترتبة عن تأخيرته أو تقصيره في تقديم التصريح عملاً بأحكام المادة 679 من نفس القانون.

إضافة لما سبق ذكره يمنع على المحجز لديه الوفاء اصالح المحجز عليه ابتداء من تاريخ توقيع الحجز على ما بين يديه من أموال تعود في الأصل للمحجز عليه طبقاً للمادة 682 من نفس القانون، و بالمقابل يجوز للمحجز لديه تقديم طلب خصم يتضمن ما أنفقته من أموال في سبيل الحفاظ على المال المحجز لديه، ويتم الخصم بموجب أمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة بمكان التنفيذ على أن يكون الأمر مسبباً، ولا يتم تنفيذ أمر الخصم إلا بعد تبليغ المحجز عليه و الحاجز ، ويكون هذا الأمر قابلاً للاعتراض أمام القاضي الاستعجالي الذي أصدره كل ذلك طبقاً للمادة 680 من نفس القانون.

الفرع الثالث : آثار الحجز التحفظي على أموال المدين لدى الغير:

يترتب على الحجز التحفظي على أموال المدين لدى الغير مجموعة من الآثار نوردتها تتمثل فيما يلي:

أولاً- لما كان هذا الحجز ينصب على ما للمحجز عليه تحت يد المحجز لديه فإن آثاره تتصل بكل من المحجز عليه والمحجز لديه لأنه يوجه إليهما معاً، وتبنى هذه الآثار على أساس فكرة واحدة هي أن المال يصبح بمجرد الحجز عليه تحت يد القضاء .

و بإعلان ورقة الحجز إلى المحجز لديه ينقطع التقادم الساري لمصلحة المحجز عليه في مواجهة الدائن الحاجز رغم أن الاعلان يوجه للمحجز لديه و ليس للمحجز عليه لأنه لا يشترط في الاجراء الذي يقطع التقادم أن يوجه للمحجز عليه كذلك ، كما ينقطع التقادم الساري لمصلحة المحجز لديه في مواجهة المحجز عليه، ذلك أن الحاجز حينما يوقع الحجز يستعمل حق المحجز عليه في مطالبة مدين المحجز لديه (مدين المحجز عليه) فضلاً عن أن القول بغير ذلك معناه انعدام جدوى الحجز²¹.

ثانياً- يعتبر المحجز لديه من تاريخ تبليغه بأمر الحجز حارساً على الأموال التي تحت يده و التي هي ملك للمحجز عليه، ويجب عليه المحافظة عليها حتى يتم تقديمها للبيع ، و إذا تصرف في الاموال بتبديدها أو اتلافها اضراراً بالدائن الحاجز اعتبر مرتكباً لجريمة التبديد المنصوص عليها في المادة 364 من قانون العقوبات دون المساس بالمسؤولية المدنية عن الدين و عما لحق الحاجز من اضرار، أما بخصوص ترتيب المسؤولية المهنية على عاتق المحجز لديه طبقاً لنص المادة 672 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية فإنها تثير بعض التساؤلات فماذا لو كان المحجز لديه شخص عاطل عن العمل .

كما يمنع على المحجز لديه من الوفاء من الأموال المحجوزة تحت يده لصالح المحجز عليه ابتداء من تاريخ توقيع الحجز طبقاً للمادة 682 من نفس القانون، واستثناء على ذلك أجاز القانون للمحجز لديه دفع أجره المحجز لديه أو راتب معاشه ، و اجرة عماله.

ثالثاً- أنه و بخصوص الحق في المنازعة في التصريح المقدم من المحجز لديه عما لديه من أموال المدين المحجز عليه يلاحظ أن القانون الجزائي لم يتضمن هذه المسألة و لكن يستشف ضمناً من خلال أحكام المواد 669 وما بعدها و المادة 679 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على إمكانية قيام مثل هذه المنازعة ، فقد ترجع المنازعة إلى عدم ذكر كل ممتلكات المحجز عليه من طرف المحجز لديه أو أوصافها أو أوزانها أو عددها أو قام بإخفاء كل هذه الممتلكات أو بعضها ، أو قام بإخفاء المستندات و الأوراق المتعلقة بها أو قيامه

بتغيير مكان تواجدها ، فلتأسيس دعواه جاز للمدعي فيها أن يلتزم وفقا للقواعد العامة الخاصة بالأوامر على عرائض أن بتقديم بعريضة لرئيس المحكمة المختصة للإذن للمحضر القضائي بالانتقال لإثبات واقعة عدم صحة التصريح المقدم من المحجوز لديه، في أي مرحلة كانت عليها إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير شريطة أن يكون ذلك قبل قيام بيع المنقول الموجود في حيازة الغير أو قبل صدور بالتخصيص²².

رابعاً- إن تحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي طبقا للقانون الإجرائي القديم ، كان مقررا بالمادة 963 الفقرة الأولى منه ، بموجب أمر على ذيل عريضة ، يختص به رئيس المحكمة ، في حين القانون الجديد لم يشير إلى ذلك ، مما يسمح بالقول أن التحول يتم مباشرة ، بمجرد صدور حكم بتثبيته دون حاجة للرجوع إلى رئيس المحكمة المختصة للحصول على أمر بذلك ، ولعل العلة في ذلك هو تكريس الرغبة في الاسراع في الإجراءات ، وعدم عرقلة مسار حصول الدائن على الدين الثابت ، يتضح أن دعوى تثبتت أمر الحجز تحفظيا على المدين لدى الغير ، تتضمن أولاً تثبتت الدين محل الحجز ، ثم القضاء بصحة الحجز ، وبالتبعية تثبيته²².

وبعد تثبتت الحجز التحفظي فإذا لم يكن للحاجز سندا تنفيذيا ، وبعد مرور عشرة أيام من تاريخ تبليغه الرسمي لأمر الحجز للمحجوز عليه دون التزام هذا الأخير بالوفاء بأصل الدين و المصاريف فإن الاموال المحجوزة-إذا تعلق الامر بمنقولات مادية أو سندات مالية او اسهم أو حصص الأرباح المستحقة - تباع وفقا لإجراءات بيع المنقول المنصوص عليها في هذا القانون و هذا عملا بأحكام المادة 681 و 687 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

و عندما يتم الحجز على مبلغ مالي أو دين فإن الحاجز وأطراف الحجز مجتمعين مطالبون بالحضور أمام رئيس المحكمة في أجل أقصاه عشرة أيام من تاريخ التبليغ الرسمي للمحجوز عليه من أجل الفصل في المبلغ المالي المحجوز طبقا للمادة 1/684 من نفس القانون. فإذا كان التصريح الذي ادلى به المحجوز لديه يؤكد تواجد مبلغ الدين لديه أمر رئيس المحكمة بتخصيص المبلغ المطلوب في حدود أصل الدين و المصاريف المترتبة عليه من المبلغ الكلي المصرح به و يأمر برفع الحجز عما بقي من أموال طبقا للمادة 2/684 من نفس القانون. و قد اثارت الفقرة الثالثة من نفس المادة احتمال أن المبلغ المحجوز أقل من مبلغ الدين المطلوب فيجب على المدين المحجوز عليه في هذه الحالة تكملة باقي المبلغ.

و اذا قدم المحجوز لديه تصريحاً سلبياً يؤكد عدم وجود مبلغ مالي للمدين بحوزته فيقوم رئيس المحكمة في هذه الحالة بصرف الدائن الحاجز لما يراه مناسباً عملاً بأحكام الفقرة الرابعة من نفس المادة السالفة الذكر.

و يترتب على عدم التزام المحجوز لديه بالتصريح بما في ذمته بعد تبليغه رسمياً و إلى غاية انعقاد جلسة التخصيص ، فغنه ملزم بدفع المبلغ المطلوب من ماله الخاص وله في هذه الحالة حق الرجوع على المدين بما دفعه طبقا للفقرة الخامسة من نفس المادة.

خاتمة:

يتضح من خلال ما سبق أن حجز أموال المدين لدى الغير تحفظيا يتم عن طريق إجراءات استثنائية تميزه عن الحجز الأخرى كون أن إجراءاته تتم أو تجري بين ثلاثة أشخاص هم الدائن الحاجز و المدين المحجوز عليه و شخص من الغير هو المحجوز لديه و بطبيعة الحال بحضور المحضر القضائي و تحت اشراف القضاء ، و لأن هذا الغير ليس طرفاً سلبياً في الحق في الحجز يجب مراعاته ، والغرض من هذا الحجز هو حبس أموال المدين و ديونه في يد الغير و منع المحجوز لديه من تسليمها أو الوفاء بها و بعد ذلك تأتي مرحلة

التنفيذ حيث يحق للدائن الحاجز القيام بهذا الإجراء الذي يؤدي لاستيفاء حقه من المال المحجوز عليه ، و يحصل هذا الحجز دون إعلان سابق للمدين.

الهوامش :

- 1- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر سنة 1429هـ الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 الجريدة الرسمية العدد 21.
- 2- ينظر كل من د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2000، ص551، د، أحمد أبو الوفا، اجراءات التنفيذ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص481، د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح التنفيذ الجبري، دار الهدى، الجزائر، 2015، ص 165.
- 3- د. صبري السعدي، المرجع السابق، ص166.
- 4- د. بوسري بلقاسم محمد ، طرق التنفيذ من الناحية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014/2015، ص270/271.
- 5- نصت المادة 600 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على أنواع السندات التنفيذية و على العموم تتمثل في سندات وطنية و أخرى أجنبية وتتوحد بين سندات قضائية كالأحكام القضائية و أخرى غير قضائية كالعقود التوثيقية .
- 6- للتفصيل أكثر أنظر د. عمر بن سعيد، طرق التنفيذ وفقا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2019، ص111 و ما بعدها.
- 7- د.أسامة أحمد شوقي المليجي، الاجراءات المدنية للتنفيذ في قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص395.
- 8- د. بربارة عبد الرحمن طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية ، منشورات بغدادي ، الجزائر، 2009 ص 291.
- 9- د. حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية، دار هومة ، الجزائر، ص 265، بعطوش طارق، حجز ما للمدين لدى الغير على ضوء قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2013/2014 ص 24.
- 10- د.فتححي والي التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص 262، د. العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية و التجارية، منشورات الألفية الثالثة، الجزائر، 2008، ص 108 و ما بعدها. د سيد أحمد محمود ، أصول التنفيذ الجبري ، دار الكتب القانونية ، مصر ص 689 و ما بعدها.
- 11- د. محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 170 ، د. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص، 221.
- 12- د. سائح سنقوقة ، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر ، 2011، ص 879، هذا ويشار إلى أن اجراءات التبليغ الرسمي و آجاله نصت عليها المشرع في الفصل الثاني من الباب الحادي عشر من القسم الرابع من الكتاب الأول من نفس القانون في المادة 406 و ما بعدها ون صت المادة 416 على أنه لا يجوز القيام بتبليغ رسمي قبل الساعة الثامنة صباحا و لا بعد الثامنة مساء ولا في أيام العطل ، إلا في حالة الضرورة و بعد إذن من القاضي .
- 13- المرجع السابق، ص، 163.
- 14- د. سائح سنقوقة ، الرج السابق، ص 896.
- 15- د. عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص، 119.
- 16- أنظر كل من د. أحمد خليل، التنفيذ الجبري ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص340، نسيم هوام ، دعوى إبطال اجراءات التنفيذ ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013/2014، ص 67.

17- د. أحمد خليل ، المرجع السابق، ص، 380. عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 127.

18- د. سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص، 872.

19- د. بوضري بلقاسم محمد، المرجع السابق، ص 292/ 293، و يشار إلى أن المادة 691 نصت على البيانات التي يجب أن يتضمنها محضر الحجز والجرد كبيان السند التنفيذي و الأمر الذي تم بموجبه الحجز و مبلغ الدين المحجوز و تعيين الأشياء المحجوزة بالتفصيل...

20- وصف المشرع الوثيقة التي يسلمها المحجوز لديه-الخاضع للقانون الخاص- للمحضر القضائي بالتصريح طبق للمادة 677 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، أما الوثيقة التي يقدمها المحجوز لديه المتمثل في- الدولة أو احدى الجماعات الاقليمية، أو مؤسسة عمومية أو هيئة عمومية وطنية- فأسماء المشرع شهادة تسلم للمحضر القضائي طبقا للمادة 676 من نفس القانون.

21- د. محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 179.

22- د. عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 124/123.

23- بعلوش طارق، المرجع السابق ، ص 80.

البعد الأمني للتراث:

من إدارة اقتصادية ترابية كلاسيكية نحو التفكير والتدبير الاستراتيجي للتراث

محمد أقرين

دكتور في القانون العام/ باحث في القانون الإداري وعلم الإدارة.

جامعة عبد المالك السعدي بطنجة

ملخص:

إن التنظيم الترابي يحتل أهمية حيوية بالنسبة للدولة في بلورة وتوجيه سياسات عمومية مندمجة وتشاركية، تجعل من التراب عنصرا مفتاحا لكل تنمية منشودة وإرساء ثقافة الديمقراطية المحلية. وإيجاد المقاربات والآليات لضبطه وتنميته هو ما حاولت الدولة بلورته من خلال سياسة اللامركزية في أبعادها المتعددة الإدارية والاقتصادية، وفق منظور إصلاحي متدرج ومتجدد في مبادئه قادر على تصريف مختلف المشاكل المطروحة، والتي أبانت على أن المسألة الترابية بالمغرب تشوبها نواقص متعددة، نتاج تراكمات تاريخية وأسباب لها علاقة بالتوجهات السياسية والمعايير البنيوية والتقنية في رسم الخريطة التنموية للبلاد في إطار سياسة إعداد التراب الوطني. الأمر الذي أصبح معه الخيار الاستراتيجي فكرا وتديبرا يشكل أكثر من أي وقت مضى إطارا لتوجيه ومواكبة الديناميات الترابية حاضرا ومستقبلا عبر تقطيع ترابي ناجع وفعال، متوازن ومنتج، وكذا من خلال تمفصل السياسات العمومية وتوطيد دوائم اللامركزية واللامركزية الإدارية خدمة للتنمية المستدامة واستشراف مستقبلها وفق التحولات المجتمعية العامة للبلاد، أخذا بعين الاعتبار المدلول الشائك والمعقد للسياسة الترابية الذي تتداخل فيه متغيرات عدة: سياسية، اقتصادية، اجتماعية، ديمغرافية، مجتمعية وإدارية. دون الإغفال عن دور المحيط الدولي في التأثير والتأثر بالديناميات الترابية المحلية.

* الكلمات المفتاح: التنمية الترابية، الفكر الاستراتيجي، التدبير الاستراتيجي.

Abstract :

La situation générale des risques a beaucoup changé par rapport à ce qu'ils étaient dans les années 1990 . et le développement territorial fait modèle à partir de la constitution d'une entité productive essentiellement ancrée dans un espace géographique . on montre ici les éléments de la genèse du territoire autour d'un système local d'acteurs avant d'aborder la dynamique de la spécification des produits.

Dans « le développement local » nous rappelions que son enjeu consistait à « mettre en évidence une dynamique qui valorise l'efficacité des relations non exclusivement marchandes entre les hommes pour valoriser les richesses dont ils disposent. En première analyse, le développement territorial peut être défini comme tout processus de mobilisation des acteurs qui aboutit à l'élaboration d'une stratégie aux contraintes extérieures, sur la base d'une identification collective à une culture et à un territoire. En bref, le développement territorial ne peut se décréter et reste une construction d'acteurs, même si des politiques publiques appropriées peuvent la stimuler dans la durée.

مقدمة عامة

إذا كانت مرحلة المركزية الإدارية محطة أساسية وضرورية ضمن مسلسل بناء مؤسسات الدولة وتدعيم أسس تنميتها الاقتصادية والاجتماعية، فإن الخيار الديمقراطي القائم على سياسة اللامركزية جعل من الجماعات الترابية الشريك الأمثل والفاعل الرئيسي في تحقيق التنمية وصنع القرار الترابي. وهي المكانة التي ساهمت فيها بالدرجة الأولى التحولات التي شملت كنه وجوهر مفهوم الدولة وما تبعها من تداعيات حتمت عليها التخلي عن بعض وظائفها التقليدية، في مقابل وظائف ومهام جديدة أضحت مطالبة بممارستها علاقة بإشكالات بتدبير الشأن العام المرتبطة بتزايد حاجيات، متطلبات وانتظارات السكان، وارتفاع وثيرة النمو الديمغرافي والتوسع العمراني غير المتحكم فيه في الكثير من الأوقات وداخل مجالات ترابية متعددة وواسعة. وهو الوضع الذي أفرز لنا واقعا محاصرا بمجموعة من الظواهر السلبية والأعطاب التنموية وفشل في السياسات العمومية من قبيل: البطالة، السكن العشوائي، ضعف البنيات التحتية وارتفاع معدلات الفقر والهشاشة والإقصاء. وهي أعطاب عمقت من الاختلالات المجالية وكرست سمة تنافرها وافتقادها لمقومات العيش الكريم. حيث أصبحت مسألة معالجتها والحد من تداعياتها السلبية رهينة بتدخلات مباشرة وميدانية من قبل الفاعل العمومي الترابي المؤهل والقادر على التشخيص الموضوعي للاحتياجات الحقيقية والتنموية للسكان ولل مجال الترابي والعمل على تحديد الأولويات وترتيبها. ومن ثمة الاشتغال على إعداد برنامج عمل تنموي وفق مخططات استراتيجية للتراب، كفيلة بمعالجة هاته الاختلالات والحد من تداعياتها والارتقاء بإطار عيش المواطنين والسكان عموما، خدمة وتجسيدها لسياسة القرب وتقريب الخدمات من الساكنة المحلية. فالمسؤولية اليوم ملقاة على عاتق الفاعل الترابي ولاسيما الجماعات الترابية من أجل الابتكار والإبداع في طرح بدائل ومبادرات قادرة على خلق وإيجاد أجوبة مناسبة وكافية وملائمة للمشاكل المطروحة وفق مقاربة ترابية تشاركية وبمستوى عال من الالتقائية ترتكز في عمقها على عنصر الخصوصية الترابية وإمكاناته الاقتصادية في إطار سياسة تضمن حدا معقولا على مستوى تنسيق جهود كل الفاعلين المتدخلين وتبني مبادئ الحكامة الرشيدة. فاعتبارا لدور التخطيط في استشراف المستقبل وفي ترجمة رؤى الفاعل الترابي بشكل ملموس وفق تصور مندمج لخصوصيات المجال الترابي، وجب العمل على تكييف الامكانيات حسب الوسائل المتاحة والممكنة هدفا في تهيئ الأرضية المناسبة لأجراً وتنزيل السياسات العمومية على المستوى الترابي.

فإذا كان التنظيم الترابي يحتل أهمية حيوية بالنسبة للدولة في بلورة وتوجيه سياسات عمومية مندمجة وتشاركية، تجعل من التراب عنصرا مفتاحا لكل تنمية ترابية، وإرساء ثقافة الديمقراطية المحلية. فإن مسألة إيجاد المقاربات والآليات لضبطه وتنميته، هو ما حاولت الدولة بلورته من خلال سياسة اللامركزية. التي عرفت مسارا إصلاحيا بلور رؤية وفلسفة الدولة في دعم هذا الخيار، ومنحه اتجاهات جديدة بأهداف ومبادئ متجددة، تتسجم مع الواقع الداخلي والخارجي، والذي أضحى في أمس الحاجة إلى وحدات ترابية لا مركزية، قادرة على تصريف مختلف المشاكل المتراكمة ومحاولة التغلب عليها.

وعلاوة على المعوقات السياسية، الإدارية، القانونية، المالية، البشرية والتدبيرية، والتي تشكل صعوبات وعراقيل أمام الإدارة الاقتصادية الجماعية، وتقلص من فعاليتها وأدائها ومساهمتها في مجهود التنمية. فإن التدخلات الاقتصادية للجماعات بنوعها المباشرة وغير المباشرة أيضا، تواجه معوقات تكتسي طابعا خاصا وتطرح نفسها بإلحاح على المجالس المحلية والسلطات العمومية. فالأزمة الاقتصادية

التي يعرفها المستوى المحلي، فرضت تنظيم مبادرات مستقبلية متطورة، فكان أن برزت مفاهيم من قبيل التخطيط، والتهيئة الترابية كسياسات لا مناص منها للوصول إلى التنمية الاقتصادية.¹⁸⁸

وهو الأمر المهرمون بتجاوز الممارسات الكلاسيكية التي ترى أن التنمية الاقتصادية ومعها سياسة التخطيط الاقتصادي، والتهيئة الترابية من صلاحيات السلطات المركزية، وأن للجماعات على المستوى المحلي فقط أدوار ثانوية. هذا فضلا عن ضرورة تجاوز المعالجة المتشابهة والنمطية للمجالات المحلية، حيث أن السياسات الاقتصادية المطبقة على الصعيد المحلي ناذرا ما تأخذ بعين الاعتبار تنوع الحاجيات والمتطلبات والمشاكل المحلية، في ظل واقع مطالب أكثر من أي وقت مضى بضرورة الاشتغال على أساس تسطير الاختيارات الاستراتيجية للتراب في إطار نسق يتوافق وحاجيات الساكنة المحلية وتحقيق التنمية المستدامة في أبعادها المختلفة، وبما من شأنه أن يخدم قضية الرقي بالمجال الترابي لرفع التحديات المطروحة وأن يصبح فضاء مجسدا للتفكير الجماعي في تصريف اشكالات قضايا الشأن العام بحس يغلب عليه طابع الابداع والابتكار. وهي كلها تحديات ليس من السهل النبل منها إلا وفق تبني منهجية عمل وطريقة اشتغال علمية، منطقية ورصينة تعتمد على تشخيص دقيق للإكراهات التي تحول دون المساهمة في صناعة مستقبل تنموي للتراب. والتي من بينها نجد: غياب ثقافة التخطيط الاستراتيجي لدى الفاعل الترابي، علاوة على ضعف الموارد البشرية الترابية المؤهلة والكفاءة لرسم سياسات ترابية مندمجة ومواكبة للتوجهات العامة للدولة...

فبناء الدولة تأسيسا وتكوين لا يمكن أن يكتمل إلا بوجود إدارة حديثة باعتبارها القاعدة الأساسية والمحدد الرئيسي لتحقيق التنمية الشاملة، حيث تعد الإدارة الجماعية أحد الدعامات الأساسية للدولة الحديثة، إذ تشكل مظهرها من مظاهر السيادة وآلية لتنزيل السياسات العمومية والبرامج الحكومية، كما أنها أداة لتأمين سير المرافق العمومية.² فالإدارة الجماعية بعبارة أخرى، ولا سيما في وقتنا الحاضر تشكل تجسيدا لأهم الآليات الناجعة في التعاطي مع التدبير الترابي وسؤال التنمية في أبعاده المختلفة والشاملة. وعليه، فالرهان على التدبير الترابي الجماعي في بعده الأمني العام الذي يستحضر بشكل مباشر وغير مباشر مقومات التنمية إلى جانب باقي المساهمين من دولة، قطاع خاص ومختلف المتدخلين في عملية تنمية وتدبير التراب، الذي لا يستقيم إلا بالرهان على التحديث كمفهوم شامل، نظرا للمتغيرات الجوهرية للبيئة العامة ولمختلف مكوناتها القانونية، الاقتصادية والاجتماعية... والتي ألزمت الفضاءات الترابية بضرورة تغيير نمط الاشتغال وتبني مقاربات حديثة لا مناص من خلالها الاستئناس بالمقاربة الاستراتيجية في بنائها لمشروعها التنموي، ناعية بذلك الأساليب الكلاسيكية للتسيير الإداري الجامدة والأكثر بيروقراطية، والتي لم تعد تسير وتتكيف والمتطلبات الجديدة للعصر الحالي. فالإدارة بالنهاية مجموعة من التدخلات الإنسانية والقانونية والتقنية وغيرها، والتي تؤثر وتتأثر ببنية محيطها الترابي المحلي، الوطني بل وحتى الدولي. وبناء على ما تقدم سوف نعالج مسألة التنمية الاقتصادية علاقة بإشكالية العقلية فكرا وممارسة، عبر تبني أليتي التخطيط الترابي والفكر والتدبير الاستراتيجيين، وذلك وفق المنهجية التالية :

• **المبحث الأول: التنمية الاقتصادية وضرورة التخطيط اللامركزي.**

• **المبحث الثاني: التفكير/ التدبير الاستراتيجي للتراب.**

المبحث الأول: التنمية الاقتصادية تتطلب تخطيط لامركزي

¹⁸⁸ A. RAOUNAK : "L'articulation entre l'aménagement du territoire et la planification économique", in "Aménagement du territoire et développement durable", REMALD, série Thèmes actuels, n°38-39, Mai-Août 2001, p :107.

إن للتغيرات المتواترة على المستويين الدولي والمحلي أهمية كبرى في تشعب مدخلات التنمية ومخرجاتها. ومعها إذا كانت ظاهرة العولة وتبعاتها المرئية والخفية تبدو شديدة التأثير وذات جاذبية قوية في مجمل الاختصاصات المهمة بمسألة التنمية، فبالقابل تتجلى إشكالية المحلي أكثر رهانا وتحديا من أي وقت مضى سيما في حقل علم الاجتماع القانوني.

وأمام الفلسفة الجديدة التي تقتضي ضرورة أن تتكلف الجماعات الترابية إلى جانب القطاع الخاص بالدور المتخلى عنه من طرف الدولة، - أقل ما يمكن من الدولة- وذلك في إطار إعادة هيكلة الاقتصاد ليتكيف مع المعطيات التي تعتمد عليها الليبرالية ويتجاوز بذلك الأزمة الممتدة عبر الاقتصادات العالمية بحيث لم يعد مجال الاقتصاد المحلي حكرا على الدولة والقطاع الخاص، بل أضحت الجماعات كطرف مساهم وشريك أساسي في هذا الميدان حينما حملها ظهير الميثاق الجماعي ل 30 شتنبر 1976 مسؤولية التنمية الاقتصادية والاجتماعية المحلية. وإذا كانت بداية الممارسة الجماعية في هذا الشأن محدودة وضيقة لأن هذا العمل جد معقد ويتطلب من جهة التمرس في هذا الميدان والتوفر على عقلية متفتحة لدى صانعي القرار الترابي التنموي من جهة ثانية. فإن التطبيق المركزي للتخطيط الاقتصادي سواء على مستوى المنهجية أو على المستوى المؤسسي أكد وأثبت انعدام الفعالية التامة، بل أكثر من ذلك سبب أضرار. فعدم تواجد تفاعل حقيقي بين التخطيط الوطني، والخاصية الجهوية أو المحلية، يؤكد من جديد هذا الفشل، وإن كانت مسألة مشاركة وحدات اللامركزية في تحديد السياسة الوطنية تشكل دائما مصدر قلق كبير للسلطات العمومية،¹⁸⁹ فالمطلوب اليوم تبني واعتماد مقاربة جديدة تخصص الأولوية للتخطيط اللامركزي. فالممارسة الديمقراطية على الصعيد المحلي ليست فقط مسألة نصوص قانونية مهما كانت لهذه النصوص من فوائد وإيجابيات وليست هي كذلك مجرد النوايا الحسنة والإرادة القوية للعمل الجماعي، بل إن الممارسة الديمقراطية هي أولا وقبل كل شيء التدبير المباشر للشأن الجماعي بواسطة السكان والاختيار الحر لممثليهم والاستعداد التام لهؤلاء لحل مشاكلهم والالتفاف لمصالحهم اليومية وقضاياهم التنموية، وفق مقاربة تشاركية تشعرهم بأنهم يساهمون في الإدارة والتدبير الذاتي للشأن الجماعي.

وعليه، فإن جوهر تواجد الجماعات الترابية يتجسد في كونها تنبثق من السكان لخدمة مصالحهم وإدارة شأنهم المحلي في خصوصياته المتنوعة وامتداداته الثقافية التي توطر مجال معين علاقة بالروابط السكانية لتراب معين. لذا فإن أصحاب القرار حول مصير الجماعة هم بالدرجة الأولى الساكنة التي يرجع إليها الفضل في اختيار الشخص الذي يتوفر على المؤهلات اللازمة والكفاءات المطلوبة لتمثيلهم على مستوى الجماعة بما يخدم مصالحهم ويلبي انتظاراتهم التنموية المشروعة سيما على المستويين الاقتصادي والاجتماعي.

المطلب الأول: ضرورة تخطيط اقتصادي لامركزي

إن التخطيط الاقتصادي هو سمة من سمات العصر، وهو أحد السبل المؤدية إلى التقدم، وقد اتبعت معظم البلدان النامية أسلوب التخطيط كوسيلة ناجحة لتنظيم عمليات التنمية وترشيدها سعيًا لتحقيق تنمية شاملة في اعتقاد الكثير من الناس، أنه مع اضمحلال النظام الاشتراكي سوف لا يبقى مكان للتخطيط الاقتصادي، لأن السوق هو الذي سيحل محله و يصبح هو الحاكم، وهذا في الحقيقة خطأ و ليس و عدم المعرفة و الدراية الكاملة بعلم التخطيط، لأنه ببساطة أي نشاط اقتصادي مهما كان نوعه (

¹⁸⁹ B. JOBERT : "Un monopole d'Etat : La prévision économique et sociale en France", RFAP, n°9, Janvier-Mars 1979, p : 124.

مالي، نقدي، تسويقي... إلخ)، إلا ويعتمد على التخطيط. ولقد اتسم تطور التخطيط بالمغرب بتعاقب فترات التقدم والتوقف في نمط التدبير الإداري للتنمية. وهو ما أثر إيجاباً وسلباً في قدرات ومقومات المقاربة المعتمدة على مستوى الأداء والاشتغال في هذا المجال من حيث مبدأي الترشيح، الفعالية والنجاعة. وعليه، فقد أسفرت تلك التقلبات عن فترات تم خلالها تبني المخططات التنموية، وفترات أخرى تم التخلي عنها عملياً قبل حلول نهايتها، كما شهدت بعض المراحل غياب تام للمخططات، وذلك لإكراهات متعددة مالية، بشرية وبنوية.

إن الأخذ في الاعتبار للحقائق المحلية، من خلال تمكين الجماعات الترابية وتحملها المسؤولية هو الهدف الذي لم يتم التوصل إليه ضمن المخططات الاقتصادية. إذ ليس هناك أدنى شك أنه وعلى منوال النظام الإداري المغربي، التخطيط طبق منذ الاستقلال وفق مقاربة مركزية محضة. إذ أن مسلسل إعداد المخطط الوطني لا تحال بصدد إلى الجماعات الترابية سلطات فعلية وحقيقية. فمسألة تهميش *la marginalisation* السلطات اللامركزية في إعداد مخطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية، يمكن البرهنة عليه بسهولة. ففي الواقع، وخلال ثلاث مراحل كبرى لمفهوم المخطط، بدءاً بإعداد مشروع المخطط من طرف المصلحة المكلفة بالتخطيط، ثم دراسته من طرف المجلس الأعلى للإنعاش الوطني والتخطيط، وانتهاءً بفحصه ودراسته من قبل البرلمان، فإن الجماعات الترابية لا تشارك وفي أحسن الأحوال إلا جزئياً في اعتماد المخطط الاقتصادي.

وفي هذا السياق، يرى أحد المهتمين،¹⁹⁰ أن فكرة التخطيط اللامركزي يمكن أن تبدو مستحيلة لسبب من بين الأسباب، والمتمثل في غياب التخطيط على المستوى المحلي للدولة نفسها.

إلا أن التحولات التي يشهدها المجتمع المغربي على مختلف الأصعدة بفعل التأثيرات المباشرة وغير المباشرة الناتجة عن العولمة الاقتصادية، تحتم علينا أكثر من أي وقت مضى كفاعلين اقتصاديين واجتماعيين وسياسيين، أن نغير اهتماماً بالغاً للتخطيط الاستراتيجي ثقافة وممارسة إذا أردنا مواكبة الحداثة ومسايرة التطورات التي يعرفها العصر الحديث.

وهذا في تصحيح هذه الوضعية، فخير لامركزية التخطيط تم الدفاع عنه بشكل منهجي من طرف العديد من رجال القانون ورجال السياسة وكذا خبراء في الاقتصاد،¹⁹¹ فبالنسبة لهم يشكل التخطيط اللامركزي البديل الأفضل، وتطبيقه يشكل ضمان نجاح مؤكد. لذلك فمن الضروري بالنسبة للمغرب، انخراط الفاعلين اللامركزيين في السلطة الاقتصادية سواء بشكل جماعي أو فردي. وفي هذا الصدد، المدينة كملتقى التدخلات لعدة جماعات يجب أن يكون معترفاً بها قانوناً لكي تساهم وتشارك في التخطيط الاقتصادي.¹⁹² فالتخطيط الاستراتيجي هو مقارنة تدعو إلى التفكير العميق في المستقبل بما من شأنه أن يكشف حاجيات السكان الآتية والمستقبلية. كما يعد إمكانية للتنبؤ بالمتغيرات التي يمكن أن تحدث في ظل مقارنة تركز حسن التواصل بين مختلف الشركاء والفاعلين.

¹⁹⁰ J.M. PONTIER : "Contractualisation et planification", RDP, n°3, Mai-Juin 1993, p : 662.

¹⁹¹ C. BETTELHEIM: Problèmes théoriques et pratiques de la planification, PUF, 3^{ème} édition, paris, 1966, p: 22

¹⁹² A. LEFEBVRE et J.C. NEMERY : "Planification et aménagement des communes, des départements et des régions", Berger-Levrault, Paris, 1985, p : 36.

وحاليا، تجدر الإشارة إلى أن خطاب "أقل ما يمكن من الدولة"، يدعو إلى دور هام بالنسبة للجماعات، بما فيه دورها في التخطيط الاقتصادي. كما أن مسلسل اللامركزية الذي تعزز خلال 2002 وكذا التعديل الذي عرفه خلال 2009 فيما يخص الجماعات الحضرية والقروية، كرس ظروف ملائمة ومواتية لاسترجاع التخطيط الاقتصادي وإنجاحه.¹⁹³ كما أن مغرب ما بعد الإصلاح الدستوري لسنة 2011، ومغرب القوانين التنظيمية للجماعات الترابية لسنة 2015، والتي أضحت معه الجماعات الترابية إحدى المحددات الرئيسية للتدخلات العمومية في مختلف مظاهر الحياة العامة للدولة. وهي الأهمية التي لم تأتي بمحض الصدفة، بل جراء تطورات وطنية ودولية أملت لها ظروف معينة ومعطيات خاصة أفرزت تحولات جوهرية على مستوى تدخلات الفاعلين العموميين الترابين على مستوى التنظيم الترابي عموما، علاقة بتدبير الشأن العام ومساهمة في إيجاد الأجوبة المنتظرة للقضايا الكبرى للبلاد. الأمر الذي أصبح معه مسألة الإلمام ومعرفة نقاط القوة والضعف والفرص والمخاطر داخل الخصوصية الترابية أمرا ضروريا يتعين أن يسبق مرحلة إعداد وتهيئ البرامج التنموية الجهوية والإقليمية وبرامج العمل الجماعية، وفق مقارنة تشاركية تشكل فرصة حقيقية وثمانية لتبادل الخلاصات وتحسيس الفاعلين المحليين بالتحديات الكبرى الواجب رفعها من أجل تحقيق الأهداف المشتركة وتنزيل الرؤى المستقبلية والتوجهات المستقبلية للمجالات الترابية في أبعادها الثلاثية الجهوية، الإقليمية والجماعية.

المطلب الثاني: أهداف التخطيط الاقتصادي اللامركزي

لقد أبان المغرب منذ الاستقلال عن انشغال كبير في تحديد مساره الاقتصادي، الاجتماعي والتنموي متبنيا سياسة التخطيط كآلية لهذا النهج والمسار. إلا أن هاته السياسة اتسمت بعدم الوضوح التام في الأهداف المسطرة وغياب وسائل تتبع وتقييم الإنجازات والتي ظلت وفق هذه المقترحات بعيدة كل البعد عن المنحى الجديد للتنمية الذي يقتضي ضرورة التحول والانتقال بمفهوم التنمية من المستوى التنظيري وتبني نماذج تعميمية، إلى مستوى أعمق قوامه الممارسة والفعل اليومي القائم على التتبع الميداني لأسس التنمية والتشاور بشأنها وفق مقارنة مندمجة وتشاركية تحمل بين طياتها بذور سياسة القرب وميكانيزمات ذات صلة وثيقة بالتراب المحلي، وبما من شأنه أن يكرس إحلال اللامركزية بكل مقوماتها محل المركزية في التخطيط ومركزية اتخاذ القرار والتقرير. سيما وأننا ندرك على أن مجمل الاختلالات والفوارق المجالية التي يعاني منها التراب الوطني هي في نسبة كبيرة منها نتيجة تراكمات تاريخية لتدبير سيء مشوب بالعديد من النواقص التي أفرزتها سياسة التبرني الصارم للمقاربة القطاعية في التعاطي مع التنمية، بعيدا عن البعد الشمولي والتشاركي في تنمية التراب، باعتباره الإطار المحتضن لمختلف الفاعلين والمتدخلين وكذلك على أساس أنه إطارا مرجعيا جامعا تنصهر فيه مختلف المبادرات التنموية سواء في شفهها الحكومي والمركزي وكذا الفاعل الترابي من جماعات ترابية، وقطاع خاص ومجتمع مدني ...

إن التخطيط اللامركزي متنفس للتراب المحلي، ويعترف للجماعات بقدرة كبيرة على تعزيز دينامييتها الاقتصادية. كما يوفر لها الفرصة لولادة مشاريع حقيقية للقرب تهدف تحسين مستوى معيشة الساكنة المحلية. فالمستوى المحلي لم يعد ينبغي أن يلعب الدور الإعلامي فقط، بل على العكس من ذلك، وظيفته يجب أن تكون أكثر نشاطا، وتمس عن قرب الخيارات الحقيقية للنمو الاقتصادي.

¹⁹³ A. EL AKKAOUI : "La planification du développement, éléments de réflexion sur la dimension régionale", Revue de l'Institut nationale de statistique et d'économie appliquée, INSEA, Rabat, n°16-17, 1997, p : 36.

في فرنسا، أبرزت المندوبية العامة للتخطيط، الطبيعة الإيجابية للتخطيط اللامركزي الذي يسمح بتعديل وتأصيل التوجهات الوطنية والجهوية وتنفيذها. وي طرح ضرورة إشراك الجماعات الترابية في التخطيط، إذ بالفعل أن خاصية التماسك في مسألة ما، من المحتمل ألا تحدث إلا من خلال توسيع نطاق المتدخلين على المستوى المحلي، عبر الحاجة إلى توفير هامش الحركة وبشكل مهم للجماعات¹⁹⁴.

فالتخطيط الاقتصادي، كدراسة مستقبلية يفرض في الغالب وبشكل مسبق مجهود ضخم في التحليل والتفكير المرجعي¹⁹⁵. هذا النوع الأخير من التحليل، غير قابل للإنجاز إلا مع فاعلين متعددين قريبين من الحقيقة والتجربة المباشرة والتقدم المتاح في إطار سياسة التخطيط. فالإشكالات والتحديات عموماً، تتميز بكون المتغيرات التي تؤثر فيها تكون كثيرة، متنوعة ومتداخلة، ويخرج بعضها عن نطاق سيطرة المخطط، الأمر الذي يفرض على هذا الأخير ضرورة الاستفادة القصوى من المعلومات المتاحة لديه لتعظيم قدرته المحدودة على التأثير في مسار هذه المتغيرات بشكل مباشر أو غير مباشر. سيما وأن قدرة المخطط على المواجهة تتوقف على نسبة وأهمية المتغيرات الخاصة من جملة المتغيرات ذات التأثير على المشكلة/ التحدي المطلوب رفعه ومعالجته. وبالتالي فقدرة المخطط على التصدي تختلف وتباين تبعاً لنوع التخطيط في ظل الظروف المختلفة والمتنوعة ما بين تخطيط في ظل ظروف التأكد، والتخطيط في ظل ظروف المخاطرة *Risk Conditions*، حيث تتسم المشكلة بكونها متعددة الأوضاع علاقة بالبدائل المتاحة دون التأكد من قطعية حدوث أي منها.

وهكذا، وخلافاً للدولة، فالجماعات عبر قريها قادرة على لم وجمع *rallier* القطاع الخاص لتنفيذ وتطبيق مخططات التنمية، بفضل المشاركة وإعداد وتحضير استراتيجيات التنمية الاقتصادية والتشغيل، فالجماعات تحسن مهاراتها واختصاصاتها لمعالجة مشاكل التنمية الاقتصادية¹⁹⁶. فالميزة الدالة، أو الدافع للتخطيط بالمغرب يتطلب مثل هذا التعاون في أمل انتظار تحقيق الأهداف المرسومة وضمان النتائج المبتغاة ومعها فعالية ونجاح مثل هذه السياسة.

ومن الناحية العملية، فإن حالة الغموض التي تميز التخطيط الاقتصادي بالمغرب، لا تعزز فقط المركزية الاقتصادية، بل إن عدم وجود آليات قانونية للتنسيق بين التخطيط الوطني واللامركزي يقلل من السلطات الاقتصادية للجماعات. وهي الحالة التي تفسر في جزء هام منها فشل سياسة التخطيط المطبقة في المغرب، ومن نتائجها الطبيعية ضياع الوقت وهدر الموارد. ومن خلال استقراء واقع التخطيط في كثير من المجالات والميادين الإدارية، فإنه يمكن أن نقول أن التخطيط الاستراتيجي لا يؤكد النجاح بيد أن غيابه يؤكد الفشل.

المبحث الثاني: التفكير/ التدبير الاستراتيجي للتراب

بحكم محدودية المنظور الإصلاحي التقليدي، الذي لا يسمح بإحداث التغييرات العميقة المطلوبة على مستوى العقلية، الهياكل والسياسات المتبعة. فالكثير من الناس وفي العديد من الوضعيات والمواقف، يميلون إلى الاعتماد على التلقائية والعفوية ويتبنون سياسات رد الفعل في مواجهة الحدث وليس قيادة الحدث قبل وأثناء وقوعه. وأمام افتقار هذا المنظور الكلاسيكي فكراً وممارسة إلى النظرة العلمية التحديثية، وعدم مواكبته للعصر في ميدان تدبير الشأن العام المحلي، الذي أضحي يتطلب منظومات متكاملة ومتناسقة تشكل أكثر فأكثر

¹⁹⁴ Tarik ZAIR: la gestion décentralisée du développement économique au maroc. Thèse doctorat en droit public, Toulouse, France, 2002.

¹⁹⁵ M. GODET: "Prospective et planification stratégique", Economica, Paris, 1985, p: 95.

¹⁹⁶ S. HINTI : "Les dynamiques économiques des collectivités locales", Tafoukte, 1998, p : 126.

مرجعية في أساليب الإدارة الحديثة. في خضم كل هاته التحولات، برز مفهوم التدبير الاستراتيجي للتراب، *"le management territorial"*، وأصبح فرعاً من فروع علم الإدارة الحديثة يهتم أساساً بالبعد الترابي في مجال التدبير العمومي.

وبالإمكان تحديد ومقاربة الرؤية الاستراتيجية -على مستوى التدبير العمومي- انطلاقاً من المحددات والعناصر والمقومات الكبرى للتدبير والتدبير الجيد، وهي المقاربة التي تستلزم استحضار واعتماد عناصر التخطيط الجيد، والتنظيم الفعال، وكذا التوفر على قيادة واقعية تتمتع بعد النظر في اتخاذ القرارات، والعمل على تحفيز العاملين، وتبني مبدأ الفعالية والجودة في تنفيذ المشاريع وفق إطار يخضع للرقابة،¹⁹⁷ في إطار الإشراف والتتبع. ويشكل الانتقال من مرحلة التفكير الاستراتيجي إلى مرحلة التفعيل رهاناً أساسياً، يتطلب إصلاحات عديدة: مؤسساتية، جبائية، مالية وعقارية...

كفيلة بالاستجابة للسؤالات المتعددة التي يطرحها الوضع الجديد. كما أن مسألة التقييم أصبحت ممراً ضرورياً للوصول إلى أحسن النتائج وبذات الإمكانيات. وقد أثبتت التجارب نجاعة وفعالية مسألة التقييم في ظل ضعف بنيات التدبير أو تداخل الصلاحيات، مما يجعل من منهجية التقييم تقنية ضرورية لإعادة التوجيه والاختيار في الوقت المناسب واجتناب الفشل في تحقيق الأهداف. حيث أن التفكير الاستراتيجي *Strategic Thinking*، يشير توافر قدرات ومهارات أساسية لقيام الشخص بتصرفات استراتيجية مختلفة، والقيام بإجراء التنبؤات المستقبلية الدقيقة قصد صياغة استراتيجيات وصنع قرارات ذات قدرة عالية على التكيف مع ظروف تطبيقها والقدرة على ربح وكسب معظم المواقف المنافسة. إذ من بين أهم خصائص التفكير الاستراتيجي المتميز أنه تفكير مستقبلي، واقعي، تفكير ابتكاري وإبداعي، طموح، مبني على الحقائق ومرن.

كما أن ما يميز الفرد ذو التفكير الاستراتيجي نجد: القدرة على بناء الغايات، القدرة على اتخاذ القرارات الاستراتيجية، مهارة تحليل البيانات وتفسير المعطيات ومواكبة العملية التي يعرفها ويشهدها الفكر الإداري.

وإذا كانت التنمية الترابية مفهوماً متقدماً لتفعيل الجهوية، مواكبة وتزامناً مع تطور علاقة الدولة بمجالاتها الترابية مع ما يرافق ذلك من تحديات، فإنها تصطدم بمجالات أكثر تعقيداً (المجال الترابي ومستويات التدخل: الوطني، الجهوي والمحلي)، يتداخل فيها الاعتبار المفاهيمي والمنهجي (مفهوم التنمية المحلية وتحديد مقاربة التدخل)، والإطار المؤسسي (سياسة اللاتمركز واللامركزية، والجهوية)، والفاعل التنموي والفرقاء التدخليين (الدولة، الجماعات الترابية، الخواص، ومكونات المجتمع المدني)، مما يتطلب البحث عن تصورات وآليات تدبير جديدة.

المطلب الأول: الإدارة/ التدبير الاستراتيجي للتراب: المفهوم والغايات

الإدارة الاستراتيجية هي تصور الرؤية المستقبلية للتنظيم الإداري، ورسم رسالته وتحديد غاياته على المدى البعيد وتحديد أبعاد العلاقات المتوقعة بينها وبين البيئة العامة بما من شأنه أن يساهم في بيان الفرص والمخاطر المحيطة بها، ونقاط القوة والضعف المميزة لها، وذلك بهدف اتخاذ القرارات الاستراتيجية المؤثرة على المدى البعيد ومراجعتها وتقويمها. وتهدف الإدارة الاستراتيجية إلى تزويد المنظمة

¹⁹⁷ سعيد جفري: "الحكامة وأخواتها: مقاربة في المفهوم ورهان الطموح المغربي"، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الطبعة الأولى، 2010، ص: 62.

بالتوجه العام الذي يحدد حركتها، هو توجه لا يمكن عزله عن الموارد المتاحة للمنظمة والظروف التي تعمل فيها وجملة الأهداف العليا التي تسعى لتحقيقها. فالإدارة الاستراتيجية أداة من أدوات إدارة التغيير.

التدبير الاستراتيجي للتراب، مفهوم حديث نسبياً، كما أنه لا يزال غير واضح للكثيرين،¹⁹⁸ وهو ما يتطلب الرجوع إلى أصل المفهوم، ومقارنته بالمفاهيم الأخرى من قبيل: التهيئة الترابية. *L'aménagement territorial* حيث أن أهداف التهيئة الترابية توضح اختلافات جوهرية مع مبادئ التدبير الاستراتيجي للتراب. ففي الواقع، تهدف التهيئة الترابية إلى توزيع أكثر توازناً للأنشطة على مجموع التراب الوطني، في حين أن التدبير الاستراتيجي للتراب هو أكثر اهتماماً بمسألة القدرة على خلق وتوليد الأنشطة وتحفيزها وتنفيذها وفق معايير اقتصادية، اجتماعية وبيئية والتي تحدد قدرة التراب على التنافسية. فأحد هاته المفاهيم يهتم بإعادة توزيع الثروات، والآخر من شروطه تعزيز خلق التنمية. وأكثر من ذلك أنه حتى مفهوم التراب نفسه ليس له نفس المعنى بالنسبة لهذا أو ذاك. حيث أنه في إطار التهيئة الترابية ووفق الرأي السائد أن الأمر يذهب ويرتبط بالمجال أكثر منه إلى التراب. فحسب أحد المهتمين¹⁹⁹ في هذا المجال، ينطلق مفهوم التدبير الاستراتيجي للتراب من ثلاثة مقاربات: الأولى والثانية تكتسيان طابعاً هاماً، وتتأسسان على معالجة البعد الترابي للحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فيما تحيل الثالثة على الاختلالات التي تعترض الجماعات العمومية جراء الديناميات الترابية الحالية.

فالتدبير الاستراتيجي للتراب، يشكل طريقة خاصة لتحسين وتنفيذ السياسات العمومية، بهدف تعزيز ودعم إنتاجية واستقلالية التراب، وخلق وابتكار قواسم مشتركة تتكيف ومتطلبات التغيرات التي تمس المستوى البيئي، ومستوى السياق أو المحيط *la contextuelle*.

وعليه، وبخصوص البعد الترابي والنشاط العمومي يجب الأخذ بعين الاعتبار:

- واقع ووضع تنفيذ المشاريع والبرامج والسياسات العمومية.
- الكيفية التي يتم وفقها التوزيع المادي للأنشطة في منطقة معينة.
- تغيير المواصفات غير المجدية لتراب معين، كإعادة النظر في الثقافة المشتركة بالمنطقة وإحلال محلها نموذجاً يشكل القاسم المشترك الذي من خلاله تنبثق مصالح تهم الجميع.

كما يجب الأخذ بعين الاعتبار قوة التدخل الإنساني، على أساس أنه جوهرى من أجل التحكم في تدبير عنصر الزمن تفادياً للانفجارات الاجتماعية، والبحث عن الفعالية الاقتصادية والإدارية عبر التأكيد على نموذج عملي مبني على الخلق والإبداع والعدالة في

¹⁹⁸ Solange HERNANDEZ : "Le management territorial entre innovation et controverse", Thèse de doctorat, Université de droit et des sciences, Aix-Marseille III, 2003, p : 2.

¹⁹⁹ DECOUTERE (S) : "Finalités et modalités du management territorial", in "Le management territorial, pour une prise en comptes des territoires dans la nouvelle gestion publique", Presses polytechniques et universitaires, Romandes, 1996, p:26.

معالجة التساؤلات المحورية المطروحة على مستوى المشاريع المحلية، الإقليمية والجهوية.²⁰⁰ كل هذا وفق تصور لا يغفل أيضا الصعوبات التي تعترض الوحدات الترابية نتيجة الديناميات الترابية الآتية والمتمثلة أساسا في:

- أزمة المالية العمومية، والتي تتطلب المعالجة عبر إعادة النظر في الخدمات المرتبطة بحركيتها، خاصة فيما يتعلق بجانب جودة وفعالية الخدمات المقدمة، وكذا تنمية أشكال التعاون.
- كذلك عدم إغفال أهمية عولمة المبادلات انطلاقا من مؤثراتها الرئيسية في الحد من البطالة والفقر وعدم التأهيل.
- كل هذا إلى جانب تدعيم محاولات البحث عن التناقص الاجتماعي، السياسي، الاقتصادي والمالي بين الأشخاص المكونين لجماعة ما، وبين الجماعات وحتى بين الدول لاسيما بين دول الجنوب/الشمال.

فالتدبير الاستراتيجي للتراب يعد أكثر إيجابية باعتباره عنصر ديناميكي لإشكالية تسيير التراب، ويأتي كمتغير أساسي وحاسم لمسلسل التنمية،²⁰¹ انطلاقا من مبادئ التفاوض، التشاور والمشاركة باعتبارها عناصر أساسية وجوهرية خلافا لمفهوم التهيئة الترابية التي تتميز بإتباع نهج من أعلى إلى أسفل²⁰².

وعلى هذا الأساس، ذهب أحد الباحثين، إلى أن هناك غايتين أساسيتين من التدبير الاستراتيجي للتراب، أولهما استراتيجية، والثانية عملية.

فعلى المستوى الاستراتيجي: الأمر يتحكم في إنتاج أو إعادة إنتاج التراب من وجهة نظر بعده التاريخي، منظورا للتنمية ليس فقط كمسلسل التطور الكمي على أساس الناتج الوطني الخام، حيث أن النمو يجب أن يكون تركيبيا، ومتعدد الأبعاد. إذ أن الجانب الاقتصادي منعزلا يبقى معطى غير كاف، كما يجب أن يكون مستديما وشموليا من الناحية الزمنية ومستهدفا للأجيال القادمة. وهو ما يجب معه التأكيد على أن السياسات العامة ليست إلا إحدى أدوات الإنتاج الترابي، ونجاحها من عدمه يتوقف على تعدد الفاعلين وليس الإدارات العمومية وحدها²⁰³.

أما على المستوى العملي: فالغاية تظل مساعدة الجماعات الترابية لاستعادة هامش من التصرفات التنظيمية في إطار الأوضاع الراهنة، انطلاقا من معالجة ندرة الوسائل المالية، والحد من الإشكالات المطروحة على مستوى التناقص الاجتماعي، وتمكين المواطنين من استيعاب التدبير العمومي.

إن الأمر يتعلق هنا بتنمية مجموع التراب الوطني، مع ما تطرحه هذه التنمية من تحديات يجب رفعها بتوخي الكثير من العقلانية والصرامة، وبعد النظر حتى نتمكن من تدبير وتدعيم القدرة التنافسية لمجالاتنا الترابية في إطار من التضامن والتآزر وتأمين الإنصاف

²⁰⁰ محمد يحيى: "إشكالية التنمية الإدارية في المخطط الخماسي الحالي 2000-2004 (الإدارة الترابية نموذجيا)"، مجلة طنبيس للقانون والاقتصاد، عدد 3، 2003، ص: 134.

²⁰¹ Solange HERNANDEZ: le management territorial entre innovation et controverse, op cit, p: 2.

²⁰² Solange HERNANDEZ : "Le management territorial : Le renouvellement des modes d'intervention public", Revue politiques et management public, n°787, Mai 2007, p : 3.

²⁰³ محمد يحيى: "إشكالية التنمية الإدارية..."، مرجع سابق، ص: 135.

والعدالة الاجتماعية والمجالية في التدخلات التنموية نفسها، وذلك ضمن رؤية شمولية واستشرافية تتجاوب وأهداف التنمية المستدامة، وتنزيل اللامركزية الضرورية لبناء الجهورية المتقدمة.

كل هذا وحسب أغلب المختصين، وبالنظر للوضع الراهن لممارسة التنمية الترابية لمهامها التأسيسية والتنموية يجب الاعتداد بمبادئ والبحث عن آليات وطرق ملائمة لها قادرة على الإجابة على إشكالية طبيعة أشكال التدخل، وكذا الأدوات المنهجية والتمويلية والمؤسسية التي من شأنها ترسيخ اللامركزية ودعم وتشجيع الالتقاء في تدخلات السلطات العمومية وفق الاشتغال بمبدأ المقاربة الترابية في التخطيط للمشاريع التنموية .

بعبارة أخرى، يعد التدبير الاستراتيجي للتراب منهجية فعالة للتدبير هدفها خدمة التنمية الترابية، وفق استراتيجية مضبوطة ومتضمنة لشروط عملية وإجرائية قابلة للتنزيل والتفعيل، وترسم التوجهات الكبرى لرهان التنمية المستدامة، عبر ترجمة ملموسة للإرادة الجماعية حول تنمية مجال ترابي محدد، بناء على آليات تشخيص ترابي تشاوري وتشاركي، يحدد الاحتياجات ويرتب الأولويات وفق رؤية استشرافية مستقبلية تضمن إلتقاء، تجانس وتكامل السياسات العمومية .

المطلب الثاني: التدبير الاستراتيجي للتراب: الطرق والمبادئ

إن حجم التحديات والرهانات اليوم يفرض علينا تبني منهجية عمل جديدة تتضمن صيغا متطورة وحديثة في التنظيم والتدبير وفق رؤية استراتيجية وتوقعيه تستشرف المستقبل وتضع آليات للتعامل مع المتغيرات والتحول، وتعكس في الوقت ذاته اختياراتها التنموية وانتظارات المواطنين. 17 وبالتالي فإن التدبير الاستراتيجي الترابي يتطلب بدرجة أولى إعداد تصور عام يشخص الوضعية الترابية داخليا وخارجيا على المستويات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية ويحدد نقاط القوة والضعف والفرص والمخاطر. سيما وأن مقتضيات الدستورية تجاوزت مسألة جعل السياسات العمومية حكرا على الدولة فقط، بل إن الجماعات الترابية ملزمة اليوم بتبني وإعداد سياسات عمومية في مجالات اختصاصاتها بما يتماشى وتفعيل السياسات العمومية للدولة. بعبارة أخرى أن التراب المحلي لم يعد كجزء من المجال الطبيعي، ولكن باعتباره نظام علاقات مفتوح ذو مكانة أساسية في حل المشاكل الاقتصادية والاجتماعية .

وعليه، فإن مسألة إعداد وتنفيذ السياسات العمومية وفق مبادئ التدبير الاستراتيجي للتراب يفترض احترام بعض المبادئ، والتي يستجيب كل واحد منها لإحدى خصوصيات الإنتاج الترابي في الوقت الراهن، ولمشاكل التدبير التي تطرحها الجماعات. هذه المبادئ هي:

- الفعالية الترابية: *L'efficacité territoriale* ، وتفيد قدرة التراب، والفاعلين المكونين له على خلق الثروات، وتدبير الاستثمارات بكيفية إيجابية، قادرة على حل معضلة البطالة وخلق مناصب شغل جديدة وإتاحة ظروف حياة كريمة.
- العدالة الترابية: *L'équité territoriale* ، وتمس بالأساس مسألة التناقص بين المجموعات الترابية، هدفا في الحد من الاختلالات الجهورية، وإعطاء الأولوية للبعد الترابي والتكميلي لتلك الجهات من خلال تمكينها من الوسائل المالية والبشرية الكفيلة بتحقيق التوازن الترابي والجهوري.

- الاستدامة الترابية : *La durabilité territoriale* ، وهو مفهوم يحيل على أهمية التضامن بين الأجيال ، وفق مفهوم تنمية لا يقتصر فقط على الجانب الاقتصادي ، بل يتجاوزه ليأخذ بعين الاعتبار الجوانب البيئية ، الاجتماعية والثقافية للحياة²⁰⁴ .
- الاعتداد بدور الفاعلين المؤثرين في نتائج النشاط العمومي : عبر التركيز على تعدديتهم وضرورة إدماجهم قصد تحكم أفضل في المشاريع والفاعلين المعنيين مباشرة بتنفيذها ، في إطار مقارنة مفادها أن الجماعات العمومية ليست سوى فاعل ضمن فاعلين آخرين في عملية الإنتاج الترابي .

عبارة أخرى ، أن التدبير الاستراتيجي للتراب يأخذ بالحسبان وبشكل صريح العلاقات بين جميع الفاعلين المساهمين في الإنجاح النهائي لسياسة ما . وهي كلها معطيات تكشف عن مدلول آخر للتنمية الترابية يهدف إلى حل المشاكل المطروحة وفق آليات حديثة تضع حدا أمام الحلول الجاهزة والأساليب العتيقة التي طبعت في هذا المجال العقلية المغربية في تناولها ومحاولة معالجتها لإشكالية التنمية التي تثيرها الإدارة الترابية ببلادنا على مدى أربعة عقود مضت .

علاوة على هذا ، يتطلب الأمر ضرورة تطوير التخطيط ، وفق منظور حدائي كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند حديثنا عن التخطيط الاقتصادي اللامركزي . وكذلك تطوير التنظيم ليتجاوز التوزيع التقليدي للإدارة ، والبحث عن أنماط جديدة من التنظيم ، وعلى أساس استراتيجيات تشاركية تسمح بتحقيق الأهداف المتوخاة بشكل أكثر فعالية ونجاعة واندماجية . ولكي يلعب التراب المحلي دوره التنموي ، فلا بد من إيجاد تقطيع ترابي يلائم الأهداف التنموية البحثية وذو ديناميات أساسية اقتصادية واجتماعية ، تسمح بتوزيع ناجح للأنشطة الاقتصادية والتجهيزات الكبرى للدولة علاقة بالكثافة السكانية وارتباطا بالمعطيات المجالية وفق خصوصيات كل مجال ، إكراهاته وضعفه ، بعيدا عن الاعتبارات الأخرى التي تسيء للتراب المحلي وتجعل انطلاقته غير سليمة . إذ أن مسألة التقطيع الترابي هي مسألة شائكة تتطلب إماما عميقا بالواقع الاقتصادي والبشري والجغرافي²⁰⁵ . حيث أن غلبة البعد التنموي في التقطيع المحلي يكون بالضرورة عبر احترام الخصوصيات المحلية وعدم تجاهلها .

فالتقطيع الترابي وإن كان يبدو مجرد تقنية أو آلية ، إلا أنه هو اختيار أو على الأصح ينبنى على وجود اختيار لنموذج معين وللمضمون الذي يمكن أن يأخذه هذا النموذج . إنه مشكل الأمس ، اليوم والغد ،²⁰⁶ كما أنه مقوم أساسي للتنمية ، فهو شأن يعني الجميع .²⁰⁷ ومفاتيح النجاح بهذا الشأن ، مرهونة بتبني دينامية ترابية في إطار عمل جماعي مجتمعي وبرنامج متكامل وخارطة طريق صلبة وهيكلية تتوخى التنمية في أبعادها المختلفة ومجالاتها المتنوعة من : سياسية ، اقتصادية ، اجتماعية ، ترابية وبيئية ، قادرة على تحليل المعطيات والمعلومات والتعاطي مع ردود الأفعال ، ومن ثم القدرة على بناء مقومات اتخاذ القرار الصائب للتراب ، علاقة بالمعرفة الجيدة للمعطيات الحيوية للمجال الترابي المعني .

²⁰⁴ الغالي إدريس الجناتي : " الإدارة الاقتصادية الترابية بالمغرب : الواقع والآفاق ، محاولة تقييم عام " ، أطروحة لنيل الدكتوراه في الدولة في القانون العام ، جامعة الحسن الثاني ، عين الشق الدار البيضاء ، أكتوبر 2000 ، ص : 935 .

²⁰⁵ محمد الأعرج : الجهوية المتقدمة : الآليات الأولية ، المجلة المغربية للسياسات العمومية REMAPP الجهوية والتنمية ، العدد 6 ، خريف 2010 ، ص : 12 .

²⁰⁶ J.C Lauzel : " les rôles respectifs en France de l'Etat et des collectivités territoriales en matière économique " , in les nouvelles relations Etat collectivités locales. Colloque de RENNES, avril 1990. P:128

²⁰⁷ M ROUSSET : " aménagement du territoire et construction régionale : une expérience d'adaptation de l'administration à l'espace " , in Edification d'un Etat modern, ouvrage collectif sous la direction de G. Vedel Albin Michel, 1986, P : 241 .

ويبقى في النهاية، مطلب التنظيم الترابي بالمغرب، ضرورة ملحة ذات بعد موضوعي استوجبتها الإصلاحات الدستورية الأخيرة، كما فرضتها ضرورة مسايرة التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الحاصلة، لاسيما تلك المرتبطة بالتنمية الاقتصادية ومسألة الديمقراطية المحلية بالمغرب. وإذا كانت الوثيقة الدستورية كضمان لتحقيق هذا الانتقال، فإن مسألة التنزيل على أرض الواقع تتطلب رؤية تشريعية استشرافية مندمجة، شاملة ومتشعبة بقدرة التراب المحلي على خلق الثروة وإعادة توزيعها بشكل عادل ومتوازن. فالمطلوب اليوم تبني مقارنة جديدة تخصص الأولوية للتخطيط اللامركزي، باعتباره أحد أسس المقاربة الاستراتيجية التي تعد واحدة من بين المقاربات الحديثة التي لا زالت تعرف تطورات مستمرة ومتواصلة، وتحظى بأبحاث رصينة من قبل العديد من رواد فكر المناجمات والتدبير الحديث الذي يشكل قوام المقاربة الاستراتيجية في شقيها التصميمي والتنفيذي والذي يجد تمثالاته في التخطيط، التنظيم، التوجيه والرقابة على أساس تجانس وتناغم مقومات التصميم مع التخطيط واجتماع كل من: التنظيم، التوجيه والرقابة في مرحلة التنفيذ.

خاتمة:

اقتناعا بكون الجماعات الترابية بنية أولى وأساسية في البناء الديمقراطي للدولة الحديثة، وأمام أهميتها كجوهر دولة المؤسسات القائمة على إشراك ومشاركة كل المواطنين في تدبير شؤونهم المحلية من خلال مؤسسات ومجالس منتخبة ديمقراطيا. عملت السلطات العمومية المغربية على بذل مجهودات كبيرة من أجل إشراكها في مسلسل التنمية.

وهو الوضع الذي جعلها واعية بالتحول الكبير الحاصل على مستوى المحددات والضوابط التي تحكم علاقة عملها بالرهانات الآتية والمستقبلية الواجب رفع تحدياتها. فهي لم تعد تلك الوحدات الإدارية والترايبية الكفيلة بالتسيير اليومي لمتطلبات المواطنين وفق السير العادي المحض المتسم بالكثير من الارتجالية والظرفية. بل هي اليوم مطالبة بوضع استراتيجية واضحة المعالم وذات أهداف مبنية على تشخيص الإمكانيات وتحديد عقلائي للأولويات والحاجيات. بل أكثر من ذلك ملزمة بالقيام بأدوار أكثر أهمية على المستوى الاقتصادي والاجتماعي، كفيلة بخلق الثروات والمساهمة في الحركة الإنتاجية الاقتصادية والعمل على توزيعها بشكل يتلاءم وطموحات الساكنة الجماعية.

إنه ذاك التحدي المتاح والصعب المنال في الوقت نفسه، والذي يتمثل في بناء نسق مفتوح على المحيط الخارجي ومتفاعل معه، كسبيل لإقامة نظام ترابي ناجح في سياسته التنموية يكرس الخلق والإبداع والابتكار في التعاطي مع متطلباته وإكراهاته وفق منظور شمولي قائم على التحديد الدقيق للأولويات والمتطلبات .

كل هذا في إطار تبني آليات التخطيط الاستراتيجي التي تسمح للتراب المحلي بأن يرسم رؤية واضحة من خلالها يكون قادرا على مواجهة التحديات الداخلية والخارجية المرتبطة بإشكالية التنمية عموما، والتنمية الاقتصادية خاصة. ومعها أن تضع لنفسها موطئ قدم داخل مكونات الفاعل الاقتصادي القادر على تقديم أداء أفضل لتنفيذ القرار التنموي محليا، سيما وأن متطلبات الساكنة المحلية في تزايد مضطرد وتعرف تنوعا كبيرا. مسألة التغلب عليها مرتبطة جذريا ببناء إطار ترابي قادر على المنافسة، ومؤهل لولوج الأسواق العالمية عن طريق تقديم عروض وخدمات جد محفزة مبنية على التسويق الترابي ذو مؤهلات طبيعية، سياحية، صناعية أو تنظيمية وهيكلية قادرة على جذب الاستثمارات واحتضان المقاولات وخلق فرص الشغل.

لكن تبقى الإدارة العمومية بصفة عامة، والإدارة المحلية على وجه الخصوص تعكس فعلا المحيط الذي تعيش وتحيا في واقعه. ولهذا، فرغم أهمية النصوص القانونية والمقتضيات التنظيمية التي تعد أرضية مؤسسة لمواكبة الأدوار الجديدة للجماعات الترابية على أساس الإرادة القوية للمزاوجة النصية للمقتضيات القانونية بين الديمقراطية التشاركية والتمثيلية في هندسة السياسات العمومية باعتبارها تنطلق من المواطن ولأجله، إلا أنها تظل ناقصة وغير كافية في ظل غياب الوسائل المالية التي تعد حجر الزاوية في كل التنظيمات اللامركزية. هاته الأخيرة -أي اللامركزية- التي تكتمل من خلال عنصري الاستقلال المالي والإداري، وعبرهما يتاح لها اتخاذ القرارات التي تهتم توجيه الحياة الاقتصادية والاجتماعية المحلية.

بل أكثر من ذلك، أنه أمام الأهمية الكبيرة لمسألة التمويل بالنسبة لنظام اللامركزية نجد تقييم مدى تطور ونضج هاته الأخيرة يمر عبر قياس الوضعية المالية المحلية في علاقتها بمستوى استقلاليتها المالية عن ميزانية الدولة.

كما أن الآليات المالية من قبيل الصفقات العمومية الجماعية تعد محركا أساسيا لدواليب الاقتصاد المحلي وبعث الدينامية والحركة في علاقة الجماعة بشريكها الاقتصادي الذي هو المقاول.

كل هذه المقومات دون إغفال دور العنصر البشري داخل الجماعات الترابية في شخص المنتخب والموظف الجماعي باعتبارهما دعامة أساسية ونوعية للإدارة الاقتصادية اللامركزية، والتي تتطلب معها الوظيفة الجماعية ضرورة الملاءمة والتكيف. وهي كلها مقومات من شأن غيابها أو ضعف أجرأتها والطريقة السيئة في التعامل معها والاشتغال بها، قد يفرغ اللامركزية والحكمة الترابية ومبادئ التدبير الحر للشأن الترابي من معانيها الجوهرية والحقيقية. وتظل مسألة تجاوزها متوقفة على تظافر الجهود من خلال ترسيخ المقومات الرئيسية للجماعة الترابية، والتي تستمد شرعيتها عبر تلازم مجموعة من الآليات القانونية والمالية والتدبيرية التي تخدم فعلا الإدارة الاقتصادية الجماعية واستراتيجياتها التنموية. فالرصد التاريخي لمسار التحولات التي عرفها التنظيم الإداري ببلدنا، يتيح الوقوف على الأهمية الجوهرية التي يكتسبها التراب والتي تمس بنياته الأساسية ووظائفه وآليات اشتغاله. وذلك من خلال مداخل رئيسية تلامس الأسس والمبادئ، الآليات وأدوات الاشتغال ثم الامكانيات والوسائل القانونية، البشرية والمادية.

القرب التمثيلي للديمقراطية التشاركية المحلية - التقسيم الترابي ونمط الاقتراع نموذجاً

✍ محمد سعداوي

باحث في القانون العام والعلوم السياسية

ملخص:

اسهاما منا في تطوير الديمقراطية التشاركية المنصوص عليها في دستور 2011، عملنا في هذا المقال على تناول بعض الآليات المصاحبة لها لتجسيدها على أرض الواقع، باعتبار أن النصوص القانونية مهما كانت ذات جودة، فإن المسألة تبقى مرتبطة بوسائل تنفيذها، لذلك حاولنا البحث عن ممكنات لدعم الديمقراطية التشاركية من زاوية القرب التمثيلي للمواطن في تدبير الشأن العام من خلال الاشكالية التالية : الى أي حد يمكن اعتبار التقسيم الترابي ونمط الاقتراع عوامل لتجسيد الديمقراطية التشاركية المحلية، وبأي كيفية ؟

من ثمة، ثم تقسيم الموضوع الى محورين أساسيين:

الأول تناول هندسة التقسيم الجماعي والترابي لدوائر صغيرة ضامنة للقرب التمثيلي، انطلاقاً من فكرة جوهرية، أنه كلما كانت الدوائر الانتخابية صغيرة و التقسيم الجماعي متجانس مجاليا وثقافيا و سوسيولوجيا دفع المواطن للمشاركة الواسعة في تدبير الشأن العام، وفي حالة العكس، فإن ذلك يؤدي الى عدم اهتمام الساكنة سواء بالمشاركة السياسية كركيزة أساسية للمؤسسات التمثيلية التي من خلالها تستمد المؤسسات شرعيتها الديمقراطية، أو بعدم الاهتمام بالمشاركة المواطنة التي تتجها آليات الديمقراطية التشاركية، بمعنى أن تحقيق الديمقراطية التشاركية يستلزم تغيير طريقة التقسيم الجماعي والدوائر الانتخابية في اتجاه جعل المجال الترابي دي دوائر صغيرة لها خصوصيات متجانسة تحقيقا للمشاركة الواسعة الايجابية والفاعلة للمواطن.

المحور الثاني تناول طبيعة نمط الاقتراع الممكن أو الصالح لتجسيد القرب التمثيلي للمواطن، وبعد التطرق لازدواجية نمط الاقتراع الذي يعتمدهما المغرب، مع إبراز سلبيات وإيجابيات كل نمط على حدة، وكذا كيفية احتساب المقاعد مع استحضار النقاش السياسي الدائر حاليا في المغرب حول الحصول الانتخابي، فإن معيار القرب التمثيلي الذي اعتمدناه كمؤشر للدراسة خلص الى أن نمط الاقتراع الاحادي يبقى قريبا من المواطن لمراقبة ممثليه و متابعة تدبير الشأن العام عن قرب.

Abstract :

La proximité en démocratie représentative locale-La division territoriale et le mode de vote à titre d'exemple

Afin de contribuer au développement de la démocratie participative stipulé dans la constitution de 2011, nous avons abordé dans cet article ses mécanismes d'accompagnement pour la concrétiser en réalité, considérant que les textes juridiques, aussi bons, soient-ils, la question reste liée aux moyens de leur mise en œuvre. Nous avons donc tenté de rechercher des mécanismes pour soutenir la démocratie participative sous l'angle de la proximité représentative des citoyens à la gestion des affaires publiques à travers la problématique suivante : dans quelle mesure la division territoriale et les modes de vote peuvent-ils être considérés comme facteur d'incarnation de la démocratie participative locale et de quelle manière ?

Ainsi, nous avons divisé le sujet en deux axes principaux :

Le premier traite la division communale et territoriale des petites circonscriptions qui garantissent la proximité représentative, basée sur l'idée que plus les circonscriptions sont petites et la répartition homogène spatialement, culturellement et sociologiquement, plus que le citoyen va participer à la gestion des affaires publiques. Dans le cas contraire, un désintérêt de la population va surgir en ne prêtant pas attention à la participation citoyenne qui est fournie pas les mécanismes de la démocratie participative ; en ce sens la réalisation de cette dernière nécessite un changement de division en des petites circonscriptions électorales à caractéristiques homogènes.

Par ailleurs, le deuxième axe traite la nature du modèle de vote possible pour incarner la proximité participative du citoyen, et après avoir abordé la dualité du modèle de vote adopté par le Maroc, mettant en évidence les inconvénients et les avantages de chaque mode, ainsi que la méthode de calcul des sièges, tout en évoquant le débat politique en cours au Maroc se rapportant au résultat électoral.

Nous avons conclu que le schéma de vote unilatéral adopté reste proche du citoyen pour suivre de près ses représentants et suivre de près la gestion des affaires publiques.

تقديم

تحظى العملية الانتخابية باهتمام كبير من طرف المتخصصين في علم السياسة، وعلى الخصوص في السوسيولوجية الانتخابية، فالإنتخاب يعد الوسيلة العملية لإختيار ممثلي السكان الذين سيتولون تدبير الشؤون المحلية، ومن تم كان الإنتخاب هو الأداة التي يتم بواسطتها تكوين المجالس المعبرة عن إرادة المواطنين²⁰⁸. ومن ثمة، يعد التقسيم الجماعي والنظام الإنتخابي الأسلوبين الجوهريين في العملية الديمقراطية، ومن خلالهما يمكن قياس مدى تمثّل المشرع للديمقراطية التشاركية باعتبار هذه الأخيرة "أنموذج ونمط جديد لتدبير الشأن العام المحلي، يتيح للسكان المشاركة المواطنة المباشرة والكاملة في إتخاذ القرار المحلي، بعد مرور العملية الانتخابية، وتشكيل المجالس المحلية، وذلك عبر فتح فضاءات متنوعة وعديدة للحوار والنقاش المباشر وخلق صيغ تشاورية، وآليات تشاركية تعمل إلى جانب المؤسسات التمثيلية بغية الوصول إلى اتفاق عام حول مشروع اجتماعي واقتصادي، أو سياسة تنمية محلية".

وفي هذا الاتجاه، عرف المغرب منذ الإستقلال عدة إصلاحات مجالية تهتم التقسيم الجماعي تداخلت فيها عدة اعتبارات بحكم الظروف الداخلية والخارجية جعلت التقسيم الجماعي يدخل ضمن المحددات السياسية في العملية الديمقراطية عوض القرب التمثيلي للسكان (الفقرة الأولى)، كما تبنى المشرع نمط إقتراع أحادي، أفرز عدة نتائج سلبية، وسمت التجربة الانتخابية المغربية سواء التشريعية أو المحلية، ليتم في النهاية تبني ثنائية نمط الإقتراع (الفقرة الثانية).

من هنا تطرح الاشكالية التي نرموا معالجتها و المتمثلة في : الى أي حد يمكن اعتبار التقسيم الترابي ونمط الاقتراع عوامل لتجسيد الديمقراطية التشاركية المحلية ، وبأي كيفية ؟

الفقرة الأولى: هندسة التقسيم الجماعي والترابي لدوائر صغيرة ضمانة للقرب التمثيلي

يعد التقسيم الجماعي تقنية أساسية في إعطاء مضمون للديمقراطية التشاركية المحلية، عبر تقطيع مجالي متوازن يساهم في بلورة الوعي الجماعي للسكان بمحيطهم المحلي، وينمي التضامات الاجتماعية فيما بينهم، من أجل العيش المشترك في "حي" أو "دوار" متماسك، له من المقومات ما يجعله مجالا للحياة والنمو والتطور. إذ من المفروض بحكم منطق الأشياء أن يسفر رسم الدوائر الانتخابية عن إطارات أنسب إلى أقصى درجة ممكنة لتحقيق الهدف المنشود (التنمية)، بمعنى وجب خلق الشروط المناسبة للوحدات المجالية المحلية لتنمية الشأن العام المحلي الذي تتولى تدبيره المجالس الترابية دون الإخلال بشروط تنمية الشأن العام الوطني.

والملاحظ أن التقسيمات الترابية التي عرفها المغرب منذ الاستقلال كانت موضع تغييرات عديدة، كما أنها تميزت بعدم الإستقرار، وعادة ما يفسر ذلك بالرغبة في إقامة إدارة قريبة من المواطنين، وتلبية الحاجات الخاصة بهم وتوسيع نطاق مشاركة السكان، وتحقيق التنمية الفعالة، وهذا التفسير يعبر في حقيقة الأمر عن الشعار الرسمي الذي تحمله عملية التقسيم، ومن الأكيد أن لهذا التفسير أساسه الإداري والواقعي، لكن التجربة أظهرت تحكم دوافع أخرى تداخلت فيها العوامل الإدارية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية، مما أدى إلى تشويه المجال الترابي للجماعات الترابية.

²⁰⁸ - فاطمة السعيدى مزروع، الإدارة المحلية واللامركزية بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2003، ص:19.

²⁰⁸ - كاترين فوريه: "إدارة المدن بمشاركة سكانها -من كركاس إلى دكار 10 سنوات من التجارب لتشجيع الحوار الديمقراطي في المدينة"، ترجمة حاتم سليمان، دار الفرابي، الطبعة الأولى، بيروت 2003، ص:66.

ومن ثمة، فإن التقسيم الترابي والتقطيع الانتخابي، يعتبران أسلوبين مهمين في العملية الديمقراطية، الأمر الذي جعلهما دوماً محل خلافات بين مكونات الحقل السياسي، بفضل النتائج المترتبة عنهما، مما يستوجب تتبع سيورة التقسيم الجماعي من أجل فهم دينامية التحولات المجالية من جهة، وإبراز العلاقة الوطيدة بين التقسيم الجماعي والانتخابي في التجربة المغربية من جهة أخرى، والتي يبررها معطى أساس يتمثل في كون أن مختلف التعديلات التي طرأت على التقسيم الجماعي تزامنت مع إجراء الانتخابات الجماعية، ليكون بذلك التقسيم الترابي له تأثيرات مباشرة على سياسات تدبير الشأن العام المحلي.²⁰⁹

هكذا، إنطلقت تجربة التقسيم الترابي في السنوات الأولى للإستقلال بمرسوم 02 نونبر 1959، وتطورت التجربة في هذا المجال فيما بعد بمرسوم 30 يونيو 1992، واستمر التطور بدخول مرسوم نظام المقاطعات المحدث بالميثاق الجماعي لسنة 2002 حيز التطبيق. حيث كان للمراجعة الجذرية للتقسيم الجماعي سنة 1992، أثراً كبيراً في الجغرافية الإدارية للمغرب، إذ تضاعف عدد الجماعات وانتقل مجموعها من 763 جماعة سنة 1959 إلى 1547 جماعة، واهتمت هذه الزيادة بالأساس عدد الجماعات الحضرية الذي تضاعف حوالي 09 مرات، حيث ارتفع من 28 إلى 249 جماعة حضرية، في حين تضاعف عدد الجماعات القروية من 760 إلى 1298، بينما نجد أن التقسيم الجماعي الأخير قد قلص عدد الجماعات الحضرية باعتماد نظام "وحدة المدينة" من 249 إلى 199 حالياً، في مقابل ارتفاع عدد الجماعات القروية من 1297 إلى 1301.

من خلال هذه المعطيات، يتضح حجم التحولات المجالية التي عرفها المغرب، من خلال تضاعف عدد الجماعات، لكن الملاحظ أن الزيادة همت الجماعات القروية التي تشكل 83,90% من مجموع الجماعات، في حين أن النسبة المئوية للجماعات الحضرية لا تفوق 16%، علماً بأن الفضاء الحضري هو الفضاء الذي يكتسي الطابع الإقتصادي، حيث تتمركز بداخله أصناف المرافق العامة المحلية من وكالات مستقلة للنقل الحضري، فضلاً عن أشكال الإمتياز والتدبير المفوض في مجالات النقل والنظافة والتطهير وتوزيع الماء والكهرباء وأماكن وقوف السيارات... الخ.

وعليه، فإن هذا التناثر المجالي لا يخدم التنمية²¹⁰، باعتبار أن سياسة التقسيم الترابي المعمول بها منذ الإستقلال لم تعمل في حقيقة الأمر، سوى على تكريس هذه التبعية، وذلك من خلال خلق وحدات محلية ضعيفة الإمكانيات تعتمد بشكل واسع على مساعدات وإعانات الدولة للقيام بمهامها²¹¹، مما جعل سياسة "التقسيم الجماعي" تعاني من عدة عيوب وتعرض لعدة إنتقادات منها:

- لا ينطلق ذلك التقسيم في أغلب الأحيان من منظور شمولي، ومقاربة إستراتيجية محددة على المدى القريب والمتوسط والبعيد؛
- لم تتبع في وضعه بالنسبة إلى بعض الجماعات منهجية معينة تقوم على أساس مؤشرات واضحة ومحددة مسبقاً، من قبيل الخاصيات الجغرافية والسكانية والإقتصادية. حيث ترتب عن ذلك في كثير من الحالات، عدم ملائمة المواقع الميداني سواء منه المادي (التضاريس، المنشآت الإقتصادية، تجهيزات أساسية وغيرها)، أو البشري (المجموعات البشرية الملتحمة... الخ)؛

²⁰⁹- فؤاد القاضي، دوافع وأبعاد التقسيم الترابي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 10، يناير-مارس 1995، ص: 16.

²¹⁰- أحمد بوعشيق، الحكامة المحلية على ضوء الميثاق الجماعي الجديد، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد

65، نونبر-دجنبر 2005، ص: 19.

²¹¹- فاطمة السعيدى مزروع، مرجع سابق، ص: 236.

- لا يتمشى في بعض جوانبه مع التطور العام الذي عرفته الجماعات الحضرية والقروية في السنوات الأخيرة، وخاصة مع المستجدات المتزايدة التي عرفتها المعطيات الديمغرافية والاجتماعية والاقتصادية والمجالية؛
 - لم يساهم دائما في إحداث منظومة ترابية بمكونات بشرية واجتماعية وإدارية وإقتصادية ومجالية تتفاعل فيما بينها بصورة متجانسة ومتكاملة، مما يفسر إلى حد ما التفكك الذي عاشته المدن الكبرى نتيجة تقسيمها إلى عدة جماعات حضرية قبل العمل بنظام وحدة المدينة.
 - لم يساهم إلا بشكل ضعيف في كثير من الحالات في تعزيز مكانة الإدارة المحلية وإضفاء الفعالية على عملها في تدبير شؤونها الجماعية، ومن تم في دعم "إدارة القرب" لإسداء خدمات عمومية جيدة قريبة من المواطنين؛
 - عدم دقة معايير تمييز الجماعات الحضرية والقروية من جهة، وعدم وضوح معايير ترقية الجماعات القروية إلى جماعات حضرية، أو إحداث "مراكز محددة" داخل مجالها الترابي من جهة ثانية.²¹²
- وعليه، فإن التقسيم الجماعي تحكمت في سيرورته عوامل سياسية وليست دوافع تنموية، جعلته يقترب بالعملية الديمقراطية عبر التلازم الذي أصبح بين التقسيم الترابي المحلي، والتقطيع الانتخابي، حيث تعد عملية تحديد الدوائر الانتخابية قضية سياسية بالدرجة الأولى.²¹³

لذا، فإن التقطيع الانتخابي ليس مسألة تقنية بسيطة، بل على العكس، إنها مرحلة مدمجة في مجموع العملية الانتخابية، على أساس أنها قديمة بالتأثير في مجموع نتائج الإقتراعات بنفس درجة نمط الإقتراع، بإعتبارها آلية حقيقية للإدارة للتحكم في الخريطة الانتخابية، بكونها تمس مبدأ المساواة بين الناخبين المتمثلة في جعل صوت كل واحد منهم يتمتع بنفس الوزن السياسي، حسب قاعدة "رجل واحد، صوت واحد".

لذلك كانت الأحزاب السياسية دائما غير راضية على كل التقطيعات السابقة بدعوى المس بمبدأ مساواة الناخبين والمنتخبين. وذلك بتغليب البعد السياسي على حساب المعيارين الديموغرافي والترابي كأساس لكل تقطيع، مما يؤثر على التساوي في تمثيلية المناطق وفي تمثيلية الشعب، هذا زيادة على أن التقطيع كثيرا ما استهدف دعم طرف سياسي ما على حساب طرف سياسي آخر، كما أنه كثيرا ما استهدف الإلتفاف من عدد الأصوات التي يمكن أن يفوز بها حزب سياسي معين في دائرة إنتخابية معينة، وهذه الأمور كلها تجعل الإنتخابات عملية قد يتحكم في نتائجها بشكل مسبق، مما يؤثر سلبا على مصداقيتها وتمثيلية المؤسسات التي تفرزها.²¹⁴

هكذا، فإن سياسة التقسيم الجماعي والتقطيع الانتخابي لم تساهما في خلق الأرضية المناسبة لسياسة القرب عبر وضع وحدات محلية متكاملة ومتجانسة، وإحداث دوائر إنتخابية عادلة تلي حق تمثيل السكان في تدبير الشأن العام المحلي، باعتبار أن تجسيد

²¹² محمد البعكوبي وأمال المشرفي وآخرون، قراءة في مشروع ملاءمة التقسيم الجماعي لسنة 2008، جريدة رسالة الأمة، العدد 7928، الجمعة 01 غشت 2008، ص: 02.

²¹³ موشيح محمد، الإنتخابات المغربية - أزمة تمثيلية، مجلة وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة، عدد مزدوج 33-34، خريف 2007، ص: 21.

²¹⁴ أحمد مفيد، التمثيل السياسي بالمغرب على ضوء إنتخابات 7 شتنبر 2007، المجلة المغربية للسياسات العمومية، الإدارة المحلية واللامركزية بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2003، ص: 19.

²¹⁴ كاترين فوريه: "إدارة المدن بمشاركة سكانها - من كركاس إلى دكار 10 سنوات من التجارب لتشجيع الحوار الديمقراطي في المدينة"، ترجمة حاتم سليمان، دار الفرابي، الطبعة الأولى، بيروت 2003، ص: 12-13.

الديمقراطية التشاركية تمر عبر تقسيم ترابي يراعى الطابع المشترك لخصوصية الدائرة الانتخابية، فضلا على أن القاعدة الذهبية للديمقراطية التشاركية المحلية تتمثل في أنه كلما كانت الدائرة الانتخابية صغيرة كلما كانت المشاركة أوسع وأكثر وضامنة للقرب التمثيلي.

الفقرة الثانية: طبيعة نمط الاقتراع لتجسيد القرب التمثيلي

يعتبر نمط الاقتراع وسيلة تقنية بمضمون سياسي يختلف من دولة لأخرى، بحيث لا يوجد نظام انتخابي بعينه يفضل ما عداه من صور الانتخاب الأخرى بصورة مطلقة، وإنما تتفاضل الأنظمة الانتخابية بمدى ملاءمتها لظروف المجتمع الذي يراد تطبيقها فيه، لذا، فإن المعايير العملية تعجز تماما عن إختيار نظام إنتخابي يعكس الإرادة الشعبية الحقيقية ما لم تقتزن بدراسة وافية عن ظروف المجتمع السياسية والاقتصادية، وتركيبته الاجتماعية والثقافية، ومشروعية نظام الإنتخاب لا تستمد فقط من مطابقته لنصوص الدستور، وإنما تتوقف أيضا على مناسبته للظروف السائدة في المجتمع 215.

وعليه، فقد تبني المغرب منذ الإستقلال نظام الاقتراع الأحادي الاسمي السري المباشر بالأغلبية النسبية خلال دورة واحدة في التجارب الانتخابية السابقة لانتخابات سنة 1997 المتعلقة بأعضاء مجالس الجماعات الحضرية والقروية، والنيابية بالنسبة للانتخاب المباشر لثلاثي أعضاء مجلس النواب، والانتخاب السري غير المباشر بالأغلبية النسبية للثلث غير المباشر لأعضاء مجلس النواب. لكن بمقتضى مدونة الانتخابات بموجب ظهير 02-ابريل 1997، تم اعتماد الاقتراع اللائحي غير المباشر بالتمثيل النسبي حسب قاعدة أكبر بقية، ودون استعمال مزج الأصوات والتصويت التفاضلي بالنسبة لانتخاب أعضاء المجالس الإقليمية والجهوية ومجلس المستشارين خلال سنة 1997. و خلال انتخابات سنة 2002 تم تبني الاقتراع اللائحي حتى بالنسبة للانتخابات المباشرة لأعضاء مجلس النواب بمقتضى المادة الأولى من القانون التنظيمي لمجلس النواب، وكذا بالنسبة لانتخاب أعضاء المجالس الجماعية التي يتجاوز عدد سكانها 25.000 نسمة، وبمقتضى الفصل 200 من مدونة الانتخابات لسنة 2008، ثم الرفع من هذا العدد ليصبح يشمل الجماعات التي يتجاوز عدد سكانها 35.000 نسمة. هكذا، تبني المغرب نمط إقتراع إزدواجي بعد التعديلات التي مست التنظيم الجماعي بدخول القانون رقم 78.00 حيز التنفيذ، ليصبح الإقتراع مختلطا يمزج بين الأسلوبين الأحادي الاسمي واللائحي.

وبحسب القانون التنظيمي رقم 11-27 لمجلس النواب، "يتألف المجلس من 395 عضوا ينتخبون بالاقتراع العام المباشر عن طريق الاقتراع باللائحة، ويجري الانتخاب بالتمثيل النسبي حسب قاعدة أكبر بقية ودون استعمال طريقة مزج الأصوات والتصويت التفاضلي"، في حين "تحدث فيه الدوائر الانتخابية المحلية ويحدد عدد المقاعد المخصصة لكل دائرة انتخابية بمرسوم"، بينما "تحدث دائرة انتخابية واحدة في كل عمالة أو إقليم أو عمالة مقاطعات، ويخصص لها عدد من المقاعد يحدد بمرسوم. غير أنه يجوز أن تحدث في بعض العمالات أو الأقاليم أكثر من دائرة انتخابية واحدة".

وفي هذا الاتجاه، يمكن القول أن هناك ثلاثة عناصر أساسية يكون لها تأثير مباشر على مخرجات العملية الانتخابية، ودراستها تبين لنا بشكل عام نية و توجه المشرع وغاياته بخصوص النظام الانتخابي المراد اعتماده وهي:

1 : تقسيم الدوائر الانتخابية من خلال حجمها، و الطبيعة السوسيوولوجية للكتلة الناجبة بها، وقد سبق و أشرنا لها سلفا؛

2: شكل نمط الاقتراع، الفردي أم اللائحي، أم هما معا كما هو الحال بالنسبة للنظام الانتخابي المغربي؛

²¹⁵ - عمر حلمي فهمي، "الانتخاب وتأثيره في الحياة السياسية والحزبية"، بدون دار الطبع، الطبعة الثانية، السنة 1991، ص: 247.

3: قاعدة احتساب و توزيع المقاعد، وبخصوص هذه القاعدة ، فإن المشرع اعتمد في توزيع المقاعد على العتبة الانتخابية و القاسم الانتخابي نشير إليهما باختصار فيما يلي:

بالنسبة للعتبة الانتخابية : تعرف بكونها النسبة المئوية من الأصوات المحصل عليها، والتي يحددها المشرع ، وتخول للائحة حق التباري عن المقاعد المتنافس بشأنها ، علما أنه ليس كل لائحة حصلت على العتبة فهي بالضرورة ستحوز علي مقعد ما، بل يمنح لها فقط حق التباري وليس الفوز.

بخصوص التجربة المغربية فقد تم اعتماد نمط الاقتراع اللائحي بالتمثيل النسبي حسب أكبر بقية وبإعمال نسبة 3 في المائة للمشاركة في توزيع المقاعد خلال انتخابات 2002، وهو ما تم تكريسه في انتخابات 2007 ، مع تعديل العتبة إلى 6 في المائة من الأصوات المعبر عنها.

أم بخصوص القاسم الانتخابي، فيتمثل في الحاصل الانتخابي المستخلص من تقسيم عدد الأصوات الصحيحة المعبر عنها - عدد المصوتين ناقص الأصوات الملغاة- ، مطروح منها مجموع أصوات اللوائح التي لم تصل للعتبة، على عدد المقاعد المتنافس عليها داخل دائرة انتخابية معينة قد تكون محلية أو وطنية ، فيما لا تكتمل عملية توزيع المقاعد إلا بإعمال قاعدة أكبر بقية.

وفي هذا الإطار، وجب التذكير بالنقاش الحاصل بين الأحزاب السياسية في سياق التحضير للقوانين الانتخابية المؤطرة للانتخابات سنة 2021 ، حول ضرورة إعادة النظر في طريقة استخراج القاسم الانتخابي، بين من يرى ليس هناك ما يدعو لتغيير طريقة احتسابه، وبين من يرى ضرورة تعديله من منطلق اعتماد عدد المسجلين في اللوائح الانتخابية بدل المصوتين بشكل صحيح. ولكل اتجاه من هذه الاتجاهات مبرراته وحساباته السياسية في إطار التنافس السياسي حول العملية الانتخابية. وعليه، فإن لكل نمط اقتراع سلبات وإيجابيات ليس فقط على مستوى التمثيل السياسي للأحزاب وحسب، بل على الحياة السياسية ككل، بفعل وظائفه وغاياته وأهدافه، بحيث أن هناك إختلاف داخل مكونات الحقل السياسي حول أفضلية نمط معين على حساب الآخر نذكر منها :

يرى أنصار الانتخاب الأحادي الإسمي، أن هذا الأخير يتميز بالبساطة وسهولة الإجراءات، حيث تنحصر مهمة الناخب في إختيار نائب واحد فقط في دائرته الانتخابية الصغيرة، الأمر الذي ينتج عنه تمثيل كل دائرة إنتخابية بنائب واحد فقط، كما أن هذا النمط يمكن الناخب من معرفة السيرة الذاتية لكل مرشح²¹⁶، ذلك أن الحكم على الناخب وقدرته على تمثيل دائرته يتم من خلال معايير شخصية يسهل التثبت من صلاحيتها، فصفت النائب وتاريخه الخدماتي ، وصلاته وعلاقاته الإجتماعية والأسرية تلعب دورا كبيرا في إقناع الناخبين به، وهي عوامل يصعب إخفاؤها أو مداراتها في الدوائر الصغيرة حيث يسهل على الناخبين جمع معلومات مؤكدة عن مرشحهم²¹⁷.

أما بالنسبة لحجج ومبررات أنصار الإنتخاب باللائحة، فيتمثل في كون أن إتساع دائرة الإنتخاب يجرّد النواب من ناخبهم، مما يجعل الإنتخاب يقوم على برامج وليس على العلاقات الشخصية، كما أن هذا النوع من الإقتراع يجعل المواطنين أكثر إهتماما بشؤونهم العامة، مما يضاعف من أعداد الأصوات الانتخابية، إلى جانب كون الإنتخاب على اللائحة يكون حول الأفكار والبرامج، وليس صراعا

²¹⁶- محمد زين الدين، أسس العملية الإنتخابية -دور الناخب في توجيه الحملات الإنتخابية-، جريدة الصباح، العدد 2270، السنة الثامنة، السبت-الأحد 28-29 يوليوز 2007، ص:10.

²¹⁷- محمد حلمي فهمي، مرجع سابق، ص:77.

بين الأشخاص، بيد أن الأهم من كل هذا، أن هذا النظام من شأنه أن يحول دون تشويه الانتخابات كالضغط على الناخبين أو المرشحين أو الرشوة الانتخابية²¹⁸.

وعليه، إذا كانت هذه المقارنة بين النمطين من الناحية النظرية مقبولة، ولها تداعيات على الناخب والأحزاب السياسية والمجالس المنتخبة، وبصفة عامة، على الحياة السياسية، وإذا كانت الديمقراطية ليست إنتخابات حرة فقط، بل هي أيضا الوعي بالإختيار السياسي للبلاد، وإحترام توجه الناخبين وسيادة رأيهم بعد العملية الانتخابية²¹⁹، من خلال تشكيل أغلبية داخل المجالس المنتخبة، فإن هذا المطمح صعب التحقق في ظل أسلوب الإقتراع اللاتحي في دورة واحدة، حيث يؤدي إلى تشتيت أصوات الناخبين على عدد من الأحزاب يصعب معه تشكيل أغلبية منسجمة²²⁰، التي تمثل جوهر الديمقراطية التمثيلية، وأحد تعبيراتها الجوهرية الدالة والمحددة لها²²¹.

فضلا عن ذلك، فإن نمط الإقتراع اللاتحي أدى إلى بعثرة العمق السوسولوجي للقاعدة الانتخابية للمرشحين سواء في البوادي أو في المدن²²²، بالإضافة إلى الآثار السلبية التي لحقت بالأحزاب السياسية من جراء الإقتراع اللاتحي، والتي تجلت في مسألة منح التزكيات وترتيب المرشحين في اللائحة، وإستقطاب الأعيان بهدف كسب أكبر عدد من المقاعد بغض النظر عن مشروعية الوسائل المستعملة من أجل تحقيق ذلك، وقد ترتب عن هذه الأمور عدة تبعات وصلت في مجموعة من الأحزاب إلى حد إستقالة الأعضاء، أو الإنسحاب أو تجميد العضوية²²³. مما يجعل المشهد الإنتخابي في المغرب ينهض على جملة من الإختلالات الذاتية والموضوعية، والتي تتشكل كعوائق في وجه أي إستراتيجية إصلاحية يمكن أن يعرفها الحقل السياسي بخصوص جوهر الإنتخاب والطريقة المثلى لتعاطيه²²⁴.

هكذا، فإن اعتماد الاقتراع اللاتحي وإن كان له ما يبرره ويؤدي نسبيا إلى محاولة القضاء على بعض الظواهر السياسية التي لازمت العملية الانتخابية بالمغرب، فإن الواقع العملي أدى إلى تحول هذا النمط اللاتحي إلى صيغة الفردي مما أنتج بدوره عدة عوامل كابحة للبناء الديمقراطي.

خاتمة:

²¹⁸ - محمد زين الدين، أسس العملية الإنتخابية، مرجع سابق، ص:10.

²¹⁹ - خالد شبّات، ملعوب التحالف الحزبي بالمغرب بين قانون الأحزاب وواقع الممارسة السياسية، مجلة وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة، عدد مزدوج 33-34، صيف-خريف 2007، ص:33.

²²⁰ - أحمد مفيد، مرجع سابق، ص:8.

²²¹ - محمد الرضواني، تشكيل الحكومة في المغرب-المنهجية الديمقراطية والحسابات السياسية-، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 5، شتاء 2008، ص:27.

²²² - فريد لمريني، لماذا قاطعت أغلبية المغاربة إقتراع 7 شتنبر 2007؟ فرضيات وملاحظات، مجلة وجهة نظر، عدد مزدوج 33-34، مرجع سابق، ص:34.

²²³ - أحمد مفيد، مرجع سابق، ص:18.

²²⁴ - بوزركي عبد النبي، في الحاجة إلى فلسفة إنتخابية، مجلة وجهة نظر، عدد مزدوج 33-34، مرجع سابق، ص:36.

إن تجسيد الديمقراطية التشاركية المحلية وإن كانت القوانين المؤطرة لها لم تمنحها المكانة الخاصة بها ضمن آليات تدبير الشأن العام المحلي، حيث جاءت محتشمة تارة، ومتردة تارة أخرى في الدفع بالإشراك الفعلي للمواطن في تدبير شؤونه المحلية، فإنها لم تحدث تلك الطفرة النوعية للرقى بعملية تدبير الجماعات الترابية لشؤونها.

لكن، من جهة أخرى، يمكن القول أن مهما كانت القوانين جد متطورة مالم تواكبها آليات مصاحبة لها ستصطدم بالتأكيد بواقع يجعلها نصوص جامدة، وفي هذا السياق، فإن تقسيم ترابي يناسب المجال الترابي من حيث خصوصياته السوسولوجية، ودوائر انتخابية متجانسة، فضلا عن نمط اقتراع محفز للمواطن على المشاركة السياسية الواسعة والفاعلة لمن شأنه أن يعطى مضمونا حقيقيا للديمقراطية التشاركية على الصعيد المحلي.

وعليه، يبقى نمط الاقتراع الفردي يتماهى وروح الديمقراطية التشاركية النابعة من القرب التمثيلي، وهو ما تضمنه الدوائر صغيرة المساحة التي يجمع بينها قواسم مشتركة من حيث البنيات والتجهيزات والمرافق العمومية والهندسة المعمارية والخصوصية الثقافية، وغيرها من العوامل المحددة للعيش المشترك، إلى جانب اختيار من يمثلهم الذي ينتمي لنفس الدائرة بغية تحقيق الغاية المثلى للديمقراطية التشاركية وهي إشراك ومشاركة المواطن في اتخاذ القرار سواء عن طريق العملية الديمقراطية، أو من خلال الآليات والهيئات التشاورية التي ينص عليها الدستور والقوانين التنظيمية للجماعات الترابية.

المصالحة الجمركية في التشريع الجزائري بين العقد والجزاء

✍ أمال بن بريم

أستاذة محاضرة – أ. بكلية الحقوق و العلوم السياسية ،
جامعة " علي لونيبي " البليدة (2) الجزائر

✍ نوال قحموص

أستاذة محاضرة – أ. بكلية الحقوق و العلوم السياسية ،
جامعة " بن يوسف بن خدة " الجزائر

ملخص:

المصالحة الجمركية هي إجراء إداري من اختصاص إدارة الجمارك، وضعه المشرع الجزائري في متناول مرتكب الجريمة الجمركية، من أجل أن يطلب هذا الأخير من إدارة الجمارك تسوية النزاع الجمركي وديا دون اللجوء إلى القضاء. هذا و يشترط التشريع الجمركي الجزائري لتمام المصالحة توافر مجموعة من الشروط بعضها يتعلق بمحل المصالحة، و البعض الآخر يتعلق بالإجراءات الشكلية الواجب إتباعها. علما أنه يجب استبعاد جرائم التهريب من المصالحة الجمركية.

هذا و قد أولى المشرع الجزائري للمصالحة الجمركية عناية خاصة نظرا لما يترتب عليها من نتائج بالغة الأهمية. إلا أن هناك مشكل كبير حول تحديد التكييف الحقيقي لهذه المصالحة، إذ هناك من يعتبرها عقدا، و هناك من يعتبرها جزاء، و لكل فريق حجج و براهين تعزز وجهة نظره.

Abstract :

La réconciliation douanière est une procédure administrative relevant de la compétence de l'administration douanière, que le législateur algérien a mise en place pour l'auteur de l'infraction douanière, afin que celle-ci demande à l'administration douanière de régler le différend douanier à l'amiable sans recourir à la justice, et en outre, la législation douanière algérienne stipule la disponibilité d'un ensemble de conditions, dont certaines concernent le lieu de réconciliation, et d'autres concernent les procédures formelles à suivre ; tout en excluant les délits de contrebande de la réconciliation douanière.

Le législateur algérien a accordé une attention particulière à la réconciliation douanière, en raison des résultats extrêmement importants. Cependant, il est difficile de définir la véritable adaptation de cette réconciliation comme il y a ceux qui le considèrent comme un contrat, et il y a ceux qui le considèrent comme une pénalité, et chaque équipe a des arguments et des preuves qui renforcent son point de vue.

مقدمة:

يكتسي موضوع المصالحة في المادة الجمركية أهمية بالغة ، كونه من الموضوعات القانونية التي تتسم بالتبسيط و التعقيد في آن واحد ، حيث ترمي من خلالها الإدارة الجبائية إلى توقيف المتابعات القضائية و فض النزاعات الجمركية بأسلوب ودي مقابل دفع مبلغ مالي ، و بمقتضاها تتم معالجة الدعوى العمومية دون ولوج طريق الإجراءات القضائية المعقدة ، فتتحقق سرعة الفصل في الدعوى، و النجاعة في تحصيل المستحقات التي تندرج ضمن أولويات إدارة الجمارك باعتبارها من أبرز هيئات قطاع المالية في تمويل الخزينة العمومية .

هذا و يشترط التشريع الجمركي الجزائري لتمام المصالحة توافر مجموعة من الشروط بعضها يتعلق بمحل المصالحة ، و البعض الآخر يتعلق بالإجراءات الشكلية الواجب استقائها . أما فيما يخص محل المصالحة فيشترط قانون الجمارك الجزائري لقيام المصالحة صحيحة، أن تكون الجريمة تقبل المصالحة. و الأصل أن كل الجرائم الجمركية، باستثناء أعمال التهريب قابلة للمصالحة مهما كان وصفها الجزائي ، سواء كانت جنحة أو مخالفة .

حيث و منذ صدور الأمر رقم 05/06 المؤرخ في 23 / 8 / 2005 و المتعلق بمكافحة التهريب لم تعد المصالحة جائزة في أعمال التهريب، حيث منعتها المادة 21 من القانون 05/17 المؤرخ في 31 / 12 / 2005 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05/06⁽²²⁵⁾ ، و بذلك أصبحت المصالحة محصورة في الجرائم الجمركية الأخرى دون أعمال التهريب.

هذا باختصار شديد عن تعريف المصالحة الجمركية و شروطها و الجرائم الجائز الفصل فيها بواسطتها ، لكن هذا كله ليس بيت القصيد في هذا المقال بل هو محاولة تحديد الطبيعة القانونية للمصالحة في الجرائم الجمركية، حيث تباينت الاتجاهات حول هذا الأمر إذ هناك من ينظر لها كتقنية قانونية من حيث الجانب الشكلي ، أي تقنيات إبرامها ، فيصاغ عليها الطبيعة العقدية ، و هناك من يميل إلى اعتبارها ذات طبيعة جزائية ، وهذا بالنظر للآثار التي ترتبها .

لذلك فإن المصالحة في المادة الجمركية تثير إشكالا أساسيا حول تحديد التكييف القانوني لها، وعليه فإن الإشكالية المطروحة من خلال هذه الورقة البحثية تكون حول تحديد الطبيعة الحقيقية للمصالحة الجمركية هل هي عقد أم جزاء ؟

الإجابة على هذه الإشكالية تكون من خلال التطرق لما يلي:

الطبيعة العقدية للمصالحة الجمركية (المبحث الأول) ثم الطبيعة الجزائية للمصالحة الجمركية (المبحث الثاني).

المبحث الأول : الطبيعة العقدية للمصالحة جمركية

لقد اعتنق المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي و المصري نظام الصلح في الجرائم الجمركية و الجرائم الضريبية ، إذ يجوز للمخالف أن يدفع قبل بدء إجراءات الدعوى العمومية أو قبل صدور الحكم بالإدانة مبلغ الصلح ، وتنقضي الدعوى العمومية بمجرد دفع هذا مبلغ⁽²²⁶⁾ .

⁽²²⁵⁾ المتضمن الموافقة على الأمر 05/06 المؤرخ في 23 أوت 2005 ، المتعلق بمكافحة التهريب ، الجريدة الرسمية العدد 15 .

⁽²²⁶⁾ علي شملال : السلطة التقديرية للنياحة العامة في الدعوى العمومية ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، الجزائر 2010 ، ص 355.

لكن وبالرغم من الطبيعة الخاصة للمصالحة الجمركية و التي تستمدّها من مصدرها الإجرامي و أثرها المسقط للدعوى العمومية، فإنها تبقى من حيث المرجعية ، متصلة بالقانون المدني الذي يعتبر منشؤها الأصلي ، فلا غرابة إذن إن وجدت أوجه الشبه بين المصالحة الجزائية و العقد المدني . و لكن هل يصلح هذا المبرر لإضفاء صفة العقد المدني على المصالحة الجمركية، كما ذهب البعض، أو صفة العقد الإداري، كما يرى البعض الآخر؟.

هذا ما سنحاول تحليله و مناقشته من خلال دراسة مقارنة بين المصالحة الجمركية و العقد المدني من جهة ، و بين المصالحة الجمركية و العقد الإداري من جهة ثانية.

المطلب الأول : المصالحة الجمركية و العقد المدني

بين العقد المدني و المصالحة الجمركية، توجد عدة خصائص مشتركة، جعلت بعض الفقهاء الذين يمثلون التيار التقليدي ، يذهبون إلى اعتبار أن المصالحة الجمركية تعد عقدا مدنيا. و نقصد بالعقد المدني في هذا المجال عقد الصلح، و عقد الإذعان.

الفرع الأول : علاقة المصالحة الجمركية بالصلح المدني

تنطوي المصالحة الجمركية على العديد من مظاهر الصلح المدني ، فبالرجوع لنص المادة 459 من التقنين المدني الجزائري⁽²²⁷⁾ التي تعرف عقد الصلح على أنه: (الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاع قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه) تظهر لنا أوجه الشبه بين الصلحين .

إن أساس الصلح و على غرار العقود الرضائية يرتكز على التراخي المتمثل في الإيجاب المقدم من أحد الطرفين و القبول الذي يصدر من الطرف الآخر. و حتى يكون الرضا صحيحا يجب أن يكون سليما صادرا من شخص يتمتع بالأهلية و خاليا من عيوب الرضا. ففي كلا الصلحين يشترط أن يكون المتعاقد ليس فقط أهلا للتعاقد بل أهلا للتصرف بعوض في الحق المتنازع فيه.

و أهلية التصرف اللازمة في الصلحين هي الأهلية الواجبة في عقود المعاوضة لا عقود التبرع لأن الذي يتصلح لا يقصد التبرع بل يترك جزء ادعائه مقابل ما يترك الطرف الآخر، و عليه لا يكون الصلح صحيحا مع القاصر و المحجور عليه في كل من الصلحين لانعدام أهلية التصرف⁽²²⁸⁾.

هذا و تطبيق على الصلحين نفس القواعد المتعلقة بالنياحة الشرعية (الولاية ، الوصاية ، التقديم و الوكالة)⁽²²⁹⁾ . كذلك و بالنسبة لعيوب الرضا فهي واحدة في الصلحين ، و هي الغلط في الواقع، والتدليس و الإكراه ، و كلها تؤدي إلى إبطال الصلح ، ولا يعد في الصلحين الغلط في القانون ، وكذا الغبن من عيوب الرضا. زيادة على هذا فإنه تترتب على الصلحين المدني و الجمركي، آثار مشتركة بينهما بالغة الأهمية.

⁽²²⁷⁾ القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، المعدل و المتمم للأمر 58.75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية العدد 31.

(2) فوزية زغباط : خصوصية المصالحة الجمركية الجزائية كإجراء بديل عن التسوية القضائية ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، العدد الثامن ، ديسمبر 2017 ، ص 215.

⁽²²⁹⁾ أحسن بوسقيقة : المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام ، وفي المادة الجمركية بوجه خاص ، دار هومة ، طبعة 2013 ، ص 259.

إذ يترتب على الصلح المدني حسم النزاع، فإن كانت خصومة بطلت، وإن كان عزمًا على الخصومة سقط الحق في إقامتها⁽²³⁰⁾. و هو نفس الأثر الذي نجده في المصالحة الجمركية، إذ يترتب عليها انقضاء الدعوى العمومية بالنسبة للجريمة المتصالح فيها و محو كافة آثار الاتهام. كما يترتب على الصلح مدنياً كان أم جمركياً أثر نسبي، أي يكون الأثر مقصور على المتصالحين، و بالتالي لا يضر الغير منه .

كل أوجه التشابه بين الصلح المدني و الجمركي المذكورة أعلاه لا تضاهي من حيث الأهمية ما يفرقهما. و هذا لوجود اختلافات جوهرية ، تتعلق بمقومات الصلح ، النزاع ، نية إنهاء النزاع ، والتنازلات المتبادلة . مما ينفي عن المصالحة الجمركية بوجه عام صفة الصلح المدني .

بحيث يظهر لنا من خلال نص المادة 459 من التقنين المدني الجزائري و المذكورة سابقاً أن أول مقومات الصلح هو أن يكون هناك نزاع بين الطرفين، إذا كان قائماً يكون الصلح قضائياً (Judiciaire)، أو محتمل الوقوع فيكون الصلح غير قضائي (Extrajudiciaire) بينما المصالحة الجمركية لا تطبق إلا في حالة وجود نزاع قائم.

كذلك و إذا كان مجال الصلح في القانون المدني رحباً ، فهو جائز مهما يكن الحق المتنازع فيه ، وأياً كانت ترتيباته و صحته و مداه باستثناء عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، رغم أنه يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية حسب المادة 461 من التقنين المدني الجزائري، فإن المصالحة الجمركية بوجه عام تعتبر استثناء في حالة ما إذا كان القانون يجيزها صراحة .

و يجب أن يقصد الطرفان في عقد الصلح حسم النزاع بينهما ، إما بإنهائه إذا كان قائماً ، و إما بتوقيه إذا كان محتملاً، ولكن ليس من الضروري أن يحسم الصلح جميع المسائل المتنازع فيها بين الطرفين ، فقد يتناول الصلح بعض هذه المسائل فيحسمها و يترك الباقي للمحكمة لتتولى البث فيه . كما يجوز للطرفين أن يتصالحا حسماً للنزاع، و لكنهما يتفقان على أن يستصدرا من المحكمة حكماً بما تصالحا عليه.

و إذا كان في الصلح المدني قصد الأطراف واحد ، وهو حسم النزاع بطريقة ودية إذا كان قائماً أو توقيه في حالة ما إذا محتمل الوقوع ، فإن في المصالحة الجمركية يختلف قصد الإدارة تماماً عن قصد المخالف ، فالأولى تسعى إلى حفظ ملف الدعاوى نهائياً ، أما الثاني فيسعى إلى تفادي المحاكمة لوضع حد لتأثيرات المخالفة ، نهيك عن اختلاف مراكز الأطراف ما بين الصلح المدني و المصالحة الجمركية .

كذلك الصلح المدني يقتضي أن تكون تضحية من الجانبين و ليس من الضروري أن تكون التضحية متعادلة ، كما أنها تكون ذات طابع رضائي، و على العكس من ذلك يكون طرفاً المصالحة الجمركية في موقعين غير متكافئين حيث تكون الكفة فيها لصالح الإدارة ، فتبادل التنازلات التي تشكل أساس الصلح المدني لا وجود له في الواقع في المصالحة الجمركية ، وإذا كان من الجائز أن يتناقش الطرفان

⁽²³⁰⁾ من أهم آثار الصلح المدني انقضاء الحقوق و الدعايات التي تنازل عنها كل من المتصالحين ، كما تثبت كل ما اعترف به كل من المتصالحين للآخر من حقوق .

فإنه من المسلم به أن للإدارة كل السلطات لفرض إرادتها على المخالف الذي لا يملك إلا أن يخضع لشروط الإدارة فيسلم من المتابعة أو يرفضها فيساق به أمام القضاء.

الفرع الثاني: علاقة المصالحة الجمركية بعقد الإذعان

تتمثل المصالحة الجمركية إلى حد ما مع عقد الإذعان المنصوص عليه في المادة 70 من التقنين المدني الجزائري⁽²³¹⁾ المذكور سابقاً، كون الإدارة طرفاً قوياً اتجاه الطرف الآخر المتمثل في المتهم طالب المصالحة، والتي تعتبر كمكنة خولها المشرع له و للإدارة ترفضها أو تمنحها بالشروط والكيفيات التي تقررها، وما على المتهم إلا الإذعان لذلك، فالمصالحة ينص عليها القانون، وتنظمها لوائح تنظيمية و لا مجال لإمكانية مناقشة إجراءاتها.

لهذا ذهب جانب من الفقه و هم أنصار الصفة العقدية للمصالحة الجمركية، حيث اعتبروها من عقود الإذعان التي يفرض فيها أحد الطرفين شروطه على الآخر دون أن يملك الطرف الآخر مناقشته في ذلك.

و هذا على أساس أن الإدارة تكون في المصالحة الجمركية الطرف الأقوى، فهي في وضعية امتياز إزاء الطرف الآخر الذي لا يملك غالباً إلا الإذعان للشروط المفروضة عليه دون أن تكون له إمكانية كبيرة لمناقشتها. كما أن المصالحة الجمركية كعقد الإذعان، قرار جاهز أكثر مما هي اتفاقية تقبل بحرية إذ ينص عليها القانون و تنظمها لوائح تنظيمية ضمن قواعد دقيقة.

لكن و إذا كان عقد الإذعان يتضمن فعلاً عناصر تتقارب كثيراً مع المصالحة الجمركية، فإن البون بينهما يبقى شاسعاً و جوهرياً يرجع إلى مصدر كل منهما.

بحيث أن المصالحة الجمركية تجد مصدرها في مخالفة التشريع الجمركي بينما في عقد الإذعان فإن المتعاقد ينضم دون مناقشة لإحداث أثر قانوني رغم ضعف مركزه، مما يتعرض الطرف الآخر و هو المتهم في حالة عدم قبولها إلى المتابعة الجزائية التي تنص عليها أحكام قانون الجمارك.

إذ يرجع تفاوت الأطراف في عقد الإذعان إلى الوضعية الاقتصادية، فلا توجد عقود إذعان إلا إذا كان الإيجاب صادراً من متعاقد يحتكر شيئاً ضرورياً للمستهلك، فالتأمينات و النقل و التشغيل تكون في غالب الأحيان حكراً على شركات كبرى متخصصة، وإذا كان الإيجاب في عقد الإذعان دائماً فإن الطلب في حد ذاته ثابت و يفرض نفسه أكثر على الفرد، ويسعى القانون من جهة أخرى، إلى حماية الطرف الأكثر ضعفاً يحده في ذلك القضاء⁽²³²⁾.

أما أطراف المصالحة الجزائية، فهم أصلاً ليسوا في وضعية واحدة، فالإيجاب ليس دائماً، بل هو على عكس ذلك استثنائي لأن المصالحة الجمركية تجد مصدرها في مخالفة القانون.

⁽²³¹⁾ لم يتفق الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، غير أنهم يجمعون على أن ما يميزه عن باقي العقود هو عدم وجود حوار أو مناقشة لبنوده، إذ يحدد محتواه و مضمونه بإرادة واحدة، ولا يبقى للطرف الآخر إلا الانضمام إلى تلك الإرادة المنفردة. هذا و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يعرفه بل أورد كيفية حصول القبول فيه، وهذا من خلال نص المادة 70 من التقنين المدني بالقول: (يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها).

⁽²³²⁾ أحسن بوسقيعة: المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام، وفي المادة الجمركية بوجه خاص، المرجع السابق، ص 274.

وإذا لم تتم المصالحة التي تكتسي طابعا استثنائيا يتعرض الطرف للمتابعة الجزائية ، وبالتالي فإن حماية المشرع و القضاء للمتعاقد الأضعف التي نجدها في عقد الإذعان ليس لها ما يبررها في المصالحة الجمركية .

و إذا كانت الشروط في الإجراءات كمحددة مسبقا فإن رفض طرف اكتتاب عقد الإذعان يؤدي إلى أسوء الأحوال بالطرف الراضى إلى إبرام عقد آخر من نفس النوع قد يكون أفيد له ، في حين أن رفض اكتتاب المصالحة الجمركية يؤدي إلى المتابعة القضائية، فستان بين الضرورة الاقتصادية و المخالفة⁽²³³⁾ .

كما أن المصالحة الجمركية تختلف عن عقد الإذعان في كيفية إبرام العقد ، فعقد الإذعان ، الذي يقصد به عدم وجود حوار أو مناقشة لبنوده ، إذ يحدد محتواه و مضمونه بإرادة واحدة ، ولا يبقى للطرف الآخر إلا الانضمام إلى تلك الإرادة المنفردة⁽²³⁴⁾ ، بينما المصالحة الجمركية نجد أن المتهم يطلبها ، وتبقى الإدارة طرفا ممتازا في القبول أو الرفض .

كذلك و بما أن إدارة الجمارك لا تتردد في تسمية مقابل التصالح بالعقوبة ، و نعت الطرف طالب المصالحة بالمتهم ، كما أن الشكلية مطلوبة في تحرير محتوى المصالحة ، فلو كانت ذات طبيعة تعاقدية لسميت عقدا ، بينما يلاحظ أن التنظيم المسير لمصلحة الجمارك ، و كذا في التشريع المقارن يسمى قرار المصالحة ، وهو بذلك يتباين مع المفهوم التعاقدي ، في آخر هذه النقطة يمكن التوصل إلى أن المصالحة الجمركية تختلف عن عقد الإذعان، كما أنها تتباين مع عقد الصلح المدني، و بالتالي فتتفني عنها طبيعة العقد المدني.

المطلب الثاني : المصالحة الجمركية و العقد الإداري

لما كانت إدارة الجمارك — و التي تعتبر إدارة عمومية — طرفا في المصالحة التي تبرمها مع المخالفين للتشريع الجمركي ، فهذا ما أدى بالبعض إلى إسباغ طبيعة العقد الإداري عليها بالرغم من احتفاظها بخصوصيتها . و حتى نتمكن من تحليل الاتجاه الذي يضي على المصالحة الجمركية صفة العقد الإداري يجدر بنا تناول أوجه الشبه التي يشتركان فيها، ثم تبيان الاختلافات التي تفرقهما.

الفرع الأول : أوجه التشابه بين المصالحة الجمركية و العقد الإداري

من المسلم به فقها و قضاء أن خصائص العقد الإداري هي ثلاثة خصائص تتمثل في: أن يكون أحد طرفي العقد شخصا عاما، و أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام ، كما يجب أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في القانون العام . فما مدى توافر هذه الخصائص في المصالحة الجمركية ؟

أولا : بالنسبة لمساهمة الشخص العام

بما أن إدارة الجمارك بصفتها طرف في المصالحات التي تبرمها مع المتابعين الذين يطلبونها بما يخول لهم القانون ذلك، فهي تكتسي صفة الشخص المعنوي العام.

ثانيا : بالنسبة إلى نشاط المرفق:

⁽²³³⁾ أحسن بوسقيعة : المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام ، وفي المادة الجمركية بوجه خاص ، المرجع السابق ، ص 275.

⁽²³⁴⁾ أحسن بوسقيعة : المنازعات الجمركية في ضوء الفقه و اجتهاد القضاء ، دار الحكمة ، الجزائر ، 1998 ، ص 134.

إن المصلحة الجمركية تتعلق بنشاط مرفق عام و الذي يتمثل في أي عمل إداري تكون الغاية منه إشباع مصلحة عامة و يهدف إلى تحقيقها، عن طريق ضمان و حماية و تحصيل مستحقات الخزينة العمومية.

ثالثا: بالنسبة للشروط غير المألوفة في القانون العام:

تعتبر من قبيل الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص تلك التي تمنح من الأطراف المتعاقدين حقوقا و تحملهم التزامات، لم يعهدها من قبل في تصرفاتهم القانونية، و هي غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافقوا عليها بحرية أي من هم في نطاق القوانين المدنية و التجارية⁽²³⁵⁾.

و بصفة عامة تعتبر شروطا غير مقبولة تلك التي تتضمن منح امتيازات السلطة العامة في مواجهة الطرف المتعاقد معها ، كحق استعمال إجراءات التصرف الفوري ، و سلطة فسخ العقد بدون إشعار مسبق و بدون تعويض، و حق ممارسة رقابة استثنائية على تنفيذ العقد ، و كذلك تحويل المتعاقد مع الإدارة امتياز تحصيل الرسوم .

إن خاصية الشروط غير المألوفة و المتمثلة في تضمن العقد شروطا غير مألوفة في القانون الخاص ، يرى البعض أنها خاصية أو شرط يجد سنده فيما تمليه الإدارة على المتهم من شروط ، مثل الدفع الفوري لمبلغ التصالح ، أو قيمة الأشياء محل المصادرة و وجوب إيداع وديعة على وجه الضمان.

لكن ما يمكن قوله أنه إذا كان توافر الخاصيتين الأولى و الثانية في المصلحة الجمركية لا يثير أي إشكال ، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة لتوافر الخاصية الثالثة التي اختلف بشأنها الفقهاء ، فهل فعلا تتضمن المصلحة الجمركية شروطا غير مألوفة في القانون العام؟. هذا ما سيتم الإجابة عليه من خلال التطرق لأوجه الاختلاف بين المصلحة الجمركية و العقد الإداري.

الفرع الثاني : أوجه الاختلاف بين المصلحة الجمركية و العقد الإداري

بالرغم من أوجه التشابه في خصائص المصلحة الجمركية مع العقد الإداري المذكورة أعلاه إلا أن العديد من الفقهاء يخالفون الرأي القائل بإضفاء صبغة العقد الإداري على المصلحة الجمركية و ذلك للأسباب التالية:

أولا : أطراف المصلحة الجمركية و المتمثلون في إدارة الجمارك من جهة ، و المتابع من جهة أخرى ملزمين باحترام شروط المصلحة، و لا يمكنهما تعديلها أو فسخها ، إلا إذا أخل أحد بالتزاماته ، على خلاف العقد الإداري الذي تتوفر فيه الإدارة على سلطة التعديل في التزامات و شروط العقد ، عن طريق فرض أعباء إضافية لتحقيق المصلحة العامة ضمن أفضل الشروط ، لم تكن واردة في العقد من قبل.

ثانيا : كما يخول للإدارة الحق في فسخ العقد الإداري بصفة انفرادية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، و تمارس الإدارة هذه السلطة ليس كعقوبة بسبب تقصير خطير ارتكبه المتعاقد معها ، وإنما كمظهر للسلطة العامة ، في حين لا تملك إدارة الجمارك ، مثلا فسخ المصلحة حيث يكون فيها كل طرف ملزم باحترام شروطها، ولا يمكن لأحدهما تعديلها لا بالزيادة و لا بالنقصان . إلا إذا أخل الطرف المتصلح معها بالتزاماته التصالحية .

ثالثا: كذلك فإن إدارة الجمارك في المصلحة لا يخول لها عدم تنفيذ التزاماتها، كما لا يحق لها تطبيق عقوبات خاصة، تدرج في العقد لمواجهة أي إخلال للمتعاقد عن التزاماته، بيد أن العقد الإداري البحث يمكن للإدارة ذلك.

²³⁵ (Frédéric DEBOVE, Rudolph HIDALGO- Droit pénal et procédure Pénal – 2eme édition – édition L.G.D.J Paris- 2005..)

رابعاً : للإدارة أيضاً عدم تنفيذ التزاماتها ، وهذا لا يصلح مبرراً لتخلي من تصالح معها عن تنفيذ التزاماته ، اللهم إلا إذا استحال معه على المتعاقد الآخر تنفيذ التزاماته ، و للإدارة كذلك تطبيق عقوبات خاصة بالعقد الإداري تدرج في العقد لمواجهة أي إخلال للمتعاقد عن التزاماته ، وكل هذه الامتيازات لا نجدها في المصالحة الجمركية.

خامساً : بالإضافة إلى ما سبق ذكره هناك فارق آخر بين المصالحة الجمركية و العقد الإداري ، يتمثل في الاختصاص في الفصل في المنازعات الخاصة بالمصالحة الجمركية ، فالتسليم بالصفة الإدارية للمصالحة الجمركية يجعل الاختصاص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بسببها للقضاء الإداري، و هذه المنازعات عادة ما تتعلق بتنفيذ الالتزامات المترتبة على المصالحة ، كامتناع الشخص المتصالح مع الإدارة أو عجزه عن دفع المقابل الذي التزم به أو امتناع الإدارة أو عجزها عن الوفاء بالتزاماتها خاصة إذا تضمنت المصالحة تسليم الأشياء المحجوزة .

و قانون الجمارك في هذه الحالة يستبعد صراحة اختصاص القضاء المدني ، وعلى ذلك نصت المادة 273 من قانون الجمارك⁽²³⁶⁾ و التي جاءت كما يلي: (تنظر الهيئة المختصة بالبحث في القضايا المدنية في الاعتراضات المتعلقة بدفع الحقوق و تسديدها ... و غيرها من القضايا الجمركية التي لا تدخل اختصاص القضاء الجزائي) . و من جهته يحيل قانون الإجراءات المدنية و هو بصدد الحديث عن الاختصاص بشأن المنازعات الإدارية ضمناً إلى القضاء المدني للفصل في المنازعات الجمركية ، حيث نصت المادة 168/3 منه على أن المواد التي تحكمها إجراءات خاصة ، و ذكرت من ضمنها الجمارك تستمر خاضعة بالنسبة للفصل فيها ضمن الأوضاع المنصوص عليها في الأحكام الخاصة بهذه المواد.

من كل ما سبق ذكره من أوجه اختلاف بين المصالحة الجمركية و العقد الإداري يتبين لنا أنهما أمران مختلفان و لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبارهما شيئاً واحداً.

المبحث الثاني : الطبيعة الجزائية للمصالحة الجمركية

خلافًا للجوانب الشكلية للمصالحة الجمركية، و التي تأثرت بها بعض الاتجاهات التي أسبغت عليها الطبيعة العقابية، لاسيما و أن المصالحة تجد جذورها في نطاق القانون المدني — كما سبق و أن رأينا — فإن جوهرها ذو طبيعة مغايرة.

إذ أن مصدر المصالحة الجمركية ينبج عن جريمة مخالفة التشريع الجمركي، بالإضافة إلى تعلقها بالدعوى العمومية ، حيث تعتبر المصالحة من أسباب انقضاء الدعوى العمومية . ناهيك عن المقابل الذي يدفعه المخالف الذي يطلب المصالحة و الذي يعتبره البعض عقوبة جنائية مالية ، بحيث تحدث إيلاهما للمتهم.

إن مصطلح الجزاء يحوي مضمونه رد فعل على المخالفة، أي نص في مختلف فروع القانون ، على عكس العقوبة التي تعبر عن رد فعل ناشئ عن ارتكاب جريمة ، و منه فالجزاء يخمل معنى الردع بطبيعته المزدوجة الإدارية و الجنائية. و على هذا الأساس انقسم أصحاب هذا الاتجاه إلى فريقين ، الأول منهما كيف المصالحة باعتبارها جزاء إدارياً ، أما الفريق الثاني فيرى في المصالحة الجمركية جزاء جنائياً.

المطلب الأول : المصالحة الجمركية و الجزاء الجنائي

⁽²³⁶⁾ القانون رقم 04 /17 المؤرخ في 16 فبراير 2017 ، المعدل و المتمم للقانون 07/79 المتضمن قانون الجمارك ، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 11.

يميل جانب قليل من الفقه إلى اعتبار المصالحة الجرمية جزاء جنائيا، على أساس أنها تنطوي فعلا على بعض خصائص الجزاء الجنائي، و لتوضيح هذا سيتم التطرق لتعريف الجزاء الجنائي، ثم التطرق إلى مدى اعتبار المصالحة الجرمية جزاء جنائيا.

الفرع الأول : تعريف الجزاء الجنائي

للجزاء الجنائي صورتان : العقوبة و التدابير الاحترازية ، و ما يهم هنا هي العقوبة ، أما التدابير الاحترازية ⁽²³⁷⁾ ، أو الوقائية فلا صلة لها بالمصالحة الجرمية ، نظرا لطابعها الوقائي المميز الذي يجعلها علاجية أكثر من أن تكون جزاء لجريمة متفرقة ⁽²³⁸⁾ . هذا و تعرف العقوبة على أنها : (جزاء يقرره المشرع و يوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته في ارتكاب جريمة ، و تتمثل العقوبة في إيلاء الجاني بالانتقاص من بعض حقوقه الشخصية ، و أهمها الحق في الحياة ، و الحق في الحرية) ⁽²³⁹⁾ .

كما عرف الجزاء أو العقوبة على أنها : (إجراء تقويمي حدده القانون ينطوي على إهدار أو إنقاص لحق أو لمصلحة تخص حقوق مرتكب الجريمة ، أو المصالحة ، يحول تنفيذها إلى سلطة قضائية مختصة بذلك و يحدد هذا الجزاء من حيث الكم ، و من حيث النوع) ⁽²⁴⁰⁾ .

و للعقوبة الجنائية عدة خصائص، أهمها الشرعية، فأغلب التشريعات تنص على أنه : (لا جريمة و لا عقوبة و لا تدابير أمن إلا بنص قانوني) كما هو الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري في نص المادة الأولى من قانون العقوبات المعدل و المتمم. حيث يحدد المشرع العقوبة و يجعلها متراوحة بين حدين أدنى و أقصى ، و يترك للقاضي حرية التقدير و النطق بالعقوبة بين هذين الحدين فلا تتجاوز الحد الأقصى و لا تنزل عن الحد الأدنى إلا ما استثناه القانون كما في حالتي التشديد أو التخفيف من العقوبة.

أما الخاصية الثانية للعقوبة الجنائية فتتمثل في شخصية العقوبة ، و معنى هذا أنه لا تمتد العقوبة إلى الغير مهما كانت صلته بالجاني ، فلا تطبق على الولي أو الوصي أو المسؤول المدني ، ما لم يرتكب أحدهم خطأ شخصيا . أي أنه لا توقع العقوبة إلا على من اقترف الجريمة أو على من شارك فيها .

بالإضافة إلى مبدأ قضائية العقوبة أي لا تصدر العقوبة إلا من جهة قضائية مختصة ، و من طرف قضاة مؤهلين قانونا ، وفق الإجراءات القضائية المنصوص عليها في القانون. و بطبيعة الحال فإن الغرض من وراء توقيع العقوبة ، هو توقيع ألم للمجرم ، و كذلك حرمانه أو الانتقاص من بعض الحقوق ، كالحق في الحياة و الحق في الحرية و الحقوق المالية ، و غيرها .

⁽²³⁷⁾ علما أن التدابير الاحترازية تعد الصورة الثانية للجزاء الجنائي ، إذ بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أنه لم يقم بتعريفها ، إلا أن علماء العقاب يعرفونها على أنها مجموعة الإجراءات التي يصدرها القاضي لمواجهة الخطورة الإجرامية الكامنة في الشخص مرتكب الجريمة بغرض تخليصه منها . لأكثر تفصيل في هذا أنظر : ياسين بوهنتالة أحمد ، القيمة العقابية للعقوبة المثالية للجريمة ، دراسة في التشريع الجزائري، مكتب الوفاء القانونية ، دون طبعة ، 2017، ص 134.

⁽²³⁸⁾ كريم الصبونجي : الطبيعة القانونية للمصالحة الجرمية ، منشورات مجلة الحقوق ، سلسلة المعارف القانونية و القضائية ، جامعة محمد الخامس ، دار النشر و المعرفة ، الرباط ، المغرب ، عدد 24 ، ص 95.

⁽²³⁹⁾ أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي العام ، دار هومة ، دون طبعة ، الجزائر ، 2012، ص 289.

⁽²⁴⁰⁾ بوراس عبد القادر : العفو عن الجريمة و العقوبة في التشريع الجزائري و المقارن ، داسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر ، دون طبعة ، 2013 ، ص 30.

هذا و يتوخى من توقيع العقوبات تحقيق الردع الخاص و العام ، و يقصد بالردع الخاص إيلام للمجرم بالقدر اللازم الذي يمنعه من التفكير في إعادة ارتكاب الجريمة. أما الردع العام فيقصد به تحذير باقي أفراد المجتمع بأنهم سينالون نفس الجزاء إذا أقدموا على نفس الجريمة التي ارتكبتها المجرم المعاقب.

و العقوبات في التشريع الجزائري مصنفة إلى عقوبات أصلية - و هي التي يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى ، حيث يكون العقاب فيها أصلي و أساسي . و أخرى تكميلية و هي التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية ، إذ لا تلحق المحكوم عليه إلا إذا نص عليها صراحة في الحكم ، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة .

الفرع الثاني : مدى اعتبار المصالحة الجمركية عقوبة جنائية

يحتل مبدأ الشرعية صدارة الخصائص المشتركة بين المصالحة في المواد الجنائية ، فالمصالحة كما تمت الإشارة إليها تتسم بالطابع الاستثنائي ، فلا تجوز إلا إذا كان القانون ينص على جوازها صراحة (و هذا طبقا للمادة 6/أخيرة من قانون الإجراءات الجزائية) .

و يتجلى خضوع المصالحة الجمركية لمبدأ الشرعية بصفة أوضح من خلال حرص المشرع الجزائري على تحديد مجالها ، إذ حدد المشرع مجال تطبيقها بنصه في قانون الجمارك على الجرائم التي لا يجوز فيها المصالحة ، و المتمثلة في المخالفات المتعلقة بالبضائع المحظورة عند الاستيراد أو التصدير ، و بالمقابل فإن الجرائم الأخرى التي لم يستثنها المشرع تكون قابلة للمصالحة⁽²⁴¹⁾.

كما يتأكد انطباق مبدأ الشرعية على المصالحة الجمركية من خلال تدخل المشرع في تحديد ميعادها، فكل التشريعات التي تجيز المصالحة ، بما فيها المشرع الجزائري ، تحدد الميعاد الذي تجوز فيه المصالحة.

كذلك و على أساس كون المصالحة الجمركية ، تسفر على نزع جزء من الذمة المالية للمتهم طالب المصالحة ، بحيث تحدث إيلاما له ، و بذلك فإن المصالحة تتضمن عقوبة جنائية نجمت عن خرق المتهم لقاعدة جنائية ، بيد أن تطبيق العقوبة لا يتم من خلال إجراءات جنائية ، بل من خلال إجراءات إدارية ، و من ثمة فالمصالحة تعتبر تنفيذا اختياريا للعقوبة ، بدفع مبلغ من المال يمثل العقوبة ذاتها.

كما أن المصالحة الجمركية تتوفر على خاصية عدالة العقوبة ، و لو بقدر أقل من مبدأ الشرعية . فالمصالحة في التشريع الجزائري الجزائري تكون بمبادرة من المخالف، إذ هو الذي يطلب و للإدارة أن تقبل أو ترفض طلبه، و هذت الأخير — الرفض — مستبعد لأنه لا يمكن تصور أن ترفض الإدارة طلب مصالحة تستوفي كل الشروط القانونية و تستجيب إلى طلباته.

في الأخير يمكن التوصل إلى أن المصالحة الجمركية تنطوي على بعض خصائص العقوبة الجزائية ، كالشرعية ، و إلى حد ما العدالة ، و طابع الإيلام . في حين لا توجد الخصائص الأخرى للعقوبة في المصالحة في المواد الجزائية ، كشخصية العقوبة و صدورهما من جهة قضائية مختصة قانونا — و التي تمت الإشارة إليها سابقا — هذه الخصائص التي تفتقر إليها المصالحة الجمركية أقوى من الخصائص المشتركة.

مما يمكن القول بأن توافر بعض خصائص العقوبة في المصالحة الجمركية لا يكفي لإضفاء صفة الجزاء الجنائي عليها.

المطلب الثاني : المصالحة الجمركية و الجزاء الإداري

⁽²⁴¹⁾ علي أحمد صالح : المصالحة الجمركية في القانون الجزائري ، مجلة حوليات ، جامعة الجزائر 1 ، العدد 33 ، الجزء الرابع ، ديسمبر 2019 ، ص183.

ظهر اتجاه آخر يرى بأن المصالحة الجمركية هي عقوبة إدارية جزائية ، و هو اتجاه حديث النشأة ، و لقد تأيد هذا الاتجاه مؤخرا بقضاء المجلس الدستوري الذي أقر مفهوم الجزاء الإداري . و على هذا الأساس سيتم التطرق إلى الاتجاهات الحديثة التي أقرت الجزاء الإداري ، ثم إلى مدى انطباق مفهوم الجزاء الإداري على المصالحة الجمركية.

الفرع الأول : الاتجاهات الحديثة نحو إقرار الجزاء الإداري

لقد تزامن ظهور الاتجاه الذي يسير نحوى إقرار الجزاء الإداري مع بروز ظاهرة الردة عن التجريم ، و التي عرفت انتشارا واسعا يرجعه البعض⁽²⁴²⁾ إلى التضخم التشريعي في مجال التجريم و ما ترتب عليه من ازدياد عدد القضايا الجزائية بشكل كبير مما أدى إلى عدم تمتع المتهم بالضمانات القانونية التي يكلفها القانونية الجنائي و القضاء بالإضافة إلى فقدان الأثر الرادع بسبب البطء في الفصل في الدعوى.

فيما يبرر البعض الآخر⁽²⁴³⁾ اللجوء إلى الجزاء الإداري تارة بعدم ملائمة التجريمات الجزائية الموجودة ، و تارة أخرى بعدم استجابتها لمتطلبات قمع معين. و هناك من يبرر اللجوء إلى هذا النوع من الجزاء بتقنية المادة بالنظر إلى تكوين القاضي الجنائي الذي تغلب عليه العمومية و انعدام التخصص ، و هذا ما يفسر كثرة الأحكام بالبراءة و تسامح القضاة. و برر كذلك اللجوء إلى الجزاء الإداري الجنائي بضرورة منح الإدارة وسائل السياسة التي تريد إتباعها⁽²⁴⁴⁾.

و إذا كانت المسألة لم تطرح بعد على القضاء الجزائري و لم يتناولها الفقه بالنقاش فإن تشابه المنظومة القانونية الجزائرية مع المنظومة الفرنسية لأسباب تاريخية معروفة يجعلنا نتابع باهتمام ما يجري في فرنسا ، لأن ما توصل إليه الفقه و القضاء الفرنسيان يصلح إلى حد بعيد في الجزائر .

الفرع الثاني : مدى تكريس مفهوم الجزاء الإداري

لقد أثيرت اعتراضات حول مدى دستورية الجزاءات الإدارية لمخالفتها على وجه الخصوص لمبدأ الفصل بين السلطات في شقيه و هما :

من جهة: مبدأ تخصص السلطات الذي بموجبه يحتكر القاضي الجنائي و حده سلطة القمع ، و هذا المبدأ ينظر إليه كضمان أساسي للمواطنين لما يتمتع به القاضي من استقلالية في ممارسة مهامه. و من جهة أخرى: مبدأ عدم جمع السلطات الذي يستبعد أن تكون سلطة إدارية حائزة لسلطة تنظيمية و تملك في ذات الوقت سلطة قمعية تمكنها من معاقبة الإفلات بالأنظمة التي وضعتها بنفسها.

خاتمة:

⁽²⁴²⁾ غنام محمد غنام : القانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية ، دون ذكر رقم الطبعة ، 1993 ، ص 3.

⁽²⁴³⁾ IDIR KSOUR, La transaction douanière ,grand Alger livres édition ,ALGERIE,2008 .p 134

⁽²⁴⁴⁾ أحسن بوسقيعة : المنازعات الجمركية في ضوء الفقه و اجتهاد القضاء، ص 307.

اتضح من خلال معالجة هذا الموضوع، أهمية المصالحة في نطاق القانون الجمركي، بوصفها طريقة غير قضائية لإدارة الدعوى العمومية، و لدورها الفعال في حسم النزاعات القائمة بين إدارة الجمارك من جهة، و المتابعين بارتكاب مخالفة التشريع الجمركي من جهة ثانية. و لعل أهم النتائج التي يمكن التوصل إليها من خلال هذه الدراسة ما يلي:

— عجز الآليات القانونية التقليدية عن إعطاء تكييف دقيق للمصالحة الجمركية التي تجاوزت التقسيم الثنائي للقانون: مدني من جهة، و جنائي من جهة أخرى يسيران في خطين متوازيين لا يلتقيان. إذ أن المصالحة الجمركية تنتسب إلى الصلح المدني دون أن تكون عقدا مدنيا، و تحمل في طياتها جزاء دون أن تنصهر فيه، و هي على علاقة وطيدة بالقانون الإداري دون أن تكون منه.

— إن الإقرار بالطابع التعاقدي للمصالحة الجزائية لا يعني بالضرورة أنها عقد. فإذا كان من المؤكد أن ما يجمع المصالحة في المواد الجزائية، بوجه عام، و في المادة الجمركية، بوجه خاص، و العقد بشقيه المدني و الإداري أكبر بكثير مما يفرقهما، فإنها مع ذلك تبقى محتفظة بخصوصيتها التي تستمدّها من طابعها الجزائي.

— إن المصالحة الجمركية و قبل صدور حكم نهائي فهي تندرج سواء في مرحلة منحها أو في مرحلة تقديرها ضمن الدعوى الجنائية، كما أن أثرها المسقط للدعوى العمومية، و طابعها التعويضي الجزائي يحددان طبيعتها كعقوبة خاصة توقعها إدارة عمومية.

قائمة المراجع :

أولاً: باللغة العربية

(1) الكتب:

- بوهنتالة أحمد ياسين ، القيمة العقابية للعقوبة المثالية للجريمة ، دراسة في التشريع الجزائري، مكتب الوفاء القانونية ، دون طبعة ، 2017.
- بوسقيعة أحسن : المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام ، وفي المادة الجمركية بوجه خاص ، دار هومة ، طبعة 2013.
- بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجنائي العام ، دار هومة ، دون طبعة، الجزائر، 2012.
- بوسقيعة أحسن : المنازعات الجمركية في ضوء الفقه و اجتهاد القضاء ، دار الحكمة ، الجزائر ، 1998 .
- بوراس عبد القادر : العفو عن الجريمة و العقوبة في التشريع الجزائري و المقارن ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، دون طبعة ، 2013 .
- شمال علي : السلطة التقديرية للنيابة العامة في الدعوى العمومية ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، الجزائر، 2010.
- غنام محمد غنام : القانون الإداري الجنائي، دار النهضة العربية ، دون ذكر رقم الطبعة، 1993.

(2) المجلات:

- زعباط فوزية : خصوصية المصالحة الجمركية الجزائية كإجراء بديل عن التسوية القضائية ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، العدد الثامن ، ديسمبر 2017 .
- الصبونجي كريم : الطبيعة القانونية للمصالحة الجمركية ، منشورات مجلة الحقوق ، سلسلة المعارف القانونية و القضائية ، جامعة محمد الخامس ، دار النشر و المعرفة ، الرباط ، المغرب ، عدد 24 .
- صالح علي أحمد : المصالحة الجمركية في القانون الجزائري ، مجلة حوليات ، جامعة الجزائر 1 ، العدد 33 ، الجزء الرابع ، ديسمبر 2019.

(3) القوانين :

- القانون رقم 04 /17 المؤرخ في 16 فبراير 2017، المعدل و المتمم للقانون 07/79 المتضمن قانون الجمارك، الصادر في الجريدة الرسمية ع 11.
- القانون 05/17 المؤرخ في 31 /12/ 2005 المتضمن الموافقة على الأمر 05/06 المؤرخ في 23 أوت 2005 ، المتعلق بمكافحة التهريب، الجريدة الرسمية العدد 15 .
- القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، المعدل و المتمم للأمر 58.75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية العدد 31.

ثانياً : باللغة الأجنبية

Frédéric DEBOVE, Rudolph HIDALGO- Droit pénal et procédure Pénal – 2eme édition – édition L.G.D.J Paris-2005.

• IDIR KSOUR, La transaction douanière ,grand Alger livres édition ,ALGERIE,2008 .

عقوبة الإعدام في المغرب: بين الضرورة وانتماء الحق في الحياة

✍ محمد مرحوم

دكتور في الحقوق

كلية الحقوق-جامعة المولى اسماعيل مكناس

ملخص:

نص دستور المملكة المغربية لسنة 2011 على الحق في الحياة، وأناط بالقانون مهمة حماية هذا الحق. ويعتبر هذا التنصيص من أهم المستجدات التي حملها دستور 2011، في الوقت الذي تحاشت فيه الدساتير السابقة أي حديث عن الحق في الحياة، الذي يعتبر أول الحقوق ويتيح التمتع بباقي الحقوق الأخرى. في المقابل يرتب القانون الجنائي عقوبة الإعدام لمجموعة من الجرائم، مما يجعلها في مواجهة الحق الدستوري في الحياة، ورغم أن تنفيذها قد توقف في المغرب منذ سنة 1993، فإن النطق بها مازال يطرح انقسامات مجتمعية حول جدوى هذه العقوبة ونجاعتها.

Abstract :

The Constitution of the Kingdom of Morocco of 2011 stipulated the right to life, and the law was tasked with protecting this right. This stipulation is considered one of the most important developments in the 2011 constitution, at a time when previous constitutions avoided any discussion of the right to life, which is the first right and allows the enjoyment of the rest of the other rights. On the other hand, the criminal law arranges the death penalty for a group of crimes, which makes it in the face of the constitutional right to life, and although its implementation has been suspended in Morocco since 1993, its pronouncement still raises societal divisions about the feasibility and effectiveness of this punishment.

مقدمة:

شكل انتقال الإنسان من حالة الطبيعة إلى حالة تأسيس المجتمع السياسي، محورا للتفكير الفلسفي نتج عنه مجموعة من النظريات والتوجهات، أخضعت هذا الانتقال إلى كثير من الدراسة والتحليل. وإذا كانت جل النظريات في الفكر السياسي قد أجمعت على ضرورة وجود سلطة وإرادة فوق الجميع، وتتمتع بالتفوق على كل الأفراد حتى يسود الأمن والاستقرار في المجتمع الإنساني، فإنها قد اختلفت في طريقة تأسيسها وحدودها، وتبقى أهمية هذه النظريات كامنة في الاتفاق على وجود قانون يلزم أفراد المجتمع على الانصياع له واحترامه، تأسيسا للعيش المشترك وتجاوز حالة الفوضى والطبيعة.

يعتبر القانون أسمى تعبير عن الأمة، يتم سنه وتشريعه من طرف السلطة التشريعية المنبثقة عن الشعب بواسطة الانتخابات، ليرتبط بالحياة العامة بالمجتمع وليضبط سلوك لأفراد، يوقع الجزاء والعقوبة على كل مقترف لفعل أو تصرف وضعه القانون ضمن الأفعال المجرمة، مما يطرح حدود سياسة التجريم ومدى ملائمة وتناسب الفعل أو الجرم للعقوبة، كمبدأ أساسي يضمن عدم الغلو في التجريم والعقاب، وفي نفس الوقت استحضار عدم التساهل مع جرائم تهدد الأمن والنظام داخل المجتمع، والتي تنزع به نحو حالة الفوضى والطبيعة.

يهدف التشريع الجنائي بشقيه المسطري والعقابي إلى إضفاء الفعالية على العدالة الجنائية لغاية حماية مصالح المجتمع²⁴⁵، حيث يتموضع القضاء الجنائي ضمن معادلة صعبة، تتجلى في التوفيق بين حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية من جهة، وتحديد الاختيارات والقواعد التي يتعين أن تقوم عليها السياسة الجنائية في مجال التجريم والعقاب²⁴⁶ من جهة أخرى، وما دام إصدار حكم قضائي سيؤثر في وضعية المتهمين، فإن المشرع عمل على سن قواعد وإجراءات يجب اتباعها والتقيدها بها، وإلا وقع حكم المحكمة تحت طائلة البطلان، أخذاً بعين الاعتبار سلطة القاضي التقديرية في تدقيق وتمحيص وترجيح الأدلة.

وعلى هذا الأساس، يعتبر الاجتهاد القضائي الجنائي ضماناً أساسية لحماية الحقوق المضمونة دستورياً، أو بواسطة قوانين عادية أو تنظيمية، إلا أن هذا التدخل الجنائي لا يجب أن يؤخذ على أنه مدخل للمساس بجوهر حقوق الإنسان، فالتوازن يتطلب وضع الحدود لممارستها، دون أن يسمح بتقييدها بما ينال من جوهرها أو محتواها²⁴⁷، خاصة فيما يتعلق ببسط الرقابة على أعمال الضابطة القضائية والنيابة العامة، وتكييف الجرائم وتعليل الأحكام. فإذا كان التشريع الجنائي يشكل آلية حاسمة في حماية حقوق الإنسان سواء تعلق الأمر بالجاني أو المجني عليه، فإن القضاء يقرر في موضوع مسؤولية الجاني والتدبير الجنائي الذي سيطبق في حقه²⁴⁸.

ولأن لكل حديث سياقه الذي ينهل منها مناسبة الكتابة والكلام، فإن سياق كتابة هذا المقال هو نفسه الذي عاشه المجتمع المغربي، جراء ارتكاب جريمة بشعة بمدينة طنجة، راح ضحيتها طفل لم يتجاوز عمره إحدى عشرة سنة، وفقد على إثرها حقه في الحياة بعد

²⁴⁵-الطبيب أنجار، دور القاضي الجنائي في حماية حقوق الإنسان ورقابة قضاء النقص لشرعية العقوبة، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى عدد 2005/5، ص82.

²⁴⁶-عبد العزيز لعروسي، التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ملاءمات قانونية ودستورية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 87، 2014، ص72.

²⁴⁷-أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري الشرعية الدستورية في قانون العقوبات- الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية- دار الشروق، الطبعة الثانية، القاهرة، 2002، ص224.

²⁴⁸-عبد العزيز لعروسي، التشريع والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص475.

اغتصابه، وهي جريمة اهتزت لها جميع مكونات الشعب المغربي، ولتعيد فتح النقاش المجتمعي حول عقوبة الإعدام وجدواها، هذه العقوبة التي تصدر اليوم في أحكام قضائية، ولكن لا تجد طريقها للتنفيذ.

ومن أجل المشاركة في هذا النقاش المجتمعي، ارتأينا أن نخص عقوبة الإعدام بالدراسة والتحليل، في استحضار لبعدها القانوني سواء في التشريع الوطني، أو في مصادر القانون الدولي خاصة في الاتفاقيات الدولية التي تعرضت للحق في الحياة وعقوبة الإعدام، ومن أجل ذلك سنسلط الضوء على الحق في الحياة وحدوده في التشريع الوطني (المطلب الأول)، على أن نتعرض لعقوبة الإعدام في التشريع المغربي وجدواها في القانون الجنائي المغربي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحق في الحياة بين التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان

نص دستور 2011 على أن "الحق في الحياة هو أول الحقوق لكل إنسان، ويحمي القانون هذا الحق" 249، لتتم دسترة هذا الحق الذي يأتي في الدرجة الأولى في سلم الحقوق 250، وكتجاوز لعدم تضمين الدساتير المتعاقبة التنصيص على هذا الحق وحمايته. لم تشر الدساتير السابقة المتعاقبة (1962-1970-1972-1992-1996) للحق في الحياة، لتغفل هذه الدساتير أول حق في سلم الحقوق وأهمها، فلا يمكن أن نتصور تمتع المواطن بحقوقه دون التنصيص على الحق في الحياة.

إن حماية الحق في الحياة التي لا تتحقق بدون إيجاد السبل لمنع القتل، فمفهوم الحق في الحياة لا ينحصر في المعنى الفزيائي أي بقاء الإنسان حيا 251، بل يجب أن يشمل اتخاذ إجراءات لتأمين الحياة والحفاظ عليها 252، وهذا ما ينسجم مع ما نص عليه المشرع عند تنصيبه على أن القانون يحمي هذا الحق، حيث استعمل المشرع في الفصل المذكور تعبير "لكل إنسان"، للدلالة على أن الحياة هي ملك لكل إنسان، بغض النظر عن الظروف والملاسات المحيطة به، وحماية القانون لهذا الحق لن تكون إلا بإلغاء أي فعل أو إجراء يهدف إلى إزهاق الروح البشرية.

يعتبر الحق في الحياة من أول الحقوق التي يتمتع بها الإنسان، بحيث تكون الحقوق الأخرى من دونه غير ذات معنى، فالحياة شرط لممارسة باقي الحقوق 253، فهو حق ملازم للإنسان يكتسبه بمجرد خروجه إلى الحياة، بل حتى وهو في بطن أمه عندما يتعلق الأمر باعتداء على حياة جنين، فحق الحياة مكفول بموجب الشرائع السماوية ونصوص الاتفاقيات الدولية، كأصل ثابت لكل إنسان وقاعدة عامة. نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، على حق الفرد في الحياة والحرية والأمان الشخصي 254، كما أدرجه العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية واعتبره حقا ملازما لكل إنسان، وذهب إلى أن الحرمان من الحياة جريمة من جرائم الإبادة الجماعية، كما وجه الدول التي لم تلغ عقوبات الإعدام، إلى الحكم به في الجرائم أشد خطورة، ولم يعف مسؤوليتها في حماية هذا الحق 255.

249- الفصل 20 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011.

250- سعدي محمد الخطيب، أسس حقوق الإنسان في التشريع الديني والدولي، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2010، لبنان، ص 111.

251- يوسف البحيري، حقوق الإنسان المعايير الدولية وآليات الرقابة، المطبعة الوطنية للداوديات، الطبعة الأولى، مراكش، 2010، ص 53.

252- عبد القادر الأعرج، السياسة التشريعية والقضائية وإشكالية حماية حقوق الإنسان بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكدال، السنة الجامعية 2011-2012، ص 128.

253- عبد القادر الأعرج، السياسة التشريعية والقضائية وإشكالية حماية حقوق الإنسان بالمغرب، مرجع سابق، ص: 127.

254- المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.

255- المادة 6 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المنشور في ج-ر عدد 3225 بتاريخ 21 ماي 1980.

وبالرجوع إلى دستور 2011، فقد نص على أن الحق في الحياة هو أول الحقوق لكل إنسان ويحمي القانون هذا الحق²⁵⁶، وهو ما يعني أن المشرع الدستوري وإن أقر الحق في الحياة للمواطنين، فإنه أوكل مهمة حماية هذا الحق للقانون أي للبرلمان، باعتباره صاحب الاختصاص بالتشريع في الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في التصدير، وفي فصول أخرى من الدستور²⁵⁷، وحماية القانون لهذا الحق لن تكون إلا بإلغاء أي فعل أو إجراء يهدف إلى إزهاق الروح البشرية، بما فيها المجني ضحية فعل القتل، حيث يقع على عاتق المشرع إخراج نصوص قانونية تردع المجرمين المحتملين من ارتكاب هذه الجريمة البشعة في المستقبل، في المقابل فإن واقع الحال يؤكد أن القضاء المغربي لازال يصدر عقوبة الإعدام في مجموعة من الجرائم، رغم أنه يتعامل معها بكثير من التريث والاعتزان²⁵⁸، مما يطرح إشكالية مدى دستورية عقوبة الإعدام وحدود انتهاكها للحق في الحياة؟

وفي هذا الإطار ينبغي الإشارة إلى أن دراسة عقوبة الإعدام يجب أن تحاط بالقدر الكافي من الاستقلالية والتجرد والموضوعية، في استحضار تام لأبعاد جريمة القتل وما تحدثه من ألم واضطراب لأسر الضحايا وحرمانهم من حقهم في الحياة، وما يستتبعه من النطق بحكم الإعدام لدى المجرمين، ومدى قدرة هذه العقوبة على ردع الجناة المحتملين في المستقبل، لنضع عقوبة الإعدام في معادلة طرفها ضرورة تطبيقها وإيقاع القتل على مرتكبه، وفي الطرف الآخر من المعادلة مدى انتهاك الحق في الحياة أثناء نطق القاضي بعقوبة الإعدام. فإذا كانت عقوبة الإعدام منصوص عليها في التشريع الجنائي، وبمقدور القضاء الزجري الحكم بها، فإن الممارسة أبانت عن توجه ثابت نحو الإلغاء الواقعي لها، بالتقليص من نطاقها والعزوف عن تنفيذها، وقد نفذت ثلاث مرات منذ الاستقلال وغالبا ما يتمتع المدانون بها بالعفو الملكي²⁵⁹، في الوقت الذي ترتفع فيه الأصوات المناادية بإلغاء هذه العقوبة، ولاسيما من طرف المنظمات غير الحكومية، خاصة مع ظهور الائتلاف المغربي لمناهضة عقوبة الإعدام²⁶⁰. إن الإعدام عقوبة خطيرة يترتب عنها سلب حياة الإنسان، مع عدم إمكانية العدول عنها بعد التنفيذ، وبالتالي يمكن أن يعتمد القاضي على أدلة ووقائع باطلة، يستنتج منها حكمه بالإعدام، والذي رغم عدم تنفيذه فإنه يخلف ألما نفسية عميقة للمحكومين به.

وفي نفس الوقت، لا بد أن نستحضر بشاعة الجرائم التي يقتربها المحكومون بالإعدام، مما يجعل عقوبة الإعدام في المنتصف بين الضرورة والانتهاك، وسيشكل الحق في الحياة ومن دون شك، موضوعا للدفع بعدم دستورية القوانين التي تنتهكها، على اعتبار أن الحق في الحياة وكما بينا سابقا هو حق دستوري لكل إنسان، أحاطه المشرع الدستوري بالحماية، وقد أكدت المحكمة الدستورية الألمانية على ضرورة تناسب العقوبة مع جسامة الفعل المعاقب عليه، على أساس احترام كرامة الإنسان التي تعني بشكل خاص منع العقوبات القاسية

²⁵⁶- الفصل 20 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011.

²⁵⁷- الفصل 71 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011.

²⁵⁸- ورقة حول عقوبة الإعدام أعدتها وزارة العدل والحريات منشورة على الرابط www.justice.gov.ma/downloading/fille_apropos-paine.mort.PDFaspx

²⁵⁹- أحمد التهامي، الحقوق المدنية واجتهاد الغرفة الجنائية، ضمن عمل المجلس الأعلى والتحولت الاقتصادية والاجتماعية، عمل المجلس الأعلى والتحولت الاقتصادية والاجتماعية أشغال الندوة المنعقدة بالرباط بتاريخ 18-20 دجنبر 1997، مطبعة الأمنية، الرباط، 1999، ص 351-352.

²⁶⁰- محمد السكتاوي، خارطة طريق من أجل التغيير وحقوق الإنسان في المغرب، مجلة الغد، عدد 5 شتاء 2012، ص 104.

والإنسانية والمهينة، ولا يمكن أن يتحول الجاني لشيء بسيط لمكافحة الجريمة وينتهك حقه في الاحترام والحماية الدستورية لقيمه الاجتماعية²⁶¹.

وبالرجوع إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، فإنه قد نص على أن الحق في الحياة ملازم للإنسان، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً²⁶²، وهو ما نستنتج معه بمفهوم المخالفة، أنه يمكن حرمان إنسان من الحياة كعقوبة إذا لم تقتزن بالتعسف في إلحاقها، وهو ما يبينته نفس المادة عند تنقيصها على أنه لا يجوز أن يحكم بهذه العقوبة في البلدان التي لم تلغها، إلا جزاء على أشد الجرائم خطورة وفقاً للتشريع النافذ وقت ارتكاب الجريمة، وبمقتضى حكم صادر عن محكمة مختصة²⁶³، الشيء الذي دفع بعض الدول إلى التمسك بعقوبة الإعدام، كجزاء يوقع على المجرمين المرتكبين لأبشع الجرائم، أخذاً بعين الاعتبار أن تعبير "أبشع الجرائم" مفتوح على كل تأويل، خاصة في الأنظمة غير الديمقراطية التي لا تحترم حقوق الإنسان، فيتم تكييف أي سلوك أو تعبير عن المعارضة بارتكاب أبشع الجرائم.

وتعتبر عقوبة الإعدام محل خلاف عالمي تعيشه العديد من الدول، حيث تتجاذبه ثلاث اتجاهات²⁶⁴:

- دول تبنت الإلغاء الكلي للإعدام آخرها ماليزيا.
- دول أبقت عقوبة الإعدام مع التنفيذ، منها اليابان والولايات المتحدة الأمريكية.
- دول أبقت عقوبة الإعدام مع وقف التنفيذ، مثل حالة المغرب.

ومن بين التوصيات التي تضمنها التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والمصالحة، مواصلة الانضمام إلى اتفاقيات القانون الدولي لحقوق الإنسان، خاصة المصادقة على البروتوكول الثاني الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمتعلق بمنع عقوبة الإعدام²⁶⁵، الذي لم ينضم إليه المغرب بعد. وإذا كان العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، قد تضمن مواداً تعاملت مع عقوبة الإعدام كواقع يمارس في مجموعة من الدول، من أجل الحد من ممارستها، فإن البروتوكول الثاني الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، قد دعا إلى إلغاء عقوبة الإعدام من أجل المساهمة في تعزيز الكرامة الإنسانية، والتطوير التدريجي لحقوق الإنسان، واعتبار أن التدابير الرامية إلى إلغاء عقوبة الإعدام تشكل تقدماً في التمتع بالحق في الحياة²⁶⁶، وفي هذا السياق نصت المادة الأولى منه على أن الدول المنضمة إليه، تلتزم بعدم إعدام أي شخص خاضع لولايتها القضائية، كما أنها مطالبة باتخاذ جميع التدابير لإلغاء عقوبة الإعدام، ليبقى البروتوكول الثاني على إمكانية تطبيق الإعدام في وقت الحرب، للإدانة في جريمة بالغة الخطورة ذات طبيعة عسكرية.

المطلب الثاني: عقوبة الإعدام في القانون الجنائي

²⁶¹- أحمد السوداني، أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية الحقوق والحريات الأساسية، الجزء الثاني، مؤسسة كونراد أديناور، مطبعة لون، الرباط، 2017، ص 37.

²⁶²- أنظر المادة 6 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

²⁶³- الفقرة الثانية من المادة 6 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

²⁶⁴- ورقة حول عقوبة الإعدام من إعداد وزارة العدل والحريات منشورة في الموقع الرسمي للوزارة، على الرابط

www.justice.gov.ma/downloading/fille_a-propos-paine.mort.PDF.aspx.

²⁶⁵- أنظر التقرير الختامي الكتاب الأول، الحقيقة والإنصاف والمصالحة، ص 131.

²⁶⁶- أنظر ديباجة البروتوكول الثاني الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

ترتبط عقوبة الإعدام بأبعاد نفسية واجتماعية ودينية، مما يجعل من جدواها بين مفترق الاتجاهات الفكرية التي تناولت فلسفة العقوبة بالبحث والتحليل²⁶⁷. وبالرغم من أن المغرب لم يعد ينفذ عقوبة الإعدام، إلا أن القضاء لازال يرتبها كعقوبة لمجموعة من الأفعال والجرائم. يرتب القانون الجنائي عقوبة الإعدام في الجرائم المرتكبة ضد أمن الدولة والاعتداءات والمؤامرات ضد الملوك والأسرة الملكية وشكل الحكومة²⁶⁸، بالإضافة إلى الجنايات والجنح المرتكبة ضد أمن الدولة الخارجي²⁶⁹ أو الداخلي²⁷⁰، أو جزاء لمرتكب جريمة القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد²⁷¹، أو لاستعمال وسائل التعذيب وارتكاب أعمال وحشية لتنفيذ فعل يعد جنائية²⁷². كما يرتب القانون الجنائي لشاهد الزور الذي ترتبت عن شهادته الحكم على المتهم بعقوبة أشد من السجن المؤقت، الحكم عليه بنفس العقوبة²⁷³.

يشتمل القانون الجنائي على فصول تتعلق بمكافحة الإرهاب رتب لها عقوبة الإعدام، حيث حدد لائحة الأفعال والجرائم التي تعتبر فعلا إرهابيا، وتتمثل في جرائم المس الخطير بالنظام العام، والاعتداء عمدا على حياة الأشخاص وسلامتهم²⁷⁴. كما رتب الظهير المتعلق بزرع الجرائم الماسة بصحة الأمة، عقوبة الإعدام لكل فعل يستهدف صنع متوجات أو مواد معدة للتغذية البشرية، تشكل خطرا على الصحة العمومية²⁷⁵. كما نجد عقوبة الإعدام مقررة في القانون المتعلق بالقضاء العسكري، في حق أفراد الجيش المتورطين في الفرار إلى صفوف العدو أو إلى جماعة أو عصابة ثائرة²⁷⁶، أو الفرار المقرون بالتآمر²⁷⁷ والتمرد أمام العدو²⁷⁸، وعدم الامتثال للأمر بالزحف²⁷⁹ والإعداد لتغيير النظام والاستيلاء على جزء من التراب الوطني²⁸⁰.

وعطفا على ما سبق، يكون القانون المغربي قد تضمن حالات عديدة يرتب لها عقوبة الإعدام، والتي تقتضي إزهاق الروح البشرية، وهو ما يمكن أن يشكل انتهاكا للحق في الحياة، في المقابل فإن الإعدام قد يكون عقوبة لارتكاب جريمة القتل، التي تشكل في حد ذاتها اعتداء على الحق في الحياة، ليثار النقاش حول الجدوى من توقيع عقوبة الإعدام، والذي سيستند إلى تصورين: يتمثل الأول في

²⁶⁷-محمد بنعلي، عقوبة الإعدام في القانون المغربي، مقال منشور على موقع المجلس الوطني لحقوق الإنسان على الرابط: www.cnh.ma/ar/bulletin-d-information/qwb-/dm-fy-lqnwn-Lmgrby.

²⁶⁸-أنظر الفصول 163، 156، 167 من القانون الجنائي، صيغة مينة بتاريخ 25 مارس 2019، منشورة على موقع وزارة العدل والحريات، على الرابط: adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar.القانون%20الجنائي%20مجموعة%20.../docx

²⁶⁹-الفصول من 181 إلى 190 من القانون الجنائي، نفس المرجع.

²⁷⁰-أنظر الفصول 201، 202، 203، 204، 235 من القانون الجنائي، نفس المرجع.

²⁷¹-أنظر الفصول 393، 396، 397، 398 من القانون الجنائي، نفس المرجع.

²⁷²-أنظر الفصل 399 و 438 من القانون الجنائي، نفس المرجع.

²⁷³-الفصل 369 من القانون الجنائي، نفس المرجع.

²⁷⁴-حددت المادة 1-218 من القانون الجنائي عشرة أنواع من الجرائم، تصبح جرائم إرهاب عندما تكون لها علاقة عمدا بمشروع فردي أو جماعي يهدف إلى المس الخطير بالنظام العام، كما أضافت المادة 1-218 إلى لائحة الأفعال الإرهابية، اللاتحاق أو محاولة اللاتحاق بكيانات أو تنظيمات أو عصابات إرهابية، وتلقي تدريب أو تكوين أو تجنيد بقصد ارتكاب احد الأفعال الإرهابية.

²⁷⁵-أنظر الظهير الشريف رقم 1-59-380 المتعلق بزرع الجرائم الماسة بصحة الأمة، ج-ر عدد 2453 بتاريخ 1959/10/30.

²⁷⁶-الفصل 162 من القانون 108.13 المتعلق بالقضاء العسكري الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.187 صادر 10 ديسمبر 2014، ج-ر عدد 6322 بتاريخ 2015/01/1، والاستدراك الوارد بج-ر عدد 6366 بتاريخ 04 يونيو 2015.

²⁷⁷-الفصل 163 من القانون 108.13، نفس المرجع.

²⁷⁸-الفصل 170 من القانون 108.13، نفس المرجع.

²⁷⁹-الفصل 171 من القانون 108.13، نفس المرجع.

²⁸⁰-الفصل 206 من القانون 108.13، نفس المرجع.

النظر إلى جريمة القتل كاعتداء على الحياة، ومن أجل حمايتها لابد من توقيع عقوبة الإعدام على مرتكب جريمة القتل. أما التصور الثاني فيتأسس على اعتبار إلحاق عقوبة الإعدام بمرتكب جريمة القتل اعتداء على الحياة، فإعدام القاتل لن يغير من واقع الجريمة ونتيجتها، وينطبق هذا التحليل على جرائم الإرهاب التي تزهق الأرواح، أما الجرائم التي سبق ذكرها والتي لم ينتج عنها اعتداء على الأرواح وانتهاك حق الحياة، فإن جسامه الخطأ والجريمة هي ما جعلت المشرع يرتب لها هذه العقوبة.

أما من وجهة نظرنا، يبقى المغرب من بين مجموعة من الدول التي ترتب عقوبة الإعدام لمجموعة من الجرائم، وبالتالي فإن المغرب ليس استثناء ولا يشكل نكالا في هذا الباب، وإن كان التوجه الدولي يسير نحو إلغائها. وفي هذا الصدد ينبغي التمييز بين جرائم القتل والإرهاب، والتي تجعل من مقترفيها خارج أي مسوغ لالتماس التخفيف وظروفه، فجريمة القتل هي اعتداء على حق حياة الجاني، فلا يمكن أن نمتع القاتل الذي أزهق الروح البشرية بالتماس الأعذار، لأن فعله يكتسي خطورة جسيمة ولا يمكن إصلاحه بعد وقوعه، فجريمة القتل ليست اعتداء على حياة الضحية فحسب، بل هي اعتداء على حياة المجتمع وتهديد لها.

إن مرتكب جريمة القتل العمد بغض النظر عن الظروف والملابسات، يؤسس لعدالة القوي والشارع، بعيدا عن عدالة القضاء، كمؤسسة تسعى إلى حل النزاعات وتوقيع الجزاءات. فإذا كانت الغاية من إصدار التشريع وسن القوانين هو ضبط سلوك الأفراد داخل المجتمع، وجعله سلوكا مدنيا ينهل من ثقافة العيش المشترك، فإن المشرع وهو بصدد صناعة التشريع، ينفذ إلى الغايات الكبرى من وضع القوانين، فالردع ليس غاية في حد ذاته، وإنما الغاية من سن العقوبات والتي ينبغي لها أن تتناسب مع الجرائم والأفعال، أن تشكل ردعا لكل أفراد المجتمع ولكل المجرمين المحتملين في المستقبل، فحتى الذين ينادون بأن الإعدام ليس حلا، ويصورونه كعقوبة انتقامية لا تغير من سلوك المجرمين، فإن السجن كعقوبة حبسية أثبت هو الآخر عدم نجاعته في تقويم سلوك المجرمين، وبالتالي وبهذا المنطق هل يعتبر ذلك مبررا لإلغاء العقوبة الحبسية؟

إن ما يميز النقاش الذي يطفو من الحين إلى الآخر في الفضاءات المجتمعية حول عقوبة الإعدام، عادة ما يتجاذبه طرفان يتبادلان الاتهامات، الطرف الأول يرى في عقوبة الإعدام تطبيق عملي للقصاص المنصوص عليه في القرآن الكريم، مصداقا لقوله تعالى:

وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۖ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ۚ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ²⁸¹.

وتبني الإشارة في هذا السياق، أن مجموعة من الأحكام والحدود التي أتى بها القرآن الكريم هي معطلة وغير مطبقة على مجموعة من الجرائم التي تطرق لها القرآن الكريم ورتب لها مجموعة من العقوبات والحدود، كحد الزنا والسرقة، وبالتالي فإن التحجج بحد القتل كعقوبة يعتبر انتقائيا، في ظل تعطيل مجموعة من الحدود الأخرى، في المقابل فإن الدول التي تنفذ عقوبة الإعدام، لا تنفذها باعتبارها دولة مسلمة تطبق الحد، وإنما فلسفتها في إقامة العدل داخل المجتمع توافقت مع التصور الإلهي، فالفطرة السليمة واستخدام العقل يرشد الإنسان إلى الانسجام مع التوجهات الإلهية.

أما الطرف الثاني والذي يتبنى إلغاء عقوبة الإعدام، فإنه في الغالب يبنى ذلك على مواجهة فكر وثقافة دينية يحظى فيها الدين الإسلامي بالصدارة على سلم الهوية والتوجه والاختيار، كما يعتبر الرصيد الثقافي الذي ينهل منه تحديد معالم المجتمع وفلسفته، رصيда

²⁸¹-سورة المائدة الآية 45.

لم يعد صالحا كأرضية لتحديد الاختيارات وفلسفة المجتمع، فينتزع من المجتمع خصوصيته ومعطياته الثقافية والهوياتية التي تميزه عن باقي شعوب العالم، فلكل مجتمع خصوصيته وثقافته ينهل منها ويتأثر بها، وبالتالي فإن أي محاولة لاستئصال الجانب الثقافي في تحديد التوجهات، سيكون محكوم عليها بالفشل في ظل عدم احترام محددات ثقافية اكتسبت قدسيته وأخضعت المواقف لها.

على سبيل الختم

إن إلغاء عقوبة الإعدام وإن كان نقاشا مجتمعا صحيا ينبغي تسليط الضوء عليه، فإنه في كثير من الأحوال يتم تحويل النقاش من الفضاء الحقوقي القانوني، ومن النقاش العلمي الأكاديمي، إلى فضاء للتوظيف السياسي والإيديولوجي لقوى لا تقدم للمجتمع بديلا غير التناحر الفكري، يتشبث أحد أطرافها بالدين كأرضية للمعاملات والأحكام والتوجهات، فيجعله ساكنا غير مسير لتطور الإنسان، أما الطرف الآخر فينسلخ من أي محدد ثقافي وديني يستحضر فيه خصوصية المغرب كبلد إسلامي توجد في قمته إمارة المؤمنين.

وبين ذلك وذاك، فإننا اليوم في حاجة إلى نقاش عقلاني هادئ، نستحضر فيه البعد الغائي لعقوبة الإعدام المبنية على الدراسات والإحصائيات وليس الأهواء والإيديولوجية، لأننا نعيش في سفينة واحدة وأي خلل في الاختيار، فإنه يتهدد حياة المجتمع وسلامته

تبقى الإشارة في الأخير إلى أن المحكمة الدستورية ستكون في صلب هذا النقاش المجتمعي، بعد أن جعلها المشرع في دستور 2011 منفتحة على إحالة المتقاضين للنصوص القانونية الواجبة التطبيق، في النزاع المعروض أمام المحكمة²⁸²، حتى يتسنى لها فحص دستوريته، وجدير بالذكر أن القوانين والنصوص التي ترتب عقوبة الإعدام ستكون موضوعا للدفع بعدم دستورية القانون في مواجهة الحق في الحياة كحق دستوري نص عليه الفصل الواحد والعشرين (21) من الدستور، وعموما فإن القاضي الدستوري ينتظره الفصل في دستورية هذه النصوص، اعتمادا على تأويله للدستور مع تبيان الحق في الحياة وحدوده.

²⁸² نص الفص 133 من دستور المملكة المغربية على ما يلي: " تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

لائحة المراجع

■ القرآن الكريم

- -الطبيب أنجار، دور القاضي الجنائي في حماية حقوق الإنسان ورقابة قضاء النقض لشرعية العقوبة، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى ع 2005/5.
- -أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري الشرعية الدستورية في قانون العقوبات- الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية-، دار الشروق، الطبعة الثانية، القاهرة، 2002.
- -عبد العزيز لعروسي، التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ملاءمات قانونية ودستورية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 87، 2014.

- -عبد القادر الأعرج، السياسة التشريعية والقضائية وإشكالية حماية حقوق الإنسان بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكادال، السنة الجامعية 2011-2012.
- -سعيد محمد الخطيب، أسس حقوق الإنسان في التشريع الديني والدولي، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2010، لبنان.
- -يوسف البحيري، حقوق الإنسان المعايير الدولية وآليات الرقابة، المطبعة الوطنية للداوديات، الطبعة الأولى، مراكش، 2010.
- -أحمد السوداني، أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية لحقوق والحريات الأساسية، الجزء الثاني، مؤسسة كونراد أديناور، مطبعة لون، الرباط، 2017.

- -أحمد التهامي، الحقوق المدنية واجتهاد الغرفة الجنائية، ضمن عمل المجلس الأعلى والتحول الاقتصادي والاجتماعية، عمل المجلس الأعلى والتحول الاقتصادي والاجتماعية أشغال الندوة المنعقدة بالرباط بتاريخ 18-20 دجنبر 1997، مطبعة الأمنية، الرباط، 1999.
- -محمد السكتاوي، خارطة طريق من أجل التغيير وحقوق الإنسان في المغرب، مجلة الغد، عدد 55 شتاء 2012.
- ورقة حول عقوبة الإعدام أعدتها وزارة العدل والحريات منشورة على الرابط

- www.justice.gov.ma/downloading/fille_apropos-paine.mort.PDF.aspx .
- -محمد بنعليو، عقوبة الإعدام في القانون المغربي، مقال منشور على موقع المجلس الوطني لحقوق الإنسان على الرابط:
- www.cnh.ma/ar/bulletin-d-information/qwb-/dm-fy-lqnwn-Lmgrby

■ النصوص القانونية والاتفاقيات الدولية

- -دستور المملكة المغربية لسنة 2011.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
- البروتوكول الثاني الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
- الظهير الشريف رقم 1-59-380 المتعلق بجزر الجرائم الماسة بصحة الأمة، ج-ر عدد 2453 بتاريخ 1959/10/30.
- القانون 108.13 المتعلق بالقضاء العسكري الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.187 صادر 10 ديسمبر 2014، ج-ر عدد 6322 بتاريخ 2015/01/1، والاستدراك الوارد بج-ر عدد 6366 بتاريخ 04 يونيو 2015.
- القانون الجنائي، صيغة محينة بتاريخ 25 مارس 2019

حق الأفراد في الصّمن أمام الهيئات السياسية المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين، ضرورة للديمقراطية الدستورية

بركات أحمد

جامعة طاهري محمد-بشار-الجزائر

ملخص:

تسند أغلب دساتير الدول للسلطة التشريعية مهمة وضع النظام القانوني الذي يحكم ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، وذلك لكونها المعبر عن الإرادة الشعبية، لكن بمرور الوقت اكتشف الأفراد أن النظام القانوني الذي وضعته السلطة التشريعية لهذه الحقوق والحريات يجعل ممارستها أمرا مستحيلا، وذلك لنوع القيود التي تم تحكيم ممارستها والتي تتنافى مع الغاية من إيجادها.

وأمام هذا الوضع كان على الجهات التي تملك حق تحريك الرقابة على دستورية القوانين أن تخطر الهيئة المكلفة بمدى دستورية القوانين وهي التي تسمى بالمجلس الدستوري في فرنسا والجزائر، وهو ما لم يحدث في كثير من المرات، وبناءا على هذا وتجسيديا لمتطلبات الديمقراطية الدستورية، قررت فرنسا في التعديل الدستوري لسنة 2008، ثم الجزائر في التعديل الدستوري لسنة 2016 منح الأفراد حق الطعن أمام المجلس الدستوري بعدم دستورية القوانين (التشريعات) التي تنظم حقوقهم وحرياتهم.

Abstract :

Most state constitutions assign the legislature the task of establishing the legal system that governs the exercise of fundamental rights and freedoms, as they are the expression of the popular will. However, over time the individuals discover that the legal system established by the legislative authority for the implementation of their rights and freedoms makes it impossible to realise due to the type of restrictions imposed by the legislators, which makes the legislative body incompatible with the purpose of its creation. In this situation, the Constitutional Council implemented in France and Algeria has the right to control the constitutionality of laws had to inform the body in charge of the extent of the constitutionality of the laws, which unfortunately did not happen quite many times. Therefore, the embodiment of the requirements of constitutional democracy obliged the French authorities to pass the constitutional amendment of 2008, followed by Algeria in the constitutional amendment of 2016 granting the individuals the right to appeal before the Constitutional Council to challenge the unconstitutionality of laws that regulate their rights and freedoms.

مقدمة

أسند المؤسس الدستوري في فرنسا والجزائر كأغلب نظرائهما في العالم للسلطة التشريعية مهمة وضع النظام القانوني الذي يحكم ممارسة الحقوق والحريات الأساسية، وذلك لكونها المعبر عن الإرادة الشعبية، لكن بمرور الوقت اكتشف الأفراد أن النظام القانوني الذي وضعته السلطة التشريعية لهذه الحقوق والحريات يجعل ممارستها أمرا مستحيلا، وذلك لنوع القيود التي تحكم ممارستها والتي تتنافى مع الغاية من إيجادها.

وأمام هذا الوضع كان على الجهات التي تملك حق تحريك الرقابة على دستورية القوانين أن تخطر الهيئة المكلفة بمدى دستورية القوانين وهي التي تسمى بالمجلس الدستوري²⁸³ في فرنسا والجزائر، وهو ما لم يحدث في كثير من المرات، فأمام هذا الوضع وجدت هذه الدول نفسها أمام حتمية منح الأفراد حق الطعن أمام المجلس الدستوري بعدم دستورية القوانين (التشريعات) التي تنظم حقوقهم وحرياتهم، وذلك باعتبارهم الأحرص على حمايتهم من السلطتين التشريعية والتنفيذية.

وقد ظهرت أول محاولات تجسيد ذلك في فرنسا، بحيث أنه في سنة 1959 نادى الفقيه *Maurice Duverger* بضرورة منح الأفراد حق الطعن أمام المجلس الدستوري، وفي عام 1963 تقدم السيد *Coste Florete* باقتراح للمجلس الوطني متضمنا منح الأفراد حق الطعن أمام المجلس الدستوري، لأن ذلك كما قال سيؤدي إلى تحقيق الديمقراطية الحديثة وسيكون في نفس الوقت وسيلة لضمان حرية الإنسان. وفي عام 1973 تقدمت المجموعة البرلمانية الاشتراكية والشيوعية باقتراح قانون يتضمن إنشاء محكمة عليا يمكن أن يحال إليها بواسطة المحاكم الإستئنافية الدفع بعدم دستورية القوانين المقدمة من المواطنين.

وفي عام 1989 نادى رئيس المجلس الدستوري آنذاك السيد *Robert Badinter* بضرورة أن يتقرر للمواطن إمكانية الطعن بعدم دستورية القانون في إطار دعوى قضائية، وهو ما أيده الرئيس الفرنسي السابق *François Mitterrand* الذي تقدم في سنة 1990 بمشروع لتعديل الدستور يتضمن هذا الحق، لكن هذا المشروع رفض من قبل أعضاء مجلس الشيوخ بعدما أن كان أعضاء الجمعية الوطنية قد وافقوا عليه²⁸⁴.

واستمر هذا الوضع إلى أن جسدت هذه المطالب فعليا في التعديل الدستوري الذي تم في 2008/7/23، حيث أن المادة 61-1 نصت صراحة على حق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين حيث جاء نصها على النحو التالي:

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé »

« Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

²⁸³ يعتبر المجلس الدستوري نتيجة لاختيار فرنسا والجزائر أسلوب الرقابة السياسية على القوانين.

²⁸⁴ فوزي محمد صلاح الدين، "الأفراد والدفع بعدم دستورية القوانين في النظام الدستوري الفرنسي"، مجلة المحكمة الدستورية العليا، مصر، العدد 25، (2014)، ص 1.

أي أنه إذا ثبت أثناء الفصل في دعوى مرفوعة أمام إحدى الجهات القضائية العادية أو الإدارية أن نصا تشريعيا يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، يمكن للمجلس الدستوري الفصل في ذلك بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض.

لكن يلاحظ هذه المادة أنها لم تبين الآلية التي يستطيع من خلالها الأفراد الطعن بعدم دستورية التشريعات، وتركت ذلك حسب الفقرة 2 منها إلى قانون عضوي، وهو ما تم فعلا في القانون العضوي 1523-2009 المحدد لكيفية تطبيق المادة 61-1 من الدستور²⁸⁵ الذي استحدث بابا ثانيا في الأمر 1067-58 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري خاصة بالآلية التي تمكن الأفراد من الطعن بعدم الدستورية وهي آلية المسألة الأولية الدستورية (*Question Prioritaire de Constitutionnalité*).

أما في الجزائر فقد اقتضت المطالبة على تقرير حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية على الفقه فقط، الذي تم الاستجابة لمطالبه في التعديل الدستوري لسنة 2016 أين اعترف المشرع الدستوري الجزائري بحق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية، حيث جاء في المادة 188 من الدستور الجزائري ما يلي: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

فما يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الدستوري الجزائري عكس نظيره الفرنسي قد حدد بصورة صريحة الآلية التي تمكن الأفراد من الطعن بعدم الدستورية ألا وهي آلية الدفع بعدم الدستورية²⁸⁶. وعليه فإن دراسة موضوع حق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين أمام الهيئات السياسية تكتسي أهمية كبيرة، وذلك لأنها تعكس التطور المهم الذي وصلت إليه الأنظمة الدستورية التي تسند مهمة الرقابة على دستورية القوانين لهيئة سياسية، وبناء على هذا تتبادر للطح الإشكالية التالية وهي: إلى أي مدى سيساهم تقرير حق الأفراد في الطعن أمام الهيئات السياسية المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في فرض احترام الدستور؟

وتقتضي الإجابة عن هذه الإشكالية إتباع المنهج المقارن وذلك لأن هذه الورقة البحثية تقوم على دراسة مضمون هذا الحق في النظام القانوني الفرنسي والجزائري، إضافة إلى أن أول من قررت هذا الحق هي دساتير الدول التي كانت تسند رقابة مدى دستورية القوانين لهيئة قضائية كالـدستور الأمريكي والمصري.

كما أنه ولمعرفة مدى مساهمة هذا الحق في فرض احترام الدستور داخل هاتين الدولتين كان لابد من تحليل النصوص القانونية المنظمة لهذا الحق، وهذا ما يعني ضرورة الاعتماد كذلك على المنهج التحليلي في هذه الدراسة، وبناء على هذا تم تقسيم هذه الدراسة إلى محورين أساسيين، حيث خصصنا المحور الأول لدراسة النظام القانوني الذي يحكم حق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين في كل من فرنسا والجزائر، أما المحور الثاني فخصصناه لإبراز انعكاسات ممارسة الأفراد لهذا الحق على الديمقراطية الدستورية.

المحور الأول: النظام القانوني لحق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين

²⁸⁵ الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية 0287، 2009.

²⁸⁶ تعرف آلية الدفع بعدم الدستورية بأنها: "الآلية التي تفترض أن هناك نزاعا ما أمام محكمة جنائية أو مدنية أو إدارية، فيقوم أحد الخصوم بالدفع بعدم دستورية القانون الذي سيطبق على هذا النزاع"، لمزيد من التفاصيل أنظر، محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان (بيروت: الدار الجامعية، 2000)، ص 266.

إن تقرير المشرع الدستوري في فرنسا والجزائر لحق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين لا يعني أنه يجوز تقديمه من قبل كل فرد دون أي شروط مثل ما هو الحال في دعوى الحسبة، بل وجدنا أن المشرع الفرنسي ونظيره الجزائري قاما بسن قانون عضوي حددا بموجبه الشروط الشكلية (أولا) والموضوعية (ثانيا) اللازمة لقبول الطعن بعدم الدستورية.

أولا: الشروط الشكلية لقبول الطعن بعدم الدستورية

تتمثل الشروط الشكلية التي وضعها المشرع الفرنسي و نظيره الجزائري لقبول طعن الأفراد بعدم دستورية القوانين في ما يلي:

- ضرورة تقديم الطعن من أحد أطراف الدعوى القضائية.

- ضرورة تقديم الطعن في مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة.

1- ضرورة تقديم الطعن من أحد أطراف الدعوى القضائية.

لم يبين المشرع الفرنسي بصورة دقيقة في المادة 23-1 من القانون العضوي 2009-1523 السالف الذكر من يحق له تقديم طعن بعدم الدستورية (المسألة الأولى الدستورية). فأمام هذا الغموض تدخل المجلس الدستوري الفرنسي وحدد في قراره رقم 2009/595²⁸⁷ المؤرخ في 3 ديسمبر 2009 من له الحق في تقديم هذا الطعن، حيث وجدنا أنه ذهب في اتجاه تضيق نطاق الأطراف التي لها الحق في إثارة المسألة الأولى الدستورية عندما خص حق إثارتها لكل متقاضي "tout justiciable".

أما عن الوضع في الجزائر فإنه بالرجوع لنص المادة 188 من الدستور والمادة 2 من القانون العضوي 18-16 المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية²⁸⁸، نجد أنه لقبول الطعن بعدم الدستورية أو كما سماه المشرع الدستوري الجزائري بالدفع بعدم الدستورية يجب أن يقدم من أحد أطراف الدعوى المعروضة أمام المحاكم.

لكن رغم هذا التنصيص الصريح من قبل المؤسس الدستوري والمشرع على من له حق تقديم طعن بعدم الدستورية فإن مصطلح أطراف الدعوى يشير لبسا، وذلك لأنه لم يبين بصورة دقيقة الأطراف المقصودين في نص المادتين السابقتين بحيث أن كلمة "الأطراف" لها معنى واسع²⁸⁹، وهنا يمكن القول أن الأطراف الذين لهم حق تقديم الطعن (إثارة الدفع بعدم الدستورية) على العموم هم جميع الأشخاص المرتبطين بمسار هذه الدعوى مهما كانت صفاتهم سواء كان مدعي أو مدعى عليه وفق ما تقتضيه المصلحة الشخصية للمعني في الدعوى.

وبمفهوم المخالفة لا يمكن لأي شخص خارج عن الخصومة أن يثير الدفع بعدم الدستورية. أما فيما يخص النيابة العامة لم يمنحهم المشرع الجزائري حق إثارة الدفع، وذلك لأن مهمتها تكمن في السهر على تطبيق القانون²⁹⁰.

2- ضرورة تقديم الدفع بمذكرة مكتوبة ومسببة ومنفصلة عن الدعوى الأصلية

²⁸⁷ الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 2، 2009، ص 21381.

²⁸⁸ الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 54، 2018، ص 10.

²⁸⁹ كمال حمريط، "الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016: دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، الجزائر، العدد السادس، (2018)، ص 450.

²⁹⁰ محمد الأمين أوكيل، "عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر: دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي"، حويلات جامعة الجزائر، العدد 32، الجزء الثاني، (حزيران/ يونيو 2018)، ص 104.

استقراء لنص المادتين 1-23 من القانون العضوي الفرنسي رقم 1523/2009 السالف الذكر و المادة 6 من القانون العضوي الجزائري رقم 16-18 السالف الذكر نجد أن ثاني شرط شكلي لا بد من توافره حتى يقبل الطعن بعدم الدستورية هو ضرورة تقديمه في مذكرة مكتوبة ومسببة ومنفصلة عن الدعوى الأصلية.

وعليه حتى يقبل الطعن بعدم الدستورية في فرنسا والجزائر فإنه يجب أن لا يثار شفوياً²⁹¹، بل يجب أن يقدم في مذكرة مكتوبة، بحيث يعد شرط الكتابة شرطاً ضرورياً لقبول مذكرة الطعن، أي لا بد من توافر المذكرة على البيانات الواجب توافرها في العرائض القضائية²⁹². كما أنه يجب أن يقدم الطعن في مذكرة منفصلة عن مذكرة الدعوى الأصلية، بمعنى أنه لا يجوز للشخص أن يجمع في مذكرة وحيدة بين الطعن بعدم الدستورية وموضوع الدعوى التي أثير بمناسبةها.

ونشير هنا إلى أنه قبل أن يحال القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية على رقابة المجلس الدستوري كان يستعمل مصطلح "مستقلة" في نص المادة 6، لكن بعد إحالة هذا القانون العضوي على المجلس اعتبر أن استعمال كلمة "مستقلة" بدل كلمة "منفصلة" سهو يتعين تداركه، وذلك لأن كلمة "مستقلة" حسب المجلس تعتبر صفة ملازمة للهيئات والسلطات التي أقر لها صفة الاستقلالية في عملها، وعليه فإن المشرع لما استعمل كلمة "مستقلة" لم يستعملها لهذا المعنى، بل استعملها لقصد أن يبين أن مذكرة الدفع بعدم الدستورية منفصلة عن مذكرة الدعوى الأصلية²⁹³، وبناءً على هذا استبدل المشرع فيما بعد مصطلح "مستقلة" بكلمة "منفصلة".

وفيما يخص كلمة "مسببة" فيقصد بها أن يبين فيها صاحبها النص التشريعي المعارض عليه ويشرح فيها أوجه انتهاكه للحقوق والحريات التي تضمنها نصوص أحكام الدستور²⁹⁴.

2: الشروط الموضوعية لقبول الطعن بعدم الدستورية.

بالرجوع لنص المادة 02-23 من القانون العضوي الفرنسي 1523/2009 السالف الذكر، ونص المادة 13 من القانون العضوي الجزائري 16-18 السالف الذكر نجد أن حتى يتم قبول الطعن بعدم الدستورية من الناحية الموضوعية ومن ثم يتم إحالته من قبل الهيئة القضائية العليا العادية أو الإدارية على المجلس الدستوري يجب أن تتوافر فيه الشروط التالية:

- أن يتوقف على الحكم التشريعي المعارض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة الجزائية.
- ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس لدستور باستثناء تغير الظروف
- أن يتسم الوجه المثار بالجدية

1- أن يتوقف على الحكم التشريعي المعارض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة

²⁹¹ عبد الكريم دغلاش، معالجة عدم الدستورية من قبل قاضي الموضوع، ورقة مقدمة في الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، الجزائر، 10-11/12/2018، ص 13.

²⁹² أنظر المادة 15 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، 2008، ص 2.

²⁹³ أنظر رأي المجلس الدستوري رقم 3/ق.ع.م.د/18 المؤرخ في 2 أوت 2018 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية = للدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 54، 2018، ص 4.

²⁹⁴ عبد الكريم دغلاش، المرجع السابق، ص 13.

إن أهم ما يمكن استنتاجه من التعديل الدستوري في كل من فرنسا والجزائر، هو الاتفاق على ربط استعمال الأفراد لحقوقهم في الطعن بعدم الدستورية بضرورة وجود نص تشريعي يمس بالحقوق والحريات المضمونة دستوريا، ليتولى بعد ذلك المشرع العادي ضبط متى يكون التشريع يمس بحق أو حرية مضمونة دستوريا²⁹⁵، حيث بالرجوع لنص المادة 23-02 من القانون العضوي الفرنسي 2009/1523 السالف الذكر، ونص المادة 13 من القانون العضوي الجزائري 16-18 السالف الذكر يتحقق هذا المساس عندما نجد أن الحكم التشريعي المعارض عليه يتوقف عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة الجزائية.

ويرى الرأي الراجح في مفهوم النص التشريعي الذي يتوقف عليه حل النزاع إنه ينصرف إلى النص التشريعي الذي يحتج به كل خصم في الدعوى في مواجهة خصمه سواء في الادعاء الأصلي الذي يقدمه المدعي أو في الرد من المدعي عليه أو من أي متدخل في الخصومة²⁹⁶.

أي بتعبير آخر نقول أنه لا يمكن الطعن بعدم دستورية تشريع بمجرد أنه يمس بحق أو حرية دستورية بل لابد كذلك أن يكون هذا التشريع له علاقة بالنزاع المعروض على القاضي، وذلك حتى يكون هذا الطعن مجرد وسيلة لتعطيل الفصل في الدعوى الموضوعية.

كما أنه بالرجوع للمادة 23-2 من القانون العضوي رقم 2009-1523 السالف الذكر نجد أن المشرع الفرنسي أوجب ضرورة أن يكون النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته الذي سيطبق على النزاع المطروح، يعد أساسا للملاحقة القضائية، ومن ثم فإنه لم يشترط ضرورة أن يكون النص التشريعي لازما للفصل في النزاع الموضوعي، وهذا ما يفيد توسعته لنطاق استعمال الطعن بعدم الدستورية²⁹⁷.

وهو ما فعله كذلك المشرع الجزائري في المادة 8 من القانون العضوي رقم 16-18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، حيث أضاف عبارة أخرى وهي أن يشكل النص التشريعي المطعون فيه أساس المتابعة، حيث جاء في المطة الأولى من هذه المادة كما يلي: "يتم إرسال بعدم الدستورية، إذا تم استثناء الشروط الآتية:

- أن يتوقف على الحكم التشريعي المعارض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة".

وعليه فإن ما يترتب على النصوص القانونية السابقة الذكر أن الأفراد في فرنسا والجزائر أصبحوا يملكون وسيلة قانونية مهمة جدا يستطيعون من خلالها حماية حقوقهم وحرياتهم التي منحهم إياها الدستور، بحيث أنه إذا وجد أحد منهم أن النص التشريعي الذي سيطبق على النزاع الذي يكون طرفا فيه يمس بحق أو حرية مضمونة دستوريا كان له أن يعترض عليه، وذلك من خلال تقديمه لطعن بعدم دستوريته أمام نفس الجهة القضائية التي تفصل في النزاع، لتوقف هذه الجهة الفصل في الدعوى الموضوعية إلى غاية ما تفصل الهيئة المكلفة بمراقبة مدى دستورية القوانين في هذا الدفع، باستثناء الدعاوى التي يترتب على رفعها حرمان الشخص من حريته، أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية وعندما كذلك ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد على

²⁹⁵ حسب قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 2011-116 الصادر في 2011/4/8 فإنه مصطلح الدستور الوارد في المادة 61-1 من الدستور لا يقتصر على مواد هذا الأخير بل كل مكونات الكتلة الدستورية وهي ديباجة دستور 1946 والمبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، وإعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، لمزيد من التفاصيل أنظر، محمد الأمين أوكيل، المرجع السابق، ص 108.

²⁹⁶ عبد الكريم دغلاش، المرجع السابق، ص 9-10.

²⁹⁷ فوزي محمد صلاح الدين، المرجع السابق، ص 8.

سبيل الاستعجال، ففي هذه الحالات لا يتم تأجيل الفصل في الدعاوى بالرغم من تقديم دفع بعدم الدستورية، وهذا طبقا لما نصت عليه 11 من القانون العضوي 16-18 السالف الذكر.

2- ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور باستثناء تغير الظروف

اشتراط المشرع الفرنسي ونظيره الجزائري لإحالة الجهات القضائية العليا العادية أو الإدارية للطعن بعدم الدستورية على المجلس الدستوري ألا يكون الحكم التشريعي المعترض عليه قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس باستثناء تغير الظروف²⁹⁸.

وبالتالي فإن الأحكام التي سبق للمجلس الدستوري أن صرح أنها مطابقة للدستور فلا يمكن أن يطعن فيها بأنها مخالفة لدستور، وهذا لأن أراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية و لا يجوز الطعن فيها وهي ملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية²⁹⁹.

وبالرجوع للرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري في فرنسا والجزائر على القوانين نستنتج أن هناك فئة من القوانين لا يمكن أن تكون محلا للطعن بعدم الدستورية إلا إذا تغيرت الظروف، وهي فئة القوانين العضوية، وذلك لأنها تخضع وجوبا للرقابة القبلية للمجلس الدستوري، حيث يجب على رئيس الجمهورية قبل أن يصدرها أن يعرضها على رقابة المجلس الدستوري، ومن ثم فإذا أصدر هذا الأخير رأيا بمطابقتها للدستور، فهذا الرأي يحصنها ضد الطعن بعدم الدستورية.

وعليه فإن القوانين التي تقبل أن تكون محلا للطعن بعدم الدستورية هي القوانين العادية، وذلك لأن إخضاعها لرقابة المجلس الدستوري قبل إصدارها هو أمر اختياري للجهات التي تملك حق إخطاره، فإذا لم يتم إخطاره بخصوصها- فهذا معناه أنها لم تخضع بعد لرقابته ومن ثم تقبل في هذه الحالة أن تكون محلا للطعن بعدم الدستورية.

و لكن ما تنبغي الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي ونظيره الجزائري أجاز إمكانية الطعن بعدم دستورية تشريع سبق للمجلس الدستوري أن قضى بدستوريته في حالة واحدة وهي حالة تغير الظروف، وذلك كأن يصدر تعديل دستوري يقوم بتوسعة نطاق الحقوق والحريات، وهو ما يجعل التشريع القائم مخالف للأحكام الجديدة للتعديل الدستوري لحد أنه يعتبر منتهكا لها. فيمكن في هذه الحالة الطعن بعدم دستوريته حتى وإن كان المجلس الدستوري قد سبق وأن قضى بدستوريته³⁰⁰.

3-جدية الدفع:

اشتراط المشرع الفرنسي في المادة 23-2 من القانون العضوي رقم 1523-2009 السالف ذكره ضرورة أن يكون الطعن بعدم الدستورية يمتاز بالجدية وذلك حتى تستطيع محكمة النقض أو مجلس الدولة إحالته على المجلس الدستوري. وبالرجوع للمادة 13 من القانون العضوي رقم 16-18 السابق الذكر، نجد أن المشرع الجزائري اتبع نفس النهج الذي صار عليه نظيره الفرنسي.

وتقدير مدى توافر الطعن بعدم الدستورية على الجدية هو أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي، لكن تقدير هذا الأخير للجدية يكون وفق ضابطين:

²⁹⁸ أنظر المادة 8 فقرة 2 من القانون العضوي رقم 16/18.

²⁹⁹ أنظر المادة 62 من الدستور الفرنسي والمادة 191 من الدستور الجزائري.

³⁰⁰ عبد الكريم دغلاش، المرجع السابق، ص، 12.

فالضابط الأول يتمثل في أنه يجب على القاضي أن يتأكد من أن القانون المطعون فيه بعدم الدستورية يمكن تطبيقه على الدعوى الموضوعية على أي وجه من الوجوه، وذلك من خلال التأكد من أن عدم الدستورية سيستفيد منها من أثارها في الدعوى المنظورة. أي بتعبير آخر فإن الضابط الأول يقتضي من القاضي التأكد هل أن لمقدم الدفع مصلحة فيه أم لا، فإذا وجد له مصلحة وذلك من خلال تأكده من أن القانون المطعون فيه له علاقة بالنزاع كان له أن يقبله، أما إذا تأكد القاضي أنه لا وجود لهذه المصلحة، وذلك بأن يجد أن القانون المطعون فيه لا يتصل بالنزاع المعروض عليه كان له رفض الطعن³⁰¹.

أما الضابط الثاني فيتمثل في أنه لا يمكن قبول الطعن بعدم الدستورية إلا بعد أن يتأكد القاضي من أن المزاعم التي أثارها أحد طرفي النزاع بخصوص عدم دستورية النص القانوني تتضمن اعتبارات منطقية يرجح من خلالها أن المجلس الدستوري سيقضي بعدم دستورية هذا القانون. وترجح المحكمة من اشتراط الجدية في الطعن بعدم الدستورية إلى قطع الطريق على الطعون التي لا يراد منها سوى تعطيل سير الدعاوى الموضوعية، وكذا ضمان عدم إثقال المجلس الدستوري بدعاوى تسويقية³⁰². وفي هذا الصدد يرى الأستاذ *Marthe festin-rouge stéfanien* أن 80 بالمئة من قرارات عدم الإحالة ترتبط بهذا الشرط، ذلك أنه وعلى إثر فحصه يتم تقرير حجج عدم دستورية النص محل الدفع المثار من قبل العارض، إذ يعتبر هذا الشرط الفاصل والمحدد لإحالة الطعن من عدمه إلى المجلس الدستوري³⁰³. ويقتضي تطبيق هذا الشرط أن تمر الطعون بعدم الدستورية بمرحلة التصفية والتي نجد في النظام القانوني الفرنسي والجزائري أنها تتم على درجتين³⁰⁴، فتقوم بها جهة التقاضي الأولى أو جهة الاستئناف التي أثير أمامها الطعن بعدم الدستورية لأول مرة، حيث ألزم المشرع هاتين الجهتين قبل أن تحيلا الدفع على المحكمة العليا (محكمة النقض) أو مجلس الدولة ضرورة التأكد من جدية الدفع. كما ألزم المشرع المحكمة العليا (محكمة النقض) ومجلس الدولة بعد أن يصل إليهما الطعن ضرورة التأكد من جديته من جديد قبل أن يحيله على المجلس الدستوري.

وتعود المحكمة من نظام التصفية على درجتين "*le filtre a deux degrés*" أو نظام الغرلة هو تفادي الضغط الناتج عن كثرة وتراكم القضايا على المجلس الدستوري من جهة³⁰⁵، ومن جهة أخرى الخوف من أن تؤدي كثرة الدفوع إلى تعميم تأجيل الدعاوى الأصلية وبالتالي تأجيل مسار الخصومات التي قدمت بمناسبة طعون بعدم الدستورية³⁰⁶. وما ينبغي التنبيه إليه أن التصفية لا تتم على أساس

³⁰¹ محمد علي سالم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية: دراسة مقارنة (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2013)، ص 473.

³⁰² محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية (الإسكندرية: منشأة المعارف، 2002)، ص 492.

³⁰³ منال بن شناف، محمد بن أعراب، "آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 16، (تشرين الثاني/نوفمبر 2018)، ص 15.

³⁰⁴ وهذا عكس الوضع في مصر حيث نجد أن تصفية الطعون بعدم الدستورية تكون على درجة واحدة، وذلك لأن من يقوم بمراقبة مدى توافق شرط الجدية هي الجهة القضائية التي أثير أمامها الطعن، فإذا تأكدت من توافره أعطت لمن أثاره ميعاد ثلاثة أشهر ليرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا، لمزيد من التفاصيل أنظر: عمر العطوط، المحاكم الدستورية بعد الثورات العربية الصفة والولاية القضائية والاستقلال القضائي، دراسة مقارنة، الكتاب السنوي، المنظمة العربية للقانون الدستوري، 2015-2016، ص 65، شوهد في 2020/3/24، في:

<http://constitutionnet.org>

³⁰⁵ محمد بوسلطان، إجراءات الدفع بعدم الدستورية: آفاق جزائرية جديدة، مجلة المجلس الدستوري، الجزائر العدد الثامن، (2017)، ص 15.

³⁰⁶ مسعود شيهوب، أثار الدفع بعدم الدستورية، ورقة مقدمة في الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، الجزائر، 10-11 / 2018/12، ص 7.

التأكد من عدم الدستورية وإنما ينحصر دور قاضي الإحالة في التأكد من جدية الطعن حسب ما يظهر له من وثائق النزاع فقط دون أن يحق له أن يفصل فيه بقضاء قطعي³⁰⁷.

ويرجع ذلك إلى عدم تدخل قاضي الإحالة في اختصاصات المجلس الدستوري في الرقابة الدستورية، وعلى هذا الأساس فإن وضع المشرع بين يدي الجهات القضائية هذا الاختصاص معتبرا إياها مصفاة أو جهة ضبط (سلطة) دورها تنظيم الطعون وتحويل ما يجب تحويله من خلال توافر الشروط الثلاث السالف بيانها.

وإذا كان لنظام التصفية هذه المزايا فإن له في المقابل عيوب يجب التنبيه لها:

- إن القضايا المرتبطة بالطعن بعدم دستورية القوانين تتطلب سرعة البت مما سيفرض على المحكمة العليا (محكمة النقض) أو مجلس الدولة أن يخصهما بأولوية على حساب الكم الهائل من القضايا المعروضة عليهما، الأمر الذي سيؤدي إلى تعطيل القضايا وإطالة أمدها مما يمس بإحدى مبادئ المحاكمة العادلة ألا وهو مبدأ سرعة المحاكمة.

- كما يعاب على نظام التصفية أيضا أنه يتسم بالثقل، كونه يحجب المتقاضين عن المجلس الدستوري مما يؤدي بهم إلى التراجع عن حقوقهم وعدم الاستفادة منها بسبب إنشاء محطات وسيطة بينهم، وهذا ما يعني عدم تمكين الأفراد من اللجوء مباشرة إلى المجلس الدستوري³⁰⁸، وهذا ما من شأنه أن يحد من فعالية آلية الطعن بعدم الدستورية.

المحور الثاني: انعكاسات حق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين على الديمقراطية الدستورية

يعتبر تقرير المشرع الدستوري في فرنسا والجزائر لحق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين تغيير جذري في نظام الرقابة السياسية على القوانين، وذلك لأنه سمح للسلطة القضائية المساهمة في تحريك رقابة المجلس الدستوري على القوانين، وهذا ما يمكن من تجاوز نقائص سلطة إخطار المجلس التي كان يتمتع بها أعضاء السلطتين التنفيذية والتشريعية (أولا)، وسيسمح هذا التغيير كذلك للمجلس الدستوري أن يكون له دور كبير في حماية الحقوق والحريات العامة (ثانيا).

أولا: تجاوز نقائص سلطة إخطار المجلس الدستوري التي يتمتع بها بعض أعضاء السلطتين التشريعية والتنفيذية

إن الدارس للرقابة التي كان يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي ونظيره الجزائري على مدى دستورية القوانين خلال القرن الماضي يخلص إلى نتيجة وهي أن تحريك هذه الرقابة كان يتوقف بالدرجة الأولى على من يملكون سلطة الإخطار، ففرنسا وجدنا أن دستور سنة 1958 منحها في بداية الأمر لرئيس الجمهورية وللوزير الأول ورئيسي غرفتي البرلمان، ثم وسع من ممارستها في التعديل الدستوري لسنة 1974 بحيث أصبح بإمكان 60 نائبا على مستوى المجلس الوطني و 60 عضوا على مستوى مجلس الشيوخ إخطار المجلس الدستوري.

أما في الجزائر فقد وجدنا أن دستور 89 منح سلطة إخطار المجلس الدستوري لرئيس الجمهورية ولرئيس المجلس الشعبي الوطني، وبعد التعديل الدستوري لسنة 1996 الذي استحدث نظام الغرفتين تم منحها كذلك لرئيس مجلس الأمة.

³⁰⁷ عبد العزيز محمد سالمان، إجراءات الدعوى الدستورية، الجزء الأول، ط رقم 1 (مصر: دار سعد سمك، 2015)، ص 189.

³⁰⁸ لخضر التاج، عبد القادر بوراس، الدفع بعدم الدستورية بين المكاسب والآفاق: مقارنة بالتجربة الفرنسية، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، جامعة تيارت، الجزائر، العدد 6، (يونيو/ حزيران 2018)، ص 59.

فما يمكن ملاحظته على الجهات التي تملك سلطة إخطار المجلس الدستوري أو بعبارة دقيقة من تملك حق تحريك الرقابة على دستورية القوانين أن بعضها ينتمي للسلطة التنفيذية والبعض الآخر ينتمي للسلطة التشريعية، ومن دون شك فإن هذه الجهات لديها انتماءات حزبية، كان لها تأثير كبير على تحريكها للرقابة على دستورية القوانين، لأن في كثير من المرات وجدنا أن هذه الجهات كانت لها استقلالية نسبية في تحريك هذه الرقابة وفي مرات أخرى لم تكن لها استقلالية إطلاقاً.

وما يدل على ذلك أنه في كثير من الأحيان لم تقم هذه الجهات بإخطار المجلس الدستوري، ولم يكن ذلك من منطلق أن القوانين مطابقة للدستور، وإنما كان من منطلق تنفيذ توجيهات الحزب التي تقتضي عدم تحريك هذه الرقابة لأنها لا تتوافق مع برنامج الحزب ومن ثم فهي لا تتوافق مع مصالحه، وهذا رغم تأكيدها أن هذه القوانين مخالفة للدستور كلياً أو جزئياً وذلك بأن تمس بالحقوق والحريات المقررة فيه.

أي أن تحريك الرقابة على دستورية القوانين كان يتوقف على تعليمات الحزب فإذا رخص هذا الأخير بذلك كان لأعضائه الذين يمثلونه على مستوى الجهة التي تملك سلطة الإخطار أن يحركوا هذه الرقابة، أما إذا لم يرخص بذلك فإنهم يمتنعون عن ذلك حتى ولو كان القانون المصوت عليه مخالفاً للدستور.

فأمام هذه النقائص التي تضعف من مصداقية وفعالية قصر تحريك الرقابة على دستورية القوانين على بعض أعضاء السلطتين التنفيذية والتشريعية، وجدنا أن المتضرر الأكبر من هذه النقائص هم الأفراد، نظراً لأنه تم في عدة مرات المساس بحقوقهم وحرياتهم بنصوص قانونية تتعارض بصورة كلية أو جزئية مع ما هو منصوص عليه في الدستور دون أن تتحرك الجهات التي تملك سلطة الإخطار لمواجهة ذلك.

ونذكر هنا على سبيل المثال القانون العضوي رقم 04-12 المتعلق بالأحزاب السياسية³⁰⁹ الذي وجدنا فيه أن المشرع الجزائري فرض شروطاً كثيرة على مباشرة الأفراد لحقهم في تأسيس الأحزاب السياسية، وهذا عكس الوضع في فرنسا التي نجد فيها أن هنالك شرطين فقط يجب التقيدهما عند تأسيس الأحزاب السياسية، وهما الشرطين نصت عليهما المادة 4 من الدستور الفرنسي وهما شرط ضرورة احترام مبادئ السيادة الوطنية والديمقراطية وشرط احترام مبدأ المساواة، وهنالك بعض الشروط الإجرائية المنصوص عليها في قانون الجمعيات لسنة 1901، وذلك لأن تأسيس الأحزاب السياسية في فرنسا ما زال يخضع لهذا القانون.

وما تتميز به بعض الشروط التي جاء بها القانون العضوي 04-12 أنها تحد من مباشرة الأفراد لهذا الحق، ونذكر هنا على سبيل المثال الشرط الوارد في المادة 17 والمتمثل في ضرورة أن يكونوا الأعضاء المؤسسين بالغين على الأقل 25 سنة، فهذا الشرط من دون شك يحرم الأشخاص الذين لم يبلغوا هذا السن من حق تأسيس الأحزاب السياسية، وهذا ما يشكل تعارضاً مع ما نصت عليه المادة 52 من الدستور من أن حق تأسيس الأحزاب السياسية مضمون، بمعنى أنه من حق كل جزائري بلغ سن الرشد القانوني ألا وهو 19 سنة كاملة من المشاركة في تأسيس الأحزاب السياسية. كما أنه إذا جئنا لنقارن بين إجراءات التأسيس التي جاء بها القانون العضوي 04-12 المتعلق

³⁰⁹ القانون العضوي رقم 04-12 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 2، 2012، ص 9.

بالأحزاب السياسية الساري المفعول والقانونين السابقين له، وهما القانون رقم 89-11 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، والأمر 97-09 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية فإننا نلاحظ ما يلي:

أن القانون رقم 89-11 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي نص على إجراء واحد تتأسس به الأحزاب السياسية وهو التصريح التأسيسي بالجمعية (المادة 11 من القانون 89-11) الذي يجب على وزير الداخلية أن يرد عليه خلال أجل شهرين المواليين لإيداع ملف التصريح التأسيسي، فإذا وجد وزير الداخلية أن الملف التصريح كامل، فإنه سوف يصدر وصلا يبين فيه اسم الجمعية ومقرها ألقاب وتواريخ وأماكن الازدياد والعناوين والمهن والوظيفة في الجمعية للأعضاء الثلاثة الموقعين على التصريح التأسيسي، و يجب على وزير الداخلية بعد ذلك نشر هذا الوصل في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية (المادة 15 من القانون 89-11)، ويخول هذا النشر لأعضاء الجمعية ذات الطابع السياسي مباشرة النشاط الحزبي.

أما في ظل الأمر 97-09 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية فإننا نجد أن المشرع قد وضع إجراءات تتأسس بهما الأحزاب السياسية وهما:

-التصريح بتأسيس الحزب السياسي.

-اعتماد الحزب السياسي.

فلا بد من إيداع ملف التصريح بتأسيس الحزب السياسي لدى وزارة الداخلية الذي يجب عليه إذا وجد الملف كاملا أن ينشر وصل التصريح في الجريدة الرسمية أن يرد خلال أجل 60 يوما التالية لإيداع الملف (المادة 15 من الأمر 97-09)، فإذا انقضى هذا الميعاد فيفسر على أنه قرار ضمني بالموافقة على التصريح بتأسيس الحزب السياسي (المادة 17 من نفس الأمر).

ويخول نشر وصل التصريح أو قرار الموافقة الضمني على التصريح للأعضاء المؤسسين بعقد المؤتمر التأسيسي الذي يتم فيه تفويض عضو لإيداع القانون الأساسي للحزب لدى وزارة الداخلية (المادة 19 من الأمر 97-09)، وبعد ذلك يتم إيداع ملف طلب الاعتماد لدى وزارة الداخلية خلال أجل 15 يوما من انعقاد المؤتمر التأسيسي، ولا بد على وزير الداخلية إصدار قرار صريح بالاعتماد أو بالرفض ذلك خلال أجل 60 يوما، لأنه إذا انقضى هذا الأجل فهذا يعتبر قرار ضمني باعتماد الحزب (المادة 22 من الأمر 97-09).

وعليه فما يمكن استنتاجه من خلال هذه المقارنة أن المشرع الجزائري كان أكثر تشددا في إجراءات تأسيس الأحزاب السياسية في القانون العضوي 12-04 وذلك من خلال اشتراطه ثلاث إجراءات، في حين وجدنا أنه في القانون 89-11 وضع إجراء واحدا تتأسس به الأحزاب السياسية وهو التصريح التأسيسي بالجمعية ذات الطابع السياسي، في حين أنه في الأمر 97-09 وضع إجراءات لتأسيس الأحزاب السياسية وهما التصريح بتأسيس الحزب والاعتماد، وهذا ما يعني أنه كان بإمكان المشرع الجزائري في القانون العضوي رقم 12-04 الاكتفاء بإجراء واحد أو إجراءات كحد أقصى تتأسس وفقهما الأحزاب السياسية، وليس ثلاث إجراءات.

فما قام به المشرع الجزائري في القانون العضوي رقم 12-04 يفهم منه رغبته في فرض تقييد كبير في مباشرة الحق في تأسيس الأحزاب السياسية، وهذا ما من شأنه أن يحرم الأفراد من مباشرة أحد أهم الحقوق السياسية ألا وهو الحق في تأسيس الأحزاب السياسية، خاصة وأن هذه الإجراءات تتم على مستوى وزارة الداخلية التي هي سلطة إدارية. و عليه فإن تقرير حق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين هو السبيل الوحيد الذي سيمكنهم من حماية حقهم في تأسيس الأحزاب السياسية وغيره من الحقوق، ومن ثم

فهو الآلية الوحيدة القادرة على سد نقائص قصر سلطة إخطار المجلس الدستوري على بعض أعضاء السلطتين التشريعية والتنفيذية، وذلك لأنه سيمكن سلطة تتمتع بالحياد والاستقلالية من تحريك الرقابة على دستورية القوانين، وهي السلطة القضائية، وذلك لأنها هي من تتولى إحالة الطعون التي يتقدم بها الأفراد على المجلس الدستوري، وهي عندما تقوم بالإحالة تخضع فقط للقانون، وذلك من خلال تأكيدها على توافر هذه الطعون على الشروط الشكلية والموضوعية المحددة قانوناً، فإذا وجدت أن هذه الشروط متوافرة أحالت الطعن على المجلس الدستوري، أما إذا لم تجدها متوافرة فلا تحيله، ومن ثم فهي لا تؤثر فيها الاعتبارات السياسية مثل السلطتين التشريعية والتنفيذية.

وما يؤكد على قدرة تقرير حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية في سد نقائص قصر حق تحريك الرقابة على دستورية على بعض أعضاء السلطتين التشريعية والتنفيذية هو تقرير المجلس الدستوري الفرنسي لسنة 2019 والذي ورد فيه أن عدد الطعون بعدم الدستورية (المسألة الأولى الدستورية) التي وصلت له في سنة 2019 تجاوزت عدد الإخطارات التي تلقها منذ تقرير دستور 1958³¹⁰، فهذا إن دل فإنما يدل على الإختلالات الكثيرة التي كانت موجودة في نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين، والتي أصبح بالإمكان تجاوزها عن طريق الطعون بعدم الدستورية التي يتقدم بها الأفراد.

ثانياً: مساهمة المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة

كان الأفراد في فرنسا يعولون كثيراً على القضاء الإداري في توفيره الحماية لحقوقهم وحرياتهم من اعتداءات السلطات الإدارية، وكان سبب هذا التعويل هو السلطات التي يملكها القاضي الإداري في الدعاوى القضائية التي يرفعونها أمامه، فهو يستطيع تقرير توقيف تنفيذ القرارات غير المشروعة التي تمس بهذه الحقوق والحريات، أو الحكم بإلغائها بصفة نهائية، كما يستطيع الحكم بالتعويض على الجهة التي قامت بالأعمال التي أضرت بها.

وبمرور الوقت ظهر أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يوفر حماية كاملة لحقوق الأفراد، وذلك لأن رقابته تقتصر على رقابة الأعمال الإدارية للسلطات الإدارية ولا تشمل التشريعات التي تسنها السلطة التشريعية والتي تمس بالحقوق والحريات المقررة دستورياً. بل الأكثر من ذلك فإن القاضي الإداري يكون ملزماً بتطبيق هذه التشريعات في النزاعات التي تثار أمامه رغم كونها تمس بالحقوق والحريات المكفولة دستورياً، وهذا ما يجعله يمس بطريقة غير مباشرة بها.

ويرجع سبب ذلك لكون أن القاضي الإداري ليس لديه سلطة مراقبة مدى دستورية القوانين التي سيطبقها على النزاعات المطروحة أمامه، وإنما سلطته مقتصرة فقط على مراقبة مدى مطابقة الأعمال التي قامت بها الإدارة التي تتبع السلطة التنفيذية مع قواعد النظام القانوني السائد في الدولة، فإذا لم يجدها تتطابق حكم بإلغائها أو بالتعويض عنها فقط.

³¹⁰ أنظر تقرير المجلس الدستوري الفرنسي حول نشاطاته لسنة 2019، شوهده في 2020/3/10، في:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/>

فأمام هذا الوضع كان لزاما من توسعة حق التقاضي الذي يتمتع به الأفراد، أو بالأحرى تكملته ليشمل حق الولوج غير المباشر أمام الهيئات المختصة بمراقبة مدى دستورية القوانين، وذلك عن طريق إتاحة الفرصة لهم للطعن بعدم دستورية القوانين التي تمس بحقوقهم وحررياتهم المقررة دستوريا³¹¹.

فهنا تظهر أهمية هذا الطعن في كونه يمنع المساس بهذه الحقوق والحريات بموجب أحكام قضائية مبنية على نصوص تشريعية تتعارض ما هو منصوص عليه دستوريا، وهذا من دون شك سيؤدي بنسبة كبيرة في بناء دولة الحق والقانون، وذلك عن طريق فرض احترام ما جاء به الدستور بخصوص الحقوق والحريات العامة، وهو ما يضمن مصداقية الأحكام التي تصدرها الجهات القضائية الإدارية، وذلك لأنها ستمنح للقاضي الإداري الفرصة بأن يطبق في النزاعات التي تثار بين الأفراد والإدارة إلا القوانين التي لا تمس بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا، وهو ما يعني أنه لم يعد القاضي الإداري هو وحده حامي الحقوق والحريات العامة، بل أصبحت هنالك هيئة سياسية تسمى المجلس الدستوري³¹² هي الأخرى حامية لهذه الحقوق والحريات، وبالتالي تمتع هذا المجلس بوظيفة جديدة لم تكن معروفة من قبل ألا وهي الوظيفة القضائية.

ولكن رغم هذه النتيجة الإيجابية لتقرير حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري في فرنسا والجزائر، فإننا لاحظنا أن التنظيم القانوني لهذا الحق من شأنه أن يضعف من فعاليته و من ثم عدم استطاعة هذا المجلس في توفير الحماية الكافية للحقوق والحريات الأساسية. فقد لاحظنا أن المشرع الفرنسي ونظيره الجزائري لم يسمح للأفراد بإمكانية تقديم طعونهم بعدم الدستورية مباشرة أمام المجلس الدستوري، فالجهة القضائية العليا التي تتبعها الجهة القضائية أثير أمامها الطعن هي التي تتولى إحالته على المجلس الدستوري، ويسري هذا الحكم حتى بالنسبة للمنازعات التي يؤول له وحده الفصل فيها وهي الطعون المتعلقة بالانتخابات الرئاسية والتشريعية.

فالمنطق القانوني يقتضي أن يسمح للأفراد بإمكانية تقديمهم لطعونهم بعدم الدستورية في هذه المنازعات مباشرة أمام المجلس الدستوري، ما دام هو الجهة الوحيدة المختصة للفصل فيها، وهذا ما من شأنه أن يوفر حماية لأحد أهم الحقوق السياسية التي تقوم عليها الديمقراطية ألا وهو الحق في الترشح، وذلك لأنه سيكون باستطاعة المترشح الذي يقدم طعنا في الانتخابات الرئاسية أو التشريعية أن يثير أمام المجلس الدستوري عدم دستورية قانون الانتخابات، إذا كان مضمون هذا الأخير يتعارض كليا أو جزئيا مع ما يقتضيه مباشرة الحق في الترشح المقرر والمحمي دستوريا.

كما أنه من بين الأمور التي يجب أن يعاد النظر فيها في التنظيم القانوني للطعن بعدم الدستورية في فرنسا والجزائر، والتي رأينا أنها تحد من فعاليته هو نظام تصفية الطعن على درجتين، وذلك لأن تخويل جهة التقاضي الأولى أو جهة الاستئناف التي يثار أمامها

³¹¹ جمال رواب، الدفع بعدم دستورية القوانين: قراءة في نص المادة 188 من الدستور، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيبة، الجزائر، العدد 4، (يونيو/ حزيران 2017)، ص 36،

³¹² يرى بعض الفقه الفرنسي أن المجلس الدستوري مند تأسيسه هو هيئة ذو طبيعة قضائية وذلك لأنه يفصل في منازعات قضائية كالمنازعات المتعلقة بمدى دستورية القانون أو اللائحة وكالمنازعات الانتخابية ونظرا لتمتع قراراته بقوة الشيء المقضي به، لمزيد من التفاصيل انظر:

Dominique Rousseau, Droit de Contentieux Constitutionnel (Paris: éditons Montchrestien, 2006), p 53.

الطعن بعدم الدستورية لأول مرة حق مراقبة مدى توافره على الشروط الموضوعية، ثم تخويل محكمة النقض (المحكمة العليا في الجزائر) أو مجلس الدولة حق التحقق من جديد من هذه الحقوق لما يصل إليها الطعن من جهة التقاضي الأولى أو جهة الاستئناف، من شأنه أن يؤدي إلى عزوف الأفراد عن مباشرة هذا الحق، نظرا لهذا التعقيد في إجراءات إحالته على المجلس الدستوري، ونظرا كذلك لأن محكمة النقض ومجلس الدولة في فرنسا يقررون كثيرا عدم إحالة الطعون بعدم الدستورية على المجلس الدستوري، هذا ما يتعارض مع الغاية الأساسية للتعديل الدستوري لسنة 2008 وهو تخويل المجلس الدستوري رقابة مركزية على دستورية القوانين وليس تخويلها لقضاة محكمة النقض ومجلس الدولة³¹³.

فهذا الوضع سيمنع من دون شك الأفراد من أن يكون لهم دورا في الدولة الدستورية، التي يعتبر الطعن بعدم الدستورية أحد أسسها³¹⁴، وعليه يرى بعض الفقه الفرنسي أن الحل البديل لنظام تصفية الطعون بعدم الدستورية على درجتين هو إنشاء دائرة خاصة على مستوى المجلس الدستوري تتولى مهمة مراقبة مدى توافر الطعن بعدم الدستورية على الشروط الموضوعية بعدما يتم إحالة الطعن من أي جهة قضائية سواء كانت جهة تقاضي أولى أو جهة استئناف أو محكمة نقض أو مجلس الدولة³¹⁵، ولكن هذا الحل من شأنه أن يثقل كاهل هذه الدائرة الخاصة نظرا للعدد الكبير بعدم الدستورية، وهذا ما قد يؤدي إلى طول الفصل في الطعون بعدم الدستورية، وهذا ما سينعكس سلبا على سير الدعاوى الموضوعية التي أثّرت فيها هذه الطعون، وذلك لأنه سيتم إرجاء الفصل فيها لوقت طويل.

وعليه فإن الحل المناسب هو إعطاء الجهة القضائية التي أثّرت أمامها الدفع سواء كانت جهة تقاضي أولى أو جهة استئناف أو محكمة نقض أو مجلس الدولة حق إحالة الطعن مباشرة للمجلس الدستوري.

خاتمة

إن أهم ما خلصنا إليه من خلال هذه الورقة البحثية أن تقرير المشرع الدستوري في كل من فرنسا والجزائر في بداية هذا القرن لحق الأفراد في الطعن بعدم دستورية أمر فرضته عليها مقتضيات تكريس الديمقراطية الدستورية التي تقتضي تمكين الأفراد من المساهمة في حماية النظام الدستوري في الدولة، وذلك لأن الطعن بعدم الدستورية سيسمح للأفراد من تنبيه الجهات القضائية التي تفصل في نزاعاتهم بعدم دستورية القوانين التي ستعتمد عليها عند الفصل فيها، وهو ما سيمكن هذه الجهات في حالة التثبت من توافرها على الشروط الشكلية والموضوعية المحددة قانونا خاصة شرط جدية هذه الطعون من إحالتها إلى المجلس الدستوري، والذي سيقضي بعدم دستوريته إن وجدها فعلا مخالفة للدستور، وذلك إذا وجدها فعلا لا تمس بالحقوق والحريات المقررة فيه، وهذا ما سيضمن القضاء أو الأقل تقليص عدد النصوص القانونية غير الدستورية التي فلتت من الرقابة السابقة التي يملك حق تحريكها بعض أعضاء السلطتين التنفيذية والتشريعية.

³¹³ Bertrand Mathieu, "neuf mois de jurisprudence relative à la QPC: Un bilan", Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques, numéro 137, Paris, Avril 2011, p 61.

³¹⁴ Guillaume Tasseau, "la fin d'une exception française", Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques, numéro 137, Paris, Avril 2011, p 9.

³¹⁵ محمد محمد عبد اللطيف، "رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا"، مجلة المحكمة العليا الدستورية، مصر، العدد 16، (بدون سنة)، ص 7.

وعليه أصبح للمجلس الدستوري بموجب الطعن بعدم دستورية القوانين مهمة جديدة تضاف إلى مهمته الأصلية التي تتمثل في مراقبة مدى دستورية القوانين وهي مهمة حماية الحقوق والحريات العامة، وذلك لأن من الغايات الأساسية من استحداث الطعن بعدم الدستورية هو منح المجلس الدستوري سلطة حماية هذه الحقوق والحريات من التشريعات التي تمس بها، وبهذا يكون هو الآخر حاميا للحقوق والحريات العامة بعدما كانت تقتصر هذا الوصف على القاضي الإداري.

وما يمكنه قوله في الأخير أن تقرير المشرع الدستوري في كل من فرنسا والجزائر لحق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين ستزيد من انفتاح المجلس الدستوري على الأفراد، ومن ثم سيشعرون بأهميته نظرا لإحساسهم بتواجده، وذلك من خلال حمايته لحقوقهم وحرياتهم الدستورية لما يلجؤون إليه بموجب هذه الطعون، وهذا ما سيؤدي في الأخير إلى زيادة دوره في تكريس الديمقراطية الدستورية.

المراجع

المراجع العربية

الكتب

- سالم محمد علي، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية: دراسة مقارنة (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2013).
- سالم عبد العزيز محمد، إجراءات الدعوى الدستورية، الجزء الأول، ط رقم 1 (مصر: دار سعد سمك، 2015).
- عبد الباسط محمد فؤاد، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية (الإسكندرية: منشأة المعارف، 2002).
- عبد الوهاب محمد رفعت، رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان (بيروت: الدار الجامعية، 2000).

مقالات الدوريات

- التاج لخضر، بوراس عبد القادر، الدفع بعدم الدستورية بين المكاسب والأفاق: مقارنة بالتجربة الفرنسية، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، جامعة تيارت، الجزائر، العدد 6، (يونيو/ حزيران 2018).
- أوكيل محمد الأمين، "عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر: دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي"، حويلات جامعة الجزائر، العدد 32، الجزء الثاني، (حزيران/ يونيو 2018).
- بن شناف منال، بن أعراب محمد، "آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 16، (تشرين الثاني/نوفمبر 2018).
- بوسلطان محمد، إجراءات الدفع بعدم الدستورية: أفق جزائري جديدة، مجلة المجلس الدستوري، الجزائر العدد الثامن، (2017).
- حمريط كمال، "الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016: دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، الجزائر، العدد السادس.
- رواب جمال، الدفع بعدم دستورية القوانين: قراءة في نص المادة 188 من الدستور، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، العدد 4، (يونيو/ حزيران 2017).
- صلاح الدين فوزي محمد، "الأفراد والدفع بعدم دستورية القوانين في النظام الدستوري الفرنسي"، مجلة المحكمة الدستورية العليا، مصر، العدد 25، (2014).
- عبد اللطيف محمد محمد، "رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا"، مجلة المحكمة العليا الدستورية، مصر، العدد 16، (بدون سنة).

المصادر من الانترنت

- العطوط عمر، المحاكم الدستورية بعد الثورات العربية الصفة والولاية القضائية والاستقلال القضائي، دراسة مقارنة، الكتاب السنوي، المنظمة العربية للقانون الدستوري، 2015-2016، شوهده في 2020/3/24، في: <http://constitutionnet.org>

الوثائق الرسمية

- الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 2، 2009.
- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 2، 2012.
- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 54، 2018.
- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، 2008.

أوراق المؤتمرات

- دغلاش عبد الكريم، معالجة عدم الدستورية من قبل قاضي الموضوع، ورقة مقدمة في الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، الجزائر، 10-11/12/2018.
- شيهوب مسعود ، أثار الدفع بعدم الدستورية ، ورقة مقدمة في الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، الجزائر، 10-11 / 2018/12.

المراجع الأجنبية

الكتب

- Rousseau Dominique, *Droit de Contentieux Constitutionnel* (Paris: éditons Montchrestien, 2006).

مقالات الدوريات

- Mathieu Bertrand, "neuf mois de jurisprudence relative à la QPC: Un bilan", *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, numéro 137, Paris, Avril 2011.
- Tasseau Guillaume, "la fin d'une exception française", *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, numéro 137, Paris, Avril 2011.

المصادر من الانترنت

- تقرير المجلس الدستوري الفرنسي حول نشاطاته لسنة 2019، شوهده في 10/3/2020، في: <https://www.conseil-constitutionnel.fr>

الحكامة في شركات المساهمة - مقارنة قانونية

عبد الله بنغازي

باحث في صف الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة محمد الأول وجدة

ملخص:

إن اعتماد الحكامة كآلية للتسيير من طرف المشرع، من شأنه الدفع بشركات المساهمة المغربية إلى الأمام، وهو إجراء يعكس وجود قناعة لدى المهتمين بشأن الشركات مفادها، أن الحكامة أصبحت أداة أساسية لتحسين أداء شركات المساهمة، علاوة على رفع مستوى التنمية في بلد يتبنى سياسة التوجه نحو اقتصاد السوق، ذلك أن ممارسة الحكامة الرشيدة تضمن نزاهة المعاملات المالية، مما يؤدي إلى تحسن مناخ الأعمال بصفة عامة. إن الحكامة في شركات المساهمة هي ترياق ضد الفساد المالي في هذا المجال، من حيث إنها تضع الحدود بين الحقوق الخاصة والمصالح العامة وتمنع إساءة استخدام السلطة.

إن تطبيق مبدأ الحكامة في مجال الشركات بشكل جيد، سيكون له أثر إيجابي على شركات المساهمة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة، فسيحسن أداء الشركات بسبب تجنب ما كان يحدث من نهب أو إساءة استعمال أموال الشركة، كما أن الشفافية التي تعتمدها الشركات في نشر وإعلان البيانات المالية المتعلقة بها، سيرفع من سمعتها لدى الشركاء والمتعاملين معها، ويمكنها كذلك من ربط وتقوية العلاقات بين أصحاب المصلحة داخل وخارج الشركة.

Résumé:

L'utilisation de bonne gouvernance comme outil de gestion de la part du législateur constitue un élément motivant des sociétés anonymes marocaines, elle représente au même temps ma conviction de tous les intéressés de ce domaine des sociétés que la bonne gouvernance est un élément indispensable pour améliorer la performance des sociétés anonymes en plus de l'amélioration du niveau du développement du pays notamment les pays émergentes qui se reposent sur une économie libérale. La bonne gouvernance au domaine des sociétés anonymes peut améliorer le climat de commerce et des affaires, elle est considérée comme anti corruption financier, elle met des limites entre les droits privés et les intérêts public.

Le mettre en œuvre de la bonne gouvernance aura un impact positif notamment sur les sociétés anonymes et la société en générale, elle aide à éviter 'abus des biens sociaux de la société, ainsi que la fiabilité de la société au domaine de la publication des informations participe pour promouvoir la réputation de celle-ci auprès de ses partenaires.

مقدمة

لقد ظل ميدان الشركات التجارية لزمن طويل بعيدا عن كل تدخل بمقتضيات جنائية، إلا أن تغير الأحوال والأوضاع الاقتصادية العالمية، وظهور جرائم مالية اهتز لها العالم في ميدان الشركات، وما خلفته من تأثير سلبي على الوضع الاقتصادي بصفة عامة، جعل من الضروري البحث عن حلول لحماية الشركات تتماشى و هذه الأوضاع الجديدة.

وإذا كان التعامل مع هذه الجرائم وفق المقاربة الزجرية في بداية القرن العشرين إجراءً يتلاءم والوضع الاقتصادي والاجتماعي السائد آنذاك، فإن هذه المقاربة أبانت عن محدوديتها في ظل الأزمات المالية التي عرفتها دول شرق آسيا وروسيا والولايات المتحدة على وجه الخصوص في الفترة الأخيرة، والتي كانت بسبب الفساد الإداري والمالي والتباين الصارخ بين مرتبات ومكافآت المديرين التنفيذيين في الشركات، وأدائها على أرض الواقع، ما ساهم في تكبد المساهمين خسائر مالية فادحة، وتدهور الوضع الاقتصادي بشكل عام .

وفي هذا الصدد، تعد فضيحة شركة نيسان لصناعة السيارات والتي كان بطلها رئيس الشركة ومديرها العام كارلوس غصن، وكذا فضيحة شركة ايجيل ازيغ للطيران الفرنسية الجزائرية وما عرفت من اختلاسات وتلاعبات مالية تعد بمليارات الدولارات، أمثلة واضحة من فضائح أخرى هزت الرأي العام الاقتصادي العالمي. وبالنظر إلى هذا الواقع الجديد الذي تغيرت فيه الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية في العالم، وظهور تقنيات ووسائل حديثة في مجال شركات المساهمة، أضحت البحث عن آليات جديدة أكثر ملاءمة مع الأوضاع الجديدة مطلبا ملحا من أجل تحقيق حماية الذمة المالية لشركة المساهمة، لكن دون القطع التام مع المقاربة الزجرية بالنظر لفاعليتها.

لقد أضحت عملية جلب رؤوس الأموال الضخمة لإنجاز المشاريع الكبرى عملية شديدة الصعوبة، مما أدى بالمساهمين وخاصة المؤسسات الاستثمارية، إلى أن يكونوا أكثر ترددا في مبادراتهم الاستثمارية مخافة أن يقعوا ضحية الفساد المالي وسوء الإدارة، كما أصبح المستثمرون يشترطون قبل قيامهم بأي مبادرة استثمارية، أن تدار الشركات التي سيضخون فيها رؤوس أموالهم وفقا للممارسات السليمة للأعمال، حتى يضمنوا تجنب الفساد المالي وسوء الإدارة قدر الإمكان.

ويطلق على مختلف هذه الممارسات السليمة أو الأساليب العلمية الرشيدة في إدارة أعمال شركات المساهمة حكمة الشركات (*Corporate Governance*). فإلى حد يمكن أن تحد حكمة الشركات من جرائم الأموال؟ وما المقصود بالحكمة في شركات المساهمة؟ وأين تتجلى مظاهرها في التشريع المغربي؟

المحور الأول: ماهية الحكامة في مجال شركات المساهمة

إن المستثمرين سواء المغاربة أو الأجانب يحرصون قبل توجيه استثماراتهم على البحث عن الشركات القائمة على مبادئ الحكامة والتي تضمن مستوى معين من الشفافية والإفصاح عن المعلومات المالية التي تنشرها، والوضوح والدقة في القوائم المالية. فما المقصود بالحكمة؟ وما مسارها التاريخي؟

أولا: تعريف الحكامة

يرجع مصطلح الحكامة إلى كلمة إغريقية قديمة تعبر عن قدرة ربان السفينة ومهاراته في القيادة وسط الأمواج، وما يمتلكه من قيم وأخلاق نزيهة في الحفاظ على أرواح وممتلكات الركاب، فإذا ما وصل بها إلى ميناء الوصول، ثم عاد بها إلى ميناء الإبحار سالما، اطلق

عليه التجار وخبراء البحار القبطان المتحكم جدا *good governance*"³¹⁶. وكانت الاستعمالات الأولى لهذا المصطلح قبل شيوعه تخص الميدان الاقتصادي حيث نجد (ادم سميث *Adam smith*) قد نبه أواخر القرن الثامن عشر إلى تأثير التوزيع المبالغ فيه لرأس المال على تفهقر الأداء الاقتصادي للمقاولة، وأشار إلى أن المساهمين غير المالكين أقل اهتماما بالمقاولة من المسيرين فيها³¹⁷.

كما أشار كل من الفقيهين (ادولف بيلر وغاردنير مينز: *Adolph berle et Gardinr*) Means في كتابيهما (الشركة الحديثة والملكية الخاصة) الصادر سنة 1932 إلى الهوة المتزايدة التي تفصل المساهمين في الشركة عن إدارتهم، وما نجم عنه من إساءة استخدام السلطة لصالح القائمين عليها، منتقدين بذلك التفريق بين ملكية رأس المال الشركة وإدارتها، فكان هذا بمثابة تشخيص أولي لآليات عمل الشركة، وتأسيس لنظرية حكامه الشركات¹، وهذا ما أكدته أيضا كل من *Michael.c.Jansen* و *William H Meckling* سنة 1976 حيث أشارا إلى حتمية حدوث نزاع في الشركة عندما يكون هناك فصل بين الملكية والتسيير.

أما *Olivier E williamsan* فقد تبنى مفهوما أوسع لحكامه الشركات، عندما لم يحصرها في العلاقة بين المساهمين والمسيرين، بل تجاوز هذه العلاقة الضيقة لتشمل أصحاب المصالح المرتبطين بالشركة، حيث تناول المعاملات التي تنشأ بين المساهمين والدائنين والأجراء والموردين، والمسيرين وآليات تنظيم هذه المعاملات².

ويثير مصطلح حكامه الشركات الكثير من الغموض، نظرا لحدائته وللزاوية التي ينظر منها إليه، فالبعض ينظر إليه من الناحية الاقتصادية على أنه مجموع الآليات التي تساعد المنشأة على الحصول على التمويل، وعلى تعظيم ثروة الملاك، والبعض الآخر يعرفونه من الناحية القانونية على أنه طبيعة العلاقات التعاقدية التي تحدد حقوق وواجبات المساهمين وأصحاب المصالح من جهة، والمسيرين من جهة أخرى، في حين ينظر إليه فريق ثالث من زاوية المسؤولية الاجتماعية والأخلاقية للمؤسسة في حماية حقوق الأقلية وصغار المساهمين³.

كما تعرف الحكامة في الشركات بأنها مجموع المبادئ التي تحكم العلاقة بين المسيرين ومجلس الإدارة والمساهمين، أو النظام الذي بواسطته تسيير الشركات وتراقب³¹⁸. أما من الناحية القانونية فإن الحكامة هي مجموعة القواعد التي تنظم العلاقة بين إدارة الشركة

³¹⁶ - عمار حبيب جهلول. النظام القانوني لحكومة الشركات. منشورات زين الحقوقية دار نيبور الطبعة الأولى 2011 ص 323. ومن بين التعريفات الفقهية التي قاربت مفهوم حكامه الشركات، نجد: "مجموع الآليات التنظيمية التي تملك قوة التأثير على الحدود التي يستعملها المسيرون عند اتخاذ القرارات في المنظمة، وذلك للحد من السلطة التقديرية تعريف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية" (*OECD*): حكامه الشركات هي ذلك النظام الذي يوجه ويضبط أعمال المؤسسة، حيث يصف ويوزع الحقوق والمسؤوليات بين مختلف الأطراف في المؤسسات كمجلس الإدارة والمديرين والمساهمين وأصحاب المصالح الأخرى، ويضع القواعد والإجراءات لاتخاذ القرارات الخاصة بشؤون المؤسسة، كما يضع الأهداف والاستراتيجيات اللازمة لتحقيقها وأسس المتابعة لتقييم ومراقبة الأداء، بهدف تحقيق الاستخدام الأمثل لموارد المؤسسة وتوزيع العائد على الأطراف ذات العلاقة بعدالة.

³¹⁷ - Florent ledentu ; Système de gouvernance d'entreprise et d'actionnaires de contrôle ; le cas suisse ; thés pour l'obtention du grade de docteur en sciences économiques et social ; Faculté des sciences économiques et sociales. Université de fribourg-2008.p.16.

¹ - عمار حبيب جهلول مرجع سابق، ص 34-35.

² - رشيد طاهر: محاولة في تحديد مفهوم الحكامة في شركات المساهمة دراسة في المفاهيم المعتمدة دوليا و وطنيا أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص كليات العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطبات، 2013، ص 5.

³¹⁸ - *Bertrant richard ;Dominique Mielllet ;la dynamique du gouvernement d'entreprise édition d'organisation 2003.P1*

والمعاملين معها وأصحاب المصلحة الآخرين على أساس تحديد الحقوق وتنفيذ الالتزامات وفقا لما يستوجبه حسن النية في إدارة الشركة والرقابة عليها³¹⁹.

واعتبر البعض الآخر أن مفهوم الحوكمة في شركات المساهمة يتمحور حول فكرة ترشيد السلط داخل هذا النوع من الشركات، حيث تعتبر الحوكمة المرجع الذي يحكم العلاقات بين رئيس الإدارة والمساهمين وكل المتدخلين الآخرين، وهو ما يحدد أيضا البنية التي ترسم من خلالها الأهداف التي تسعى الشركة إلى تحقيقها، والوسائل المعدة لذلك، مع تأمين مراقبة فعالة لكل النتائج التي تم أوسيتها تحقيقها³²⁰.

إن مفهوم حوكمة الشركات هو تعبير واسع يتضمن الأنظمة والقواعد الخاصة بالرقابة على أداء الشركة، وتنظيم العلاقات بين مجلس الإدارة والمديرين والمساهمين وأصحاب المصالح الأخرى، والتأكيد على أن الشركة يجب أن تدار لصالح المساهمين، وما يترتب عن ذلك من المساءلة التي يخضع لها مجلس الإدارة و التسيير، والمعلومات التي يجب عليه الإفصاح عنها، وأيضا المعايير المحاسبية التي تطبق على الشركة، وعدم الملاءمة المالية، وغير ذلك من المبادئ والقواعد التي تحدد كيفية عمل الشركة، وفق هيكل معين أو آلية محددة تضمن توزيع الحقوق والواجبات فيما بين جميع الأطراف بشكل يحقق أهدافهم جميعا وعلى التوازي، ذلك أنه غالبا ما يسعى كل طرف من أطراف الشركة إلى تعظيم منفعة الذاتية وتحقيق مصالحه، ولو على حساب الآخرين، وبالتالي تسعى الحوكمة إلى ضمان الانضباط السلوكي والتوازن في تحقيق مصالح جميع الأطراف بناء على رقابة فعالة وإدارة جيدة في الحالة التي تواجه فيها الشركة بعض المخاطر.

ثانيا: المسار التاريخي لمفهوم الحوكمة

يعتبر قانون *sarbanes-oxley*³²¹ من أول القوانين التي تضمنت بشكل واضح مبادئ الحوكمة في شركة المساهمة. وهو قانون صدر بالولايات الأمريكية المتحدة عقب التلاعبات المالية التي عرفتها كبريات الشركات الأمريكية. ولقد تأسس على ثلاثة محاور، أولها صحة المعلومات، وثانيها استقلالية لجان الفحص، وثالثها مسؤولية المديرين.

ولم يقتصر تطبيق هذا القانون على الشركات الأمريكية والأجنبية الموجودة في التراب الأمريكي فقط بل شمل حتى تلك الشركات الأمريكية الموجودة خارج التراب الأمريكي، وهو ما أضفى على هذا القانون صفة العالمية. وعرفت بريطانيا بدورها الإرهاصات الأولى لنظام حوكمة شركات المساهمة من خلال صدور مجموعة من التقارير المتعاقبة كان أولها تقرير *Cadbury*³²² والذي نادى بضرورة خلق توازن بين الأعضاء التنفيذيين والأعضاء غير التنفيذيين داخل مجلس الإدارة. وتلاه بعد ذلك تقرير *Hampel* والذي كان من بين توصياته

³¹⁹ - رشيد طاهر، محاولة في تحديد مفهوم الحوكمة في شركات المساهمة، دراسة في المفاهيم المتعددة دوليا ووطنيا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطاط 2013، ص5.

³²⁰ - *Alain couret, la gouvernance dans la société anonyme ; un bouclier pour les dirigeants ? colloque du 12mai 2009 ; organisé par la CREDA ; www.creda.ccip.fr. le 20-08-2013 à 14h00.*

³²¹ - قانون ساربنس أوسكلي رقم 107-204 الصادر في 30 يونيو 2012 يصنف ضمن القوانين الفيدرالية الصادرة عن الكونغرس الأمريكي والذي يهدف إلى حماية المستثمرين عن طريق تحسين صحة المعلومات الصادرة عن الشركة المسعرة في البورصة وفقا لقوانين الأوراق المالية وصحة كل من المستشار بول ساربنس ومايكل أوسكلي.

³²² - صدر تقرير *Cadbury* في فاتح دجنبر سنة 1992 اشرف على إنجازه السيد *Adrien Carbury*.

تفعيل ما جاء به تقرير *Cadbury*. ثم بعد ذلك صدر تقرير *Turnbul* وتقرير *Smith* والذان حددا الإجراءات اللازمة لتعزيز الرقابة الداخلية والآليات الضرورية لاشتغال لجان التدقيق وأدوارها، إلى جانب ضرورة دعم هذه اللجان بمتصرفين مستقلين.

أما في فرنسا فإن لجان العمل التي شكلها مجموعة من رجال الأعمال أثمرت إصدار العديد من التقارير التي عكست بداية التوجه نحو تبني نظام الحوكمة في شركات المساهمة، أهمها:

✓ تقرير فينو الأول (*Vienot 1*): خصص هذا التقرير حيزا مهما لاختصاصات لجان الفحص، وعارض تشكيلها من بين المتصرفين المستقلين، كما انتقد وبشدة التوجه القضائي الفرنسي الذي كان يعتبر المصلحة العامة للشركة منفصلة عن مصلحة أعضائها.

✓ تقرير فينو الثاني (*Vienot 2*)³²³ والذي أوصى بضرورة إشهار تعويضات مسيري شركات المساهمة المسعرة في بورصة القيم، وتحديد مدة انتداب المتصرفين فيها بحيث لا تتجاوز أربع سنوات.

✓ تقرير بوتون (*Bouton*)³²⁴ ركز هذا التقرير على طريقة اشتغال أجهزة الإدارة والتسيير، مع ضرورة وضع معايير محددة لتقييم العمل المحاسباتي ومستوى جودة المعلومات.

وعقب توالي مجموعة من التقارير التي اشتركت في دعوتها إلى ضرورة التوجه نحو مبادئ الحوكمة في شركات المساهمة، أصدر المشرع الفرنسي قانون الضوابط الاقتصادي الجديد³²⁵ الذي وضع مفهوما جديدا لاختصاصات مجلس الإدارة المتمثل أساسا في تحديد توجهات نشاط الشركة والسهر على تطبيقها وممارسة الرقابة وتدقيق الحسابات. ثم تلاه بعد ذلك قانون الحماية المالية *la loi de la sécurité financière* والذي كان يهدف إلى تحديد السلطات وتعزيز الشفافية في شركات المساهمة ومراقبة الأسواق المالية وحماية المدخرين.

أما على مستوى التشريع المغربي فقد أصدر المشرع القانون 20-19³²⁶ المغير والمتمم للقانون 17-95 الذي عزز مبادئ الحوكمة بنصه على مجموعة من الإجراءات التي تسهدف الرفع من فعالية مجلس الإدارة وتوسيع صلاحيات المساهمين من خلال المشاركة في الجمعيات العمومية التي أصبح مجلس الرقابة بناء على هذا القانون من ذوي الصفة الذين يحق لهم دعوتها للانعقاد.

المحور الثاني: الرقابة كآلية من آليات الحوكمة في مجال شركة المساهمة

إن الحوكمة في مجال شركات المساهمة، نظام متكامل يسعى إلى توجيه أعمال الشركة ومراقبتها على أعلى مستوى، من أجل تحقيق التوازن بين أهدافها وأهداف الأطراف الأخرى المرتبطة بها. وبناء على ذلك؛ قام المشرع بتعزيز مبادئ الحوكمة بتنصيبه على

³²³ -Rapport vienot 2 comité sur le gouvernement d'entreprises privées (AFEDP) et le mouvement des entreprises de France présidé par Maroc vienot Juillet 1999.

³²⁴ - Rapport de Bouton "pour une meilleur gouvernement des entreprises cotées" réalisé le 23/09/2002.

³²⁵ - قانون رقم 420-2001 بتاريخ 15 ماي 2001، دخل حيز التنفيذ بمقتضى المرسوم الصادر في 20 فبراير 2002، أهم ما جاء فيه إلزام الشركات المسعرة في البورصة بأن تبين وبتفصيل في التقرير السنوي جميع العناصر المكونة للتعويضات المستحقة للمديرين وأن يصادق مراقب الحسابات على صحة هذه المعلومات.

³²⁶ - الظهير الشريف رقم 1.19.78 الصادر بتاريخ 26 أبريل 2019 بتنفيذ القانون رقم 20.19 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6773 بتاريخ 29 أبريل 2019. ص 2177.

مجموعة من الإجراءات التي تضمنها قانون 20-19، وسنقتصر في هذا المقال على تلك المرتبطة بتعزيز آليات الرقابة سواء الداخلية منها (أولاً) أو الخارجية (ثانياً).

أولاً: دعم الرقابة الداخلية

لقد عزز المشرع مبادئ الحكامة في شركات المساهمة بدعمه لمبدأ الرقابة الداخلية، حيث مكن المساهمين من مجموعة من الآليات التي تمكنهم من الاطلاع على أحوال الشركة والمساهمة في تحقيق الغرض الذي من أجله وجدت.

ففي هذا الإطار؛ جاء المشرع بمقتضيات تدعم مشاركة المساهمين في الجمعيات العمومية من قبيل دعم حق الإخبار، ووضع آليات تحد من ظاهرة الغياب وتجاوز إكراهات البعد الجغرافي. وبخصوص المهام الرقابية التي تتمتع بها الجمعية العامة في الاختصاصات الموكولة لها، خاصة في مجال تعيين وعزل أعضاء مجلس الإدارة في شركات المساهمة ذات مجلس إدارة، وتعيين وعزل أعضاء مجلس الرقابة، وتعيين وعزل مراقبي الحسابات، والمصادقة على الميزانية المقدم من طرف مراقب الحسابات.

وإلى جانب ذلك، تنظر الجمعية العامة في إطار مهامها الرقابية في مجموعة من التقارير التي يعدها مراقب أو مراقبو الحسابات والتي تتضمن نتائج القيام بمهامهم الموكولة لهم من طرف الجمعية العامة، وهي عملية تكتسي أهمية بالغة لأنها تكشف بتفصيل طبيعة وجدوى كل العمليات المالية التي تقوم بها الشركة. إضافة إلى ذلك؛ منح المشرع مجلس الرقابة - الذي استحدث في ظل القانون 20-05 - صلاحيات أوسع تمكنه من ممارسة رقابة فعالة على تصرفات المسيرين لشركات المساهمة.

وفي المقابل متع المشرع المساهم في شركات المساهمة بحق حضور الجمعيات العامة، والتدخل في كل النقاط المعروضة ومناقشتها، وإدلاء الرأي بشأنها وتوجيه الأسئلة إلى أعضاء مجلس الإدارة ومراقب الحسابات لاسيما التقرير الذي يعرضه هذا الأخير والذي يتضمن كل البيانات التي من شأنها أن تمكن المساهمين من التعرف على أوضاع الشركة المالية قبل اتخاذ قرار التصويت على هذه التقارير المعروضة على الجمعية العامة. ومن أجل خلق توازن بين مختلف مكونات شركة المساهمة وتفادي النزاعات التي قد تنشأ نتيجة تضارب المصالح مكن المشرع المساهمين في شركة المساهمة من آلية تجعلهم كفئة غير مسيرة يمارسون الرقابة المباشرة على الفئة المسيرة³²⁷.

إن خبرة التسيير رقابة ذاتية منحها المشرع للمساهمين في شركات المساهمة على المتصرفين، شريطة أن يتوفر طالب الخبرة على صفة مساهم وأن يكون مساهماً أو مجموعة مساهمين ممن يمتلكون عشر رأسمال الشركة، وأن تنصب الخبرة على عملية أو عمليات تسيير محددة. ويتمثل الدور الحمائي لخبرة التسيير في كونها تشكل مصدراً استثنائياً لاستقاء المعلومات متى اهتز عامل الثقة بين المساهمين وجهاز الإدارة والتسيير في شركة المساهمة، يقوم به طرف خارجي عن الشركة تتوفر فيه شروط الحياد والاستقلالية والموضوعية.

ومن أجل ضمان حسن التدبير المالي والمحاسبي في شركة المساهمة كان قد تضمن مشروع قانون 11-88 إنشاء لجنة تدقيق الحسابات عهد إليها بمتابعة إعداد المعلومات الموجهة إلى المساهمين والجمهور والهيئة المغربية لسوق الرساميل، وكذا متابعة مدى فعالية أنظمة المراقبة الداخلية وتدقيق الحسابات الداخلية والمراقبة القانونية لحسابات الشركة، وإن اقتضى الحال تسيير المخاطر المرتبطة بالشركة.

³²⁷ - سعيد حماني، الحكامة وشركات المساهمة دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، 2013، ص. 28.

علاوة على ذلك؛ تعمل هذه اللجنة تحت مسؤولية مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة، وتساهم في تقوية الأمن المالي بالفحص الدقيق للمسائل المتعلقة بالمعلومات المحاسبية والمالية ومراقبتها³²⁸.

وهو الأمر الذي تم ترجمته فعلياً في القانون رقم 20.19 الذي حدد ضوابط تشكيل هذه اللجنة³²⁹ من طرف مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة حسب الحالة. وتتولى هذه اللجنة في إطار سلطاتها الخاصة - دون المساس بصلاحيات ومسؤوليات الهيئات المكلفة بالإدارة أو التسيير - القيام بالمهام والأدوار الآتية:

- متابعة إعداد المعلومات الموجهة للمساهمين وللأغيار وللهيئة المغربية لسوق الرساميل.
- متابعة مدى فعالية أنظمة المراقبة الداخلية وتدقيق الحسابات الداخلية.
- تسيير المخاطر المرتبطة بالشركة والتحكم فيها عند الاقتضاء.
- متابعة المراقبة القانونية لحسابات الشركة والحسابات المدمجة.
- دراسة ومتابعة استقلالية مراقبي الحسابات لاسيما فيما يخص تقديم خدمات إضافية إلى الجهة الخاضعة للرقابة.
- ضمان تطبيق قواعد العمل الخاصة بمهامها والصلاحيات الموكلة إليها من قبل مجلس الإدارة.
- تقديم تقارير إلى مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة بصفة منتظمة عن أداء مهامها.
- تبليغ مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة بالصعوبات التي تواجهها.
- تقديم توصيات إلى الجمعية العامة حول مراقبي الحسابات.

وبناء على ذلك؛ يعتبر المساهمون من بين أهم المستفيدين من أعمال الحكامة في مجال الشركات، فمن جهة سيتمكنون من ممارسة كل الحقوق التي يتمتعون بها، ومن جهة أخرى ستتاح لهم فرصة المساهمة في إدارة الشركة ومراقبة أعمالها خاصة المالية، والإبلاغ عن كل اختلال قد يلاحظونه داخل الشركة.

بيد أنه من الناحية الواقعية، يلاحظ أنه من المستحيل على المساهم الفرد أن يمارس بفعالية الحقوق التي يتمتع بها بموجب القانون. لذلك أصبح من الضروري على المساهمين التكتل في جمعيات يمكنهم من خلالها المشاركة بقوة في إدارة شركاتهم.

³²⁸ - مشروع قانون 88-11، منشور بموقع الأمانة العامة للحكومة المغربية www.sgg.gov.ma، 15-09-2013، على الساعة h0022.

³²⁹ -، حدد القانون رقم 20.19 ضوابط تشكيل لجنة تدقيق الحسابات، من لدن مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة حسب الحالة، كالتالي:
- أن تتألف اللجنة من ثلاثة أعضاء على الأقل يتم اختيارهم من بين المتصرفين غير التنفيذيين أو من بين أعضاء مجلس الرقابة الذين لا يمارسون أي مهمة داخل هياكل تسيير الشركة؛

- أن يكون رئيس اللجنة مستقلاً حسب مدلول المادتين 41 المكررة و83 من قانون شركات المساهمة كما غير وتمم بالقانون رقم 20.19، بدل الشروط والمعايير المحددة من طرف مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة والتي يتم نشرها وفق الكيفيات التي تحددها الهيئة المغربية لسوق الرساميل؛

- أن تتوفر لدى رئيس اللجنة تجربة أو خبرات كافية في الميدان المالي والمحاسبي؛
- أن يتواجد عضو ثان، على الأقل، من أعضاء اللجنة بصفته مستقلاً، غير أن هذا الشرط يقتصر فقط على شركات المساهمة المقيدة أسهمها بالسوق الرئيسي لبورصة القيم، وذلك بهدف ضمان مزيداً من الشفافية والعقلانية في اتخاذ القرارات داخل الشركة. ³²⁹ -

وقد تبلور هذا النوع من التكتلات في فرنسا حيث ظهرت جمعيات مساهمي الشركات التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب، وهي جمعيات تمكن حاملي الأسهم داخل الشركات نفسها من التجمع من أجل الدفاع عن حقوقهم أمام الشركة، بل يمكن للجمعية أن تمارس الحقوق نفسها التي يتمتع بها حاملو الأسهم الأقلية، والذين يمتلكون على الأقل خمسة بالمائة من رأسمال الشركة، كما يمكنها اللجوء إلى القضاء للدفاع عن حقوق المساهمين³³⁰.

ثانيا: دعم الرقابة الخارجية

لم يكتف المشرع بإجراءات الرقابة الداخلية كآلية من آليات الحكامة في مجال شركة المساهمة، بل نص على إجراءات أخرى لتعزيز الرقابة الخارجية على أعمال المديرين لشركة المساهمة³³¹ من خلال منحه هذا الدور للهيئة المغربية لسوق الرساميل³³²، والتي تعد من هيآت الحكامة العاملة باسم الدولة والتي تتمتع بسلطات حقيقية دون خضوعها لسلطة الحكومة، حيث تختص بتنظيم قطاع المال وضبطه، وذلك بوضع إطار قانوني وأخلاقي ملزم ومؤطر للعمل المهني³³³.

وفي هذا الإطار؛ أجاز المشرع للهيئة المغربية لسوق الرساميل أن تصدر لأجل تنفيذ مهامها دوريات³³⁴ تحدد فيها قواعد الممارسة المهنية التي تنظم العلاقة بين الشركة والمديرين وقواعد الأخلاق المهنية التي تضمن احترام مبادئ الانصاف والشفافية ونزاهة السوق المالي. وبالتالي فالدوريات مكملة للقوانين والمراسيم والقرارات، حيث إنها تحدد القواعد بشكل واضح ومفصل وتسمح بانسجام الممارسات وتحديد قواعد السوق وتوضيح واجبات الجميع. علاوة على ذلك؛ تمارس الهيئة المغربية لسوق الرساميل مهامها رقابية أخرى من خلال التأشير على بيان المعلومات بعد التأكد من قيام الشركة بالتصريح بالمعلومات التي فرض المشرع نشرها للعموم وفق النموذج الذي تعده.

وبالتالي فهي تسهر في مجال مراقبة الإعلانات والبيانات المالية التي تنشرها الشركات المدرجة، على أن يتوفر الجمهور على معطيات منتظمة حول المصدرين (الشركات المدرجة في البورصة)، وتؤكد من أن هؤلاء يحترمون واجباتهم أثناء نشر البيانات المالية السنوية ونصف السنوية، ويعلمون الجمهور بكل معلومة مهمة يمكن أن يكون لها تأثير على أسعار البورصة وعلى سنداتهم أو انعكاس على الذمة المالية لحاملي السندات. وتحرص الهيئة على أن تكون المعلومات واضحة وصادقة ودقيقة وتم نشرها في حينها.

وقد تتخذ هذه المهام الرقابية التي تمارسها الهيئة المغربية لسوق الرساميل شكلين متكاملين، ويتعلق الأمر بالمراقبة الميدانية، من خلال عمليات التفتيش بالمقرات الاجتماعية للشركات، ومراقبة الوثائق من خلال تقارير يحدد مجلس القيم المنقولة محتواها ودورياتها.

³³⁰ - Jean-Jacques Caussain ; le gouvernement d'entreprise le pouvoir rendu aux actionnaires, Litec ; mars 2005 ;p. 5.

³³¹ - المادة 5 من القانون 43.12 :..... ويمكن ممارسة المراقبة على الشركات التابعة للأشخاص والهيئات المذكورة أو على الأشخاص المعنوية التي تراقبها حسب مدلول المادتين 143 و144 من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة.

³³² - ظهير شريف رقم 1.13.21 صادر في فاتح جمادى الأولى 1434 (13 مارس 2013) بتنفيذ القانون رقم 43.12 المتعلق بالهيئة المغربية لسوق الرساميل.

³³³ - محمد الهيني، مقال منشور بموقع www.droit-maroc.ma

³³⁴ - المادة 6 من القانون رقم 43.12 يجوز للهيئة المغربية لسوق الرساميل أن تصدر، لأجل تنفيذ مهامها، دوريات تطبق على مختلف الهيئات والأشخاص الخاضعين لمراقبتها والمشار إليهم في المادة 4 من هذا القانون وكذا على مسيريهم ومستخدميههم. وتحدد في الدوريات المذكورة:

وتسهر الهيئة المغربية لسوق الرساميل على مطابقة المعاملات المتعلقة بالقيم المنقولة مع قواعد السوق لضمان نزاهتها، وتباشر عمليات التحقيق إذا استدعى الأمر ذلك. وللهيئة المغربية لسوق الرساميل الأهلية القانونية لاتخاذ إجراءات زجرية في حق المتدخلين في السوق إذا عاينت مخالفات أو إخلالات بالقواعد التي تنظم نشاطاتهم أو سير السوق. وتصدر العقوبات بموجب مسطرة تحترم حقوق الدفاع عن مصالح المتدخلين المعنيين³³⁵، إذ ينص القانون المنظم للهيئة المغربية لسوق الرساميل على تشكيل لجنة تأديبية، تكلف بمهام التحقيق في الملفات التي تدخل في نطاق اختصاصاتها واتخاذ القرارات التأديبية وقرارات المتابعة القضائية.

وفي سبيل حماية السوق المالي منع المشرع نشر كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تضليل الجمهور³³⁶، كشر معلومات كاذبة أو خادعة تتعلق مثلاً بالزيادة غير الصحيحة في رقم المعاملات أو الاعلان عن أسعار غير حقيقية لسندات الشركة أو تقديم معلومات ذات جودة سيئة من أجل إيقاع الغير في الغلط. وتكمن الغاية الأساسية من هذه المراقبة في التأكد من أن المتدخل يقدم باستمرار الضمانات الكافية، سيما ما يتعلق بتنظيمه، ووسائله التقنية والمالية والبشرية، والتحقق من أنه يحافظ على الشروط التي من أجلها حصل على الاعتماد.

الخاتمة

لا يختلف اثنان في أن الهدف الأساسي من الحكامة هو تكريس المراقبة الداخلية والخارجية للشركة، وتمكين المساهمين من التمتع بممارسة حقوقهم، حيث يجب على الشركات في الأسواق الناشئة اتخاذ الإجراءات التي تضمن الحفاظ على حقوق المساهمين، وأن تتيح لهم الفرصة للحصول على المعلومات والمشاركة في اتخاذ القرارات، بما في ذلك انتخاب المديرين، والمشاركة في الاجتماع السنوي للجمعية العامة لحملة الأسهم. كما يجب أن تراعى المصلحة العامة للشركة وجعلها فوق كل اعتبار عند تضارب المصالح وتنازعها بين مختلف المتدخلين، ومنع استغلال المعلومات السرية من أجل تحقيق مصالح شخصية.

إن اعتماد الحكامة كآلية للتسيير من شأنه الدفع بشركات المساهمة المغربية إلى الأمام، وهو إجراء يعكس وجود قناعة لدى المهتمين بشأن الشركات مفادها، أن الحكامة أصبحت أداة أساسية لتحسين أداء شركات المساهمة، وتطوير مستوى التنمية في بلد يتبنى سياسة التوجه نحو اقتصاد السوق، ذلك أن ممارسات الحكامة الرشيدة تضمن نزاهة المعاملات المالية، مما يؤدي إلى تحسن مناخ الأعمال بصفة عامة. إن الحكامة في شركات المساهمة هي ترياق ضد الفساد المالي في هذا المجال، من حيث إنها تضع الحدود بين الحقوق الخاصة والمصالح العامة ومنع إساءة استخدام السلطة³³⁷.

³³⁵- المادة 8 من القانون رقم 43.12 يصدر رئيس الهيئة المغربية لسوق الرساميل، حسب خطورة الوقائع ووفق الرأي المطابق للمجلس التأديبي، عقوبة تأديبية (إنذار أو توبيخ) أو عقوبة مالية لا تتجاوز 200.000 درهم أو هما معا في حق كل شخص أو هيئة خاضعة لمراقبة الهيئة في حالة الإخلال بالقواعد الأخلاقية أو قواعد الممارسة المهنية المنصوص عليها في دوريات الهيئة المغربية لسوق الرساميل المشار إليها في المادة 6 أعلاه.

عند تحقيق أرباح، قد تصل العقوبة إلى خمسة مرات مبلغ الأرباح المذكورة. تحدد مسطرة العقوبات في النظام العام المنصوص عليه في المادة 21 من هذا القانون.

³³⁶- أمينة غميرة، القانون الجنائي لبورصة القيم، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة قانون الأعمال كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998، 1999، ص19.

³³⁷- حوكمة الشركات في الأسواق الناشئة، مركز المشروعات الدولية الخاصة، المنشور على الصفحة الإلكترونية:

http://www.cipe.org/programs/corp_gov/pdf/CGToolkit0808.pdf, 2013-09-07, h00.

إن تطبيق مبدأ الحكامة في مجال الشركات بشكل جيد، سيكون له أثر إيجابي على شركات المساهمة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة، حيث إن أداء الشركات سيتحسن بسبب تجنب كل ما من شأنه أن يحدث نهب أو إساءة استعمال أموال الشركة، ثم إن الشفافية التي تعتمدها الشركات في نشر وإعلان البيانات المالية المتعلقة بها، سيرفع من سمعتها لدى الشركاء والمتعاملين معها، ويمكنها في الوقت ذاته من ربط وتقوية العلاقات بين أصحاب المصلحة داخل الشركة وخارجها.

ولا تقتصر الآثار الإيجابية للحكامة على الشركة فقط، بل تتعداها نحو المجتمع ككل، فالحكامة في الشركات ستحارب الفساد بكل أنواعه، مما سيؤدي إلى خلق جو ملائم يشجع على الاستثمار وجلب رؤوس الأموال التي تمكن من إنشاء المشاريع وخلق فرص الشغل، كما تشجع الحكامة مبدأ التنافسية بين الشركات مما يؤدي إلى ارتفاع الإنتاجية واستقرار أسواق المال.

أحكام الامتداد القانوني لعقد الإيجار في التشريع الأردني دراسة تحليلية ناقدة

✍️ علي إبراهيم عبد العزيز

باحث بسلك الدكتوراه -

جامعة الحسن الأول - المغرب

ملخص:

يعد الامتداد القانوني من أكبر المعضلات التي تواجه عقود الإيجار خصوصاً طويلة الأمد منها، فمن جهة يعمل هذا الامتداد على إخراج العقود من إطارها الرضائي وهو الأصل فيها وفي كافة العقود، ومن جهة أخرى يمس هذا الامتداد بحقوق أطراف العقد حيث يميل كفة مصلحة المستأجر في حالة تقريره، ويصب في مصلحة المؤجر في حالة الحكم بعد جوازه، وقد سعى المشرع الأردني من خلال تعديلاته المتعددة لقانون المالكين والمستأجرين إلى وضع أحكام تضبط هذه المسألة مراعيًا فيها مصلحة الطرفين ومع ذلك لم يستطع من خلال هذه التعديلات الإحاطة بكافة جوانب الامتداد القانوني الذي يراعي مصلحة طرفي عقد الإيجار دون أن يتضارب مع المبادئ العامة في للعقد.

الكلمات المفتاحية: الامتداد القانوني، عقد الإيجار. مبدأ عام.

Abstract :

Legal extension is one of the biggest problems facing lease contracts tenancy long-term ones, as it works to not apply the consensual principle, which is the principle in every contract, and leads to wasting the rights of the parties to the contract, when it achieves the interest of the lessee in the case of his determination, and decides the interest of the lessor in the case of judgment after Its permissibility, the Jordanian legislator, through its multiple amendments to the law of owners and tenants, has put in place provisions that control this questioning in order to guarantee the interest of the two parties. Nevertheless, the Jordanian legislator has not been able to put into place provisions that address all aspects of the legal extension of the lease contract that fulfills the interest of the parties to the lease without prejudice to the general principles of the contract.

Keywords: legal extension, rent contract, general principle.

المقدمة

يعتبر عقد الإيجار من أهم العقود المدنية، وتنبع هذه الأهمية من كثرة تداوله بين الأفراد، بالإضافة لتعلق عقد الإيجار بالجوانب الاقتصادية والاجتماعية والقانونية، ونظرا لهذه الأهمية فقد أولى المشرع الأردني عناية خاصة بهذا العقد، بحيث لم يقف المشرع الأردني عند النصوص التي نظم بها عقد الإيجار في القانون المدني بل أفرد له قانونا خاصا هو "قانون المالكين والمستأجرين" والذي راعى من خلاله مصلحة المستأجر الذي يعتبر الطرف الأضعف في العلاقة التأجيرية؛ إذ أجاز له البقاء بالمأجور على الرغم من انتهاء مدة عقد الإيجار، وبشكل مطلق، وهو ما خلع عليه المشرع "الامتداد القانوني".

ونتيجة لتغيير الظروف الاقتصادية، وما نجم عن ذلك من اختلال في المراكز القانونية، وتغول صارخ على حق المؤجر، شعر المشرع بضرورة بعث التوازن العقدي من سبات طال. بيد أن المنهجية التي اتبعها المشرع، في هذا الإطار، بدت مضطربة متخبطة، وذلك من خلال إصدار سلسلة من القوانين المعدلة لقانون المالكين والمستأجرين، اتسمت بعجالة وضعها، وركاكة صياغتها، وعكست سياسة تشريعية واهية، فجاءت، بالنتيجة، حلوله لا تنسجم مع واقع المجتمع الأردني؛ فالقانون هو مرآة المجتمع، وإن انعدام هذا التناغم بين التشريع وواقع المجتمع لا شك هو تشريع قاصر البناء مختل التكوين. إلى أن استقر المقام بالمشرع بالقانون المعدل رقم (22) لعام 2011:

وقد أتى هذا القانون بحل يتسم بالوسطية فلا هو ألغى الامتداد القانون دفعه واحدة، ولا هو أبقي عليه سيفا مسلطا على رقاب الملاك، فكان وسطا بينهما؛ إذ أبقي عقود الإيجار المبرمة قبل تاريخ 2000/8/31 خاضعة لمبدأ الامتداد القانوني أما العقود المبرمة بتاريخ 2000/8/31 وما بعده فيحكمها مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين".

أهمية الدراسة

تنبع أهمية الدراسة من أهمية عقد الإيجار ذاته، بكون هذا العقد من أكثر العقود انتشارا بين أفراد المجتمع، بالإضافة إلى العناية الخاصة التي أولاهها المشرع لعقد الإيجار، والامتيازات التي أعطاها للمستأجر كالامتداد القانوني لعقد الإيجار. كما تأتي أهميتها من خلال النظر في صورة جمالية من صور القانون: فعقد الإيجار واحد من حيث طبيعته، بيد أن الأحكام النازمة له تختلف باختلاف تاريخ إبرامه.

إشكالية الدراسة:

تكمن إشكالية الدراسة بالعديد من التساؤلات:

- 1- ما هي الطبيعة القانونية للامتداد القانوني لعقد الإيجار؟
- 2- مدى إمكانية إسقاط مبدأ "الإلزام القانوني على عقد الإيجار؟
- 3- هل جميع عقود الإيجار تخضع لمبدأ "الامتداد القانوني لعقد الإيجار"؟
- 4- آلية الربط بين مبدأ "سلطان الإرادة" وعقد الإيجار؟
- 5- مآل عقود الإيجار الخاضعة للامتداد القانوني؟
- 6- طبيعة الدعاوى الناشئة عن عقود الإيجار؟

منهجية الدراسة:

ستنتج في دراستنا هذه البحث المنهج الوصفي والتحليلي؛ بوصف وتحليل نصوص قانون المالكين والمستأجرين الأردني للوصول إلى موقف المشرع الأردني من عقود الإيجار.

خطة الدراسة:

ارتئيت تقسيم الدراسة على النحو الآتي:

المبحث الأول: عقد الإيجار بين الرضائية والإيجار.

المبحث الثاني: مآل عقود الإيجار الخاضعة لمبدأ الامتداد القانوني.

تمهيد:

يعرّف عقد الإيجار بأنه تملك³³⁸ المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من المأجور لمدة معينة لقاء عوض معلوم (م658 مدني). من خلال هذا التعريف نجد أن عقد الإيجار يتميز بالعديد من الخصائص، ومنها: أنه عقد رضائي؛ ملزم للجانبين؛ ومن عقود المعاوضات التي يأخذ فيها المتعاقد مقابلًا لما يعطي. ونظرا للأهمية البالغة لعقد الإيجار من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، فقد أصدر المشرع الأردني قانون المالكين والمستأجرين رقم (62) لسنة 1952، والذي حظر فيه السماح لأية محكمة أو مأمور إجراء أن يصدر حكما، أو أمرا بإخراج أي مستأجر من أي عقار حتى بعد انتهاء مدة عقد الإيجار³³⁹، إلا عند تحقق أحد أسباب إخلاء المأجور المذكورة في القانون نفسه، ولم يقتصر الأمر على ذلك بل أكد المشرع على عدم السماح للمؤجر برفع بدل الإيجار، بإبقاء شروط العقد وأحكامه قائمة على الامتداد القانوني هذا العقد³⁴⁰.

إلا أن تطبيق هذا القانون أثار العديد من المشاكل في الحياة العملية³⁴¹؛ ورغبة من المشرع بمواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية، عمد إلى إصدار قانون المالكين والمستأجرين رقم (11) لسنة 1994، بيد أن هذا القانون لم يأت بجديد، فعاد وأقر بحق المستأجر بالاستمرار في إشغال المأجور بعد انتهاء مدة عقد الإيجار، كما جاءت أسباب إخلاء المأجور على سبيل الحصر.

ولكن، واستجابة لنداءات رجال القانون ومالكي العقارات المؤجرة، بدأ المشرع، ومنذ عام 2000، بإصدار سلسلة من التعديلات على قانون عام 1994، ومنذ هذا التاريخ بدأ المشرع بتغيير سياسته في إطار الأحكام النازمة لطبيعة العلاقة القانونية بين المستأجر والمؤجر؛ ويظهر ذلك جليا في تبني المشرع مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وذلك بالنسبة للعقود التي تبرم بعد نفاذه، أما العقود المبرمة قبل نفاذ

³³⁸ عرف المشرع الأردني عقد الإيجار بأنه تملك منفعة، ومن خلال ذلك قرر المشرع أن الحق في عقد الإيجار هو حق عيني، ولكن وبالرجوع إلى جميع النصوص النازمة لعقد الإيجار نجد أن هذا الحق هو عبارة عن حق شخصي لا عيني.

³³⁹ نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين رقم (62) لسنة 1952 على أنه: "لا يجوز لأي محكمة أو مأمور إجراء أن يصدر حكما أو أمرا بإخراج مستأجر من أي عقار بقطع النظر عن انتهاء أجل عقد إيجاره".

³⁴⁰ نصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قانون المالكين والمستأجرين رقم (62) لسنة 1952 على أنه: "إذا استمر مستأجر ما بحكم هذه المادة في شغل أي عقار بعد انتهاء عقد إيجاره فإن حكم العقد المذكور وشروطه تعتبر سارية على هذا الشغل بالقدر الذي يمكن انطباقه عليها..."

³⁴¹ جمعة، عبد الرحمن. (2013). الامتداد القانوني لعقد الإيجار، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، ص953.

هذا القانون فأجاز للمستأجر البقاء في إشغالها حتى تاريخ 31/12/2010، أضاف إلى ذلك أن المشرع قد فرض على المستأجر دفع زيادات على بدل الإيجار.

لكن وعند اقتراب تاريخ الإخلاء المقرر في هذا القانون، وتحت ضغط المستأجرين وما قاموا به من إغلاق لمحالهم واضرابات، عاد المشرع بموجب نص المادة الثانية من القانون رقم (22) لسنة 2011 والذي أعطى بموجبه الحق للمستأجرين، المبرمة عقودهم قبل نفاذ هذا القانون، بالبقاء في إشغال المأجور، والاستفادة من الامتداد القانوني لعقد الإيجار، أما فيما يخص العقود التي تبرم بعد نفاذ هذا القانون فينطبق عليها مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين". ونرى أن هذا القانون انصب التغيير فيه على تطبيق مبدأ الامتداد القانوني على العقود المبرمة قبل نفاذ هذا القانون، أما العقود المبرمة بعد نفاذ هذا القانون فجاء حكمها متفقاً مع ما جاء به قانون سنة 2000 بتطبيق مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين".

وواضح في ضوء ما تقدم أن المشرع لم يأخذ موقفاً موحداً بشأن الامتداد القانوني منذ إصدار أول قانون للمالكين والمستأجرين، ففي البداية أقر المشرع مبدأ الامتداد القانوني من خلال قانون 1952 مراعيًا بذلك مصلحة المستأجر ومهملاً مصلحة المؤجر، إلا أنه في قانون سنة 2000 عاد وتدارك اختلال التوازن في المراكز القانونية بين المستأجر والمؤجر، فعَلَبَ مصلحة الثاني على الأول، ولم يراعِ في الحالتين السابقتين مفهوم "عدل العقد"، والذي بموجبه يجب أن يعتمد المشرع من خلال تدخله عدم تغليب مصلحة طرف على طرف، فينهض العقد عادلاً في إقامة التوازن بين مصالح أطرافه؛ لذلك عاد المشرع وسأوى بين مصالح الطرفين في قانون سنة 2011، عندما أقر ببقاء المستأجر شاغلاً للمأجور، والاستفادة من مبدأ الامتداد القانوني للعقود المبرمة قبل نفاذ هذا القانون. أما العقود المبرمة بعد نفاذ هذا القانون فيحكمها مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وبهذا وقف المشرع موقفاً منصفاً وسطاً بين المؤجر والمستأجر.

الفرع الأول: عقد الإيجار بين الرضائية والإيجار

يعرف الامتداد القانوني لعقد الإيجار بأنه حق المستأجر في البقاء شاغلاً للمأجور بعد انتهاء المدة المحددة في عقد الإيجار، دون النظر إلى إرادة المؤجر، طالما أنه قائم بما يترتب عليه من التزاماته. واستناداً إلى هذا التعريف نجد أن هذا الحق يأتي بتدخل من المشرع، لا بإرادة أطراف العقد، ولهذا لا بد لنا من معرفة ما هو الأساس الذي يستطيع من خلاله المشرع التدخل في العلاقة التعاقدية، وهل الامتداد القانوني قد طبق على عقود الإيجار كلها أم قد تم حصره بعقود دون أخرى. ولذلك قمنا بتقسيم بحثنا إلى مطلبين سنتناول في الأول طبيعة الامتداد القانوني، وفي الثاني منه أحكام عقود الإيجار في قانون المالكين والمستأجرين.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للامتداد القانوني لعقد الإيجار

إن الصورة التقليدية للعقد بمثابة القانون بالنسبة للفرد، فالشخص الذي يضع العقد كأنه يضع قانوناً لنفسه يحكم تصرفاته ومصلحته، فقد كان الفرد لا يبرم عقداً إلا إذا أراد، وكان حراً في تحديد مضمون عقده، أضاف إلى ذلك حريته في إنهاء عقده، وهذه الحرية كانت مطلقة للأشخاص، إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلاً فقد أثرت الكثير من العوامل على هذا المبدأ: ومنها العوامل الاقتصادية، والعوامل الاجتماعية والتي تبني على الاقتصادية، بحيث أصبحت الثروات والأعمال تنحصر بملكيتهما لأفراد معينين؛ فأصبح من الواجب التدخل من قبل المشرع للحيلولة دون تعسف أصحاب هذه الثروات في معاملتهم للأجراء. ومن خلال هذه العوامل أصطبغ العقد بصيغة القانون

العام، وهو ما يطلق عليه "عيممة العقد"، وأصبح العقد بالصيغة الجماعية، وهو ما يسمى بـ "جمعية العقد"³⁴² (الفرع الأول). ومن الجدير بنا معالجة هذه المصطلحات بشيء من التفصيل، مما يهيئ لفهم مبدأ "الإلزام القانوني" في إطار عقد الإيجار (الفرع الثاني).

المطلب الأول: أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية على العقد

تتمثل العوامل المؤثرة في العقد بعاملين: أولهما العامل الاقتصادي، أو ما يسمى بـ "عيممة العقد" (أولاً)، والآخر اجتماعي، وهي ما يسمى بـ "جمعية العقد" (ثانياً).

أولاً: "عيممة العقد": يقصد بهذه العبارة تدخل الدولة بالتعاقد الخاص، مما يفقد خصوصيته ويؤدي إلى عيممته، وبعبارة أخرى تدخل المشرع في العلاقات التعاقدية بعدما كانت هذه العلاقات مقصورة على إرادة الأطراف. وهذه العيممة تكون بعدة طرق ومنها:

1 - تدخل الدولة في توافق الإرادتين: وقد ظهر هذا التدخل نتيجة ظهور الاقتصاد الموجه، والذي بموجبه يجب تدخل الدولة لإقرار التوازن في المجتمع بتقدير الاحتياجات ورسم خطط الإنتاج، وهذا لا يمكن أن يتم إلا بتوجيه العقود، وهو ما حصل فعلاً بإقرار وجود العقد الموجه، والذي يكون على صورتين عقد مأذون به، وهو الذي تكون فيها إرادة المشرع كإرادة ثالثة في العقد، أو عقود منظمة، وهي التي يتدخل المشرع في تنظيمها من حيث محلها أو سعرها أو الأشخاص الذين يسمح بالتعاقد معهم أو حتى محل العقد، وأبرز مثال عليها عقود المواد الغذائية فحيث يحدد سعر لمنتج معين لا يجوز زيادة هذا السعر، لأنه تحديد أمر لا يمكن مخالفته³⁴³.

2 - تدخل الدولة في تحديد مضمون العقد: بموجب هذا التدخل، أيضاً، أصبح للدولة الحق في التدخل في مضمون العقد وشروطه، ولم تعد تقتصر على إرادة طرفي العقد، وهذا التدخل يكون على طريقتين، تشير أولاهما إلى تدخل المشرع المباشر في تحديد مضمون العقد أي بمعنى القيود التي يوردها المشرع بنص قانوني أمر ومن ثم يتوجب على المتعاقدين التقيد بها في تحديد مضمون العقد، ونشير في هذا المجال بأن هذه التقييدات قد ترد إما على التنظيم الكامل من، حيث المضمون للعقد برمته، أو قد ترد على جزئية من جزئياته كتحديد مدة العقد³⁴⁴.

أما ثانيهما فتتمثل بتدخل المشرع غير المباشر في تحديد مضمون العقد ويكون هذا التدخل عندما يخول المشرع القاضي صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد فالقاضي يستطيع أن يغير ويحد من أثر الإرادة الفعلية للأفراد، فتارة نراه يوسع من مضمون العقد، ليضيف إليه التزاماً لم يفكر فيه الطرفان، وتارة ينتقص مما اتفق عليه العاقدان، هذه هي بصورة عامة الصورة التي انتهت إليها مبدأ سلطان الإرادة³⁴⁵.

³⁴² . استعرنا هذه المصطلحات من الدكتور عبد الحدي حجازي، أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، مجلة القضاء والقانون، العدد الأول، الأردن، 1979، ص13.

³⁴³ . اعتبر المشرع في الفقرة الثالثة من المادة (163 مدني) قوانين التسعير الجبري من النظام العام.

³⁴⁴ . معداوي، نجية، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الرابع، الجزائر، ص57.

³⁴⁵ . معداوي، نجية، مرجع سابق، 2017، ص60.

3 - العلاقة القانونية الواقعية: تدور فكرة هذا التدخل حول قيام المشرع باستبدال فكرة العقد بفكرة جديدة، هي فكرة العلاقة الفعلية، وذلك بقيام المشرع بمدّ أجال بعض العقود، وأبرز مثال عليها هو منح المشرع الحق للمستأجر بالبقاء شاغلا للمأجور بعد انتهاء مدة الإيجار، وهو ما يسمى بـ "الامتداد القانوني لعقد الإيجار"، فتتسلخ عن العقد، بعد نهاية هذه المدة، صفة العقدية، ويضحي مجرد علاقة واقعية³⁴⁶.

ثانيا: جمعية العقد: أصبح القانون بمفهومه الحديث ينظر إلى الفرد باعتباره جزءا من جماعة، وهو ما يسمى بـ "جمعية العقد"، وتعني جعل القانون أشمل وأوسع من ذي قبل؛ بحيث يمتد من الغني للفقير ومن المالك للأجير. وبعبارة أخرى، اعتبار القانون العقد قد وضع من أجل حماية الجماعة لا الفرد³⁴⁷.

وتجسد هذا المبدأ بإخضاع جميع العلاقات والعقود الفردية لمصلحة الجماعة لا الفرد، ومن أهم الوسائل التي اتبعها الشارع في ذلك مبدأ "جمعية العقد".

المطلب الثاني: الإلزام القانوني في عقد الإيجار

لمعرفة وجود الإلزام القانوني من عدمه في عقد الإيجار، لابد لنا من تقسيم هذا الفرع إلى قسمين يتناول الأول منها العقود الخاضعة للامتداد القانوني، أما الآخر فستتناول فيه العقود غير الخاضعة للامتداد القانوني.

أولا: العقود الخاضعة للامتداد القانوني

إن المتأمل في عقود الإيجار المبرمة قبل تاريخ 2000/8/31 في قانون المالكين والمستأجرين الأردني يلحظ أن المشرع قد قام بإخضاع أحكامها لـ "مبدأ الامتداد القانوني"، وتجسد ذلك بإطالة عمر العقد ومدّ أجله، ونجد من خلال قيام المشرع بهذا التمديد بأنه قد ألزم الأطراف على الاستمرار في العقد، وما هذا إلا تطبيق لمبدأ "الإلزام القانوني" للمتعاقدين؛ بحيث إنّ تدخل المشرع في العلاقة التعاقدية التي انقضت مدتها، وعدل في مضمونها، لكي تبقى لمدة غير معلومة، وفي هذا إلزام منه للأطراف في العلاقة التعاقدية بإبقاء العقد حتى بعد انتهاء مدته، والإلزام أمر يقرره المشرع أو السلطة الحاكمة في حالات معينة³⁴⁸.

أما بخصوص طبيعة هذه العلاقة بين أطراف العقد؛ فقد ذهب رأي إلى القول إن هذا الامتداد بمثابة أحياء لعقد الإيجار من جديد بعد انقضاء مدته، وبقاء آثاره لمدة غير محددة.

³⁴⁶ . وهناك تطبيقات أخرى في إطار القانون المدني. منها، مثلا، المادة (674)، والتي تنص على أن: "إذا انقضت مدة الإيجار وثبت قيام ضرورة ملحة لامتدادها فإنها تمتد بقدر الضرورة على أن يؤدي المستأجر عنها". والمادة (733 مدني)، والتي تنص على أن: "ينتهي عقد المزارعة بانقضاء مدتها فإذا انقضت قبل أن يدرك النزر فللمزارع استبقاء النزر إلى أن يدرك وعليه اجر مثل الأرض بقدر حصته من المحصول عن المدة اللاحقة وتكون نفقة ما يلزم للزرع على كل من صاحب الأرض والمزارع بقدر حصصهما". والمادة (480 مجلة)، والتي تنص على أن: "لو استأجر زورقا على مدة وانقضت في أثناء الطريق تمتد الإجارة إلى الوصول للساحل ويعطي المستأجر اجر المدة الفاضلة".

³⁴⁷ . حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص 15-21.

³⁴⁸ . العطار، عبد الناصر، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، مطبعة السعادة، القاهرة - مصر، 1975، ص 17.

أما الرأي الآخر فقال إن مصدر هذه العلاقة التعاقدية هو القانون، لا العقد، إلا أن القانون وحده من يستطيع إنشاء علاقة قانونية، وأن الامتداد القانوني لعقد الإيجار هو امتداد للعلاقة الإيجارية لا لعقد الإيجار³⁴⁹.

ثانياً: العقود غير الخاضعة للامتداد القانوني

تخضع هذه العقود، خلافاً لسابقتها، في نفاذها ومضمونها وإنهائها إلى مبدأ "سلطان الإرادة"، وبذلك لا يلزم القانون أي طرف في هذه العلاقة بأي شكل من أشكال الإلزام، فلا تثريب على أطرافه بوضع ما شاءوا من شروط، إلا شرطاً فيه مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وهو ما يسمى بمبدأ المشروعية. ومن خلال ذلك نجد أن هذه العقود تخضع لمبدأ الالتزام، ويقصد بالالتزام إيجاب الشخص على نفسه أمراً جائزاً شرعاً، فهو يرتبط بالإرادة ومصادره العقد؛ والإرادة المنفردة³⁵⁰، ويقوم على التزام كل طرف بما وجب عليه تجاه الطرف الآخر، فيلتزم المؤجر بتسليم المأجور، مع تمكين المستأجر من المنفعة، ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة والمحافظة على المأجور.

ومن هنا نجد أن العقود الخاضعة للامتداد القانوني يطبق عليها مبدأ الإلزام القانوني، بإلزام الشارع أطراف العقد بإبقاء علاقة الإيجار فيما بينهما قائمة، حتى بعد انتهاء المدة المحدد بعقد الإيجار. أما العقود التي لا تخضع لمبدأ الامتداد القانوني فيطبق عليها مبدأ الالتزام، فيلتزم كل طرف بما عليه تجاه الآخر طالما ارتضيا ذلك عند إبرام العقد، فيلتزم المستأجر بتسليم المأجور عند انتهاء مدة الإيجار³⁵¹.

المبحث الثاني: عقود الإيجار في إطار مبدأ الامتداد القانوني لعقد الإيجار

لمعرفة أحكام عقد الإيجار لابد لنا من تقسيم مطلبنا إلى فرعين، نعالج في الأول منه العقود التي تخضع لمبدأ الامتداد القانوني؛ أما الثاني منه فسيعمد إلى معالجة العقود التي لا تخضع لمبدأ الامتداد القانوني.

المطلب الأول: العقود الخاضعة للامتداد القانوني

لا يعد مبدأ الامتداد القانوني وليد تعديل عام 2011، وإنما هو امتداد لما جاء في قانون المالكين والمستأجرين الملغى والنافذ، ففي قانون المالكين والمستأجرين لعام 1952 كان هذا المبدأ موجوداً وراسخاً؛ بهدف حماية المستأجر الذي يعتبر الطرف الأضعف في العلاقة. فقد نص هذا القانون على أنه لا يسمح لأي محكمة أو مأمور إجراء أن يصدر حكماً أو أمراً بإخراج أي مستأجر من أي عقار بقطع النظر عن انتهاء أجل العقد، إلا إذا تحققت إحدى أسباب الإخلاء المحددة حصراً في القانون. ومن خلال هذا النص نجد أن القانون أعطى الحق للمستأجر بالبقاء شاغلاً للمأجور، رغم انتهاء مدة عقد الإيجار، ولم يسمح لمأمور التنفيذ، أو حتى المحكمة، بإصدار أمر بإخلاء المأجور، إلا بأحد أسباب الإخلاء الواردة في القانون نفسه. ومن ثمّ، يتبين لنا أن مبدأ الامتداد القانوني هو مبدأ قديم من حيث النشأة، إذ ظهر مع إصدار أول قانون للمالكين والمستأجرين سنة 1952، وبقي قائماً حتى مع آخر تعديل للقانون، والصادر سنة 2013، مع اختلاف تفاصيل

³⁴⁹. بكر، عصمت عبد المجيد، فكرة الإلزام القانوني بالتعاقد وتطبيقاته في القانون العراقي، مجلة القانون المقارن، العدد الثالث عشر، 1981، ص173.

³⁵⁰. العطار، عبد الناصر، مرجع سابق، ص23.

³⁵¹. سميران، محمد علي، امتداد عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، المجلد السابع، العدد (1/ب)، 2011، الأردن، 2009، ص136.

الامتداد في كل قانون عن الآخر³⁵²، ومعنى ذلك أنه، ومن خلال ما عرضنا له بخصوص الامتداد القانوني في ظل القانون القديم، نجد أن القانون لم يحصر الامتداد القانوني بعقود دون أخرى. أما فيما يخص آخر تعديل لقانون المالكين والمستأجرين نلاحظ أن القانون لم يعط هذا المبدأ صفة الإطلاق كما في القانون القديم، وبالرجوع لنص المادة الثالثة من قانون رقم (22) لسنة 2011 والتي تنص على أنه: (يحق للمستأجر بموجب عقد إيجار مبرم قبل تاريخ 200/8/31 الاستمرار في إشغال المأجور بعد انتهاء مدة الإيجار العقدي) وبمقارنة نص المادة السالفة الذكر بنص المادة الواردة في قانون سنة 1952 يتضح لنا الفرق من خلال إقرار نص المادة الجديدة بالامتداد القانوني للعقود المبرمة قبل التاريخ المذكورة دون العقود الأخرى، فقد قيدت هذه المادة الامتداد بعقود معينة من حيث تاريخ إبرامها، أما النص القديم فقد جاء مطلقاً بحيث لم يقصر الامتداد على عقود دون أخرى. ويبدو أن المشرع قد ولى وجهه شطر رعاية مصلحة المؤجر. أضف إلى ذلك فإن ما طرأ من تطورات اقتصادية واجتماعية منذ الوقت الذي صدر فيه ذلك القانون. فهذه الظروف هي ما حدت بالمشرع إلى القيام بحصر مبدأ الامتداد القانوني بعقود دون أخرى، فجاء الحكم مواكبا لهذه التطورات.

ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع الأردني قد قام بإنصاف أصحاب العقارات المؤجرة، ففي حين كان المشرع يعطي الحق للمستأجر بالبقاء شاغلا العقار المأجور، دون إذن صاحبه، وفي جميع عقود الإيجار، لينصف المالك؛ بجعل هذه العقود محصورة في فئة معينة من العقود، فئة صنف حسب تاريخ نشوئها وحددت بما يبرم قبل تاريخ 2000/8/31، فهذه العقود هي وحدها التي تخضع لمبدأ الامتداد القانوني، فيستطيع المستأجر البقاء في المأجور سواء أكان الاستئجار من أجل السكن، مثل استئجار شقة أو منزل معين، أم كان الهدف من الاستئجار الاستغلال التجاري، مثل استئجار المحال التجارية. ويخرج من إطار الامتداد القانوني عقود الإيجار التي استثنائها المشرع في المادة الثالثة³⁵³ من قانون عام 1994، والتي باتت تخضع لأحكام القانون المدني، بعد أن بقيت، حيناً من الدهر، تخضع لقانون المالكين والمستأجرين³⁵⁴.

³⁵² . قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، رقم 2012/3754، هيئة خماسية، بتاريخ 2012/11/14، منشورات مركز عدالة، وجاء في هذا القرار إن: " يستفاد من المادة (6) من قانون المالكين والمستأجرين واضح في شأن مبدأ المساواة بين الأردنيين وحيث إن نص المادة (5/1)، والتي منح المشرع حق الاستمرارية في إشغال المأجور لمن أبرم عقده قبل 2000/8/31 "

³⁵³ . تنص المادة الثالثة من قانون المالكين والمستأجرين لسنة 1994 على أن: "تطبق أحكام هذا القانون على جميع العقارات المؤجرة في أنحاء المملكة باستثناء ما يلي:

أ- العقارات المؤجرة لأغراض الاستغلال الزراعي أو تربية الحيوانات.

ب- العقارات أو الأجزاء منها التي يقدمها الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون للعاملين لديهم لغايات السكن بحكم ارتباطهم بالعمل لدى أولئك الأشخاص....

ج- العقارات أو الأجزاء منها التي تملكها الحكومة أو المؤسسات العامة أو المجالس القروية أو مجالس الخدمات المشتركة التي تؤجر بموجب عقود لاستثمارها....

د- أي جزء من أجزاء العقار يؤجر لشخص أو أشخاص بهدف تقديم الخدمات للعقار أو المنتفعين به.

هـ- البيوت والطوابق والشقق التي تؤجر مفروشة".

³⁵⁴ . قرار محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية، رقم 1986/241، هيئة خماسية، بتاريخ 1986/4/14، ومما جاء به هذا القرار: " تعتبر وزارة الأوقاف من المؤسسات العامة وتتمتع بكافة خصائصها ومميزاتها، وهي مستثناة من أحكام قانون المالكين والمستأجرين. وذلك إعمالاً لتفسير

وخلاصة القول: إن المشرع قد أقر بمبدأ الامتداد القانوني لعقد الإيجار منذ صدور أول قانون للمالكين والمستأجرين إلى صدور آخر تعديل لهذا القانون، مع حصر المشرع هذا المبدأ بالعقود المبرمة قبل تاريخ 8/31/2000 دون غيرها.

ومن الجدير بنا أثناء تطرقنا لموقف المشرع الأردني بخصوص الامتداد القانوني أن نذكر ما استتبع هذا المبدأ من تعديلات: فبعد أن قام المشرع الأردني بإقرار مبدأ الامتداد القانوني في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من التعديل الصادر سنة 2011 لقانون المالكين والمستأجرين، عاد في الفقرة الثانية من النص نفسه وأوجب أن تكون الأجرة في حالة الامتداد القانوني بقيمة أجر المثل حين نص على أنه: **"عند نفاذ أحكام هذا القانون يتم تعديل بدل الإجارة بالنسبة للعقود المشار إليها في البند (1)³⁵⁵ من هذه الفقرة، بالاتفاق بين المالك والمستأجر، وإذا لم يتفقا يحق لأي منهما التقدم بطلب إلى المحكمة المختصة التي يقع العقار في دائرتها لإعادة تقدير بدل الإجارة بما يتناسب وأجر المثل في موقع العقار، وعلى المحكمة البت في الطلب في مدة لا تزيد عن ستة أشهر من تاريخ تقديمه، ويكون القرار نافذا وقطعيا من تاريخ تقديم الطلب"**.

يتضح من خلال قراءة النص السابق أنه، وفي حالة استفادة المستأجر من الامتداد القانوني، يجوز تعديل الأجرة باتفاق الأطراف كأصل عام، وإذا لم يتفق الطرفان على التعديل، فإنه يحق لأي طرف اللجوء إلى المحكمة لإعادة تعديل بدل الأجرة، ويكون تقدير بدل الأجرة بما يعادل قيمة المثل في موقع العقار. كما يكون القرار الصادر من المحكمة قطعيا من تاريخ تقديم طلب تعديل الأجرة، لا من تاريخ صدور الحكم، ومن جهة أخرى نجد أن المشرع، وبموجب هذا النص، قد أقر التقاضي في قضايا بدل الأجرة على درجة واحدة بتصريحه بأن القرار يكون قطعيا بصدوره من المحكمة المختصة؛ فلا يخضع هذا القرار لمبدأ التقاضي على درجتين.

وهذه الثغرات هي ما حدث بأحد المحامين بالطعن بدستورية هذا النص، حيث جاء في القرار رقم (4) لسنة 2013 الصادر من المحكمة الدستورية، والذي استند فيه الطاعن إلى عدة أسباب ذكر منها: مخالفة الفقرة الثانية من المادة (664 مدني) بتطبيق بدل المثل على عقود ما قبل عام 2000؛ وأن القانون جعل الخصومة على درجة واحدة، وفي هذا إخلال بمبدأ المساواة. فأكدت المحكمة أن حق التقاضي مبدأ دستوري أصيل حيث ترك للمشرع أمر تنظيم هذا الحق شريطة مراعاة الوسيلة التي تكفل حمايته والتمتع به وعدم الانتقاص منه، ويجب تمكين المواطنين من ممارسة حقوقهم بما في ذلك التقاضي على درجتين، وإلا كان مخالفا لروح الدستور الذي كفل للمواطنين هذا الحق. وبناء على تقدم، قضت المحكمة بالحكم بعدم دستورية ما ورد في النص المتعلق بعدم جواز الطعن بالحكم المتعلق بتقدير أجر المثل الصادر عن محكمة الدرجة الأولى، واعتبار هذا النص باطلا وجدير بالإلغاء وذلك من تاريخ صدور هذا الحكم³⁵⁶. ونتيجة لهذا الحكم أجبر المشرع على إلغاء نص هذه المادة في آخر تعديل لقانون المالكين والمستأجرين الصادر سنة 2013 والاستعاضة عنه بالنص التالي: **"مع مراعاة الزيادات القانونية التي طرأت على بدل الإجارة للعقارات المؤجرة قبل 8/31/2000 بموجب التشريعات السابقة على نفاذ أحكام هذا القانون أو بالاتفاق بين المالك والمستأجر، يضاف إلى بدل الإجارة لجميع تلك العقارات المؤجرة منها لغايات السكن أو لغايات أخرى زيادة**

هيئة محكمة التمييز العامة لأحكام المادة 3/ج من قانون المالكين والمستأجرين رقم 29 لسنة 1982، الذي قضى باستثناء العقارات والنجز منها التي تملكها المحكمة والمؤسسات العامة من أحكام قانون المالكين والمستأجرين".

³⁵⁵ ينص هذا البند على أنه: **"على الرغم من أي اتفاق مخالف يحق للمستأجر بموجب عقد إجارة مبرم قبل تاريخ 8/31/2000 الاستمرار في إشغال المأجور بعد انتهاء مدة الإجارة العقدية وفقا لأحكام العقد وشروطه"**.

³⁵⁶ المحكمة الدستورية، (2013/4)، الصادر سنة 2013، الجريدة الرسمية.

نسبية عادلة يحددها مجلس الوزراء عند نفاذ أحكام هذا القانون وفق نظام يصدر لهذه الغاية، على أن تكون هذه الزيادة محققة للعدالة والسلم الاجتماعي في مختلف مناطق المملكة أو أي جزء منها"، ومن خلال دراسة هذه المادة يتبين لنا العديد من الأحكام والمتمثلة بما يلي.

1- إن المشرع قد ألغى فكرة أجر المثل، لما فيها من إجحاف بين بحق المستأجر، واستعاض المشرع عنها بما يسمى بالزيادة النسبية العادلة على بدل الإجارة.

2- سلب حق الفصل في هذه الدعاوى من القاضي، وأعطى هذا الحق لمجلس الوزراء في تقدير الزيادة المحققة للعدالة.

لكن التساؤل الذي يثور في أذهاننا: ما هو حكم العقود المبرمة بعد هذا التاريخ؟ وهل تخضع للمبدأ نفسه؟ أم أقر المشرع بخصوصها حكماً آخر؟ وهذا ما سنقوم ببحثه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

المطلب الثاني: عقود الإيجار غير الخاضعة لمبدأ الامتداد القانوني

لم يعد قانون المالكين والمستأجرين يعطي الحق الكامل للمستأجر في إشغال العقار المأجور بعد نهاية عقد الإيجار، وعلى هذا جرى المشرع في المادة الثالثة من قانون المالكين والمستأجرين بقوله: "أما عقود الإيجار المبرمة بتاريخ 2000/8/31 وما بعده فتحكمها شروط العقد المتفق عليها سواء أكان العقار مخصصاً للسكن أم لغيره، وينقضي عقد الإيجار بعد المدة المتفق عليها". ومن هنا يتبين لنا أن المشرع الذي أخضع العقود المبرمة قبل تاريخ 2000/8/31 لهذا المبدأ أصبح لا يقر بهذا الحق فيما بعد هذا التاريخ.

ومن هذا المنطلق لابد لنا من معرفة ما هو حكم العقود المبرمة بعد هذا التاريخ. وبالرجوع لنص المادة الثالثة من قانون المالكين والمستأجرين يتبين لنا جلياً أن حكم العقود المبرمة بتاريخ 2000/8/31 وما بعده يخضع لمبدأ آخر، وهو مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، فإذا ما أبرم شخص عقد إيجار بعد التاريخ المذكور، ولمدة محددة أصبح من الواجب عليه إخلاء المأجور بعد نهاية هذه المدة. ومن الجدير بالذكر أن هذا التعديل لم يكن الأول الذي يُخضع عقد الإيجار لمبدأ سلطان الإرادة، بل جاء موافقاً لسابقه الصادرة سنة 2000، ففي هذا التعديل أيضاً أقر المشرع مبدأ سلطان الإرادة، وفي إقراره لهذا المبدأ في هذين التعديلين دلالة واضحة منه على وضع حد لحماية المستأجر الذي طغى على القوانين السابقة، والذي بسببه عزف الكثير من مالكي العقارات عن تأجير عقاراتهم بسبب الحماية الزائدة للمستأجر على حساب المؤجر، والمتمثلة بالامتداد القانوني، أضف إلى ذلك ميول القضاء في جميع القضايا الخاصة بالإيجار إلى جانب المستأجر.

ومن أجل هذه الأسباب أقر القانون مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، والذي بموجبية يخضع العقد إلى ما ارتضاه الطرفان في تعاقدهم من حيث الشروط والمدة، ومن ثمّ، فلا يجوز للمستأجر البقاء في المأجور بعد نهاية هذه المدة، ويجوز للمؤجر مطالبة المستأجر بإخلاء المأجور بعد انتهاء مدة الإيجار المتفق عليها³⁵⁷.

³⁵⁷ . قرار محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحفوقية، رقم 2012/3022، هيئة خماسية، تاريخ 2012/12/12 والذي قضت من خلاله بأن: "يعتبر العقد شريعة المتعاقدين، فإذا حدد عقد الإيجار المنظم بين الطرفين، وفي البند العاشر منه، طريقة تبليغ رغبة المستأجر للمؤجر بترك المأجور إذا رغب المستأجر في ترك المأجور في أي وقت بعد انقضاء مدة العقد الأصلية أو أي مدة محددة بموجب هذا العقد أو بموجب القانون فعليه أن يبلغ المؤجر قبل مدة ثلاثة أشهر على الأقل" بكتاب خطي بالبريد المسجل". فإن طلبه إثبات ذلك بالبينة الشخصية هو طلب مناقض لما قبله في العقد الخطي ووقع عليه ومخالف لأصول وقواعد الإثبات. وعليه ينبغي تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ومع

الفرع الثاني: مآل عقود الإيجار الخاضعة لمبدأ الامتداد القانوني

بعد أن فرغنا من بيان أحكام عقود الإيجار، وفقاً لقانون المالكين والمستأجرين، والتي من خلال دراسة أحكامها وجدنا أنها تنقسم إلى قسمين: الأول منها يخضع للامتداد القانوني بموجب مبدأ الإلزام القانوني في العقود؛ أما الثاني فتخضع لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، والذي هو جزء لا يتجزأ من مبدأ "سلطان الإرادة"، والذي بدوره سيكون محور اهتمامنا في المطلب الأول؛ أما المطلب الثاني فيعكس تصوراً لمآل عقود الإيجار التي ما تزال خاضعة لمبدأ الامتداد القانوني.

المبحث الأول: التعريف بمبدأ سلطان الإرادة

إنَّ مبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ قديم النشأة، فمنذ القرن الثامن عشر، والذي طغى فيه حكم القانون الخاص على القانون العام لظروف عديدة، كان العقد بمثابة القانون الذي يقوم الشخص بصياغته ليلزم به نفسه.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يعرّف مبدأ "سلطان الإرادة" بمفهومه الواسع بأنه حرية إرادة الفرد بأن تكون مصدر لكل التصرفات الصادرة منه، ويترتب على ذلك، أن الإرادة هي المصدر الوحيد للعقد³⁵⁸، وعلى هذا النحو جاء موقف المشرع الأردني، حيث نجد أن مقتضى "مبدأ سلطان الإرادة" فيه لا يختلف في مضمونه عما أقر به هذا المبدأ قديماً، والذي بموجبه يقر القانون بأن إرادة الشخص تشرع بذاتها لذاتها، بحيث تنشئ هذه الإرادة التزاماً لذاتها، فإذا ما التزم شخص بتصرف قانوني فهذا الالتزام يكون لأنه هو أراد الالتزام، وبالقدر الذي أراد³⁵⁹، وهذا الالتزام يكون في نطاق التصرفات الأحادية، كما يكون في نطاق التصرفات الثنائية. وما يهمنا في مقامنا هذا هو التصرفات الثنائية وبالأخص العقد.

ويمثل مبدأ سلطان الإرادة أحد المبادئ التي تقوم على الفلسفة العامة للقانون المدني، فاتخذ المشرع أساساً له، خاصة في إطار العلاقات التعاقدية. وبدت نزعة هذا التأثير ماثلة في المدونة المدنية. ويبدو أن المشرع قد جنح في تبنيه لهذا المبدأ تفضيله للمذهب الحنبلي، باعتباره أكثر المذاهب الإسلامية تمسكاً بمبدأ "سلطان الإرادة"³⁶⁰.

وظهر تأثير المشرع بمبدأ سلطان الإرادة في غرة المواد النازمة للعقد، فالمادة (87 مدني) والتي تنص على أن: **"العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الطرف الآخر، على وجه يثبت أثره في العقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"**. ومن خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الأردني قد أقر بمبدأ سلطان الإرادة بشكل واضح، حين أكد على أن إرادة الفرد وحدها تكفي لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بشكل عام، دون إفراغها في شكل معين. فللأشخاص الحق في إنشاء ما أرادوا من

ما يتفق ومبدأ حسن النية، فإن ما يخالف مبدأ حسن النية أن يلجأ المتعاقد (المميز) إلى طريقة أخرى للإثبات مخالفة لما ارتضاه وقبل به في العقد كما إن في ذلك تعسفاً في استعمال الحق واستغلالاً لورع الطرف الآخر الأمر الذي لا يجوز معه إثبات تبليغ المالك (المدعين) برغبة المستأجر بإخلاء المأجور إلا بموجب خطاب بالبريد المسجل

³⁵⁸ . السرطان، عدنان وخاطر، ونوري، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2012، ص33.

³⁵⁹ . السامرائي، محمد عباس، مبدأ سلطان الإرادة مجلة القانون المقارن العراقي، العدد الثامن والتاسع، 1978، ص 103

³⁶⁰ . سوار، محمد وحيد الدين، الاتجاهات العامة في القانون المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2001، ص19.

عقود، وفي تنظيم آثار هذه العقود طبقاً لإرادتهم الحرة³⁶¹، إلا أن هذا المبدأ لم يرد بشكل مطلق، بل قام المشرع بإحاطته ببعض القيود، التي تتسق مع الفلسفة العامة التي يقوم عليها الفقه الإسلامي، من تقديم لمصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، وإيجاب لحسن النية في تنفيذ العقود، ومنع للتعسف في استعمال الحق، وإسداد للوظيفة الاجتماعية على الملكية؛ فما كان من هذه الموازنة إلا أن حدث منه، دون أن تجرد هذا المبدأ من جوهره.

وينبغي على هذا المبدأ العديد من النتائج التي لا بد لنا من إفرادها بفرع خاص، نظراً لأهميتها وهذا ما عمدنا إلى إيراده في الفرع الآتي في هذا المطلب.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة

يترتب على تطبيق مبدأ "سلطان الإرادة" العديد من النتائج المهمة بالنسبة للمتعاقدين وحريتهم في التعاقد ومن أهم هذه النتائج:

أولاً: إن الفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد: فمن حيث حرية الفرد في التعاقد نقول إن الفرد حر في التعاقد، فالتعاقد حين يبرم أي تصرف يكون بإرادته لا رغماً عنه، إلا أن هذه الحرية قد قيدت بعدم مخالفتها للنظام العام حسب نص الفقرة الثانية من المادة (163) من القانون المدني³⁶²، أما بخصوص حريته في ألا يتعاقد فمعناها أن الفرد حر في ألا يصبح مديناً أو دائناً، وهذه الحرية بدورها ليست مطلقة أيضاً فهناك حالة يجبر الفرد فيها على التعاقد، وأبرز مثال عليها عقد التأمين الإلزامي للمركبات والذي بموجبه يجبر الشخص على التعاقد حماية للغير³⁶³، وبيع مال المدين جبراً عنه.

ثانياً: الفرد حر في تحديد شروط العقد: يعتبر الفقه هذه الحرية بأنها الحرية التي يتجسد بها مبدأ "الحرية التعاقدية"، وبتعبير آخر يصفونها بأنها جوهر مبدأ سلطان الإرادة، والتي من خلالها يتاح للأفراد أن ينظموا علاقاتهم بمفردهم، وأن يستبعدوا جميع النماذج التي يقترحها المشرع للتصرف، فللأفراد تحديد مضمون تعاقدهم بما يرتضونه، وتحديد شروط تعاقدهم بما يريدونه. وهذا ما أكد عليه المشرع الأردني في نص المادة (213) من القانون المدني الأردني حين ينص على أن: "الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وما التزماء في التعاقد". فللأفراد، إذا، الحرية في تحديد التزاماتهم بإرادتهم، إلا أن هذه الحرية لا تكون على إطلاقها، وإنما مقيدة بمقتضيات النظام العام والآداب العامة كسابقته³⁶⁴.

وبإسقاط هذه الحرية على عقد الإيجار نجد أن المشرع الأردني وبإقراره بخضوع العقود المبرمة بتاريخ 2000/8/31 وما بعدها لمبدأ "سلطان الإرادة" فقد أجاز للأطراف الحرية الكاملة في وضع شروط معينة خاصة تسمح للأطراف بإنهاء هذا العقد، فمثلاً يجوز للمستأجر إيراد شرط في عقد الإيجار يسمح له بالخروج من المأجور في أي وقت دون التزامه بدفع الأجرة عن باقي مدة عقد الإيجار، كشرط الخروج

³⁶¹ . المومني، بشار، الامتداد القانوني والرضائية في العقود، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديثة، اربد، 2004، ص 19.

³⁶² . نصت الفقرة الثانية من المادة (163) من القانون المدني الأردني على أنه إذا: "منع الشارع التعامل في شيء، أو كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلاً".

³⁶³ . انظر، مثلاً، نظام التأمين الإلزامي على المركبات رقم (12) لعام 2010، نظام التأمين الإلزامي من الحريق رقم 65 لعام 2013.

³⁶⁴ . السماحة، أنيس منصور، أحكام التجديد التلقائي لعقد الإيجار، مجلة علوم الشريعة والقانون، الأردن، المجلد 42، العدد 1، ص 151.

من المأجور عند حصوله على عقد عمل خارجي، والعكس صحيح فيجوز للمؤجر أن يضع شرطاً يفيد بإخلاء المأجور بظروف معينة حتى قبل انتهاء المدة العقدية، كإخلاء المأجور في حالة تزوج المؤجر وحاجته للمأجور للسكن.

ثالثاً: حرية الفرد في إنهاء العقد: فيما أن العقد قد قام بالتراضي فإن إنهاءه يكون، أيضاً، بالتراضي، ومن هذا المنطلق يجوز للأطراف الاتفاق على إنهاء عقد الإيجار الذي قام بإبرامه بتراضييهما³⁶⁵.

وأخيراً لا بد لنا من الإشارة إلى أن مبدأ سلطان الإرادة يعطي للفرد حق الاعتصام بالعقد، أي منع السلطة العامة من التدخل في العقد إذا ما لجأ أحد الأطراف لها، ولهذا ليس للقاضي أن يعيد النظر في العقد، أو أن يعدل أحكامه³⁶⁶.

المبحث الثاني: نطاق عقود الإيجار الخاضعة للامتداد القانوني

إن الامتداد القانوني لعقد الإيجار الوارد في قانون المالكين والمستأجرين الأردني يعطي الحق للمستأجر بالبقاء شاغلاً للمأجور بعد انتهاء عقد الإيجار رغماً عن إرادة المؤجر ولمدة غير معلومة، ومن خلال هذا الحق لا يستطيع المؤجر طلب إخلاء المأجور، إلا بتوافر أحد أسباب الإخلاء. لذا لا بد لنا من خلال دراستنا أن نبين ما هو مصير الامتداد القانوني في المستقبل (الفرع الأول)، أضف إلى ذلك ما هي الدعوى التي يمكن للمستأجر من خلالها مطالبة المستأجر بإخلاء المأجور إذا تحقق أحد أسباب الإخلاء المذكورة (الفرع الثاني).

المطلب الأول: الانتهاء التدريجي للامتداد القانوني

إن الفكرة الأولى التي تتسرب إلى ذهن الباحث، عند معالجة مسألة الامتداد القانوني لعقد الإيجار هو أنه امتداد لا نهاية له، لكن الواقع العملي لهذا الموضوع يبين لنا أن مصير الامتداد القانوني لعقد الإيجار، وإن طال أمده، هو الزوال، فبالرجوع إلى نص المادة الثالثة من قانون المالكين والمستأجرين الأردني، والتي تنص على أن: "يستمر حق أفراد أسرة المستأجر الذين كانوا يقيمون معه قبل وفاته في العقارات المؤجرة لغايات السكن قبل 200/8/31 في إشغال المأجور وفقاً لأحكام هذا القانون. كما يستمر حق ورثة المستأجر الشرعيين أو أحدهم وزوجته في إشغال العقارات المؤجرة لغير غايات السكن...". فعند التمعن في أحكام النص السالف نجده يحمل في طياته العديد من الأحكام الهامة الخاصة بتوريث حق الامتداد القانوني وتتمثل بما يلي:

أولاً: إذا كان العقار مخصصاً للسكن فيحق لأفراد أسرة المستأجر الذين يقيمون معه إشغال المأجور لمدة ثلاث سنوات من يوم وفاته، فمن جهة حصرت هذه المادة الحق بالأشخاص الذين يقيمون مع المستأجر من الاستفادة من الامتداد القانوني، ومن ثَمَّ، فلا تشمل من لا يقيم مع هذا الشخص، ومن جهة أخرى، حددت حقهم بالامتداد القانوني بمدة ثلاث سنوات من تاريخ وفاة المستأجر.

ثانياً: إذا كان العقار مخصصاً لأغراض غير السكن فيستمر ورثة المستأجر الشرعيين بالبقاء شاغليين للمأجور لمدة ست سنوات من تاريخ وفاة المستأجر، ومعنى ذلك أنه إذا كان المستأجر قد قام بإبرام عقد الإيجار لأغراض تجارية فإن العقد يمتد بالنسبة للورثة الشرعيين فقط لمدة ست سنوات.

³⁶⁵ . سوار، محمد وحيد الدين، مرجع سابق، 2015، ص 23.

³⁶⁶ . تنص المادة (241) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا كان العقد صحيحاً للزما، فلا يجوز لأحد عاقديه الرجوع فيه، ولا تعديله، إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص قانوني".

ومن خلال النظر إلى جميع الحالات السابقة نجد أن المشرع الأردني، ورغم تبنيه لمبدأ الامتداد القانوني لعقد الإيجار جزئياً، إلا أنه رتب أحكامه لتؤول عقود الإيجار المبرمة قبل 2000/8/31 إلى زوال ولو بعد حين، وتتخلص من أغلال الامتداد الحكمي لها. فب وفاة المورث يمتد عقد الإيجار لمدة معينة محددة في القانون، لينتهي هذا الامتداد ويزول، وبهذا نرى أنه مهما طال هذا الامتداد لابد له أن ينتهي ولكن بشكل تدريجي. وبالرغم مما أعطاه النص السابق من أحكام هامة بخصوص توريث حق الامتداد القانوني، إلا أن ألفاظ هذا النص تعثرها العديد من العيوب التشريعية والتي قد تصل إلى الاصطدام بدستورية هذا النص.

فمن جهة قام المشرع الأردني بالترقية بين المستأجرين على أساس من الدين، وهذا الأمر محظور بموجب الفقرة الأولى من المادة السادسة من الدستور الأردني والتي نصت على "الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين"، ومقتضى هذا المبدأ يلزم بعدم التفرقة سواء على أساس الدين أو العرق أو الجنس، ويتجسد هذا التفرقة باستخدام مصطلح "ورثة المستأجر الشرعيين" ومعنى الورثة الشرعيين أي الورثة الذين يرثون المتوفى شرعاً، ويخرج من نطاق الاستفادة من هذا الحق الورثة غير الشرعيين نظراً لمبدأ (لا يرث كافر مسلم)، فمثلاً لو توفي المستأجر المسلم تاركاً زوجة مسيحية كوارث وحيد له فهل يحق لهذه الزوجة الاستفادة من الامتداد القانوني بصفتها وارثة لزوجها، منطوق هذه المادة ينفي ويحظر حق هذه الزوجة من الاستفادة من الامتداد القانوني، نظراً لأن هذه الزوجة ليست من الورثة الشرعيين للمتوفى، فلماذا قام المشرع الأردني بهذه التفرقة مخالفاً أحكام الدستور، وكان من الجدير بالمشرع عند النص على هذه المادة تجنب لفظ الشرعيين لما فيه من تفرقة ومساس بحقوق الأفراد.

ومن جهة أخرى، وفي المادة نفسها، قام المشرع بالتفرقة على أساس الجنس وهذا واضح من استخدام لفظ "وزوجته" وكان حرباً بالمشرع استخدام لفظ وزوجه لاشتمالها كل من الذكر والأنثى، بدل كلمة وزوجته وتجنب أي تفرقة على أساس الجنس. ذلك أن المشرع وفي استخدامه لعبارة "كما يستمر حق وريثة المستأجر الشرعيين أو أحدهم وزوجته" فاته أن ضمير الهاء في العربية يعود على أقرب متعلق، أي أن ضمير الهاء في لفظ زوجته يعود على زوجة أحد الورثة، وكان حرباً به أن يتنزه عن الوقوع في مثل هذه الأخطاء.

المطلب الثاني: الدعاوى الناشئة عن عقد الإيجار

يترتب على إخلال المستأجر بالتزاماته والمقررة بموجب قانون المالكين والمستأجرين الأردني أكثر من دعوى، تختلف باختلاف الوقت الذي يمارس فيه الحق في رفعها ففي حين تسمى الدعوى التي ترفع خلال السنة العقدية الأولى بدعوى الفسخ (أولاً)، في حين تسمى الدعوى التي ترفع بعد انتهاء السنة العقدية الأولى بدعوى إخلاء المأجور (ثانياً).

أولاً: دعوى الفسخ: أجاز القانون المؤجر في حالة إخلال المستأجر بالتزاماته المنصوص عليها في الفقرة (ج) من المادة (5) من قانون المالكين والمستأجرين الأردني، خلال السنة العقدية الأولى اللجوء إلى دعوى الفسخ، وليس إلى دعوى الإخلاء، ودعوى الفسخ لم يتم النص عليها في قانون المالكين والمستأجرين، وإنما نظمها القانون المدني، والتي تقضي بأنه إذا أخل أحد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين بما وجب عليه للآخر فإنه يجوز للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه بعد إنذار المدين³⁶⁷.

ويترتب على دعوى الفسخ العديد من النتائج ومن أهمها: اعتبار العقد كأن لم يكن؛ ووجوب إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وهذا لا يمكن تحقيقه في العقود المستمرة التنفيذ لأن الزمن استغرق المقابل الذي ينشأ عن العقد، وفي عقد الإيجار لا يمكن

³⁶⁷ . المومني، بشار، مرجع سابق، ص 15

استرجاع المنفعة التي تحققت للمستأجر مقابل بدل الأجرة الذي دفعه للمؤجر؛ لأن المنفعة تستوفى مقابلًا للزمن والزمن لا يعود³⁶⁸. وبسبب هذا الانتقاد يرى جانب من الفقه تفضيل إطلاق مسمى "انحلال الرابطة العقدية" في إطار العقود المستمرة بدلًا من دعوى الفسخ، فمصطلح انحلال الرابطة العقدية هو مصطلح أدق؛ وذلك لأن دلالاته تكون بزوال أثر العقد بالنسبة للمستقبل لا الماضي.

ثانياً: دعوى إخلاء المأجور: وهي الدعوى التي أعطاها قانون المالكين والمستأجرين للمؤجر في حالة توفر أحد أسباب الإخلاء المنصوص عليها في القانون، وذلك في حالة الإخلال الذي يصدر من المستأجر بعد السنة العقدية الأولى، فإذا امتنع المستأجر عن دفع الأجرة لثلاث مرات، مثلاً، باعتباره سبباً من الأسباب التي أجاز القانون من خلالها للمؤجر توجيه إنذار للمستأجر طالباً فيه إخلاء المأجور ومتضمن للأجرة المطلوبة، وكان هذا الإخلال بعد السنة العقدية الأولى فإنه يحق للمؤجر إقامة دعوى إخلاء المأجور ضد المستأجر باعتباره مقصراً بالتزاماته وعلى هذا النحو سارت محكمة التمييز الأردنية في القرار رقم (2013/366)³⁶⁹. وتجدر الإشارة إلى أن عقود الإيجار المبرمة قبل 2000/8/31 تحكمها اليوم دعوى الإخلاء، فقط، لا الانحلال، باعتبار أن السنة العقدية الأولى قد انتهت بالنسبة إلى آخر عقد أبرم في 2000/8/30 وذلك بتاريخ 2001/8/30.

الخاتمة

عمدنا في هذه الدراسة معالجة العديد من المواضيع ومنها مبدأ "الإلزام القانوني" ومبدأ "سلطان الإرادة"، من خلال محاولة إسقاط هذين المبدأين على عقد الإيجار بشقيه الخاضع وغير الخاضع للامتداد القانوني لعقد الإيجار، وتوصلنا بالتحصيل إلى العديد من النتائج، والتي من أهمها:

- 1 - إن العقود الخاضعة للامتداد القانوني هي العقود المبرمة قبل تاريخ 2000/8/31 فقط.
- 2 - تخضع العقود المبرمة بعد التاريخ المذكور لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين".
- 3 - تطبق على العقود المبرمة قبل تاريخ 2000/8/31 مبدأ "الإلزام القانوني"، بينما تخضع العقود المبرمة بعد التاريخ المذكور لمبدأ "الالتزام القانوني".
- 4 - يتقيد المؤجر برفع دعوى الفسخ في الدعاوى المقامة في السنة العقدية الأولى، أما ما بعد السنة العقدية الأولى فيخلع على هذه الدعوى دعوى إخلاء المأجور.
- 5 - إن مصير الامتداد القانوني، وإن طال أمده، هو الزوال، وهذا ما يسمى بالانتهاء التدريجي لعقد الإيجار؛ فالمشرع رتب أحكامه لتؤول، ولو بعد حين، هذه العقود، والمبرمة قبل 2000/8/31، إلى زوال.

التوصيات

³⁶⁸ . السرحان، عدنان وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص 44.

³⁶⁹ . قرار محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية، رقم 2013/366، هيئة خماسية، بتاريخ 2013/5/7، منشورات مركز عدالة. والذي جاء به "استقر الاجتهاد القضائي في دعاوى الإخلاء أن يتضمن الإنذار العدلي لغايات الإخلاء تحديد المبلغ المطلوب من المستأجر دفعها أو المدة التي تخلف عن دفع أجزائها. وحيث إن الإنذار العدلي موضوع دعوى الإخلاء قد خلا من ذلك فإن ذلك الإنذار يكون مخالفاً للقانون الذي أوجب أن يتضمن الإنذار بصورة واضحة المدة المطالب بالأجور عنها ومقدارها حتى يتمكن المستأجر من دفعها كما إن الإنذار العدلي موضوع الدعوى لم يوضح رصيد الأجور المطالب بها مما يجعل هذا الإنذار غير واضح ويشوبه الجهالة وبالتالي غير منتج لآثاره القانونية في الدعوى كشرط قانوني لإقامة الدعوى "

1 - تغيير مسمى الدعوى المقامة ضد المستأجر في أول سنة عقدية من دعوى الفسخ إلى دعوى "انحلال الرابطة العقدية".

2 - ضرورة تنقية الخلل ما وقع به المشرع الأردني من تفريق على أساس الدين، وعلى أساس الجنس، والتوافق مع المبدأ الدستوري

"الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات، وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين".

المراجع

الكتب:

- 1- السرحان، عدنان وخاطر، نوري، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان - الأردن، 2012.
- 2- المومني بشار، الامتداد القانوني والرضائية في العقود، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديثة، اربد - الأردن، 2004.
- 3- سوار. محمد وحيد الدين، الاتجاهات العامة في القانون المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 2001.
- 4- عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، مطبعة السعادة القاهرة - مصر، 1975.

الأبحاث المنشورة:

- 5- السامرائي، محمد عباس، مبدأ سلطان الإرادة مجلة القانون المقارن العراقي، العدد الثامن والتاسع، العراق، 1978.
- 6- السمامعة، أنيس منصور، أحكام التجديد التلقائي لعقد الإيجار، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 1، الأردن، 2015.
- 7- بكر، عصمت عبد المجيد، فكرة الإلزام القانوني بالتعاقد وتطبيقاته في القانون العراقي، مجلة القانون المقارن، العدد الثالث عشر، العراق، 1981.
- 8- حجازي، عبد الحي، أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، مجلة القضاء والقانون، العدد الأول، الأردن، 1979.
- 9- سميران، محمد علي، امتداد عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، المجلد السابع، العدد (1/ب)، الأردن، 2011.
- 10- معداوي، نجية، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الرابع، الأردن، 2017.

القوانين

- 11- قانون المالكين والمستأجرين رقم (62) لسنة 1952.
- 12- قانون المالكين والمستأجرين رقم (11) لسنة 1994.
- 13- قانون المالكين والمستأجرين رقم (22) لسنة 2011.
- 14- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

القرارات القضائية

- 15- قرار محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية، رقم 1986/241، هيئة خماسية، بتاريخ 1986/4/14.
- 16- قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، رقم 2012/3754، هيئة خماسية، بتاريخ 2012/11/14.
- 17- قرار محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية، رقم 2012/3022، هيئة خماسية، بتاريخ 2012/12/12.
- 18- قرار محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحقوقية، رقم 2013/366، هيئة خماسية، بتاريخ 2013/5/7.

السلوك الجبائي للمكلفين بالضريبة

محمد الدافق ولح محمد محمود كاري

طالب باحث بسلك الدكتوراه

تخصص القانون العام والعلوم السياسية

جامعة الحسن الأول

ملخص:

إن التمييز بين التهرب الضريبي والغش الضريبي لا يتوقف عند هذا الحد بل أنها تشكل مسألة أساسية من وجهة النظر السياسية، حيث أنه إذا كان التهرب الضريبي هو نتيجة لحساب اقتصادي يقوم به المكلف لمعرفة الفوائد التي يمكن أن يجنيها منه، لكن هذا السلوك لا يعبر عن أي معنى سياسي، في حين أن الغش الضريبي إذا كان هو أيضا نتاج حساب اقتصادي إلا أنه يعبر أيضا عن نفور ومعارضة لأن قبول مبدأ الضريبة إنما هو امتثال إرادي للواجب الجبائي، وأن الشعور بالانتماء إلى الجماعة م نشأته أن يعزز هذا القبول لأنه من الثابت وجود علاقة قوية بين درجة التماسك واستقرار المجتمع.

يفيد التفسير الاقتصادي للتهرب الضريبي أن المكلف بالضريبة لا يتبنى أي سلوك جبائي محدد قبل إجراء العملية الحسابية بين التكاليف التي سيتحملها والفوائد التي سيجنيها من جراء أي سلوك ينتهجه، وحسب منطق العملية الحسابية فكلما كان مبلغ الضرائب التي تفرض عليه ثقيلًا كلما كان المقتطع عن طريق التهرب كبير، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الغرامات التي ستسلط عليه في حالة اكتشافه أمره.

Abstract :

The distinction between tax evasion and tax fraud does not stop at this point. Rather, it is a fundamental issue from the political point of view, as if tax evasion is the result of an economic calculation that the taxpayer performs to know the benefits that can be reaped from it, but this behavior does not express any meaning. Political, while tax fraud if it is also the product of an economic calculation, but it also expresses aversion and opposition, because accepting the tax principle is a voluntary compliance with the tax duty, and the feeling of belonging to the group is intended to enhance this acceptance because it is proven that there is a strong relationship between The degree of cohesion and stability of society.

The economic interpretation of tax evasion states that the taxpayer does not adopt any specific tax behavior before performing the calculation between the costs that he will bear and the benefits that he will reap as a result of any behavior he adopts, and according to the logic of the calculation process, the more the amount of taxes imposed on him is heavy, the more deducted through evasion, With the need to take into account the fines that will be imposed on him in case he finds out about him.

مقدمة:

يعرف التهرب الضريبي بأنه عدم إقرارا المكلف بواجبه لدفع الضريبة المترتبة عليه سواء من خلال تقديم بيانات مضلة للدوائر المالية أو من خلال استخدام وسائل مشروعة أو غير مشروعة للإفلات من دفع الضريبة، وينجم عن ذلك آثار سيئة للخرينة العامة وأثار سيئة على المكلفين الآخرين حيث يتحملون عبء الضريبة بينما منها آخرون، مما يؤدي إلى عدم تطبيق مبدأ العدالة في توزيع الأعباء المالية.

فلكونها التزام لا بد للأفراد من تأديته فقد حاول العلماء وضع ضوابط للدولة لمنعها من التوسع والمغالاة في فرضها كلما كانت بحاجة إلى إيرادات، وقد وجد من ضمن هؤلاء من نفى عن الدولة عنصر السيادة عند فرضها للضريبة بل اعتبر الضريبة بمثابة ثمن للخدمة التي تقدمها للرايا لا غير ومن ثم فلا يجب أن يتجاوز مبلغها ثمن الخدمة المقدمة والمحصورة في توفير الأم نلهم، أما إذا حدث وفرضت ضريبة بحيث تكون حصيلتها تتجاوز المصاريف التي أنفقتها الدولة على توفير الأمن اعتبر ذلك تعسفا وظلما في حق الرايا.

غير أن هذا الاتجاه في تفسير ماهية الضريبة كان له ما يبرره لأن في الحقبة التي ظهر فيها هذا لم يكن لشكل الدولة فيها شخصية منفصلة عن شخصية الحاكم، أما الاتجاه الثاني فقد ذهب في تفسيره للضريبة أن الدولة حينما تقوم بفرضها فإنها تقوم بذلك لما لها من سيادة على الأفراد، ويتطور شكل الدولة فقد تستخدم الضريبة كأداة من أدوات السياسة المالية للدولة.

فسلوك المكلفين أنفسهم تجاه الضريبة يركز على محاولة تجنبها وبتهرب منها كلما أتاحت لهم الفرصة لذلك، ولاشك أن المكلف إذ يعتمد إلى هذا السلوك إنما يكون مدفوعا بعدة عوامل منفردة أو مجتمعة، ما هي هذه العوامل؟ ثم ألا يمكن أن يكون من بين هذه العوامل الدافع السياسي؟

حيث يكون سلوك المكلف بالضريبة نحو التهرب الضريبي تعبير عن موقف سياسي تجاه الحكومة.

ولالإجابة على هذه التساؤلات فقد قمنا بتقسيم الموضوع إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: التهرب الضريبي والسلوك الجبائي للمكلفين

المطلب الأول: التهرب الضريبي ظاهرة شاملة

المطلب الثاني: نماذج السلوك الجبائي

المبحث الثاني: الأسباب وطرق مكافحة الظاهرة والآثار المترتبة عن التهرب عنها

المطلب الأول: الدوافع الكاملة وراء ظاهرة التهرب الضريبي وطرق المكافحة

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن التهرب الضريبي

المبحث الأول: التهرب الضريبي والسلوك الجبائي للمكلفين

عادة ما يستعمل في الأدبيات الاقتصادية مصطلحي التهرب الضريبي والغش الضريبي للدلالة على حدث معين وهو عدم دفع الضريبة المستحقة على المكلف، وهذا يعكس سلوك المكلف بدفع الضريبة وذلك باتباعه طرق الغش والتدليس.³⁷⁰

فهذه السلوكيات الجبائية تختلف من قبل المكلفين بالضريبة، غير أنها تشترك في النتيجة وهي عدم دفع الضريبة، فعندما تصرح مؤسسة ما بأجر أحد عمالها بحيث يكون هذا الأجر أقل أو يساوي الحد الأدنى المضمون، وهو في الواقع ليس كذلك، فهذا السلوك يؤدي إلى تجنب إلزامية دفع جزء من دخل هذا العامل في شكل ضريبة، ثم أن في بعض البلدان، عندما يكون الأجر الصافي الذي يتقاضاه العامل أقل من الحد الأدنى المضمون، فإنه سوف يحصل على تعويض يساوي مبلغ الضريبة التي اقتطعت من دخله الإجمالي، وعليه يمكننا أن نقول بأنه في حالة تجنب الضريبة يعني غياب المادة الخاضعة للضريبة أصلاً، أما في حالة التهرب الضريبي فالمادة الخاضعة للضريبة موجودة ولكنها تحاط به لتخرجها من دائرة الخضوع، مثل الشراء والبيع بدون فواتير شراء البضائع ودفع ثمنها من مصادر مالية أخرى، وكذلك تزوير الوثائق التي تخول لحاملها الشراء بالإعفاء من الرسم على القيمة المضافة بهدف تخفيف العبء الضريبي الذي يتحمله، وهو إذ يقوم بهذا إنما يكون معتقداً في تقديره بأنه في منأى عن القانون ولن يكون متابعاً.

غير أن التمييز بين التهرب الضريبي والغش الضريبي لا يتوقف عند هذا الحد بل أنها تشكل مسألة أساسية من وجهة النظر السياسية، حيث أنه إذا كان التهرب الضريبي هو نتيجة لحساب اقتصادي يقوم به المكلف لمعرفة الفوائد التي يمكن أن يجنيها منه، لكن هذا السلوك لا يعبر عن أي معنى سياسي، في حين أن الغش الضريبي إذا كان هو أيضاً نتاج حساب اقتصادي إلا أنه يعبر أيضاً عن نفور ومعارضة لأن قبول مبدأ الضريبة إنما هو امتثال إرادي للواجب الجبائي، وأن الشعور بالانتماء إلى الجماعة م نشأته أن يعزز هذا القبول لأنه من الثابت وجود علاقة قوية بين درجة التماسك واستقرار المجتمع، وأن التمسك بالمبادئ التي يؤمن بها المجتمع ينعكس على مدى النزاهة في تنفيذ الواجبات الجبائية.³⁷¹

المطلب الأول: التهرب الضريبي ظاهرة شاملة

من المسلمات التاريخية أن الضريبة نشأت عندما تكونت الدولة، وأن ظاهرة التهرب الضريبي قد ارتبطت بالضريبة منذ ميلادها، وعرفت جميع المجتمعات وفي جميع مراحل تطور المجتمع البشري وما زالت تعرفها جميع البلدان بمختلف مستويات تطورها الاقتصادي والاجتماعي إلى يومنا هذا فعلى سبيل المثال أن هذه الظاهرة تبلغ، 10% في السويد، 5,5% من الناتج المحلي الإجمالي، ألمانيا 5% فيلندا 3% في سويسرا 8% في الولايات المتحدة أما في البلدان النامية فإن نسبة التهرب فيها عالية³⁷²، حيث تبلغ في بعض الحالات 80% من الإيرادات المحتملة جبايتها، وهذا راجع في قسم كبير منه إلى ضعف الوعي الضريبي من جهة وإلى عدم قدرة الإدارات الجبائية على التكفل وتأطير جميع النشاطات المدرة للدخل، فضلاً عن النفوذ السياسي الذي يتمتع به بعض الأفراد، حيث يقومون بعرقلة الإجراءات الجبائية التي تتعارض مع مصالحهم، كما حدث في غواتيمال حينما قامت الحكومة برفع معدل الضريبة على المداخل العالية بنسبة 4% التي يتقاضاها الأشخاص الطبيعيين، غير أن هذا الإجراء لم يعرف سبيله للتطبيق بسبب عرقلة من قبل بعض هؤلاء الأشخاص

³⁷⁰ عبد الله ولد سيدي، إيرادات الخزينة العامة في موريتانيا، رسالة تخرج من المدرسة الوطنية للإدارة، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، 2003/2002، ص 105.

³⁷¹ زينب حسين عوض الله، مبادئ المالية العامة، الدار الجامعية للطباعة والنشر/ بيروت، 1998، ص 183.

³⁷² عبد الله ولد سيدي، إيرادات الخزينة العامة في موريتانيا، رسالة تخرج من المدرسة الوطنية للإدارة، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، سنة 2015، ص 19.

لأنهم يتمتعون بنفوذ سياسي كبير. ومهما كانت أهمية هذه الأرقام، فإننا ننظر إلى التهرب الضريبي على أنه ظاهرة مالية واقتصادية وكذلك اجتماعية وسياسية. وسنوضح أشكال التهرب الضريبي في فقرتين:

الفقرة الأولى: التهرب المشروع

يكون ذلك بتجنب المكلف تحمل الضريبة أو الالتزام بها دون مخالفة أحكام التشريعات الضريبية، وذلك بالابتعاد عن مواطن التكليف أو الاستفادة من بعض الثغرات الموجودة في القانون، ومن الأمثلة على ذلك عندما يهب الشخص أمواله لورثته في حياته تهرباً من دفع ضريبة التركات بعد وفاته³⁷³.

الفقرة الثانية: التهرب غير المشروع

وهو قيام المكلف على مخالفة الأحكام القانونية، وذلك بسلك طرق الغش والاحتيال مرتكباً ما يعاقب عليه القانون، مثلاً إخفاء المكلف السلع المستوردة بطريقة غير قانونية (سلع مهربة) عن أعين الجمارك، ومن ثمة تقديم تصريح ضريبي لا يتضمن مبيعات وأرباح هذه السلع، أو أن يلجأ المستورد إلى الحصول على فواتر ومستندات من البلد المصدر بأقل من القيمة الحقيقية للبضاعة المستوردة، عدم دفع الضريبة المترتبة على المكلف عن طريق تهريبها خارج البلاد وبالتالي يصعب على السلطات تحصيل الضريبة المترتبة عليه³⁷⁴.

المطلب الثاني: نماذج السلوك الجبائي

يوجد العديد من السلوكيات الجبائية التي تم استخلاصها من خلال الدراسات الاقتصادية والسيكولوجية لسلوك المكلفين إزاء واجباتهم، وسنعرض هذه السلوكيات بالترتيب حسب التسلسل الزمني التي رصدت فيه. في ظل وضع يسوده الشك والخطر فإن المكلف يعتمد إلى ممارسة الغش الضريبي معتمداً على حساب اقتصادي بسيط للأعباء التي سوف يتحملها في حالة ما إذا اكتشف أمره، والفوائد التي يمكن أن يجنيها، بمعنى يقيس مدى مردودية الفعل الذي ينوي القيام به. أن المكلف يعتمد إلى النظر في معدل الضريبة التي يخضع لها وفقاً له يقوم بتقييم مدى قابليته لممارسة الغش الضريبي، والملاحظ أن هذا السلوك يختلف عن الأول الذي ينحصر في الحساب الاقتصادي المحض، في حين أن هذا النوع يحاول أن يتجاوز ذلك بالخوض في الدوافع النفسية للمكلف والاستعدادات الموجودة لديه للتهرب من دفع الضريبة.

صرامة الغرامات الجزائية التي يتحملها الممارس للغش الضريبي، وقد شكل هذا النوع مصدراً للعديد من الفرضيات المبنية عليه، كأن يقوم المكلف بحساب الغرامات التي يتحملها عند اكتشاف أمره من قبل إدارة الضرائب، فإذا كانت هذه العقوبات صارمة جداً سواء في شقها المالي أو في شقها المعنوي، يمكن أن تشكل رادعاً أمام سلوك المكلف لارتكاب ما ينوي ارتكابه³⁷⁵.

خلال السنوات الأخيرة ظهر نموذج مبني على الملاحظة والاختبار، وقد تمخضت عنه نظرية اقتراح المتغيرات الاقتصادية كعوامل محددة للسلوكيات الجبائية تجاه التهرب ومتغيرات اجتماعية نفسية كمحرض على الغش الضريبي، وقد شكلت هذه النظرية الانطلاقة

³⁷³ عرفات غالب عمرو، إقتصاديات التهرب من ضريبة الدخل في الأردن، دائرة ضريبة الدخل، عمان/ الأردن 1995، ص 4.

³⁷⁴ جمعه محمد عبد الله، التهرب الضريبي لدى أصحاب المهن الحرة في مدينة جنين (أسبابه وطرق معالجته)، رسالة ماجستير جامعة النجاح/ نابلس فلسطين، 2005، ص 82.

³⁷⁵ محمود رياض عطيه، الموجز في لمالية العامة، دار المعارف للنشر بمصر، سنة 1696، ص 551.

في التمييز بين مبررات السلوك الجبائي غير الشرعي، ولكن قد يكون" مقصودا من قبل المشرع " في التشريعات الجبائية والغش الضريبي الممارس بدافع من العوامل النفسية والاجتماعية للمكلف³⁷⁶.

إن ما يلاحظ من هذه النماذج من السلوكيات تجاه الضرائب والتهرب منها هو أنه يوجد منها ما يحسر في الحساب الاقتصادي، ومنها ما يحاول إدراج عوامل أخرى غير اقتصادية، أي نفسية واجتماعية، ومنها ما يحاول المزج بين الاثنين، غير أن جميعها لم تأخذ بعين الاعتبار الجانب السياسي للموضوع الذي يمكن أن يشكل دافعا على قدر كبير من الأهمية لتفسير قيام المكلف بممارسات غير مشروعة، وحتى القيام بالشغب والعصيان.

المبحث الثاني: الأسباب وطرق مكافحة الظاهرة والآثار المترتبة عن التهرب عنها

يفيد التفسير الاقتصادي للتهرب الضريبي أن المكلف بالضريبة لا يتبنى أي سلوك جبائي محدد قبل إجراء العملية الحسابية بين التكاليف التي سيتحملها والفوائد التي سيجنيها من جراء أي سلوك ينتهجه، وحسب منطق العملية الحسابية فكلما كان مبلغ الضرائب التي تفرض عليه ثقيلًا كلما كان المقتطع عن طريق التهرب كبير، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الغرامات التي ستسلط عليه في حالة اكتشافه أمره.

يظهر من هذا التحليل الذي يعتمد على المردودية، أن سلوك المكلف في الوضع الاقتصادي الذي يتميز بالازدهار، يختلف عن الوضع الاقتصادي في فترة الكساد، بسبب أنه إذا حدث واكتشف أمره فإنه سوف يتحمل خسارة مزدوجة مالية وكذلك سمعته والطعن في نزاهته كمواطن. وعليه فإن الوضع الاقتصادي يشبه وضعية شخصية المكلف بحيث تتدخلان في سلوكيات المكلف وسلوكه طريق الغش الضريبي، وهذا معناه أنه في حالة الركود الاقتصادي يسعى لتهرب من دفع الضريبة للمحافظة على قوته الشرائية وفي الحالات الاقتصادية المعاكسة يسعى إلى أن يتحمل أقل ما يمكن بالنسبة للسلع العامة، لأن الضريبة في مثل الأوضاع الأخيرة يمكن تعويضها من خلال زيادة الدخل، وبالتالي فإن السلوكيات تصبح غير مغرية.

أما بالنسبة للمكلف الذي يعارض سياسة حكومة بلاده فقد تنتابه رغبة في التهرب من الضريبة في الوضعيات الاقتصادية الصعبة أكثر مما تنتابه هذه الرغبة في الوضعيات الاقتصادية المزدهرة، وعليه فإن التهرب والغش الضريبيين مرتبطين بالوضع الاقتصادي والمستوى الثقافي والاجتماعي والسياسي، حيث أن هذه العوامل تشترك في دفع المكلف نحو التحايل على القانون.

المطلب الأول: الدوافع الكاملة وراء ظاهرة التهرب الضريبي وطرق المكافحة

لقد قد ³⁷⁷ VonGerlaft بصياغة العلاقة التي تتحكم في ظاهرة الضريبة وأساس هذه العلاقة هو أن محاولات تجنب الضريبة أو الغش الضريبي يتزايد بشكل سريع بالنسبة لباقي المراسيم والتشريعات التي تصدرها الحكومات والدوافع التي تدفع المكلفين بالضريبة إلى التهرب عديدة.

الفقرة الأولى: الدوافع أو الأسباب وراء ظاهرة التهرب

³⁷⁶ سلوم حسين، القانون المالي والضريبي، دار الفكر، بيروت / لبنان، 1995، ص 152.

³⁷⁷ سيد أحمد ولد أحمد شين، تحديد الضرائب في موريتانيا، رسالة تخرج المدرسة الوطنية للإدارة، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، 2001/2002، ص 75.

ومن هنا نذكر أن التسامح تجاه ظاهرة التهرب يلعب المحيط الاجتماعي فيها دورا كبيرا، كما يلعب أهمية كبرى في تحديد أهمية الظاهرة. والدراسات التي أجريت وهي كثيرة حول هذا الموضوع تشير إلى أن رد الفعل تجاه هذه الظاهرة تختلف من منطقة إلى أخرى، كما تختلف من بلد إلى آخر ومن فترة زمنية إلى أخرى، ثم أن ردود الأفعال هذه يمكن أن تؤثر بنفس درجة التأثير الذي يمارسه الجهاز التشريعي نفسه، وفي هذا الصدد نشير إلى أنه على المراقبين الجبائيين ضبط مستوى صرامته محسبا لعقليات وعادات المجتمع حتى لاتواجه مهماته الرقابية بالمقاومة الضمنية من طرف المواطنين، لأن من شأن ذلك أن يجعل مهمته صعبة جدا ومن ثم الحد من فعاليتها³⁷⁸.

ثم أن الجانب الاجتماعي للمكلفين يمكن للدولة أن تعترف به كعامل أساسي في المجال الجبائي، فعلى سبيل المثال أن الحكومة الفرنسية تمارس تسامحا ملحوظا تجاه ممارسات التهرب الضريبي الذي يصدر عن المزارعين أكثر من تسامحها مع نفس الممارسات التي تصدر عن قطاعات أخرى³⁷⁹.

إن التسامح إزاء المخالفات الجبائية لا يرتبط فقط بمستوى ثقافي محدد بل يمكن أن يمتد حتى إلى المستويات العليا، لأنه بمجرد أن تبلغ هذه المعدلات مستوى ما يجعل المكلفين يشعرون أن ذلك ما هو إلا عملية تجريد من ممتلكاتهم، ومن ثم تصبح كل السلوكيات التي تهدف إلى تجنب هذه العملية مباحة ومبررة وحتى مغرية. ونجملها في النقاط التالية وهي كما يلي:

أولاً: الأسباب التشريعية

وهي من أهم الأسباب ويرجع ذلك إلى النقص في التشريع الضريبي وعدم إحكام صياغته، مما يعني وجود ثغرات ويرجع ذلك إلى عدم دقة التشريعات الضريبية التي غالبا ما تصدر في تلك الدول بصورة سريعة، وتصاغ من قبل أشخاص غير أكفاء، وكذلك فإن تعقيد التشريع عامل مهم أيضا لأن ذلك يخلق مشكلات للإدارات المعنية بالموضوع ويفتح المجال للمتهربين³⁸⁰.

ثانياً: معدلات الضرائب

من الأسباب التي تدفع إلى التهرب الضريبي ارتفاع معدلاتها، مما يؤدي إلى شعور المكلف بأن الضريبة تقتطع جزء كبير من دخله، أو تؤدي إلى ارتفاع تكاليف الإنتاج بحيث لا يستطيع المنتج المنافسة وتحقيق الأرباح.

ثالثاً: عدم المساواة في التطبيق (غياب العدالة الضريبية)

ربما تكون الضريبة عادلة من الجهة القانونية، كما أرادها المشرع، ولكن تعترضها صعوبات في التطبيق، تؤدي إلى عدم تحقيق العدالة المرجوة، وبالتالي تضعف الثقة بعدالة النظام الضريبي.

رابعاً: تعقيد الإجراءات الإدارية

³⁷⁸ سلي صو، النزاعات الجبائية، رسالة تخرج من المدرسة الوطنية للإدارة، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، 2001/2002، ص 88.

³⁷⁹ وهبة محمد سليم، واقع التهرب الضريبي، الجمهورية اليمنية / صنعاء، 2010، ص 19.

³⁸⁰ السامرائي يسري، والعبدي زهرة، تحليل ظاهرة التهرب الضريبي ووسائل معالجته في النظام الضريبي العراقي، مجلة جامعة الانبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد 4، العدد 9، العراق، 2012، ص 143.

ويلاحظ ذلك بشكل خاص في البلدان النامية ويرجع إلى كثرة الإجراءات وتعقيدها.

خامسا: ضعف الإحساس بالوعي الضريبي

يعتبر ضعف الوعي الضريبي من الأسباب الرئيسية لظاهرة التهرب الضريبي، فكلما زاد الوعي الضريبي لدى المكلفين تراجع التهرب والعكس صحيح. ونذكر منها باختصار:

- الدوافع الأخلاقية.
- الدوافع السياسية.
- الدوافع الاقتصادية.
- الدوافع التقنية.

فعلى مستوى الدوافع الأخلاقية والثقافية فإن الميل نحو تجنب الضريبة، وخاصة السلوكيات التي تتميز بالغش تجد تفسيرها في انخفاض مستوى الوعي الجبائي، ومن ثم استصغار المخالفة المرتكبة، وأكثر من هذا قد ينعدم الوعي نهائيا بارتكاب مخالفة، ولاشك أن هذا الاستخفاف بالقوانين الجبائية إنما ينم عن الجهل بالارتباطات الاجتماعية والاقتصادية الشديدة لها.

سادسا: قصور الإعفاءات الضريبية

فالإعفاءات الضريبية التي تقررها التشريعات الضريبية، غير متناسبة مع العوامل التي تبررها، وبالتالي فالرغبة في ظاهرة التهرب الضريبي إذا كانت عادلة فإنها لا تدعو إلى التهرب الضريبي أو لا تشجع عليه.

سابعا: ارتفاع العبء الضريبي

العبء الضريبي، هو نسبة الضرائب المفروضة على المكلف إلى صافي دخله، وبالتالي فإذا زاد العبء الضريبي بنسبة أكبر من زيادة دخل المكلف، فإن الأمر يشجع على التهرب الضريبي.

ثامنا: الهيكل الضريبي

يعتبر الهيكل الضريبي لبلد ما مكون من التشريع الضريبي المتضمن عدد الضرائب المطبقة وتوزيع الضرائب بين مباشرة وغير مباشرة.... إلخ، فالنظام الضريبي الذي يركز على الضرائب النوعية وما يتطلبه من تقديم مجموعة من التصريحات التي يقدمها المكلف، بالإضافة إلى العديد من المعدلات الضريبية كل هذه العوامل تشكل ثغرات تساعد على التهرب الضريبي أو على الأقل تشجع عليه.

تاسعا: الهيكل الإداري

تعتبر الإدارة الضريبية الأداة التنفيذية للضرائب المطبقة، كلما كانت هذه الإدارة ضعيفة الكفاءة والنزاهة سهلة كثرة التهرب الضريبي.

الفقرة الثانية: طرق مكافحة التهرب الضريبي

بطبيعة الحال توجد حلول لظاهرة التهرب الضريبي، خاصة إن كانت نابعة من إرادة صادقة وعزيمة قوية لإدارة فعالة وقانون ضريبي محكم ومكلف يشجع بالمسؤولية التضامنية.

أولا: نشر الوعي الضريبي

ويتم ذلك بتعريف المواطنين بالضريبة وطبيعتها وشرعية حق الدولة فيها وطرق إنفاقها، وذلك من خلال أجهزة الإعلام المختلفة، فالوعي الضريبي هو أن يقتنع المكلف بدفع الضريبة المترتبة عليه، وهذا الأمر يتطلب أن تقوم السلطات بترشيد الإنفاق العام بما يخدم الصالح العام حتى يشعر المكلف أن الموارد العامة تعود عليه بالنفع.

ثانياً: مراجعة التشريعات الضريبية

فالتشريع الضريبي الجيد والمنسجم عليه أن لا يتضمن ثغرات تترك مجالاً للتهرب وعدم المساوات، وكذلك يجب تحسين الإجراءات الإدارية بحيث تكون مختصرة وغير معقدة³⁸¹.

ثالثاً: العدالة الضريبية

ومن أجل تحقيق ذلك فلا بد من بعض الإجراءات الضرورية والأساسية لوضع البيئة المناسبة لذلك.

- أ- شمولية الضريبة: بحيث تصيب جميع الدخول حتى لا يشعر المكلف أن هناك من يحقق إيرادات ولا يدفع الضريبة.
- ب- معدل الضريبة: يجب أن يكون معدل الضريبة في حدود المعقول لأن المعدل المرتفع يترك أثراً سيئاً في نفسية دافع الضريبة.
- ت- الإعفاءات الضريبية: يجب أن تكون الإعفاءات الضريبية مدروسة بشكل جيد ويستفيد منها الأشخاص الذين هم بحاجة إليها، وإلا أدى ذلك الأمر إلى التهرب الضريبي.
- ث- الأخذ بمبدأ شخصية الضريبة: أي مراعاة الحالة الاجتماعية للمكلف وذلك لتحديد قدرته التكليفية الحقيقية بعد الأخذ بالحسبان الحد الأدنى والضروري لنفقات المعيشة.
- ج- تشجيع المكلفين على مسك الدفاتر التجارية: كلما نظم المكلفون نشاطهم في دفاتر قانونية، ساعدهم ذلك على عدم الملاحقة الإدارية والقانونية، وذلك من أجل تحديد أرباحهم الحقيقية بشكل صحيح وتوضيح معاملاتهم التجارية كما جاء في المدونة.
- ح- الربط بين مختلف الإدارات: لدى المكلفين معاملات تربطهم بكثير من الوزارات والمصارف، وبالتالي فإن هذه البيانات الموجودة في المصارف والجمارك والدوائر العقارية تساعد الإدارة العامة للضرائب على معرفة المركز الحقيقي للمكلف والوقوف على حجم نشاطه، وكذلك تساعد في التعرف على المكلفين الذين يتهربون من دفع الضريبة، لذا على المشرع الضريبي أن يسمح للإدارة بالحصول على هذه البيانات بشكل دوري ومنظم من الجهات المذكورة.
- خ- تحسين الجهاز الإداري: ويتم ذلك عن طرق الاهتمام ب:
 - تدعيم الجهاز الضريبي بالآلات الحديثة من حواسيب وأجهزة متطورة وضرورة سرعة إنجاز العمل.
 - رفع كفاءة العاملين في الإدارة المالية.
 - الاهتمام بالتدريب العملي بحيث لا يكون مكتئباً.
- د- إشراك المحاسبين في المسؤولية: يعتبر إشراك المحاسبين وتعاونهم مع الإدارة سيؤدي إلى اطمئنان الإدارة لإقرارات المكلفين الموقع من المحاسب القانوني.

³⁸¹ شريف رمسيس تكللا، **الدراس الحديثة لعلم مالية الدولة**، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، دار الفكر العربي للطبع والنشر، 1978 ص 253.

د- إعادة النظر في جزاءات المتهربين من الضريبة وتشديدها: مع مراعات إمكانية وضع حوافز للمكلفين الامناء، والصرامة في معاقبة المخالفين بما لا يدع مجالاً لشك في محاربة الظاهرة³⁸².

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن التهرب الضريبي

فضلاً عن الخسائر في الإيرادات الجبائية الناجمة عن التهرب الضريبي فإن أول ما يترتب عن هذه الظاهرة إنما هو الاضطراب في توزيع الأعباء الضريبية كما كان مرسومًا من قبل السياسة الجبائية، ومن ثم فالمحافظة على مستوى الإيرادات الجبائية المستهدفة سيؤدي إلى زيادة العبء الضريبي على المكلفين الحقيقيين وهو ما سيترتب عنه اختلال في توزيع هذا العبء الذي تتحمله فئة من المواطنين وتستفيد منه فئة أخرى.

كما أن عمل الحكومات بالتدخل باستعمال الضريبة، كإعفاء بعض المنتجات التي تستفيد منه بعض المؤسسات المنتجة لها، ومن شأن ذلك أن يزيد من تفاقم الشعور بعدم الرضا لدى المؤسسات المنافسة أو لدى القطاعات الاقتصادية الأخرى، حيث يشعرون أن المعاملة الخاصة لبعض المؤسسات أو بعض القطاعات إنما هي معاملة غير عادلة، في حين أنها ليست بالضرورة كذلك.

وسنجملها في ما يلي:

- التصادم بين المكلفين القانونيين.
- التصادم بين الدولة والمكلف.
- فعالية الاقتصاد.
- تعزيز العلاقات الاجتماعية.
- بالإضافة لتلك الانعكاسات السياسية والتي لا تعرف أثرها جيداً.
- الآثار الاقتصادية: وتتمثل في انخفاض الحصيلة الضريبية، مما ينعكس على المشاريع المستقبلية للبلد وكذلك المواطنين.
- الآثار الاجتماعية: وهي عدم شعور المكلفين بتطبيق مبدأ العدالة والمساواة بواسطة الضريبة.
- الآثار النفسية: ضعف القناعة والإيمان بدور الدولة وقدرتها على تحقيق الخدمات الضرورية لأفرادها، مما يقلل الثقة بالإدارة الضريبية وتصبح الضريبة عامل إفساد أخلاقي على المجتمع بدل العكس.

خاتمة:

إن موضوع التهرب الضريبي هو من المواضيع التي لم تدرس بما فيه الكفاية وعندما تدرس يتم ذلك من الناحية الكمية، أي بالاعتماد على الحساب الاقتصادي وقياس أثر ذلك على الاقتصاد وعلى المالية العامة للدولة، وحتى المحاولات التي انصبت على التعرف على الدوافع ومحاولة تفسيرها انحسرت في الجانب الاقتصادي والنفسي للظاهرة إلا النادر منها، ولكن بالنظر إلى أن الضريبة هي في الأساس ظاهرة سياسية، يرتبط المكلف بواسطتها بعلاقة مع الدولة وبالتالي فهي ذات بعد سياسي، ومن ثم فإن السلوك الجبائي للمكلف لا ينبغي تجريده من جانبه السياسي.

³⁸² حمدي احمد العناني، اقتصاديات المالية العامة في ظل نظم المشروعات الخاصة، الدار المصرية للثقافة والنشر، 1693 ص 557 .

إن الرافض المبيت لدفع الضريبة بالقدر الذي تتجم عنه صعوبات في تسيير المالية العامة للدولة، قد يحدث لدى المكلف النزيه شعورا بعدم الرضا، ومن ثم تتعرض مبادئ العدالة الضريبية والمساواة إلى انتقادات شديدة، ويصبح ينظر إليها على أنها مبادئ صورية لأنه لا ينتظر أن تقوم الحكومة بإنفاق الإيرادات الجبائية لصالحه، ولا شك أن هذا الوضع سوف يترتب عنه شعور من شأنه أن يؤثر على درجة نزاهته.

بالإضافة إلى أن التهرب الضريبي الممارس من قبل البعض يتيح لهم مزايا هي في الحقيقة ليست مستحقة لهم وغير عادلة، ثم أن التهرب الضريبي يترتب عنه أيضا آثار سلبية على المستوى الثقافي لأنه يضعف الحس لدى ممارسيه بواجباتهم الجبائية، بل انه في حالة تكراره بشكل منتظم سيعمل على إضعاف المعنى الاجتماعي والانتماء إلى الجماعة، وهذه النتيجة لا تتوقف على مستوى الممارسين للتهرب، بل قد تمتد آثارها إلى غيرهم من المكلفين والخطر في ذلك إنما يتمثل في شيوع سلوكيات جبائية غير مشروعة من الناحيتين القانونية والأخلاقية وتمتد مساحتها عموديا وافقيا وعلى المستوى السياسي فإن العبء الضريبي في البلدان المتقدمة (الديمقراطية يتميز بعلاقات قوى مزدوجة).

فالدولة تسعى إلى تنفيذ سياستها الجبائية بكل الصرامة القانونية المتاحة، في حين يسعى المكلفين إلى تجنب دفع كل المبالغ المستحقة عليهم بالإخفاء والتجنب للبعض والغش والتدليس بالنسبة للبعض الآخر.

وقد صور أحد المهتمين بالموضوع هذه الظاهرة بلعبة القط والفأر، وبهذا يمكن وصف ظاهرة التهرب في السياسة الجبائية بأنها صراع دائم يترتب عنه نتائج سلبية على المستوى الاقتصادي والاجتماعي وحتى السياسي، ولكونها ظاهرة مخادعة فإن آثارها السلبية لا يمكن حصرها في إطار الميزانية العامة للدولة بل تتجاوز ذلك.

قائمة المراجع:

الكتب:

- زينب حسين عوض الله، مبادئ المالية العامة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإبراهيمية، الإسكندرية، 1998.
- عرفات غالب عمرو، إقتصاديات التهرب من ضريبة الدخل في الأردن، دائرة ضريبة الدخل، عمان/ الأردن 1995.
- محمود رياض عطيه، الموجز في المالية العامة، دارالمعارف للنشر بمصر، سنة 1696 .
- سلوم حسين، القانون المالي والضريبي، دار الفكر، بيروت / لبنان، 1995.
- وهبة محمد سليم، واقع التهرب الضريبي، الجمهورية اليمنية / صنعاء، 2010.
- السامرائي يسري، والعبدي زهرة، تحليل ظاهرة التهرب الضريبي ووسائل معالجته في النظام الضريبي العراقي، مجلة جامعة الانبار للعلوم الاقتصادية والادارية، المجلد 4، العدد9، العراق، 2012.
- شريف رمسيس تكللا، الاسس الحديثة لعلم مالية الدولة، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، دار الفكر العربي، 1979/1978.
- حمدي احمد العناني، اقتصاديات المالية العامة في ظل نظم المشروعات الخاصة، الدار المصرية للثقافة والنشر، 1693 .

الرسائل:

- جمعه محمد عبد الله، التهرب الضريبي لدى أصحاب المهن الحرة في مدينة جنين (أسبابه وطرق معالجته)، رسالة ماجستير جامعة النجاح/ نابلس فلسطين، 2005.
- عبد الله ولد سيدي، إيرادات الخزينة العامة في موريتانيا، رسالة تخرج من المدرسة الوطنية للإدارة، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، 2003/2002.
- عبد الله ولسيدي، إيرادات الخزينة العامة في موريتانيا، رسالة تخرج من المدرسة الوطنية للإدارة، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، سنة 2015.
- سيد أحمد ولد احمد شين، تحديد الضرائب في موريتانيا، رسالة تخرج المدرسة الوطنية للإدارة، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، 2002/2001.
- سلي صو، النزاعات الجبائية، رسالة تخرج من المدرسة الوطنية للإدارة، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، 2002/2001.

إشكالية التوازن العقدي في عقد المراجعة البنكي

شيماء الحبيبي

باحثة بسلك الدكتوراه مختبر القانون و الفلسفة و المجتمع
كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ب فاس.
بجامعة سيدي محمد بن عبد الله

ملخص:

إذا كانت المراجعة للأمر بالشراء هي صيغة يتم اعتمادها بالبنوك التشاركية كبديل إسلامي للقرض بفائدة، فإن هذه الأخيرة تتم عبر مراحل أهم ما يميزها الطابع التعاقدية الذي يطبع كل مرحلة على حدة، وذلك منذ إبرام الوعد الأحادي الجانب بالشراء إلى غاية إتمام العملية وتوقيع عقد البيع النهائي. كما أن الهيئة المهنية لبنوك المغرب عملت على إعداد عقد المراجعة في قالب جاهز يتخذ شكل عقد نموذجي، مما يجعل من هذا النموذج العقدي يمتاز بطابعه البنكي إذ لا يخرج عمليا عن السياق العام الذي تتم فيه مختلف المعاملات والخدمات البنكية وهو ما يتيح المجال لدراسة استجابة هذا النموذج العقدي لقواعد الإلتزام التعاقدية وحماية المستهلك وتأثير ذلك على التوازن العقدي.

Abstract :

Si la murabahah pour celui quicommande l'achat est une formule qui est adoptée par les banques participatives comme une alternative islamique à un prêt avec intérêt, alors ce dernier passe par les étapes les plus importantes du caractère contractuel imprimé sur chaque étape séparément, de la conclusion de la promesse unilatérale d'achat jusqu'à l'achèvement du processus et la signature du contrat de vente final. Le corps professionnel des banques marocaines a travaillé à la préparation du contrat murabaha dans un modèle prêt à l'emploi qui prend la forme d'un contrat type, ce qui rend ce modèle contractuel caractérisé par son caractère bancaire car il ne s'écarte pratiquement pas du contexte général dans lequel se déroulent les différentes transactions et services bancaires, ce qui permet au terrain d'étudier la réponse de ce modèle de contrat Dire l'engagement contractuel et la protection du consommateur et son impact sur l'équilibre contractuel.

تقديم:

تعتبر المراجعة من بين الصيغ التمويلية البديلة عن التمويل بفائدة المعتمدة لدى الأبنك التقليدية، حيث تعتمد المراجعة الإسلامية على نطاق واسع سواء في العالم الإسلامي بل و حتى العالم الغربي، و يعتبر المغرب من بين الدول التي انخرطت في اعتماد المراجعة الإسلامية في نظامها البنكي تحت مسمى البنوك التشاركية لما أثارته تسميتها بـ "الإسلامية" من انتقادات تتعلق بإيديولوجية عقائدية و أن في ذلك قرح للبنوك التقليدية، و بغض النظر عن خلفيات تسميتها بالبنوك التشاركية فإن هذه الأخيرة تعمل على توفير العديد من الخدمات لربائنها و على رأسها خدمة المراجعة للامر بالشراء.

فالمراجعة كعقد يقصد به بالمعنى الخاص الارتباط بين إرادتين من كلام أو ما يقوم مقامها من الكتابة أو الإشارة أو الفعل، يترتب عليه أثره الشرعي و هذا الارتباط هو الذي يتحقق به الانعقاد³⁸³. بينما تعرف المراجعة لغة بكونها من الربح حيث جاء في لسان العرب: ربح ربحا، و أربحته على السلعة أي أعطيته ربحا و قد أربحته بمتاعه و أعطاه مالا مرابحة أي على الربح بينهما³⁸⁴.

و تعرف المراجعة في الفقه الإسلامي أنها بيع السلعة بثمانها الذي قامت به مع زيادة ربح معلوم، و هي جائزة شرعا عند جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الراجح من المذهبي المالكي³⁸⁵. فيما يعرفها قانون مؤسسات الائتمان و الهيئات الاعتبارية في حكمها 103.12 من خلال مادته 58 بكونها: "كل عقد يبيع بموجبه بنك تشاركي، منقولاً أو عقاراً محدداً و في ملكيته لعميله بتكلفة اقتنائه مضافاً إليها هامش ربح متفق عليهما مسبقاً".

و بما أن العقد هو الأداة التي تمكن الأفراد من تبادل مصالحهم فإن الإرادة تلعب دوراً هاماً في إنشاء عقد المراجعة البنكي بأبعاده صيغة تمويلية حديثة، لكن الحديث عن وجود عقد يتطلب أعمال مبدأ سلطان الإرادة وفق ما يحقق تعادلاً بين مصالح أطراف العقد و بالتالي تحقيق توازن عقدي³⁸⁶. و لمحاولة إبراز ماهية التوازن العقدي فلقد أفرز تعدد التعاريف الفقهية اختلافاً في وجهات النظر و انقسامها إلى موقفين:

الموقف الأول: يتبناه الليبراليون الجدد حيث اعتبروا العقد المنجز عن توافق إرادات أطرافه هو عقد متوازن بالإستناد لمبدأ الحرية التعاقدية من جهة و لكون تدخل المشرع و القاضي لا يكون إلا بصفة عرضية و في حالات استثنائية من جهة أخرى³⁸⁷. و موقف ثان: يتزعمه أصحاب التيار التضامني يقضي بأن العقد لم يعد يشكل بناء إرادي مغلق تحتكره مصالح الأطراف فقط بل إنه أصبح بمجرد انعقاده عبارة عن مجال مشترك يتجاذبه العديد من المتدخلين من أجل تحقيق غايات مشتركة³⁸⁸.

³⁸³- محمد الشحات الجندي، عقد المراجعة بين الفقه الإسلامي و التعامل المصري، دار النهضة العربية / القاهرة، سنة 1986، ص 21.

³⁸⁴- ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، الجزء الثاني، دار إحياء التراث للنشر، بيروت، السنة 1419هـ-1999، ص 442.

³⁸⁵- العلامة محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة سيدي أحمد الدردير، الجزء الثالث، فصل في المراجعة، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابلي الحلبي، القاهرة، تلسنة غير موجودة، ص 159 و ما بعدها.

³⁸⁶- يونس الداري، رسالة لنيل شهادة الماستر تحت عنوان "القرض البنكي و إشكالية التوازن العقدي"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون المدني (الالتزام التعاقدية)، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بفاس، السنة الجامعية 2010-2011، ص 20.

³⁸⁷- راجع بشأنه يونس الداري، القرض البنكي و إشكالية التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 20.

³⁸⁸- يونس الداري، نفسه و بصفحة.

و لقد أصبحت عبارة التوازن العقدي متداولة بشكل مكثف في أوساط أغلب الباحثين في قانون الالتزام التعاقدى لكن دون أي محاولة منهم للانخراط في تحديد ماهيتها بنوع من الدقة و الشمول حيث ذهب البعض إلى الخلط بين التنفيذ و التوازن³⁸⁹.

و أمام تنامي الطابع النموذجي الذي أصبح يطغى على أغلب العقود، فإن اعتماد هذه التقنية في صياغة عقد المراجعة البنكي لم يكن حدثا يدعو للاستغراب خاصة و أنه يتعلق بمعاملة بنكية، و قد اعتادت البنوك التعامل بهذا النوع من العقود لذلك فمن البديهي أن تكون نقطة الاشتراك بين كل من البنوك التقليدية و البنوك التشاركية تتمثل في إصدار عقود نموذجية و ذلك لتأمين معاملاتها من جانب، و ضمانا لسرعة التنفيذ من جانب آخر، و هو نفس الوجه الذي اعتمدته المجموعة المهنية لبنوك المغرب عند صياغتها لنموذج عقد المراجعة

و يلاحظ أن بيع المراجعة للأمر بالشراء هو مصطلح حديث و قد طرحت هذه الصيغة على المستويين النظري و العملي بصورة مختلفة، و حتى منتصف العقد السابع من القرن العشرين³⁹⁰ كان الحديث بين الداعين إلى قيام الأعمال المصرفية على أسس إسلامية قاصرة على المضاربة و المشاركة باعتبارهما البديل الإسلامي للتمويل و الإستثمار المصرفي، ثم ظهر مصطلح بيع المراجعة للأمر بالشراء للمرة الأولى في أطروحة الدكتور سامي حمود عام 1967 لنيل شهادة الدكتوراه بعنوان "تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق و الشريعة الإسلامية"، و بعدها أصبحت هذه الصيغة تحتل مكانة الصدارة بين غيرها من البدائل الإسلامية و قد تلقتها البنوك الإسلامية بالقبول و طبقتها كل حسب قناعاته و فهمه³⁹¹.

و على مستوى التطبيق يرجع تاريخ ظهور الصيغ التمويلية الحديثة التي تعتمد البنوك الإسلامية إلى سنة 1940 عندما أنشأت ماليزيا صناديق الادخار تعمل بدون فائدة³⁹² ثم أخذت المالية الإسلامية تعرف نوعا من التطور في العالم الإسلامي و أخذت تنتشر على مستوى واسع لتشمل كل من السودان و مصر و الأردن ثم الكويت. أما على الصعيد الوطني فإن فكرة اعتماد المنتجات التمويلية البديلة بالمغرب جاءت بعد مخاض عسير، إذ بعد رفض الترخيص للبنوك باعتمادها لمدة ليست باليسيرة تم تخطي هذا العائق مع بداية التسعينات من القرن الماضي، و أعقب هذه الخطوة و بعد مشاورات عديدة السماح بتداول محدود للمنتجات البديلة من خلال البنوك التقليدية و لكن في نطاق ضيق تحت مسمى "المنتجات البديلة" و ليس الإسلامية، لكن سرعان ما انتهت هذه التجربة بالفشل، و كانت الانطلاقة الفعلية للمالية التشاركية بالمغرب سنة 2016 التي تكللت بإصدار قانون بنكي يتضمن مقتضيات خاصة بالبنوك التشاركية تحت مسمى قانون مؤسسات الائتمان و الهيئات المعتمدة في حكمها³⁹³ و تعتبر المادة 58 منه بمثابة المرجعية القانونية لعقد المراجعة البنكي، ثم بعد ذلك سنة 2018 تم الترخيص لتأسيس البنوك التشاركية بالمغرب و شرعت هذه الأخيرة بالعمل بمعاملات مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية و كانت أبرزها المراجعة سواء العقارية أو مرابحة السيارات .

³⁸⁹-يونس الداري، م س و بصفتهم.

³⁹⁰- لم تعرف الدول الإسلامية النشاط البنكي في شكله الحديث إلا في نهاية القرن 19 و بداية القرن 20، راجع عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الإسلامية (التجربة بين الفقه و القانون و التطبيق)، المركز الثقافي العربي للطباعة و النشر بالدر البيضاء، الطبعة الأولى لسنة 2000، ص20.

³⁹¹- حسن عبد الأمين، الإستثمار اللاربوي في نطاق عقد المراجعة، مجلة المسلم المعاصر، مكان النشر غير موجود، العدد 35، السنة 1983 ص72.

³⁹²- عائشة الشرقاوي المالقي، م س، ص 22.

³⁹³- ظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 / ديسمبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان و الهيئات المعتمدة في حكمها، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 .

يكتسي موضوع الدراسة أهمية بالغة إن على المستوى النظري أو العملي و كذلك له أهمية اقتصادية نظرا لارتباطه بقطاع حيوي بالمغرب و هو قطاع الخدمات.

أهمية الموضوع:

فأهمية الموضوع النظرية أو العلمية تكمن في كونه موضوع جدير بالدراسة و البحث ليس لقللة الدراسات التي اهتمت بالمربحة لكن لكون هذه الأخيرة لم تتجه نحو دراسته من حيث بنائه العقدي في ارتباط بالترسانة القانونية المغربية التي تعنى بإبرام العقود، هذا من جانب كما أنه من جانب آخر لا بد من رصد مختلف الجوانب الحمائية للأطراف التعاقدية باعتبار عقد المربحة من العقود المركبة التي تمر بمراحل عقدية تجعل من المسلسل التعاقد ي طول.

أما الأهمية العملية للموضوع فتتمثل في كون المربحة من بين العقود التي تعرف إقبالا متزايدا من قبل المواطنين المغاربة باحثين عن بديل لا ربوي كما أن هذا العقد هو الأساس الذي ترتكز عليه البنوك التشاركية لتوفير سيولتها خاصة و أنها تعاني من ضعف ادخار المواطنين .

أما أهميته الاقتصادية فتكمن في أنه محرك لعجلة الاقتصاد خاصة و أنه مرتبط بالمجال العقاري بل الأكثر من ذلك أصبحت للمربحة أهمية حتى على المستوى الاجتماعي خاصة بعد انخراط البنوك التشاركية في تمويل السكن الاقتصادي عبر صيغتي المربحة و الإجارة على غرار تجربة "دار الأمان" فأصبحت المربحة كبديل اجتماعي أكثر مما هو بديل شرعي.

إشكالية الموضوع:

من كل ما سبق فإن الموضوع يطرح إشكالية جوهرية تتمحور حول مدى إمكانية الحديث عن وجود توازن عقدي في عقد المربحة البنكي باعتباره يرتبط بمعاملة بنكية أحد أطرافها قوي اقتصاديا؟

هذه الإشكالية تتفرع عنها فرضيتين :

الفرضية الأولى: تتعلق بمدى استجابة عقد المربحة لقواعد الالتزام التعاقدية و كذا مختلف مقتضيات قانون حماية المستهلك.

الفرضية الثانية: تتعلق بتأثير النموذجية التي صيغ بها عقد المربحة على غرار العقود النموذجية على التوازن العقدي .

المطلب الأول: التوازن العقدي من خلال خصائص عقد المربحة البنكي و انسجامه مع القواعد العامة.

إن الأصل في عقد المربحة هو الرضائية، شأنه في ذلك شأن باقي العقود العوضية، لكن إحقاق مبدأ التوازن العقدي من خلال عقد المربحة لا يقف عند الرضائية فقط بل يقتضي من الطرفين الالتزام بأدائه، إلا أن توزيع الأداءات بين الطرفين تحكمه مجموعة من الخصوصيات التي تقتضي انسجام خصائص العقد (الفقرة الأولى) مع ما تقره المبادئ العامة للإلتزام التعاقدية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التوازن العقدي بالنظر إلى خصائص عقد المربحة

يتميز عقد المربحة بمجموعة من الخصائص التي من شأنها أن تمكن من معرفة مدى إحقاق هذا الأخير للتوازن العقدي المنشود، و من هذا المنطلق فإن عقد المربحة يصنف ضمن العقود الملزمة لجانبين نظرا للإلتزامات المتقابلة فيه و التي ينبغي الانضباط لها على

مستوى مراحل العقد (أولاً)، لكن هذه الالتزامات يحكمها منطق احتكاري فرضته طبيعة العقد باعتباره عقداً نموذجياً مما يجعله يختلط بعقود الإذعان (ثانياً).

أولاً: معيار المدة و العاقدین في تحديد توازن عقد المراجعة

إن التوازن العقدي في عقد المراجعة البنكي ينظر إليه من زوايا متعددة خاصة و أنه يمتاز بخصوصيات متعددة، لذلك فدراسة توازن عقد المراجعة من خلال معياري المدة و العاقدین تقتضي الوقوف عند خاصيتين أساسيتين :

أ- أن عقد المراجعة عقد ملزم لجانبين

نكون أمام عقد ملزم لجانبين في الحالة التي يكون كل واحد من المتعاقدين ملزم تجاه الطرف الآخر، و هو ما يلمس في عقد المراجعة بحيث تكون فيه مؤسسة الائتمان ملزمة بتمويل العميل و تمكينه من اقتناء العقار أو المنقول بالموصفات التي يقوم بتحديدتها مسبقاً، ومقابل ذلك يلتزم العميل بدفع الثمن و الربح للمؤسسة البنكية في الوقت المحدد و المتفق عليه.

فهذه الوضعية تجعل البعض يعتقد بأن ذلك هو عين التوازن العقدي انطلاقاً من تقابل الأداءات بين الأطراف بشكل إجباري عموماً³⁹⁴، لكن جوهر العقد يوحى إلى عدم التوازن فيما يتعلق بالأداءات فإذا كان الإلتزام الواقع على البنك هو تزويد العميل بالعين المرغوب فيها وفق المواصفات المطلوبة، فإن ما يقابل هذا الإلتزام من جانب العميل هو أداء الثمن لكن مع تقديم الضمانات الكافية³⁹⁵ التي تجعل المؤسسة البنكية في وضع أربح من حيث تهرب العميل من أداء الثمن، بالإضافة إلى أداء ربح معين، فما يقابل هذه الأداءات من جانب الزبون هو التمويل من جانب العميل. والربح هنا يكون بمثابة مقابل لما يتحمله البنك من تبعات الهلاك، حيث يكون المصرف عبارة عن وسيط تجاري يقوم بعملية تجارية فهي استثمار مباشر قد يكسب فيها و قد يخسر³⁹⁶ لذلك فإنه بغض النظر عن التكييف الشرعي الذي يميز الربح في المراجعة عن الفائدة في القروض البنكية، فإن العقدين يتطابقان من حيث فكرة تقابل الأداءات لتحقيق توازن عقدي، ذلك أنه في عقد القرض البنكي يبرز التوازن العقدي من خلال وضع الأموال تحت تصرف المقرض الذي يقدم على دفع رأس المال و الفائدة كمقابل عن المخاطر المحتملة و فرص الربح الضائعة³⁹⁷.

لذلك فإن التوازن العقدي في مثل هذه العقود يظهر مختلفاً تماماً فهو لا يقتصر على مجرد الوجود الصرف للأداءات المتبادلة في العقد للتأكيد على مدى تحققه، و إنما يتطلب الأمر التمعن في جزئيات هذه الإلتزامات أو الأداءات للتوصل إلى حقيقة التوازن العقدي³⁹⁸، مما يدل على أن اللا توازن يكتنف عقد المراجعة من حيث الأداءات التي تبدو في ظاهرها أنها متقابلة بينما تحمل في طياتها نوعاً من التمييز في إيقاعها على أطراف العقد.

³⁹⁴-يونس الداري، م س، ص 28 (بتصرف).

³⁹⁵- جاء في المادة 7 من وثيقة الشروط العامة لعقد المراجعة للامر بالشراء لتمويل اقتناء عقار: " يلتزم المشتري بتقديم الضمانات المشار إليها و المفصلة في وثيقة الشروط الخاصة بالعقد".

³⁹⁶- حميد سلطان الشامي، واقع المراجعة في المصارف الإسلامية وفقاً لقانون دولة الإمارات، المداخلة الأولى من الندوة المنعقدة بفاس، تحت عنوان "المصارف الإسلامية: الأسس و التجربة و الاتفاق"، يومي 12 و 13 نونبر 2014، ص 13.

³⁹⁷- يونس الداري، م س، ص 29.

³⁹⁸- يونس الداري، القرض البنكي و إشكالية التوازن العقدي، م س، ص 29.

و من مظاهر هذا التمييز في إيقاع الأداءات ، مسألة إلزام العميل بأداء هامش الجدية و إيقاع الجزاء عليه في حالة تراجع و مقابل ذلك لا تترتب مسؤولية البنك في حال كان التراجع من جهتها أو في حال تأخرها عن التسليم.

ب- أن عقد المراجعة من العقود طويلة المدة

تلعب المدة دورا أساسيا في عقد المراجعة البنكي، ذلك أن التأكد من الترتيب الزمني لإجراء عملية المراجعة يعد شرطا جوهريا في هذه العملية، إذ لا بد من التأكد بما لا يدع مجالا للشك أن المصرف قد تملك السلعة قبل أن يبيعها مراجعة³⁹⁹، فيكون بذلك السعر إما عاجلا أو آجلا ، مما يفسر مرور عقد المراجعة بعدة مراحل و محطات تشكل في مجموعها مسلسلا تعاقديا تمتد آثاره إلى المستقبل.

و في إطار العقود المبرمة لمدة طويلة يكون الهاجس الرئيسي و غير المعلن عنه صراحة من طرف المتعاقدين، هو محاولة ضمان استمرار التوازن العقدي و الحيلولة دون اختلاله طوال مختلف حلقات المسلسل التعاقدي، و يعزى ذلك لاعتبار أساسي يتمثل في أن هذا النوع من العقود في حالة اختلال أو انهيار التوازن فيه قد يتكبد الأطراف خسائر و تكاليف مادية و معنوية، لذلك تدخل الفقهاء الأمريكيين بنظرية العقود العلاقية⁴⁰⁰ و هي نظرية مبنية على طريقتين:

الأولى تتمثل في إمكانية تحقيق التوازن العقدي حتى بعد مرور فترة من التنفيذ.

أما الطريقة الثانية فتتمثل في كون المدة تتدخل في تحديد المقابل العقدي في بعض المناسبات من قبيل التسديد المسبق⁴⁰¹، فهذا من شأنه أن يخل بالتوازن العقدي المبني على الاتفاق الأول، و لعل هذا ما يفسر عدم التزام المؤسسة البنكية بتقديم تعويض للمشتري في عقد المراجعة في حالة التسديد المبكر و كذا عدم تنازلها عن الربح⁴⁰² و إن كان هذا التنازل عن الربح قد يشكل حافزا للمشتري للتسديد المبكر.

ثانيا: توازن عقد المراجعة البنكي بين النموذجية والإذعان

لقد صدر عقد المراجعة البنكي بعد انتظار طويل، و بملاحظة هذا الأخير يتضح أنه تم الركون إلى تقنية العقود النموذجية في صياغته، و بما أن الهيئة المهنية لبنك المغرب هي التي أوكلت إليها مهمة إعداد نموذج العقد، فمن البديهي أن تكون هي الجهة المحتكرة لشروط العقد و بنوده لكن دراسة التوازن العقدي في عقد المراجعة من خلال الطريقة التي صيغ بها تقتضي الوقوف على أمرين :

أ- نطاق التفاوض في عقد المراجعة البنكي

³⁹⁹-حميد سلطان الشامي، م س، ص 13.

⁴⁰⁰ - نظرية العقود العلاقية التي تلعب فيها المدة دورا محوريا في تحديد المراكز القانونية للأطراف و ضمان جودة و مردودية المضمون التعاقدي للعلاقة الرابطة بينهم، يونس الداري، م س، ص 29.

⁴⁰¹-Christophe De Scaudin : Etude comparative du rôle du juge dans l'interprétation des contrats , Thèse soutenue le 08/12/2009, Université de Gergy- pontoise, p 79.

⁴⁰² جاء في المادة 5 من وثيقة الشروط العامة لعقد المراجعة للآمر بالشراء: " يحق للمشتري و في أي وقت أن يقوم بالتسديد المبكر الجزئي أو الكلي لثمن البيع المتبقي أدائه دون أي تعويض و يجب ألا يقل مبلغ التسديد المبكر الجزئي عن عشرة بالمائة 10% من مجموع باقي الاستحقاقات ما عدا إذا تعلق الأمر بما تبقى من ثمن البيع.

لا يلتزم البنك بالتنازل عن جزء من هامش الربح لفائدة المشتري في حالة التسديد المبكر الجزئي أو الكلي "

على الرغم من أن عقد المراجعة للأمر بالشراء هو عقد نموذجي، إلا أنه يتوفر على إمكانية قانونية تتمثل في المساومة و التفاوض⁴⁰³ بشأن مضمونه و يتعلق الأمر بهامش الربح، فمسألة التفاوض هنا تعد إمكانية قانونية تستند إلى نصوص قانونية محددة⁴⁰⁴، ذلك أن الربح لم يقيد القانون و لا حتى العقد بحد معين، و لعل هذه النقطة تعكس توجهها نحو محاولة إبعاد الطابع الاحتكاري الذي يطغى على عقد المراجعة البنكي باعتباره عقدا نموذجيا معد مسبقا، لذلك فإن التفاوض بشأن الربح سيساهم لا محالة في استقرار العقد و يجعله عقدا يتسم بنوع من التوازن، إلا أن التفاوض في عقد المراجعة يظل جزئيا خاصة عندما يتعلق الأمر بتحديد الربح مما يدفع نحو التساؤل عن حقيقة هذا التفاوض إذا كان المركز القانوني و الاقتصادي لأطراف العقد غير متساوي و متكافئ؟

كما هو معلوم أن مؤسسة الائتمان تحتل مركز القوة الاقتصادية هذا المركز خول لها سلطة إعداد نموذج العقد و تقرير شروطه و تحديد بنوده، و هذا الأمر يجعلها مسيطرة على العملية التعاقدية بما فيها الحيز التفاوضي، فهذا المقتضى يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية القائمة على المساواة القانونية الصرفة⁴⁰⁵.

و تأسيسا على ما ذكر فإن الثقة تلعب دورا أساسيا و محوريا في مرحلة التفاوض بشأن تحديد هامش الربح و في النظام التعاقدى برمته، لذلك فإن عدم الانضباط لأخلاقيات التفاوض و اعتماد سوء النية سيجعل من مرحلة التفاوض متسمة بالاستغلال و الاحتكار مما يجعل العقد ينصرف إلى اعتباره عقد إذعان بامتياز.

ب- تمييز العقود النموذجية عن عقود الإذعان

بما أن عقد المراجعة البنكي تمت صياغته كعقد نموذجي بحيث عملت الهيئة المهنية لبنوك المغرب على تحديد بنوده و شروطه دون أي تدخل للعملاء في هذه الصياغة، فإن هذا الأمر يفسح المجال لطرح تساؤل عن إمكانية اعتبار نموذج "عقد المراجعة للأمر بالشراء" بمثابة عقد إذعان؟

غالبا ما يتم الخلط بين العقد النموذجي و عقد الإذعان مما يحيل مباشرة إلى اعتبار جميع العقود النموذجية من عقود الإذعان، إلا أن الحقيقة تقتضي التمييز بين هذين النوعين من العقود و الوقوف عند المقصود بكل منهما.

⁴⁰³ يعرف التفاوض بكونه "تبادل الاقتراحات و المساومات و التقارير و الدراسات الفنية و الاستشارات القانونية بين طرفين أو أكثر، بصدد موضوع معين قصد التوفيق بين المصالح المتعارضة و الوصول إلى اتفاق بشأنه"، و أمام غياب نصوص قانونية واضحة منظمة لمرحلة التفاوض فقد استقر الفقه و القضاء على إلزامية التفاوض بحسن نية، و أن يتصف سلوك التفاوض بالنزاهة و الشرف و الأمانة و الثقة، راجع بشأنه أمل ملاحى، أطروحة لنيل الدكتوراه بعنوان "توثيق عقود الائتمان الإيجاري بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي"، مركز دراسة الدكتوراه تخصص القانون الخاص، مختبر الدراسات في الطفل الأسرة و التوثيق، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بفاس، السنة الجامعية 2016-2017، ص70.

⁴⁰⁴ المادة 58 من القانون المنظم لمؤسسات الائتمان و الهيئات الاعتبارية في حكمها، تؤكد في تعريفها لعقد المراجعة على أن الربح يتم الإتفاق عليه بين المؤسسة البنكية و العميل و هذا ما أكدت عليه كذلك المادة 3 من منشور والي بنك المغرب .

⁴⁰⁵ - يونس الداري، القرض البنكي و إشكالية التوازن العقدي، م س، ص87.

إذ يقصد بالعقد النموذجي، ذلك العقد المعد مسبقاً من قبل أحد طرفيه الذي يضمنه أحكاماً و شروطاً ثم يعرضه على الطرف الآخر في قالب جاهز ليتم التعاقد بموجبه، في حال التعبير عن رغبته في الدخول في العملية التعاقدية، و ذلك ربها للوقت و النفقات بحيث يقتصر فيه الطرف الآخر على ملئ الفراغات التي تسمح بإظهار بعض المعلومات⁴⁰⁶.

و يتضح من خلال هذا التعريف أن عقد المراجعة تمت صياغته بنفس الطريقة المذكورة، حيث انفردت الهيئة المهنية لبنك المغرب بإعداده سلفاً و ذلك من أجل توحيد شروط التعاقد بين المؤسسات البنكية و العملاء الراغبين في الاستفادة من خدمة منتج المراجعة، فهذه التقنية فتحت المجال للمؤسسة البنكية لتسهيل إحتكار مضامين العقد وتوظيفها لصالحها، مما يجعل التعامل مع البنك في وضعية اضطراب بقبول العقد جملة و تفصيلاً خاصة و أن النمذجة أضحت طاغية على جميع المعاملات البنكية⁴⁰⁷.

و يعرف عقد الإذعان بكونه العقد الذي حدد محتواه التعاقدية كاملاً أو جزئياً بشكل مجرد و عام قبل المرحلة التعاقدية، فالإذعان بطبيعته يعني الخضوع و عدم قدرة الطرف المدعى على صياغة أو مناقشة أي شرط من شروط التعاقد المعروضة بما في ذلك الشروط التي قد يستفيد منها بوصفه دائناً⁴⁰⁸، فعقود الإذعان إذن لا تكون إلا في دائرة معينة فهي لا توجد إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد محتكر احتكاراً فعلياً أو قانونياً أو اقتصادياً⁴⁰⁹، فالشروط التي يملئها الموجب هي شروط لا تناقش أو أكثرها لمصلحته فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية و أخرى تشدد في مسؤولية الطرف الآخر، و ما يمكنه من ذلك ويخول له اتخاذ مركز الإحتكار هو أنه محتكر لسلعة أو مرفق من ضروريات الحياة التي لا غنى عنها⁴¹⁰.

و كما هو معلوم أن المراجعة العقارية يكون الغرض منها في الغالب الاستعمال السكني لذلك فإن الحاجة التي تكون لدى العملاء هي التي ستدفعهم لا محالة للإستسلام للشروط التي يحميها العقد للبنك، حتى و إن لم تلاءم مصالحهم، لكن على الرغم من ذلك تظل هناك إمكانية قانونية لإعادة التوازن لعقد المراجعة و منح المتعاقد إمكانية التدخل في تحديد مضمون العقد و هو ما يظهر على مستوى التفاوض، لذلك من الصعب الجزم بكون عقد المراجعة عقد إذعان لمجرد أنه عقد نموذجي إذ يلاحظ أن الهيئة المهنية راعت من خلاله مسألة التفاوض و هو ما لا يوجد في عقود الإذعان.

⁴⁰⁶- على الرغم من الأهمية التي تتسم بها هذه العقود في الحياة العملية و ما ترتبه من مشاكل قانونية في التطبيق، فإن التشريعات المدنية لا سيما العربية لم تنتبه لهذه الظاهرة بالمرّة باستثناء المشرع الكويتي الذي تناولها صراحة في المادة 51 من التقنين المدني الكويتي، راجع بشأنه يونس الداري، م س، ص 99.

⁴⁰⁷- يذكر في هذا الصدد العقود النموذجية المستعملة من قبل البنك المغربي للتجارة في القرض، و كذا العقود التي كانت تعتمد لدى البنوك الممولة لمنتوج المراجعة في السابق.

⁴⁰⁸- بوعبيد عباسي، الإلتزام بالإعلام في العقود دراسة في حماية المتعاقد المستهلك، الطبعة الأولى، مطبعة الوطنية زنقة أبو عبيدة بمراكش، السنة 2008، ص 72 و 73.

⁴⁰⁹- ذهب فقهاء القانون المدني في فرنسا و مصر إلى رفض فكرة الإذعان حيث ذهب الفقيه "أدمونساليه" إلى أنه لا محل لإيجاد طائفة جديدة من العقود تسمى بعقود الإذعان، فهذه العقود إنما هي ظاهرة اقتصادية و ليست ظاهرة قانونية، رسالة أدمونساليه، التطور الفني للعقد. بينما يرى السنهاوري من مصر أن عقد الإذعان عند هؤلاء عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين و يخضع للقواعد التي يخضع لها سائر العقود مهما قيل بأن أحد المتعاقدين ضعيف عن المتعاقد الآخر فهذا لا أثر له في طبيعة العقد، راجع بشأنه محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد دراسة مقارنة، الدار الجامعية للنشر بالإسكندرية - مصر، سنة النشر 1989، ص 29.

⁴¹⁰- محمد السيد عمران، م س، ص 27.

فالنموذجية التي صيغ بها عقد المراجعة تراعي مصلحة أساسية خاصة كما أن المراجعة للأمر بالشراء تعد معاملة حساسة لذلك تشكل النموذجية في هذا الصدد ضماناً قانونية و سلامة شرعية أمام ما قد تثيره كثرة الصياغات من إشكالات إن فتح المجال للمهنيين المكلفين بالتوثيق، الأمر الذي سيؤدي إلى تفويت مصالح المتعاقدين.

و في هذا الإطار يوجد من بين الفقهاء القانونيين من يرى أن انعدام التفاوض بين الأطراف المتعاقدة لا يكفي لاعتبار العقد منطوياً على الإذعان، فمن المتصور أن يقبل الشخص طواعية و اختياراً جملة الإيجاب المعروضة عليه، فالعقد قد يتم بلا مفاوضات سابقة، دون أن ينطوي على إذعان و هذا هو الشأن بالنسبة للعقود البسيطة محدودة القيمة⁴¹¹.

و بغض النظر عن الحيز الذي تركه عقد المراجعة للعميل للتفاوض بشأنه إضافة إلى ما يستتبع نموذجيته من إيجابيات، يمكن القول بأن هذا الأخير و إن كان من حيث الظاهر ينفي عنه صفة الإذعان إلا أن جوهره يحمل طابع الإذعان، و الأساس في ذلك هو الشروط التي يقوم عليها عقد الإذعان⁴¹² و التي تتطابق مع عقد المراجعة النموذجي إلى حد كبير، فأساس التمييز بين النموذجية و الإذعان في هذا المضمار هو أن النموذجية لا تقتضي دائماً أن يكون العقد عقد إذعان و العكس صحيح⁴¹³،

فالمؤسسة البنكية لكي تضمن العقد شروطها الخاصة التي تخدم مصالحها و لتكون مهيمنة على العلاقة التعاقدية و على العملية ككل تلجئ إلى تقنية العقود النموذجية بحيث لا تترك من خلالها للطرف الآخر إمكانية التدخل أو زعزعة مركزها القوي في العلاقة التعاقدية، و كل ذلك من شأنه أن يجر عقد المراجعة النموذجي لاتخاذ طابع الإذعان خاصة و أن مضمونه التعاقدية تم احتكاره من قبل جهة قوية اقتصادياً بالمقابل مع مركز العميل الضعيف .

الفقرة الثانية: توازن عقد المراجعة البنكي بالنظر إلى المبادئ العامة

لقد حاول الفقهاء و الباحثين في مجال الالتزام التعاقدية اقتراح بعض المبادئ العامة التي يرون أنها توفر مراقبة على تعادل الخدمات بين أطراف العقد و التي من شأنها أن تحقق حماية فعالة ضد اختلال التوازن الذي أصبح يطبع العديد من العقود، خاصة تلك التي تربط المستهلكين بالمحترفين و من بين هذه المبادئ العامة المقترحة نظرية السبب (أولاً) ثم نظرية الغبن الاستغلالي (ثانياً).

أولاً: تأثير نظرية السبب في توازن عقد المراجعة البنكي

⁴¹¹ - رأي محمد حسن عبد العال، أورده عرعارة عسالي، "التوازن العقدي عند نشأة العقد"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014-2015، ص 160 - 161.

⁴¹² - يشترط لاعتبار العقد عقد إذعان : - أن يستقل أحد الطرفين بوضع مشروع العقد و يقتصر دور الطرف الآخر على إبداء رأيه المتضمن قبول العقد.

- أن يقصد الطرف الذي وضع شروط العقد بمشروعه إلى الجمهور كافة دون تخصيص، لا إلى شخص معين بالذات (أن يكون الإيجاب عاماً).

- أن يتعلق العقد بتوفير سلع أو خدمة ضرورية لا يمكن أن يوفرها إلا الطرف الذي استقل بوضع شروط العقد، راجع بشأنه نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد بسطات، السنة 2014، ص 90.

⁴¹³ - بالرغم من أن العقد النموذجي يشكل الوسيلة الأكثر انتشاراً لإبرام عقود الإذعان، إلا أن ذلك لا يشكل قاعدة مطلقة حيث هناك تشابه في كثير من الأوصاف بينهما، منها أنهما يستلزمان معا أن يصدر الإيجاب في شكل قالب نموذجي و أن يتم توجيهه للجمهور كما أن إعدادهما يكون نتيجة خبرة فنية و قانونية، راجع بشأنه عبد الرحمان الشراوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، سلسلة البحوث و الدراسات القانونية، الطبعة الأولى، دار القلم، السنة 2008، ص 80.

معلوم أن السبب هو ركن من أركان العقد⁴¹⁴، فهو يساهم بشكل مباشر في إضفاء التوازن في العقود لذلك لا يمكن تصور وجود عقد بدون سبب. و كما هو معلوم أن جميع العقود تمر بمجموعة من المراحل لتكوين العقد، بدءاً بمرحلة التفاوض ثم إنشاء العقد و بعد ذلك تنفيذه، و مما لا شك فيه أن التوازن العقدي المطلوب تحقيقه ينبغي أن يصاحب العقد في جميع مراحل تكوينه، و لعل أهم ما يميز عقد المربحة عن باقي العقود الأخرى، الطابع التعاقدي الذي تشهده مرحلة التفاوض، حيث يتم إفراغ نتيجة المفاوضات في نموذج موثق يسمى "الوعد الأحادي الجانب بالشراء"، إلا أن هذا النموذج لا يستقيم لفلسفة تعادل الأداءات باعتبارها أهم وظيفة في نظرية السبب، و يرجع ذلك لعدة اعتبارات أولها إلزام طرف دون الطرف الآخر، فالإلتزام الذي يتحمله هنا العميل بصفته واعداً بالشراء لا يقابله أي إلتزام من جهة المؤسسة البنكية بموجب العقد، بمعنى أنها لا تحمل نفسها مسؤولية اقتناء العقار بموجب الوعد بينما تحمل العميل مسؤولية شرائه و إتمام العقد إن حدث و اقتنت العقار، فهذه الأخيرة تحمل العميل بالتزامين الأول و هو التزم معنوي ينصرف إلى شراء العقار أو المنقول⁴¹⁵، أما الإلتزام الثاني فهو عبارة عن التزم مادي و يتعلق بأداء مبلغ يسمى "هامش الجدية"⁴¹⁶، فأين يتجلى سبب التزم العميل أو الواعد بأداء هامش الجدية إن كانت مسألة اقتناء المؤسسة البنكية للعقار أو المنقول وفق المواصفات المطلوبة تظل أمراً احتمالياً⁴¹⁷، لذلك فإن هذه الإلتزامات التي تقع على عاتق الواعد دون المؤسسة البنكية و المضمنة بنموذج الوعد الأحادي الجانب تعبر عن عقد ملزم لجانب واحد مما يجعل السبب في وثيقة الوعد إما مغيب جزئياً أو كلياً⁴¹⁸.

و أمام هذا الوضع و بالنظر لكون الوعد الملزم لجانب واحد لا يشكل إلا جزءاً من مجموعة تعاقدية في عقد المربحة⁴¹⁹، فإنه لا يمكن التسليم بكون هذا النوع من الشروط الواردة بنموذج الوعد الأحادي الجانب بكونها شروط مجردة من السبب ما دامت بنود العقد يؤول بعضها بعضاً، و بالتالي لا يمكن بمقتضى واحد من مجموع الاتفاقات المضمنة بالعقد تقرير عدم وجود سبب الإلتزام⁴²⁰.

ثانياً: نظرية الغبن الاستغلالي و التوازن العقدي في عقد المربحة البنكي

⁴¹⁴ - لم يعرف المشرع المغربي السبب و لكنه اكتفى بالتنصيص في الفصل 61 من ق ل ع المغربي على أن: "الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن، و يكون السبب غير مشروعاً إذا كان مخالفاً للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون".

⁴¹⁵ - وردت بالمادة 1 من نموذج الوعد الأحادي الجانب عبارة "يلتزم الواعد بشراء العقار موضوع هذا الوعد..."

⁴¹⁶ - ورد في المادة 4 من نموذج الوعد الأحادي الجانب عبارة تلزم الواعد بأداء هامش الجدية لإثبات جديته حيث تقول "إثباتاً مني لجديتي و استعداداً للشراء ألتزم بدفع مبلغ (...) درهم كهامش للجدية..."

⁴¹⁷ - صرحت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 30 مارس 1943: "عندما يشترط المقرض في إطار عقد لفتح لفتح اعتماد بنكي لفائدة المقرض، و بغض النظر عن الفائدة السنوية اقتطاعاً من رأس المال باعتباره عمولة، فإنه يكون لقضاء الموضوع البحث عما إذا كانت هذه العمولة تتطابق مع الخدمات المقدمة و مع الأخطار الحقيقية، و هكذا فإن العمولة التي لا تكون مبررة بأي خدمة و لا بأي أخطار خاصة فهي لا سبب لها و من حق المقرض أن يطالب باستردادها"، قرار أورده أبو بكر مهم، في كتاب حماية المستهلك المتعاقد دراسة تحليلية معمقة في ضوء مستجدات القانون رقم 08.31 المتعلق بتقديم تدابير لحماية المستهلك، الطبعة الأولى، دار الاتفاق المغربية للنشر بالدار البيضاء، السنة 2017، ص 181.

⁴¹⁸ - و هكذا بدأ الاتجاه نحو تطبيق فكرة الغياب الجزئي أو الكلي للسبب في حالات يكون فيها شرط خاص مدرج في عقد من العقود ليس له مقابل، و ذلك بهدف معالجة عدم التوازن الذي أصبح يطبع العلاقات التعاقدية، راجع بشأنه أبو بكر مهم، م س، ص 184.

⁴¹⁹ - جاء في المادة 11 من نموذج الشروط العامة من عقد المربحة للأمر بالشراء: " أن جميع الوثائق الملحقه بعقد المربحة و عقود الضمان و الوثائق التعاقدية تعبر عن وحدة أو مجموعة تعاقدية".

⁴²⁰ - نزهة الخدي، الحماية المدنية ضد البنود التعسفية- عقد البيع نموذجاً، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق أكدال جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية 2004-2005، ص 157 (يتصرف).

الغبن هو التفاوت و انتفاء التوازن بين ما يأخذه العاقد مقابل ما يعطيه⁴²¹ في عقود المعاوضة، و أمام عجز النظرية القديمة للغبن في مواجهة عدم التوازن العقدي نظرا لضيق نطاقها طرحت نظرية الغبن الاستغلالي . و لقد وسعت نظرية الغبن الاستغلالي من نطاق الغبن فأصبحت دائرة الغبن تشمل كل استغلال لأحد المتعاقدين لضعف أو حاجة أو طيش المتعاقد الآخر فيستجره إلى عقد يغبنه فيه، بحيث لا تتوازن في هذا العقد إلتزامات المغبون و حقوقه⁴²² لكن التساؤل المطروح هل ساهمت هذه النظرية الحديثة للغبن التي أفرزتها تطورات الحياة الإقتصادية و الاجتماعية في إعادة التوازن العقدي و حماية حقوق الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في عقد المربحة البنكي؟ لما كان عقد المربحة البنكي يشكل آلية قانونية لتمكين العميل من تحقيق غاية اقتصادية، فإن أهم مجال لاختلال التوازن و تحقيق الاستغلال هو الحاجة الاقتصادية⁴²³، ففكرة الإضطراب الناجم عن الحاجة الاقتصادية هي التي تدفع للتعاقد و هو ما يمكن أن يعبر عنه بالضرورة الملحة⁴²⁴ للحصول على النقود أو سلعة أو عين معينة، و لا ينحصر الاستغلال فقط عند هذه النقطة بل يشمل كذلك نقص الخبرة، و عليه فإن الراغب في الاستفادة من خدمة المربحة البنكية قد يندفع نحو إبرام العقد دون استيعاب لدلول شروطه أو حتى قراءتها انجرافا وراء ما هو متعارف عليه من كونها معاملة شرعية غير ربوية و تحت ضغط الحاجة الملحة إلى الخدمة البنكية سيقبل بشروط ما كان ليقبلها لو لم يكن تحت هذه التأثيرات⁴²⁵.

إن انعدام الخبرة⁴²⁶ و تأثير الحاجة سيوثران بطريقة مباشرة في المتعاقد الراغب في الاستفادة من خدمة المربحة البنكية خاصة أمام ما يفتحه انعدام وضع حد أقصى لهامش الربح من إمكانية لاستغلاله من طرف المؤسسات البنكية ذات المركز الاقتصادي القوي في العلاقة التعاقدية، و لمزيد من التوضيح فإن ضعف خبرة الزبناء المتعاملين مع البنك و وضعيتهم المعرفية⁴²⁷ بالإضافة إلى الحاجة الاقتصادية كل هذه العوامل تساهم في إمكانية تعرضهم للاستغلال و بالتالي أداء مبلغ لا يعادل الخدمة المقدمة إليهم، ناهيك عما يعرفه منتج المربحة من غلاء في السعر يرجع سببه الرئيسي للبيع الذي يتم عبر مرحلتين و ما يستتبع ذلك من تكاليف -المرحلة التي تقتني فيها المؤسسة البنكية العين لتدخل في ملكيتها ثم مرحلة البيع الذي يتم بين العميل و البنك بالإضافة إلى ربح متفق عليه بين الطرفين- و هو ما يعكس حقيقة عدم تعادل الأداءات بين المتعاقدين⁴²⁸.

خلاصة القول إن نظرية الغبن الاستغلالي تعاني من مجموعة من الإشكالات التي تحد من فعاليتها في تحقيق التوازن العقدي المنشود للعقد، فأول عائق يصادف المتعاقد المغبون يكمن في صعوبة إثبات استغلال المهني لضعفه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف

⁴²¹- مأمون الكزبري، نظرية اللتزام في ضوء قانون اللتزامات و العقود المغربي، الجزء الأول مصادر اللتزامات، الطبعة الثانية بيروت 19 فبراير 1972م الموافق ل 5 محرم 1392هـ، ص 125.

⁴²²- مأمون الكزبري، م س، ص 130.

⁴²³- عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، م س، ص 113.

⁴²⁴- عرارة عسالي، م س، ص 114.

⁴²⁵- نور الدين الرحالي، ص 114 (بتصرف).

⁴²⁶- ويضاف هنا عنصران أخرهما قانون حماية المستهلك يمكن أن يعرضان المتعاقد للاستغلال و يتعلق الأمر بإستغلال الضعف و الجهل حيث جاء في المادة 59: "يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرف هو تعويضه عن الأضرار اللاحقة..."

⁴²⁷- يكون اختلال الوضعية المعرفية و الثقافية للمتعاقد سبب في تعرضه للاستغلال، فالأفراد يتباينون من حيث التكوين و المهارة و الخبرة لذلك لجأت بعض القوانين لمراعاة التفاوت بين الأفراد و ذلك من خلال إعادة التوازن للعقد المختل جراء عدم الخبرة المتعاقد، راجع بشأنه عرارة عسالي، م س، ص 123.

⁴²⁸- حيث أن أحد الأطراف يتلقى أقل مما يعطي، راجع بشأنه أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، م س، ص 186.

إدراكه⁴²⁹، كل ذلك يؤدي إلى عدم المساواة بين المتعاقدين خاصة أمام اتساع الهوة بين مراكز كل من المهنيين و المستهلكين مما يستدعي تصحيح الأوضاع الظاهرة للوصول إلى حماية الثقة التي يقتضيها الضمير في المعاملات⁴³⁰، و أمام هذا الوضع و ما قد يعانيه العميل المستفيد من خدمة المراجعة من استغلال في أداء الثمن للمؤسسة البنكية يمكن اقتراح الركون إلى أحكام الثمن في الفقه الإسلامي لما تتميز به من عدل لضبط هامش الربح، وفي نفس السياق يمكن كذلك الاستناد إلى مبدأ الثمن العادل (*le juste prix*) الذي يعني أن كل سلعة أو خدمة يجب أن يكون لها في وقت معين و في سوق معينة ثمن عادل أي مناسب، فهذا المبدأ هو تطبيق لفلسفة العدالة التبادلية التي يعتبر "توماس الأكويني" أحد مؤسسيها⁴³¹، و الثمن العادل⁴³² يعني المساواة بين الأداءات و ذلك تجاوزا لغلاء المنتج و تمكين شريحة كبيرة من العملاء من الاستفادة من هذه الخدمة البنكية.

المطلب الثاني: عقد المراجعة البنكي و قواعد حماية المستهلك

لقد جاء المشرع المغربي بحماية قانونية للمستهلك من خلال قانون حماية المستهلك و بما أن عقد المراجعة البنكي يمر بمراحل عدة تتسم بطابع تعاقدية فإن مقارنة إشكالية توازنه العقدي يقتضي الوقوف عند هذه المراحل بداية بمرحلة إبرام الوعد الأحادي الجانب بالشراء (الفقرة الأولى) وصولاً إلى العقد النهائي الذي بموجبه يبيع البنك ما تملكه لفائدة العميل بناء على طلبه (الفقرة الثانية) ينبغي دراسة هذه المراحل من خلال قانون حماية المستهلك.

الفقرة الأولى: مظاهر حماية المستهلك في مرحلة الوعد

أوجد المشرع قانون حماية المستهلك و ضمنه مجموعة من المظاهر الحمائية للمتعاقدين المستهلك و معلوم أن عقد المراجعة يتميز بتعدد محطاته التعاقدية، لذلك ينبغي التطرق للإلتزام بالإعلام من منظور قانون حماية المستهلك و مدى تكريسه في مرحلة الوعد بالشراء (أولاً) و كذا ما خوله هذا العقد من إمكانية الرجوع عن الوعد الملزم (ثانياً).

أولاً: مظاهر الإلتزام بالإعلام في وثيقة الوعد الأحادي الجانب بالشراء

يعد تكريس مبدأ الإلتزام بالإعلام في العقود بمثابة انعكاس أخلاقي يوطر العلاقة التعاقدية من منطلقين أو التزامين⁴³³ أساسيين، ذلك أن الاعتبارات الأخلاقية ساهمت بشكل كبير في ظهور و ازدهار الإلتزام بالإعلام الذي يكرس روح الأخوة و التضامن العقدي، لذلك عمل المشرع المغربي على تأطير هذا الإلتزام بمجموعة من النصوص القانونية الرامية إلى حماية المستهلك. و بالرجوع إلى المادة 3

⁴²⁹- أمان الناجي، تأثير قانون حماية المستهلك على نظرية العقد، بحث لنيل شهادة الماستر في الدراسة الميثودولوجية المطبقة على الإلتزام التعاقدية و العقار، مرجع سابق، ص51.

⁴³⁰- حكيمة بن مشيش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية بالمغرب بين القواعد العامة و المستجدات، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الإستشارة القانونية، كلية الحقوق السوسيسي بسلا، السنة الجامعية 2011-2012، ص45 (بتصرف).

⁴³¹- cette théorie du juste prix représente une application de la philosophies de la juste commutative Saint thomas d'Aquin apparait comme l'un des pères fondateurs de cette théorie .

⁴³²- هو مبدأ من المبادئ الثلاثة التي يقوم عليها العدل التبادلي و التي نادى بها القديس توماس الأكويني.

⁴³³- من جهة الإحجام عن إيقاع الغير في الغلط و ذلك بأن تكون كل المعلومات التي يدلي بها المتعاقد للطرف الآخر صحيحة و غير مغلوطة، و من جهة ثانية إفصاح المتعاقد بكل المعلومات التي يتوفر عليها و التي يكون من شأنها أن تؤثر في الطرف الآخر و تساعد على اتخاذ قراره، راجع بشأنه أبو بكر مهم، م س، ص20.

من القانون رقم 31.08⁴³⁴ فهي تقر بالالتزام بالإعلام كالتزام عام يهم المنتجات و الخدمات و السلع و بالتالي فهو يعتبر حدا أدنى من الحماية المقررة للمستهلك في هذا المجال. و من أهم ما يمكن استجلاؤه من مظاهر الإلتزام بالإعلام من خلال وثيقة الوعد الأحادي الجانب هو تحديد كفاءات و تاريخ تسليم العقار عندما يتعلق الأمر بمرايحة عقارية و الذي هو موضوع المراجعة⁴³⁵.

فبالنسبة لكفاءات التسليم فهي تنطوي على تحديد ثمن شراء العقار و كذا مجموع المصاريف المرتبطة باقتنائه إضافة إلى هامش الربح، و كل هذه العناصر تعكس تصورا واضحا يتمثل في الإفصاح عن الثمن من بداية عملية المراجعة للأمر بالشراء، فهذا الأمر في الحقيقة لا يعبر فقط عن استجابة نموذج الوعد الأحادي الجانب لشروط الإلتزام بالإعلام⁴³⁶ وإنما هو احترام للقالب الشرعي الذي يوطر العملية باعتبارها من بيوع الأمانة⁴³⁷ القائمة على الإفصاح عن الثمن سواء تعلق الأمر بالثمن الأول أو بالربح⁴³⁸، وهذا المقتضى ينسجم مع واجب الإلتزام بالإعلام طبقا لقانون رقم 31.08.

و يضاف كذلك أن قانون حماية المستهلك أحاط واجب الإلتزام بالإعلام بمجموعة من الخصائص و يعد الإعلام بأجال التسليم إحداها، حيث أوجب القانون على كل مورد أو مهني أن يحدد كتابة للمستهلك تاريخ تسليمه للمنتجات أو تقديم الخدمات⁴³⁹ و هذا المقتضى نجده مضمنا بوثيقة الوعد الأحادي الجانب بالشراء مما يؤكد انسجام هذا البيان مع مقتضيات المادة 12 من القانون 31.08، التي ألزمت المهني أن يحدد كتابة و بشكل دقيق في الوثيقة التعاقدية نفسها الأجل الذي يتعهد فيه بتنفيذ إلتزامه بالتسليم كما تم تعزيز هذا المقتضى بما جاء في المادة 13 من نفس القانون المذكور، حيث أقرت بتمكين المستهلك من فسخ العقد بقوة القانون و دون حاجة للجوء إلى القضاء بعد انصرام الأجل المحدد للتسليم و عدم وجود أي مانع من موانع التسليم⁴⁴⁰.

⁴³⁴ - تشير المادة 3 من قانون حماية المستهلك إلى أنه يجب على المهني المورد أن يعلم المستهلك ب:

-المميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة .

-مصدر المنتج أو السلعة.

-... أسعار المنتجات و السلع و تعريفات الخدمات طبقا للمادة 5.

-... الشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة.

القيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية عند الإقتضاء.

⁴³⁵ - المادة الثانية من نموذج الوعد الأحادي الجانب بالشراء خصصت لتحديد كفاءات و تاريخ تسليم العقار و كذا ثمن الشراء و هامش الجدية.

⁴³⁶ - تتمثل شروط الإلتزام بالإعلام في:

- يجب أن يكون المدين بالإلتزام بالإعلام يعرف المعلومة و أهميتها بالنسبة للمتعاقد الآخر، - و أن يكون الدائن بالإلتزام بالإعلام يجهل المعلومة بصفة مشروعة. للمزيد من التوضيح راجع:

J. GHESTIN , Droit civil, Formation du Contrat, 3ème édition, LGDJ 1993 .

⁴³⁷ - عائشة الشرفاوي المالقي، البنوك الإسلامية - التجربة بين الفقه و القانون و التطبيق، ص 419.

⁴³⁸ - لمزيد من التوضيح راجع، محمود حسنى الزينى، عقد المراجعة في الفقه الإسلامى، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر، السنة 2012.

⁴³⁹ - نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الإستهلاك، م س، ص 167.

⁴⁴⁰ - و يقصد بموانع التسليم هنا أن يعزى التأخير في التسليم لأسباب خارجة عن قدرة البنك لكن هذا الأمر يخالف ما جاء به الفصل 504 من ق ل ع المغربي حيث ينص على: " يجب أن يحصل التسليم فور إبرام العقد، إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف من زمن "

إلا أن ما يمكن اعتباره كثرة في بنود الوعد أنه لا يوقع أية مسؤولية على المؤسسة البنكية في حالة تأخرها عن التسليم أو عدم التزامها بالتسليم حيث اكتفى العقد بإلقاء عبئ التسليم و آثار انعدام تحققه على المشتري دون مؤسسة الائتمان⁴⁴¹ ، وهو ما يعبر عن إجحاف المهني أو مؤسسة الائتمان الذي قد يصل إلى حد حرمان المستهلك من التحلل من العقد و تحميله تبعات عدم التسليم مما يكرس هيمنة الطرف المهني على العقد⁴⁴².

لكن رغم هذه المعطيات يمكن القول بأن تكريس مبدأ الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد في عقد المراجعة يظهر جليا في وثيقة الوعد الأحادي الجانب بالشراء و أساس ذلك يرتبط بما تحرص عليه الشروط الفقهية لبيع المراجعة من إفصاح عن الثمن وعن الكيفيات التي تجرى بها العملية.

ثانيا: تكريس حق الرجوع عن الوعد في عقد المراجعة البنكي

في إطار البيع الاستهلاكي بعد توقيع المستهلك على العقد يقرر المشرع إمكانية هامة تتمثل في منح المتعاقد مدة للتفكير و التأمل⁴⁴³ ، و قد تبنت المادة 36 من قانون الاستهلاك المغربي موقفا يقضي بأن : " للمستهلك أجل : سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع و أجل شهر في الحالة التي لم يف المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المواد 29 و 32 من نفس القانون أعلاه"⁴⁴⁴ ، و ينبغي في هذا الصدد التمييز بين حق الرجوع الذي يستلزم بالضرورة وجود عقد استهلاكي صحيح و ملزم متضمن لمهلة التروي و التفكير السابقة عن العقد⁴⁴⁵ عن بعض النظم المشابهة له التي تؤدي إلى فسخ العقود مع خيار التجربة الذي بموجبه يتمكن المشتري من نقض العقد إذا تبين له أن البيع لا يلاءم حاجاته أو رغباته، و مع البيع بالعربون الذي يمكن المستهلك من أخذ فرصة للتروي و التدبر في العقد و الحق في فسخ أو إمضاء العقد بإرادة منفردة⁴⁴⁶ ، و في هذا الإطار فالمشرع المغربي يشترط في المادة 59 من قانون حماية المستهلك ضرورة تضمين عقد البيع المعلومات التالية:

"... وجود حق التراجع المنصوص عليه في المادة 36⁴⁴⁷ ما عدا في الحالات التي تستثني فيها أحكام هذا الباب ممارسة الحق المذكور"، و بملاحظة عقد المراجعة الذي ينصب على بيع عقاري فإن الهيئة المهنية التي قامت بتحرير نموذج العقد أخذت بعين الاعتبار

⁴⁴¹-الفقرة الثانية من المادة 2 من وثيقة الشروط العامة لعقد المراجعة للأمر بالشراء لتمويل اقتناء عقار.

⁴⁴²-نور الدين الرحالي، م.س، ص 168 بتصرف

⁴⁴³-نور الدين الرحالي، م.س، ص 121.

⁴⁴⁴-و الملاحظ من هاتان المادتان أنهما تتفقان على القواعد الشكلية التي يمارس بمقتضاها المستهلك حقه في التراجع.

⁴⁴⁵- فنظرا لأهمية هذه التقنية في إعادة نوع من المساواة بين الأطراف و بين الموجب (المحترف) الذي يكون عالما بمحتوى العقد و عارفا بآثاره، و الموجه إليه ذلك العرض (المستهلك) الذي تقتضي طبيعة العملية منحه أجلا للبحث و التقصي و التداول بشأن هذا الإيجاب فقد نص المشرع الفرنسي في وقت مبكر على تقنية العرض المسبق في بعض النصوص الخاصة كان أولها قانون 12 يوليو 1971 المتعلق بعقد التعليم عن بعد (contrat d'enseignement à distance) و الذي ينص في المادة 9 / 1 منه " كما أنه لا يمكن التوقيع على العقد إلا بعد مرور 7 أيام من توصل الطالب به و إلا كان هذا العقد باطلاً " .

La Loi n°71-556, le 12 juil 1971, relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance ainsi qu'à la publicité et au démarchage faits par les établissements d'enseignement, le 30 juil 1971, p 6907.

⁴⁴⁶-نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، م.س، ص 121.

⁴⁴⁷- جاء في المادة 36 من قانون حماية المستهلك:

حق المشتري في التراجع الذي يضمنه له قانون حماية المستهلك و على هذا الأساس يسطر عقد المراجعة البنكي حدود ممارسة الحق في الرجوع و يربطها بمرحلة الوعد. فما يكفل الحق في الرجوع في المراجعة البنكية إذن هو النموذج الذي أعد لهذا الغرض و الذي يحمل عنوان "طلب التراجع عن الوعد"، لكن مسألة التراجع عن الوعد تصطدم بمجموعة من النقاط التي تدفع للاستفسار عن مدى ثبات إلزامية الوعد الأحادي الجانب بالشراء أمام إتاحة إمكانية الرجوع فيه؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب نوعاً من التمييز للرجوع في الوعد عن الإيجاب⁴⁴⁸ ذلك أن الوعد بالتعاقد لا يعتبر مجرد إيجاب من الواعد بل هو عقد يتطلب إيجاباً و قبولاً من طرف الواعد و الموعد له، فالوعد بالتعاقد يشكل مرحلة وسطى بين الإيجاب الملزم و البيع النهائي⁴⁴⁹.

و فيما يتعلق بصعوبة التمييز بين الإيجاب الملزم و الوعد بالتعاقد فإن أحد الفقهاء يؤكد: "على أن التمييز بين مرحلتين الإيجاب و الوعد بالتعاقد - و هما مرحلتان نحو التعاقد النهائي - لا يظهر بوضوح إلا في مذهب من لا يرى الإيجاب ملزماً، لأنه يمكن بمقتضى هذا المذهب أن نميز بين إيجاب يصدر من المتعاقد فلا يلزمه و يجوز له الرجوع فيه متى شاء و بين وعد بالتعاقد و هو عقد ملزم لا يجوز للمتعاقد الرجوع فيه. أما المذاهب التي ترى الإيجاب ملزماً فإن الفرق فيما بين الإيجاب و الوعد بالتعاقد يضمحل ففي كلتا المرحلتين يلتزم المتعاقد بأن يجري العقد النهائي متى شاء الطرف الآخر و لا يستطيع الرجوع لا في إيجابه و لا في وعده، إلا أن من يقول أن الإيجاب ملزم على أساس الالتزام بالإرادة المنفردة يجعل مصدر الالتزام بالتعاقد في حالة الإيجاب إرادة منفردة و في حالة الوعد عقداً.

و بالانتقال من هذا المذهب إلى مذهب من يقول بأن الإيجاب ملزم على أساس العقد الضمني انمحي هذا الفرق الأخير أيضاً و أصبح كل من الإيجاب و الوعد ملزماً على أساس العقد لذلك لا يكاد أن يكون هناك فرق بين المرحلتين إلا من الناحية العملية فالوعد بالتعاقد يكون أثبت مجالا من الإيجاب و أسهل في الإثبات و مقترنا بمهلة أطول بكثير من المهلة التي يقتدر بها الإيجاب⁴⁵⁰.

و في نفس التوجه الأخير يمكن الإقرار بأن إمكانية الرجوع في عقد المراجعة للأمر بالشراء هي إمكانية مقررة بموجب العقد و ترتبط بمرحلة الوعد فيكون بالتالي بإمكان الواعد الرجوع عن وعده مع إلزامه بأداء التعويضات عن الضرر الفعلي المثبت الذي يلحق بالمؤسسة البنكية جراء شروعها في تنفيذ الاتفاق المبين في الوعد و يكفي الرجوع بهذا الخصوص للمادة 7 من نموذج الوعد الأحادي الجانب

"للمستهلك أجل :

- سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع؛

- ثلاثين يوماً لممارسة حقه في التراجع في حالة ما لم يف المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و 32.

وذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك.

تسري الآجال المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات.

تطبق أحكام هذه المادة مع مراعاة أحكام المادتين 38 و 42.

⁴⁴⁸- لا تعتبر حرية الرجوع جوهرًا في الإيجاب، حيث اتجهت بعض التشريعات إلى عدم الأخذ بهذا المبدأ لتقرر مبدأ الالتزام النهائي للموجب و من ذلك التشريع الألماني و التشريع السويسري، أنظر بشأنه المادة 145 من القانون المدني الألماني و المادة 3 من قانون الالتزامات السويسري، أورده أبو بكر مهم، م س، ص 91.

⁴⁴⁹- أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، م س، ص 91.

⁴⁵⁰عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية لسنة 1998م، ص 264.

بالشراء⁴⁵¹، لكن السؤال الذي يبقى مطروحا يتعلق بالمدة التي تعتمد عليها الأبنك التشاركية لتمكين العميل من الرجوع عن وعده و ما المياع المعتمد لتحديد هاع؟

الفقرة الثانية: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد

من أجل توقي اختلال التوازن في العقود الاستهلاكية سارع المشرع المغربي إلى إقرار حماية التعاقد من الشروط التعسفية بموجب نصوص قانون حماية المستهلك (أولا)، و لما كان عقد المراجعة يدخل ضمن زمرة عقود الاستهلاك فإنه لا بد من دراسة المستوى الذي حققه هذا الأخير من حماية للمعاقد مستهلك خدمة المراجعة من الشروط التعسفية (ثانيا).

أولا: النظام القانوني المؤطر للشروط التعسفية و معيار تقديرها

قبل التطرق للشروط التعسفية من خلال قانون حماية المستهلك لا بد من تعريف الشرط التعسفي و تمييزه عن الشرط الجزائي. حيث عرف المشرع المغربي الشرط التعسفي من خلال المادة 15 من قانون حماية المستهلك إذ "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق و واجبات طرفي العقد على حساب المستهلك". فيما يعرف الشرط الجزائي بأنه اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقرير التعويض في حالة عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في ذلك⁴⁵².

ومن خلال هذه التعاريف يتضح التمييز بين الشرط الجزائي و الشرط التعسفي، فالأول لا يقتضي بالضرورة أن يكون تعسفيا خاصة إذا كان التعويض معقولا و يتم بالاتفاق. و قد عمل المشرع من خلال القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك على وضع مقتضيات خاصة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية أخذا بعين الإعتبار طبيعة العلاقة التعاقدية و صفة أطراف العقد مما يعتبر خطوة مهمة نحو تحقيق عدالة تعاقدية ناجحة.

و لمعرفة الأبعاد الحماية في المجال التعاقدي لا بد من الوقوف عند بعض المواد التي تبنت حماية التعاقد من الشروط التعسفية في العقد، فبالرجوع للمادة 15 من قانون حماية المستهلك المغربي فهي قد وسعت من مجال تطبيق المقتضيات المتعلقة بالشروط التعسفية⁴⁵³ بحيث لا يتعلق الأمر فقط بنوع من الشروط الواردة في نوع معين من العقود، بل يهم كافة أنواع العقود التي يتم إبرامها بين الموردين و

⁴⁵¹ جاء في المادة 7 من نموذج الوعد الأحادي الجانب بالشراء: "يسترد الواعد هامش الجدية بمجرد إبرام العقد. في حالة عدم وفاء العميل بوعده بالشراء داخل الأجل المحدد في المادة 5 أعلاه يقتطع البنك من هامش الجدية مبلغا لا يتجاوز مقدار الضرر الفعلي المثبت الذي تحمله البنك من جراء ذلك دون المطالبة بأي مبلغ إضافي و في هذه الحالة يسترجع الواعد ما تبقى من هامش الجدية .

.... و يسترد الواعد كذلك هامش الجدية في حالة تراجع عنه وعده ما لم يقتن البنك العقار و في حالة ما إذا شرع البنك في اقتناء العقار يقتطع هذا الأخير من هامش الجدية مبلغا لا يتجاوز مقدار الضرر الفعلي المثبت الذي تحمله من جراء ذلك"

⁴⁵² - تعريف عبد الباسط حسن جميعي أورده في كتابه أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، راجع بشأنه عبد الرحمان الشرقاوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، م س، ص 94.

⁴⁵³ - يكون الشرط تعسفيا عندما تكون الميزة المجحفة الممنوحة للمهني نتيجة التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية لهذا الأخير، و هو ما يعرف ب"التعسف في استعمال السلطة التعاقدية"، التي تعكس عدم المساواة في القوة و مثال ذلك: الشروط المطبوعة سلفا و الصياغات الموحدة للعقود و المعدة من قبل المهني و من في حكمه، راجع بشأنه محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، م س، ص

المستهلكين⁴⁵⁴ و هو ما يظهر جليا من خلال عبارة "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد و المستهلك"، فعبارة -العقود- وردت عامة دون تخصيص.

و في نفس الإطار تعود الفقرة الثانية من المادة 15 السالفة الذكر إلى توسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية خاصة عندما أشارت إلى: " تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد " و المراد من ذلك كيفما كانت الوسيلة التي تم بها إبرام العقد⁴⁵⁵، و أيضا كيفما كان شكل إبرام العقد سواء تعلق الأمر بعقد محرر بصفة منفردة من طرف المورد و خضع له المستهلك أو عقد تم التفاوض بشأنه⁴⁵⁶. و عطفًا على ما سبق فإن الشروط التعسفية التي يمكن لأحد المتعاقدين فرضها في العقد هي في حقيقة الأمر مؤشر واضح دال على اختلال موازين القوى بينهم و بالتالي يؤدي إلى انعدام التوازن، فباستحضار الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون حماية المستهلك يظهر أنه للقول بوجود شرط تعسفي لا بد أن يكون هذا الأخير قد أحدث اختلالا كبيرا بين حقوق و واجبات طرفي العقد، و بالتالي فإن معيار التعسف هنا هو وجود اختلال كبير في التوازن العقدي⁴⁵⁷.

و أمام اعتبار اختلال التوازن العقدي الكبير كمعيار أساسي معتمد لتقدير تعسف الشروط فإن الأمر يقتضي إجراء موازنة بين حقوق و التزامات الأطراف في العقد من أجل تجاوز الاختلال الكبير الذي يحدثه الشرط التعسفي، فإذا كان الشرط يرجح كفة المورد و ذلك بتخفيف التزاماته على حساب المستهلك⁴⁵⁸ فإن العقد يكون محتويا على شرط تعسفي يجب استبعاده⁴⁵⁹.

و تجدر الإشارة بهذا الخصوص إلى أن الاختلال يجب كما تقول المادة 15 من قانون حماية المستهلك أن يكون كبيرا، فتحديد الطابع التعسفي للشرط لا ينظر إليه من خلال الشرط نفسه بل من خلال الاقتصاد العام للعقد⁴⁶⁰، لذلك إذا كان الاختلال بسيطا فهو يكون مقبولا و لا يقبل كشرط تعسفي. و في الأخير فإن مسألة تقدير جسامه الشرط التعسفي تدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي⁴⁶¹ الذي يعمل على إرجاع التوازن للعقد باستبعاد هذه الشروط التعسفية .

ثانيا: الوضعية القانونية لعقد المراجعة البنكي أمام الشروط التعسفية

بما أن عقد المراجعة يتم في إطار خدمة بنكية فإنه يدخل ضمن قائمة العقود التي تصدرها البنوك و تتعامل بها بشكل اعتيادي و مستمر، لذلك فإن البنوك التشاركية بدورها لم تخرج عن هذا السياق و وعيا منها بحساسية العملية و تعقيدها عملت على اتخاذ مركز

⁴⁵⁴- أبو بكر مهم، م س، ص 232.

⁴⁵⁵- خاصة و أن المشرع المغربي سوى بين المحرر الإلكتروني و الوثيقة الورقية في القيام بوظيفة ركن الانعقاد و كذا بوظيفة الإثبات بموجب الفصل 2-1 و 417-1 من ظهير الالتزامات و العقود كما تم تكميمه بمقتضى القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتاريخ 39 نونبر 2007.

⁴⁵⁶- أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، م س، ص 233.

⁴⁵⁷- أبو بكر مهم، مرجع س، ص 236.

⁴⁵⁸- و يتحقق ذلك بإثقال كاهل المستهلك المتعاقد بالتزامات ليس لها مقابل

⁴⁵⁹- فقول المشرع " على حساب المستهلك " كما جاء في المادة 15 يبرر أنه يسعى إلى الوقوف فقط بجانب الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و هو المستهلك الذي يكون دائما ضحية ضعفه، أبو بكر مهم، م س، ص 236.

⁴⁶⁰- أبو بكر مهم، نفس المرجع السابق و بصفحته.

⁴⁶¹- فالصياغة التي جاءت بها المادة 15 تفتح المجال واسعا للسلطة التقديرية للقاضي الذي يعمل على تحديد طبيعة الشرط التعسفي.

تحديد المضمون التعاقدى لعقد المربحة مما جعل العقد لم يخل كغيره من العقود البنكية من فرض بعض الشروط التي تعد متعسفة في بعض الأحيان و يتضح ذلك على مستويين :

أ- احتكار المضمون التعاقدى كخاصية تسهل اعتماد الشروط التعسفية

لعل أهم الإشارات التي تجعل من عقد المربحة للأمر بالشراء عقدا احتكاريا هو اعتماد الصياغة على عنصر التكرار، إذ يقصد بالتكرار هنا إضطراد العمل على إدراج الشروط في العقد بصورة منتظمة على نحو يتوافر فيه ركن الإستقرار و الثبات في اتباع مضمونه⁴⁶²، فالمقصود هنا لمزيد من التوضيح اعتياد المتعاقد المحتكر لمضمون العقد على إدراج شروط في العقود ذات الطبيعة الواحدة على شكل صيغ بطريقة نموذجية تحتوي المضمون ذاته بحيث يكون نموذج واحد للعقد كما في عقد المربحة ، و يتم اعتماده مع جميع الزبناء و هذه النقطة بالذات تظهر تأثير الصياغة النموذجية في توازن شروط العقد و في استجراره للإذعان فمن خلال هذه التقنية التي تم الركون إليها في صياغة عقد المربحة للأمر بالشراء يمكن لمس بشكل جلي الشروط التي تضعها المؤسسة البنكية خاصة ما يتعلق بتحديد مسؤوليتها أو نفيها في حالات معينة⁴⁶³.

و من هذا المنطلق يمكن القول بأن مسألة احتكار تحديد مضمون عقد المربحة في ظل النموذجية المقررة له، جعلت منه المناخ الملائم و الأرضية المناسبة لاعتماد بعض الشروط التعسفية فأغلب عقود الإئتمان المعمول بها في المغرب حافلة بهذا النوع من الشروط⁴⁶⁴.

ب- إقحام الشروط التعسفية في عقد المربحة للأمر بالشراء

لعل أهم النقط التي يجب الوقوف عندها قبل الخوض في دراسة شروط عقد المربحة التعسفية، مسألة تقييم مدى وضوح هذه الشروط، فوضوح بنود العقد و شروطه يعتبر أمرا إلزاميا و هو ما لا تحترمه عادة البنوك في صياغتها للعقود إذ غالبا ما تعتمد صياغات يصعب استيعابها من قبل المتعاقد و هو أمر يسهل اعتماد الشروط التعسفية التي تخدم مصلحة البنك.

و يلعب عنصر المستوى المعرفي للعميل دورا هاما في إمكانية قبوله بالشروط التعسفية دون فهمها فالعقد يتكون من مجموعة من البنود و المواد القانونية في حين أن المتعاقدين ليسو بنفس درجة الكفاءة مما يشكل عائقا أما سهولة استيعاب ما يتضمنه العقد من شروط تعسفية.

و الواضح أن أهم مظاهر التعسف في عقد المربحة تتمثل في منع الأطراف الأخرى من الإشراك في صياغة العقد أو حتى الإقتراح فالعقد نفسه يؤكد على أن "المهني المكلف بتحرير العقد" مقيد بعدم التدخل أو حتى المشاركة في تحديد مضمونه⁴⁶⁵، و هنا يمكن التساؤل عن إمكانية تقاطع هذا المقتضى مع الواجبات المهنية للموثق التي يملئها عليه القانون 32.09. أما بخصوص حالة اختيار العميل التسديد المبكر فإن الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من نموذج عقد المربحة تنص على أنه لا يلتزم البنك بالتنازل عن جزء من هامش الربح لفائدة المشتري في حالة التسديد المبكر، في حين أن المادة 132 من قانون حماية المستهلك منعت البنك من المطالبة بأكثر من 2% من رأس المال

⁴⁶² - و يلاحظ هذا العنصر بالذات في العقود البنكية من قبيل عقد فتح الحساب و فتح الاعتماد و الخصم و حوالة الديون المهنية...، راجع بشأنه نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، م س، ص 27.

⁴⁶³ -نور الدين الرحالي، م س، ص 27 بتصرف.

⁴⁶⁴ -يونس الداري، مرجع سابق، ص 101.

⁴⁶⁵ -أنظر نموذج الشروط العامة من عقد المربحة للأمر بالشراء لتمويل اقتناء عقار.

المتبقي في حالة التسديد المبكر، بمعنى أن البنك التشاركي في هذه الحالة لن يتنازل عن أي جزء من هامش الربح حتى ولو قام العميل بالتسديد المبكر لثمن البيع بعد إبرام العقد⁴⁶⁶.

إضافة لما ذكر فإن المادة 3 من العقد تؤكد على أن المؤسسة البنكية تتجرد من مسؤوليتها في حال عدم تمكنها من تسليم العقار لسبب خارج عن إرادتها⁴⁶⁷ فمصطلح "السبب الخارج عن إرادة المؤسسة البنكية" هو مصطلح فضفاض ورد على إطلاقه ذلك أن هذه الأخيرة يمكن لها أن تحتج به كلما تقاعست عن التسليم دون تحملها لمسؤولية التأخير.

و يثار هنا إشكال بخصوص انعدام التسليم أو تأخره لسبب يرجع إلى مصدر الشراء أي المورد في عملية المربحة، فأمام ما يقرره العقد يعفي البنك نفسه من المسؤولية في حالة تقاعس أو تأخر المورد عن التزامه لكن الأصح و الحالة هذه أن يتم تشطير المسؤولية على اعتبار أن الأبنك تمارس نشاطا تجاريا، لذا ينبغي لها أن تتحمل الربح و الخسارة ما دام العمل التجاري يحتمل الربح و الخسارة أو على الأقل أن تكون مسألة تحمل الزبون لمصاريف البنك رغم عدم التنفيذ قابلة للتفاوض لا مفروضة عليه كشرط جزائي يحمل تعسفا في إيقاعه.

كل هذه الإعتبارات تضعف توازن العقد و تقلصه و تنتج نزاعات بين أطراف العقد مما يستدعي ضرورة تدخل جهات أخرى أو كل لها المشرع مهمة فض النزاعات المثارة بشأن العقود مختلة التوازن و إعادة توازنها و تكافئ أدائها.

خاتمة:

معلوم أن عقد المربحة الذي يتم اعتماده بالبنوك التشاركية هو من بين العقود التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية و هو ما يجعله عقدا سليما من الناحية الشرعية رغم وجود بعض الاختلافات الفقهية بشأنه، لكن بعيدا عن الجانب الشرعي فهو عقد يحظى بخصوصيات عديدة لعل أبرزها مسألة انسجامه مع المنظومة القانونية المغربية، فإذا كان هذا العقد يحمي شرعية المعاملة من خلال مؤسسة الرقابة الشرعية فليس هناك مؤسسة تحمي الرقابة القانونية أو تمارسها اللهم إذا ما عرض العقد على القضاء في حالة المنازعة، لذلك فإن احترام العقد للترسانة القانونية المغربية يجب أن تكون أولوية أولويات واضعيه كما أنه من الواجب أن يحمي حقوق أطرافه في ظل التوازن التام بين مصالح أطرافه كونه في نهاية المطاف عقد موجه للمواطن المغربي الذي يعتبر طرفا مدنيا لذلك يجب أن يراعى مركزه التعاقدية و مصلحته أولا ثم حقوقه التي كرسها له القانون.

⁴⁶⁶-الحسن العلي، حماية المستهلك في عقد المربحة، المجلة العربية للدراسات القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، العدد الأول، مطبعة فريس سطات، طبعة 2020، ص393.

⁴⁶⁷-راجع المادة 3 المتعلقة بالتملك و التسليم و الانتفاع من نموذج الشروط العامة في عقد المربحة لتمويل اقتناء عقار.

لائحة المراجع:

- 1- محمد الشحات الجندي، عقد المراجعة بين الفقه الإسلامي و التعامل المصري، دار النهضة العربية / القاهرة، سنة 1986.
- ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، سنة 1419هـ-1999م.
- العلامة محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة سيدي أحمد الدردير، الجزء الثالث، فصل في المراجعة، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابلي الحلبي، القاهرة، السنة غير موجودة.
- يونس الداري، رسالة لنيل شهادة الماستر تحت عنوان " القرض البنكي و إشكالية التوازن العقدي"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون المدني (الالتزام التعاقدية)، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بفاس، السنة الجامعية 2010-2011.
- عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الإسلامية (التجربة بين الفقه و القانون و التطبيق)، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي للطباعة و النشر بالدور البيضاء، لسنة 2000.
- حسن عبد الله الأمين، الإستثمار اللاربوي في نطاق عقد المراجعة، مجلة المسلم المعاصر، العدد 35، بتاريخ 1 يوليو 1983.
- حميد سلطان الشامي، واقع المراجعة في المصارف الإسلامية وفقا لقانون دولة الإمارات، المداخلة الأولى من الندوة المنعقدة بفاس، تحت عنوان " المصارف الإسلامية: الأسس و التجربة و الآفاق"، يومي 12 و 13 نونبر 2014.
- أمل ملاحي، أطروحة لنيل الدكتوراه بعنوان "توثيق عقود الائتمان الإيجاري بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي"، مركز دراسة الدكتوراه تخصص القانون الخاص، مختبر الدراسات في الطفل الأسرة و التوثيق، ك العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بفاس، س الجامعية 2016-2017.
- بوعبيد عباسي، الإلتزام بالإعلام في العقود دراسة في حماية المتعاقد المستهلك، الطبعة الأولى، مطبعة الوطنية زنقة أبو عبيدة بمراكش، السنة 2008.
- محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد دراسة مقارنة مع داسة تحليلية و تطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الدار الجامعية الإسكندرية-مصر، 1989.
- نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد بسطات، 2014.
- عبد الرحمان الشرقاوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، سلسلة البحوث و الدراسات القانونية، الطبعة الأولى، دار القلم، 2008.
- أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد دراسة تحليلية معمقة في ضوء مستجدات القانون رقم 31.08 المتعلق بتقديم تدابير لحماية المستهلك، الطبعة الأولى، دار الافاق المغربية للنشر و التوزيع بالدار البيضاء، السنة 2017.
- زهبة الخلد، الحماية المدنية ضد البنود التعسفية-عقد البيع نموذجاً، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق أكادال جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية 2004-2005.
- مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية بيروت 19 فبراير 1972م الموافق ل 5 محرم 1392هـ.
- عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر كلية الحقوق، س الجامعية 2014-2015.
- حكيمة بن مشيش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية بالمغرب بين القواعد العامة و المستجدات، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الإستشارة القانونية، كلية الحقوق السويسي بسلا، السنة الجامعية 2011-2012،
- محمود حسني الزيني، عقد المراجعة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية-مصر، سنة 2012.
- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية لسنة 1998م
- الحسن العليج، حماية المستهلك في عقد المراجعة، المجلة العربية للدراسات القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، العدد الأول، مطبعة فريس سطات، طبعة 2020.

الديمقراطية التمثيلية والتشاركية للجماعات في ضوء القانون التنظيمي رقم 113.14

✍️ سليم المنصوري

باحث في سلك الدكتوراه

مختبر الدراسات والأبحاث في التنمية الترابية

جامعة ابن طفيل بالقنيطرة- المغرب

ملخص:

حاولت من خلال هذا المقال تسليط الضوء على موضوع: " الديمقراطية التمثيلية والتشاركية للجماعات في ضوء القانون التنظيمي رقم 113.14 " وقد عمدت إلى إبراز مكانة قوة للديمقراطية التمثيلية في القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات دون إغفال مواطن ضعفها. فموضوع الدراسة يثير عدة تساؤلات قانونية، لذلك حاولت قبل مناقشة المواد القانونية المتعلقة بالديمقراطية التمثيلية، الوقوف على ما أفرزته الانتخابات الجماعية لسنة 2015. ثم بعد ذلك قمت بتسليط الضوء على المنظمات غير الحكومية والمواطنين عن طريق تقديم الملتزمات والعرائض يشكّلان إحدى الوسائل الأساسية لتشييد الديمقراطية التشاركية.

Abstract :

Démocratie représentative et participative des groupes à la lumière de la loi organique n ° 113.14 Récapitulation: A travers cet article, j'ai tenté d'éclairer le sujet: «Démocratie représentative et participative des groupes à la lumière de la loi organisationnelle n ° 113.14», et j'ai eu tendance à mettre en évidence les forces de la démocratie représentative dans la loi organisationnelle n ° 113.14 relative aux groupes sans ignorer leurs faiblesses. Le sujet de l'étude soulève plusieurs questions juridiques, c'est pourquoi, avant de discuter des articles juridiques liés à la démocratie représentative, j'ai tenté d'étudier les résultats des élections collectives de 2015.

Ensuite, j'ai mis en lumière les ONG et les citoyens en soumettant des pétitions et des pétitions, qui sont l'un des.

مقدمة:

منذ فجر الاستقلال طمح المغرب إلى العمل بمبدأ التكامل بين اللامركزية و عدم التركيز، إذ نجد الطابع اللامركزية مجسدا في الجماعات الترابية، إذا كانت اللامركزية قد شكلت منذ عقود خيارا استراتيجيا للمغرب بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والمالية. فإن القانون التنظيمي الجديد المتعلق بالجماعات لقد شكل تحولا تاريخيا ما بعد دستور 2011، حيث تم تعزيز المشهد الديمقراطي ببلادنا عن طريق تعزيز المقاربة التشاركية.

من الأكيد لا يمكن تصور مجتمع ديمقراطي في غياب نهج حكم جيد، قائم على مشاركة سياسية واسعة، وتدابير عقلاني للإدارة، واهتمام ملحوظ بالمواطن. وقد تم الإفصاح عن هذه المبادرة في الدستور المغربي لسنة 2011، بغية تحسين الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمواطن.

- أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع رغبتا في مسايرة التحولات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية التي يعرفها المغرب ، تجاوبا مع الرهانات و التحديات التي يطرحها عامل التدبير اللامركزية ، وتماشيا مع مقومات الحكامة الترابية على مستوى الاقتصادي و الاجتماعي .

- لمعالجة هذا الموضوع يمكن طرح الإشكالية التالية :

- إلى أي حد يمكن القول أن القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات سيساهم في إقرار الأساس الديمقراطي للجماعات في بعدها الترابي؟.

عموما، سأحاول الإجابة عن هذه الإشكالية، وذلك من خلال تقسيم هذا الموضوع إلى محورين ، يتعلق **المحور الأول** بالجانب التمثيلي مبدأ الانتخاب المباشر لأعضاء مجالس الجماعات، فيما يرتبط **المحور الثاني** بإقرار آليات تسعف المواطن على المشاركة، إذ لا ديمقراطية تشاركية دون تحقيق تراكمات سياسية عبر الديمقراطية التمثيلية.

المحور الأول: تعزيز الشرعية الانتخابية للمجالس الجماعية :

يعتبر التنظيم الجماعي بالمغرب الوجه الأبرز للامركزية، كخيار نهجته الدولة منذ استقلالها، باعترافاها القانوني وتكريسها الدستوري لهذه الوحدات الترابية، ذات الشخصية المعنوية⁴⁶⁸. وعلى الرغم من أهمية هذه الخطوات، فإن عدة نقائص لازالت تحول دون أن تجعل سياسة اللامركزية من الجماعات الترابية شريكا فعليا في تحقيق التنمية، وبالأخص المشاكل الناجمة عن التمثيلية جراء الانحرافات التي ظلت تشوب المحطات الانتخابية، كما أن ينتخب رئيس المجلس ونوابه بالاقتراع الأحادي الاسمي بالتصويت السري، وهذا ما يفسح المجال لبعض الممارسات السلبية أثناء تشكيل المجالس الجماعية، حيث تتميز التحالفات الحزبية بالظرفية وعدم الاستقرار وخاصة في ظل هشاشة وضعف المؤسسات الحزبية في التأطير والتكوين.

ولتفادي هذه الاختلالات التي عرفها القانون رقم 17.08، تم إصدار قانون تنظيمي جديد رقم 113.14، يجسد سياسة القرب ويؤسس لمرجعية الحكامة ، ويضع إطار لتدبير فعال للشأن العام الترابي من خلال عدة مستجدات تهتم نظام المنتخب، ونظام تسيير

⁴⁶⁸ هشام مليح: " سؤال الحكامة الترابية بالمغرب " ، مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، عدد مزدوج 21-22 السنة 2012. ص 87.

الجماعات. حيث نصت المادة 02 من القانون التنظيمي على أن «تشكل الجماعة احد مستويات التنظيم الترابي للمملكة، فهي جماعة ترابية خاضعة للقانون العام، وتتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري».

كما نصت أيضا المادة 06 من القانون التنظيمي على أن «يعتبر التصويت العلني قاعدة لاتخاذ جميع مقررات المجلس».

«يعتبر التصويت العلني قاعدة لانتخاب رئيس المجلس ونوابه وأجهزة المجلس».

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 17 على أن «يتم انتخاب نواب الرئيس عن طريق الانتخاب باللائحة».

يقدم الرئيس لائحة النواب التي يقترحها. يجوز لباقي أعضاء المجلس تقديم لوائح أخرى وفي هذه الحالة تقدم كل لائحة من هذه اللوائح من قبل العضو المرتب على رأسها.

يستشف من خلال قراءة هذه المواد المشار إليهم أعلاه مسألتين أساسيتين:

✓ الإقرار بالشخصية الاعتبارية للجماعات وباستقلاليتها على المستوى المالي والإداري. وفي هذا الإطار تجدر الإشارة أنه سبق التنصيص على أن الجماعات تتمتع بالاستقلال المالي على مستوى القوانين المنظمة لهذه الأخيرة دون التنصيص على الاستقلال الإداري.

✓ يعتبر التصويت العلني قاعدة عامة لانتخاب رئيس المجلس ونوابه وأجهزة المجلس، وبالتالي فهذه الانتخابات هي الوسيلة الديمقراطية الوحيدة لإسناد السلطة التديرية للشأن المحلي لفئة سياسية معينة، ويعد ركيزة ودعامة أساسية لكل تسيير ديمقراطي سليم، كونه المرجعية الأساسية في تحديد شرعية الهيئة المنتخبة داخل المجتمع. كما تعتبر أيضا شرط ضروري لقيام نظام اللامركزية، وأداة لدعم الديمقراطية الترابية، بمنح المواطنين إمكانية تدبير شؤونهم عن طريق ممثليهم في المجالس المنتخبة.

وفي نفس السياق، وتعزيزا للشرعية الانتخابية على مستوى الجماعات، يتم انتخاب نواب الرئيس عن طريق اللائحة اعتماد الأغلبية المطلقة في الدورة الأولى والثاني والأغلبية النسبية في الدورة الثالثة وفي حالة التعادل ترجح اللائحة التي يقدمها الرئيس.

يتضح أن القانون التنظيمي الجديد رقم 113.14 المتعلق بالجماعات عمل على تعزيز أسس الشرعية الانتخابية للجماعات، من خلال اعتبار التصويت العلني قاعدة لانتخاب رئيس المجلس ونوابه وأجهزة المجلس، وأيضا لاتخاذ جميع مقررات المجلس. وهذا المدخل من شأنه أن يسعف المواطن على المشاركة السياسية، ويقوي ارتباطه بالشأن العام الترابي⁴⁶⁹.

وفي المقابل سيبقى التساؤل مشروعا عن جدوى آلية الانتخاب المباشر في تكريس الديمقراطية الترابية، بمعنى آخر هل يكفي دسترة التمثيلية الانتخابية، على المستوى الجماعي للقول أننا أمام انتخابات تؤسس للمشروعية الديمقراطية، خصوصا ما أفرزته الانتخابات الجماعية الأخيرة لسنة 2015، بعدما تم التراجع على شرط المستوى الدراسي الواجب توفره في رؤساء المجالس الجماعية. وقد كان

2سليم المنصوري: " دور رئيس المجلس الجماعي في صناعة القرار المحلي على ضوء القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات"، مجلة القانون والأعمال، العدد، 20مارس 2018.

موضوع المستوى التعليمي لرؤساء المجالس الجماعية، قد أثار نقاشا واسعا في إطار المنتديات و المناظرات الخاصة بتدبير الشأن الترابي، فشرط توفر رؤساء المجالس على مستوى دراسي يهدف إلى إعطاء اللامركزية الجماعية قفزة نوعية في اتجاه تدبير محلي جيد، وإلى خلق ديناميكية حقيقية للنهوض بالتنمية الترابية. فهناك من الآراء التي دعت المشرع إلى فرض شهادة البكالوريا في من يريد تولي رئاسة المجلس الجماعي، بل هناك من الآراء من ترى بضرورة الحفاظ على شرط مستوى نهاية الدروس الابتدائية مع ضرورة تعميمه على كافة أعضاء المكتب الجماعي . إلا أن القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات سيلغي شرط المستوى الدراسي الواجب توفره في رؤساء المجالس الجماعية. ولذا تتضح الهوة الفاصلة بين الأدوار الملقاة على عاتق رؤساء المجالس وإلغاء شرط المستوى الدراسي.

و لتحقيق التنمية الترابية بمختلف مشاربها يجب أن تتوفر عدة عناصر جوهرية منها تلك المرتبطة بشروط قانونية ومؤسسية، بالإضافة إلى متطلبات مالية، دون إغفال العنصر الأساسي في هذا المضمار وهو الفاعل البشري، ونقصد في هذا المقام العامل البشري السياسي الذين يستمدون شرعية انتدابهم من الأمة مباشرة عبر أسلوب الانتخاب . نظرا للدور المركزي و المحدد الذي يلعبه في عملية التنمية من خلال مساهمته في مختلف مراحل صناعة القرار المحلي⁴⁷⁰.

كما تفرض الديمقراطية الترابية تمثيل الجماعات على المستوى المركزي، وهذا الإجراء يضمن حضور تمثيلية هذه الأخيرة على مستوى صياغة السياسات العمومية للدولة، انسجاما مع متطلبات الساكنة الجهوية والمحلية وتحقيقا لشروط التنمية المتوازنة. وهكذا جاء الفصل 63 من الدستور الجديد ليؤكد تمثيلية الجماعات الترابية بمجلس المستشارين، حيث أضحى ثلاثة أخماس من أعضائه يمثلون الجماعات الترابية، ويتوزعون بين الجهات بالتناسب مع عدد السكان، مع مراعاة الإنصاف بين الجهات وينتخب المجلس الجهوي على مستوى كل جهة من بين أعضائه الثلث المخصص للجهة من هذا العدد.

وينتخب الثلثان المتبقيان من قبل هيئة ناخبة تتكون على مستوى الجهة من أعضاء المجالس الجماعية وأعضاء المجالس العمالات والأقاليم⁴⁷¹. بناء على ذلك تعد مشاركة المواطنين في جهود التنمية مكمل لديمقراطية التمثيلية، وتعني المشاركة في رسم الخطط وتنفيذها وتقييمها. وتتحقق المشاركة الفعلية بتيسير ما يلي⁴⁷²:

- ✓ تمكين المواطنين و المواطنين والجمعيات من حق تقديم العرائض لإدراج نقطة في جدول أعمال المجلس.
 - ✓ تقوية حقوق المنتخبين المحليين، خصوصا المحسوبين في صف المعارضة، حيث تم إسناد رئاسة احد اللجان الدائمة للمعارضة.
- ما دامت الديمقراطية لا تعني فقط حكم الأغلبية وإنما في قدرة هذه الأخيرة على احترام حقوق الأقلية، وتقوية التواصل المباشر للإدارة بالمواطن.

⁴⁷⁰ سليم المنصوري : " حكمة تدبير الشأن العام الترابي للجماعات على ضوء القانون التنظيمي رقم 113.14 -جماعة امزورن نموذجا ، " بحث لنيل شهادة الماستر في القانون العام تخصص الحکامة وسياسات الجماعات الترابية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بتطوان، جامعة عبد المالك السعدي. السنة الجامعية 2015-2016 ، ص 8-9 .

⁴⁷¹ الفصل 63 من الدستور المغربي 2011.

⁴⁷² سليم المنصوري : " حكمة تدبير الشأن العام الترابي للجماعات على ضوء القانون التنظيمي رقم 113.14 -جماعة امزورن نموذجا ، " مرجع سابق ، ص 13-14 .

المحور الثاني: تعزيز دور المواطنين و المنظمات غير الحكومية :

إذا كانت التجربة المحلية السابقة طغت عليها السمة الانغلاقية التي ظلت تقبع على العمل الجماعي، فخير اللامركزية بالمغرب، شهد نضجا إداريا أكثر منه اقتصاديا واجتماعيا، فانخراط الجماعات في مسلسل الإنماء الاقتصادي والاجتماعي، أدى إلى دعم أكبر على مستوى الممارسة، واليوم رهان الإقلاع الاقتصادي، يحتم قيمة الانتقال من اللامركزية الإدارية إلى الحكامة الترابية⁴⁷³، التي تقوم على مبدأ الترابط بين مجموع المتعددين والإشراك الفعلي لمجموع القوى الحية المحلية تنصدهم الساكنة كشريك .

حيث أن العلاقة بين المنظمات غير الحكومية والمنتخب الترابي تتراوح بين التعاون والتنافسية أحيانا، وبين التوجس والمنافسة في كثير من الأحيان. لكن بالرغم من ذلك، فالطرفان يشتركان ويتواصلان أكثر حالة التبادل المستمر للأدوار بينهما، والإنتاج المتبادل لبعضهما البعض⁴⁷⁴.

انطلاقا مما سبق ، يتضح نظريا، أن الحكامة تشكل دعوة رسمية مفتوحة للمنظمات غير الحكومية كي تضطلع بمسؤولياتها التديرية للشأن العام إلى جانب القطاع الخاص والدولة، على اعتبار أن عملية فصل القطاع الخاص عن المنظمات غير الحكومية هنا، لا تعدوا إلا أن تكون عملية تعبر عن تمييز الخاص والعام، وإلا فإن مفهوم المنظمات غير الحكومية، كما تم التقديم لها نظريا تشمل القطاع الخاص بدوره. لكنه من الناحية الواقعية، لا زالت علاقته بالدولة والسلطات الترابية تعرف الكثير من مظاهر الرفض المتبادل وغياب رؤية للفعل المشترك. بسبب سيادة بعض المفاهيم المغلوطة لدى المنظمات غير الحكومية، منها اختزال مفهوم الاستبداد في البنيات والممارسات المتأتية من الدولة⁴⁷⁵، مع أن الاستبداد يعبر عن حالة ثقافية وسلوكية شاملة للبنية المجتمعية ككل، بما فيها المنظمات غير الحكومية ذاتها. فهذه الأخيرة تهدف إلى مناهضة الاستبداد بشتى أشكاله، ومقاومة غياب العدالة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، والعناية الشاملة بالإنسان وبفئاته المحرومة، والانحياز إلى مبادئ حقوق الإنسان وتأمين ممارسة الحريات الفردية والجماعية.

إن ما سبق يفرض تحديد العلاقة بين المنظمات غير الحكومية و الدولة من زاوية الحكامة، وذلك بالقدر الذي يحفظ الاستقلالية اللازمة بينهما، من خلال تمييز مفهوم الحكومة عن مفهوم الحكامة. ذلك المميز الفاصل بينهما، هو وظيفة المنظمة غير الحكومية ، والعمل الجماعي معه في حد ذاته، إذ لا يمكن تصور الحكامة بدون وجود حقيقي وفعال للمنظمات غير الحكومية، التي تشكل لدى مفهوم الحكامة شرط وجود. وهذا يستلزم انه إذا كانت هناك مشاركة حقيقية وحررة للمنظمات غير الحكومية في تدبير الحياة العامة، فهذا يعني وجود حقيقي لمفهوم الحكامة، والعكس يقال.

⁴⁷³ابراهيم مسخر : " الحكامة الترابية في ضوء الهندسة الدستورية الجديدة - دستور 2011 - " ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية جامعة القاضي عياض ، بمراكش السنة الجامعية 2012-2013 . ص 17

⁴⁷⁴خالد البهالي : " . الحكامة التشاركية ، قراءة في المفهوم و الجوانب الجرائية " ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية العدد 101 ، نونبر - دجنبر 2011 . ص 134 - 135 .

⁴⁷⁵عبد الرحمان الماضي " . الحكامة الترابية التشاركية ، منظور تشاركي لدور الساكنة والمجتمع المدني في التدبير " ، طبعة 2014 ص 281 ، الأصل في هذا الكتاب هو رسالة جامعية لنيل الدكتوراه.

ولطرح الحكامة الترابية لابد من تأسيس ترابي قادر على الاضطلاع الجيد بوظيفة **الفاعل الاقتصادي** القادر على الجذب و الاستقطاب، و **الفاعل الاجتماعي** القادر على تشكيل وحفظ الهوية الجماعية⁴⁷⁶، ثم **الفاعل السياسي** القادر على ربط علاقات مع السلطات الترابية و المركزية خارج منطق التحكم، من خلال الديمقراطية التشاركية في مسلسل التدبير العام .

وتعد آليات التدخل المباشر في التدبير الترابي من قبل السكان، إحدى الوسائل الأساسية لتشييد الديمقراطية التشاركية، حيث إختبرت بعض الدول المتقدمة عدة نماذج لجعل المواطن يهتم بشؤونه الترابية، إذ أن طرق الاستشارة المعمول بها بفرنسا، لا ترضي إلا قليلا من الجمعيات، فيصبح عملها التنازعي وسيلة للتغلب على العجز تجاه المقتضيات التشاركية. إلا أن المنافسة القائمة بين العمل الجماعي والمنتخب الترابي بفرنسا لم تمنعهما من تدبير العلاقة في اتجاه تدمير القطيعة بينهما . حيث تحضر هنا تجربة مجالس الأحياء ، التي يحتمل أن تشهد هذه التنافسية حدتها ، إلا أنه نجد أن منتخبا ترابيا يمثل بمجالسها وينسق معها جهود التدبير اليومي لشؤون الحي . بل نجد الجمعيات في فرنسا قد أصبحت تنتصب كمفوض إليه في عقود التدبير المفوض ، كما كان يسمح لها بذلك في عقود الامتياز⁴⁷⁷ . ونعني هنا الجمعيات الخاصة التي تديرها إدارة مكونة من الخواص ، وذلك في الميادين الثقافية والصناعية ، بما تسمح بها قدرتها المادية وكفاءتها العلمية ، وهي بالرغم من أنها تشكل صيغة جد مألوفة ، إلا أنها تحمل بعض المحاذير القانونية ، والتي هي نتيجة عن طبيعة المرونة التي تميزها .

وفي هذا الصدد ندفع بأن الدستور المغربي 2011 تضمن عددا من الفصول التي تحث على المشاركة، مثل **الفقرة الثانية من الفصل الأول** ، التي تشير إلى أن النظام الدستوري للمملكة يقوم على **"الديمقراطية المواطنة و التشاركية"**، من خلال هذا المقتضى الدستوري يتضح أن المشرع يهدف إلى تشجيع المشاركة السياسية للمواطن ، واستعادة ثقته في الحياة السياسية واهتمامه بالشأن العام . فالديمقراطية التشاركية كمقترح في تجديد أساليب الحكم أو كأسلوب في الاستشارة ذي الطبيعة اللاتقريبية ، أتى كنتيجة لممارسة الديمقراطية التمثيلية بهدف تجاوز بعض النقائص أو الإكراهات التي أفرزتها تطبيقاتها العملية ، فيكمن الهدف في تعزيز أسس ووسائل الحكم الصالح⁴⁷⁸ **"الحكامة"** .

وبناء على ذلك، وتوتيجا لحق المواطن في المشاركة المباشرة في تدبير الشأن العام الترابي، نسجل أن القانون التنظيمي الجديد رقم 113.14 المتعلق بالجماعات نص على مجموعة من المکانیزمات والآليات العملية و الإجرائية لتفعيل قواعد الديمقراطية التشاركية في تدبير الشأن العام الترابي، تتمثل في ما يلي⁴⁷⁹ :

✓ إحداث هيئات للتشاور.

✓ آليات تشاركية للحوار و التشاور.

✓ تقديم ملتزمات.

⁴⁷⁶ برنلمج الامم المتحدة الانمائي ، ادارة الحكم لخدمة التنمية البشرية المستدامة ، وثيقة للسياسات العامة لبرنامج الامم المتحدة ، شعبة التنمية الادارية وشؤون الحكم ، نيويورك ، يناير 1997 ص 14 .

⁴⁷⁷ عبد الرحمان الماضي : " الحكامة الترابية التشاركية " ، مرجع سابق ص 287 .

⁴⁷⁸ ابراهيم مسخر: " الحكامة الترابية في ضوء الهندسة الدستورية الجديدة " - مرجع سابق ، ص 19 .

⁴⁷⁹ محمد الغالي: " الهندسة المجالية للتنمية في ضوء الشراكة و الأدوار الجديدة للجماعات الترابية " ، مرجع سابق، ص: 06 .

✓ تقديم عرائض .

✓ تقديم عرائض من طرف المواطنين و المواطنين .

✓ ملاحظات ومقترحات المرتفقين .

على اعتبار أن الديمقراطية التشاركية تلتقي معانيها فيما يلي :

✓ مجموع الإجراءات والوسائل والآليات الكفيلة بتحقيق مشاركة فعالة للمواطنين والمواطنات، بصفتهم المباشرة أو غير المباشرة في القرارات العامة التي تهم شؤون حياتهم .

✓ إطار لمساهمة السكان في عملية صنع السياسة على نحو يعزز الثقة بين الدولة ومختلف مؤسساتها، والمواطن من أجل التعاون على إعطاء الحلول المناسبة للمشاكل المطروحة في مختلف مراحل صنع القرار حتى تدقيق تدبيره وتقييم نتائجه .

وعموماً، إذا كانت الآليات و المكنيزات التي نص عليها القانون التنظيمي رقم 113.14، ستلعب دوراً أساسياً في احترام مجموع المقاربات أثناء تصوره، وإعداد السياسات العامة ومتابعتها ومراقبتها، من خلال دعم الرقابة على أعمال المجالس الجماعية والجماعات الترابية الأخرى، وإشراك الساكنة في تدبير الشأن العام الترابي، فإنه في المقابل لم يعرف المغرب تراكمات في هذا الإطار ، بحيث أنه لأول مرة تم التنصيص في القانون التنظيمي على إحداث هيئات للتشاور، آليات تشاركية للحوار والتشاور، تقديم ملتزمات و حق تقديم العرائض .

خاتمة:

فمن خلال قراءة متأنية للقانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات، وتحليل دقيق لمضامين مواده ، يتضح تبني مجموعة من المقاربات التدييرية العمومية، سواء الشكلية التي تتعلق بضرورة احترام مجموعة من المقاربات، أثناء تصور وإعداد السياسات العامة ومتابعتها و مراقبتها، أو على مستوى إعداد مضمونها، من خلال اعتماد سياسات عامة نوعية لفائدة الشباب أو النساء أو ذوي الاحتياجات الخاصة بشكل عام ، على مستوى إشراك الناس في مختلف جوانب القرارات التي تعنيهم. تم تبني الديمقراطية التشاركية كأسلوب في الإدارة والحكم يبنى على رعاية جهود الناس وتثمينها فيها يتعلق بشؤون حياتهم العامة. فالديمقراطية التمثيلية أبانت عن قصورها أمام تزايد ضغوط الأجهزة الأمنية و النخب الحاكمة و السيطرة للإبقاء على احتكارها السلطة و الثروة في يدها ، وهو ما ترتب عنه امتداد فقدان الثقة في الأجهزة المنتخبة، خاصة أمام عجزها في التغيير عن مصالحها الحقيقية و القدرة على ابتكار حلول لمشاكلها اليومية التي تواجهها الساكنة.

ومن أهم سمات الديمقراطية التشاركية أنها تقوم على نظام اللامركزية وتنظيم المواطنين و المؤسسات في شبكة أفقية لا تخضع لتنظيم مركزي هرمي ، كما أنها تجعل المواطن أساس أي فعل مجتمعي تعاقدية ، وبأني تدبير الشأن العام الترابي على رأس أولويات هذا الفعل . فبدون إشراك فاعل وفعال للمواطن في تدبير شؤون وطنيا وترابيا تفرغ الديمقراطية من محتواها ، وهو الأمر الجوهرية على اعتبار أن كون الديمقراطية هي حكم الشعب للشعب بواسطة الشعب. فالديمقراطية التشاركية تتطلب إذكاء سلوك المواطنة الحقة، والتشبث بالثوابت السياسية للدولة ، لأنها عنوان المواطنة الحقة ، وفي المقابل على الدولة إدراك ضرورة تخويلها الشأن العام للمواطن، إذ ينبغي عليها توفير المناخ العام و المشجع على الانخراط في تدبير الشأن العام الترابي ، كما مكنت ذلك القانون التنظيمي رقم 113.14 في

مادته 121 المواطنين و الجمعيات بتقديم عرائض يكون الهدف منها مطالبة المجلس الجماعي بإدراج نقطة تدخل في صلاحياته ضمن جدول أعماله ، لا يمكن أن يمس موضوع العريضة الثوابت المنصوص عليه في الفصل الأول من الدستور.

المراجع والمصادر:

أولاً: الكتب.

- عبد الرحمان الماضي : " الحكامة الترابية التشاركية منظور تشاركي لدور الساكنة و المجتمع المدني في التدبير " طبعة 2014 ، الأصل في هذا الكتاب هو رسالة جامعية لنيل الدكتوراه.

ثانياً: الرسائل الجامعية.

- إبراهيم مسخر : "الحكام الترابية في ضوء الهندسة الدستورية الجديدة - دستور 2011- " ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية جامعة القاضي عياض - مراكش - السنة الجامعية 2012-2013 .
- سليم المنصوري : " حكام تدبير الشأن العام الترابي للجماعات على ضوء القانون التنظيمي رقم 113.14 -جماعة امزورن نموذجاً " بحث لنيل شهادة الماستر في القانون العام تخصص الحكامة وسياسات الجماعات الترابية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بتطوان، جامعة عبد المالك السعدي ، السنة الجامعية 2015-2016 .

ثالثاً: مقالات في مجالات :

- هشام مليح : " سؤال الحكامة الترابية بالمغرب " ، مجلة مسالك في الفكر و السياسة و الاقتصاد ، عدد مزدوج 21-22 السنة 2012 .
- خالد البهالي : " الحكامة التشاركية : قراءة في المفهوم و الجوانب الاجرائية ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ، العدد 101 ، نونبر - دجنبر 2011 .

رابعاً: مواقع الكترونية :

- سليم المنصوري : " دور رئيس المجلس الجماعي في صناعة القرار المحلي على ضوء القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات" ، نقلا عن الموقع الالكتروني : www.droitentreprise.com.

خامساً: نصوص دستورية قانونية وتنظيمية :

- الدستور المغربي لسنة 2011، الصادر الأمر بتنفيذه بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليوز 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر ، بتاريخ 30 يوليوز 2011.
- القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات ، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.15.85 بتاريخ 20 رمضان 1436 / 07 يوليوز 2015 ، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6380 بتاريخ 23 يوليوز 2015 .

قراءة في نظام القانوني الجديد للمدربين الصادر عن FIFA

خليل بويحي

باحث بسلك الدكتوراه بجامعة الحسن الثاني الدار البيضاء
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية

ملخص:

ستشكل القواعد القانونية الجديدة لعمل المدربين منعطفا هاما في تسوية النزاعات الرياضية بين مدربي كرة القدم والأندية والاتحادات الرياضية القارية، خاصة وأن هذه القواعد القانونية جاءت لوضع نوع من التوازن في العلاقة التعاقدية بين الطرفين من جهة، ومن جهة ثانية ستساعد الاتحادات القارية والجمعيات الرياضية وجمعيات المدربين على معرفة الحقوق والالتزامات المتبادلة قبل إبرام العقود تفاديا لأي نزاع محتمل، كما ستمكن الهيئات القضائية الرياضية من تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع على عكس ما هو عليه الأمر الآن، الأمر الذي سيساهم في تسوية النزاعات داخل أجال معقولة، خاصة وأن مسطرة تنفيذ المقررات التحكيمية في شقها المالي أصبحت جد سريعة وفعالة بعد التنصيص على مقتضيات قانونية تستند على التنفيذ الفوري للعقوبات مباشرة بعد تماطل أو امتناع المدين عن التنفيذ في المهلة الزمنية المتفق بشأنها بين الطرفين شريطة إبلاغ الأمانة العامة للاتحاد الدولي لكرة القدم بذلك.

Abstract :

Les nouvelles règles juridiques pour le travail des entraîneurs constitueront un tournant important dans le règlement des litiges sportifs entre les entraîneurs, les clubs et les fédérations sportives continentales.

D'autant plus que ces règles juridiques ont été mises en œuvre, dans le but d'établir un certain équilibre dans la relation contractuelle entre les deux parties d'une part, et d'autre part, d'aider les fédérations continentales sportives, les associations sportives et les associations d'entraîneurs à connaître les droits et obligations mutuels avant de conclure des contrats afin d'éviter toute sorte de conflit potentiel. Cela permettra également aux instances judiciaires du sport de déterminer la loi applicable à l'égard du litige, contrairement à ce qui se fait actuellement.

A cet égard, ceci contribuera à régler les litiges dans des délais raisonnables, surtout que le volet financier de la procédure de mise en évidence les décisions arbitrales est devenu instantanée et quasiment efficace. Cette décision était l'objet de la mise en place des dispositions légales, fondées sur l'exécution immédiate des sanctions, après la constatation d'un différend ou d'un refus survenu d'un acteur dans le délai convenu entre les deux parties, à condition que le secrétariat général de la FIFA en soit informé.

مقدمة :

في خطوة تاريخية صادق المجلس التنفيذي للاتحاد الدولي لكرة القدم FIFA في اجتماعه الدوري المنعقد عن بعد بتاريخ 4 دجنبر 2020 على إدخال مجموعة من التعديلات القانونية على نظام وضعية انتقالات اللاعبين ⁴⁸⁰ RSTJ ، وخاصة في الشق المتعلق بالحماية القانونية لمدربي كرة القدم المحترفين بعد إضافة الملحق الثامن للنظام المذكور، والذي سيدخل حيز التنفيذ انطلاقاً من فاتح يناير 2021 بعد سنوات طويلة من غياب أي نظام قانوني خاص بالتعاقد يهتم بهذه الفئة التي تلعب دوراً محورياً وحيوياً داخل عائلة رياضة كرة القدم ، وهو الأمر الذي سينعكس إيجاباً على الحماية القانونية والاجتماعية لمدربي كرة القدم المحترفين من جهة ، ومن جهة أخرى سيسهل عمل اللجان القضائية الرياضية المختصة سواء على المستوى الوطني أو الدولي لتسوية النزاعات التعاقدية بين الجمعيات والشركات الرياضية والمدربين المحترفين بشكل أكثر وضوحاً ويسراً مما هو عليه الأمر اليوم ، وذلك على غرار لاعبي كرة القدم المحترفين .

فما هي أهم المستجدات التي ارتكز عليها النظام القانوني الجديد للمدربين ؟ وإلى أي حد سيساهم في الحماية القانونية والاجتماعية لمدربي كرة القدم المحترفين ؟

لتناول هذا الموضوع سنقسمه وفق على النحو التالي :

المبحث الأول: قواعد التعاقد في ظل النظام القانوني الجديد للمدرب.

المطلب الأول: على مستوى إنشاء العقد الرياضي للمدرب .

المطلب الثاني: على مستوى حماية الاستقرار التعاقدية للمدربين.

المبحث الثاني : أحكام النزاعات في ظل النظام القانوني الجديد للمدرب.

المطلب الأول : التأخير في تنفيذ الالتزامات المالية

المطلب الثاني : لجنة وضعية اللاعب التابعة للاتحاد الدولي لكرة القدم

المبحث الأول: قواعد التعاقد في ظل النظام القانوني الجديد للمدرب.

قام الاتحاد الدولي لكرة القدم FIFA بوضع إطار تعريفي دقيق لمدرّب كرة القدم من خلال الفقرة 28 من الباب التمهيدي لنظام وضعية وانتقالات اللاعبين لسنة 2021 ⁴⁸¹ ، وكذا الفقرة 2 من المادة الأولى للنظام المتعلق باشتغال المدربين ، وذلك للحيلولة دون حصول

⁴⁸⁰ دورية FIFA عدد : 1743 بتاريخ : 14 دجنبر 2020 .

⁴⁸¹ Entraîneur : personne occupant une fonction spécifique au football employée par un club professionnel ou une association et dont :

- i. le travail consiste en l'un ou plusieurs des éléments suivants : former et entraîner des joueurs ; sélectionner des joueurs pour des matches et compétitions ; effectuer des choix tactiques lors de matches et compétitions ; et/ou
- ii. la fonction nécessite la possession d'une licence d'entraîneur conformément à la réglementation nationale ou continentale en la matière.

أي لبس أو تدخل مع فئات مهنية أخرى قد تدعي صفة مدرب كرة القدم دون التوفر على الشروط التي حددتها المادتين المذكورتين للتمتع بالحماية القانونية اللازمة أمام الهيئات القضائية الرياضية المختصة .

لذلك أجد أن هذا التعريف هو موفق إلى حد ما على غرار بعض التشريعات الوطنية المقارنة⁴⁸² ، وذلك لإغلاق الطريق أمام الفوضى التي قد تعرفها هذه المهنة خاصة في ظل وجود بعض المتطفلين على المهنة أو حتى من طرف ممتهني التدريب الرياضي دون التوفر على الدبلومات والرخص اللازمة للممارسة المهنية . وأمام وضع هذا الإطار المفاهيمي الجديد لمدرب كرة القدم كان من الضروري أن يوفر هذا النظام القانوني قواعد قانونية تحمي المدربين سواء عند إنشاء العقد أو أثناء تنفيذه أو بعد انقضائه وهو ما سنتطرق له من خلال ما يلي :

المطلب الأول: على مستوى إنشاء العقد الرياضي للمدرب.

من المعلوم أن العلاقة التي تربط بين مدرب كرة القدم والجمعية أو الشركة الرياضية هي علاقة شغلية⁴⁸³ ، لذلك كان من الضروري تضمين مقتضيات قانونية حامية وواضحة بين الطرفين لوضع نوع من التوازن القانوني للعقد الرياضي . وفي هذا الإطار نصت مقتضيات المادة الثانية من النظام القانوني للمدرب على مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية التي يتعين على أطراف العلاقة التعاقدية الالتزام بها وقت إبرام العقد .

ذلك أن شكلية الكتابة بحسب المادة المومأ إليها أعلاه في فقرتها الأولى تعتبر شكلية إلزامية لانعقاد واثبات العقد الرياضي الاحترافي بين المدربين والجمعيات أو الشركات الرياضية وحتى الاتحادات القارية ، وبالتالي لا مجال للحديث في إطار المنازعات الرياضية بين المدربين والأندية المتعاقدة أو الاتحادات عن العقود الشفوية ، إذ أن الشرط الوحيد لإثبات الصفة في الادعاء هو العقد المكتوب والموقع عليه بين الطرفين ، وغير ذلك غير مقبول أمام الهيئات التحكيمية الرياضية كالإثبات بواسطة شهادة الشهود أو غيرها من وسائل الإثبات المقررة قانونا .

وأجد أن هذا المقتضى القانوني سبق وأن تبنته مجموعة من التشريعات الوطنية المقارنة كقانون التربية البدنية والرياضة المغربي⁴⁸⁴ ، وقانون الرياضة الفرنسي⁴⁸⁵ ، وقد جاء النظام القانوني الجديد للمدرب الصادر عن الاتحاد الدولي FIFA ليقوم بتعزيزه وتأكيده .

أما الشكلية الثانية التي نصت عليها المادة السابقة في فقرتها الخامسة فتنبص حول إلزام الجهة المتعاقدة سواء كانت جمعية أو شركة رياضية أو اتحاد قاري بضرورة التأكد من مدى استيفاء المدرب للشروط اللازمة للتدريب من قبيل توفره على الدبلومات أو الرخص الضرورية

⁴⁸² عرّف قانون رقم 09-30 المتعلق التربية الوطنية والرياضة المغربي في مادته الأولى الإطار الرياضي المحترف : بأنه الشخص الذي يمارس أو يؤطر مقابل أجر بصفة رئيسية أو حصرية نشاطا رياضيا لأجل المشاركة في منافسات أو تظاهرات رياضية ، كما نصت المادة 2-222 من قانون الرياضة الفرنسي على مايلي :

« l'entraîneur professionnel salarié, défini comme toute personne ayant pour activité principale rémunérée de préparer et encadre l'activité sportive d'un ou plusieurs sportifs professionnels salariés dans un lieu de subordination juridique avec un association sportive ... »

⁴⁸³ TAS 2017/A/4960 Daté le 22 décembre 2017.

⁴⁸⁴ جاء في المادة 14 من قانون التربية البدنية والرياضة المغربي ما يلي : " يجب على الجمعية الرياضية أن تبرم عقود شغل مع الرياضيين المحترفين والأطر الرياضية المحترفة تسمى " عقودا رياضية " وفق عقود نموذجية تحددها الإدارة "

⁴⁸⁵ L'article 222-2-5 du code du sport français : « le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit en au moins trois exemplaires... »

للتدريب ، وكذا إنهائه لالتزاماته التعاقدية السابقة من عدمها إلى غيرها من المسائل الأخرى التي يتعين على الجهة المشغلة التحقق منها قبل التعاقد مع المدرب .

ومن وجهة نظري الشخصية أعتقد أن أي إهمال بخصوص مراقبة مدى استيفاء هذه الشكلية من طرف الجهة المتعاقدة لا يمكن أن يؤدي بالضرورة إلا قابلية العقد للإبطال ما دام أن هذه الشكلية لا يتوقف عليها صحة العقد ، و ليست عيبا من عيوب الإرادة المنصوص عليها قانونا ، بل إن تعاقد النادي مع المدرب دون الالتفات إلى هذه الشكلية يجعل العقد صحيحا من الناحية القانونية ويستوجب التعويض في حالة الإخلال بنوده إعمالا للقاعدة الفقهية القائلة بأن " المهمل يتحمل وزر إهماله " و " المفطر أولى بالخسارة " .

وعلى مستوى آخر وزيادة في مقتضيات الحماية للمدربين نصّت الفقرة الرابعة من المادة الثانية من النظام الجديد للمدربين على أن صحة العقد الاحترافي للمدربين لا يمكن أن تتوقف على حصول المدربين على بطاقة الإقامة في بلد العمل ، أو إلزامهم بالتوفر على رخص تدريب خاصة أو معيّنة ، أو أي شروط إدارية أو تنظيمية أخرى يمكن اشتراطها حتى يتم تنفيذ بنود العقد ، لأن هذه المسائل الإدارية تبقى من اختصاص عمل النادي أو الاتحاد القاري المتعاقد معه وليس من اختصاص المدربين .

وبالتالي ومن وجهة نظري فإن أي عقد رياضي يربط بين مدرب كرة القدم محترف وبين نادي رياضي أو اتحاد قاري يتضمن احد هذه الشروط يجعل بالضرورة هذا الشرط باطلا لمخالفته للقانون ويجعل كذلك العقد الذي علّق عليه تنفيذ هذا الشرط قابلا للإبطال تطبيقا لمقتضيات الفصل 108 من قانون الالتزامات والعقود⁴⁸⁶ .

أما فيما يتعلق بالشروط الموضوعية للعقد الرياضي للمدربين فقد نصّت الفقرة الثانية من المادة المشار إليها أعلاه على أن العقد يجب أن يتضمن العناصر الأساسية لعقد العمل وعلى وجه الخصوص موضوعه ، والحقوق والالتزامات المتبادلة بين أطرافه ، والوظيفة المتفق بشأنها ، والالتزامات المالية ، والمدة ، ثم توقيع الأطراف عليه ، وهو تكريس لمبدأ " *l'autonomie de la volonté* " المتعارف عليه في القانون المدني والذي يترجم توافق إرادة المتعاقدين بالتوقيع على العقد وصيرورته ملزما لهما معا تطبيقا لقاعدة " *Pacta Sunt Servanda* " .⁴⁸⁷

وبهذا الخصوص أعتقد أن المشرع المغربي كان سباقا إلى حماية حقوق المدربين على المستوى الوطني من خلال وضع عقد نموذجي خاص بالأطر التقنية منشور بالجريدة الرسمية⁴⁸⁸ ، يتضمن مجموعة من المقتضيات القانونية الجيدة التي تتقاطع مع مجموعة من القواعد القانونية الموضوعية التي جاء بها نظام FIFA الجديد ، لكن مع الأسف نسجل أن هذا العقد النموذجي لا يتم توظيفه من طرف غالبية الأندية الوطنية التي تعتمد على استنساخ عقود خاصة بها تتعارض في غالب الأحيان مع المقتضيات التنظيمية الواردة في العقد النموذجي للمدرب مما يزيد من تراكم عدد الملفات المتعلقة بالنزاعات بين الأندية والمدربين عند إنهاء العقد أمام الغرفة الوطنية لفض المنازعات .

⁴⁸⁶ جاء في الفصل 108 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي : " كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مبالغ للأخلاق الحميدة أو للقانون يكون باطلا ويؤدي إلى إبطال الالتزام الذي يتعلق عليه ، ولا يصير الالتزام صحيحا إذا أصبح الشرط ممكنا فيما بعد " .

⁴⁸⁷ قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " .

⁴⁸⁸ قرار لوزير الشباب والرياضة بسن العقود الرياضية النموذجية بتاريخ : 27 أبريل 2017 ، الجريدة الرسمية عدد : 679 بتاريخ : 16 مارس 2016 .

المطلب الثاني: على مستوى حماية الاستقرار التعاقدى للمدربين.

إن الغاية من إنشاء العقود كيف كان نوعها هي حماية أطرافها بالدرجة الأولى، ثم تنفيذ الالتزامات التي تضمنتها بالدرجة الثانية وفي هذا السياق جاء النظام القانوني الجديد للمدربين بمجموعة من المقتضيات القانونية التي تحمي مدربي كرة القدم من الفسخ التعسفي الذي قد يتعرضون له دون سبب وجيه وعادل خاصة وأن رياضة كرة القدم مرتبطة بتحقيق النتائج الإيجابية أي الانتصارات وإسعاد الجماهير ، بيد أنه وفي أحيان كثيرة لا تخدم النتائج السلبية بعض المدربين لسبب أو لآخر فتكون إقالتهم هي الحل أمام المكاتب المسيرة لإسكات غضب الجماهير .

لذلك نصت مقتضيات المادة الثالثة من النظام على ضرورة احترام العقد المبرم بين الطرفين، إذ أن إنهاء العقد لا يكون إلا بانتهاء مدته أو باتفاق طرفيه . أما إنهائه خارج هاتين الحالتين فإننا سنكون أمام إحدى الحالتين التاليتين: (1) فسخ العقد بسبب وجود سبب عادل. (2) فسخ العقد بسبب عدم دفع الأجور (3) فسخ العقد دون وجود سبب عادل.

واعتقد شخصياً أن الاتحاد الدولي لكرة القدم FIFA استلهم مجموعة من القواعد القانونية المنصوص عليها في قانون اللاعب ليقوم بتطبيقها على عقود المدربين في حالة إنهاء العقد قبل أوانه ، وذلك في إطار فلسفة FIFA في توحيد القواعد القانونية الخاصة بتسوية النزاعات الرياضية الخاصة سواء باللاعبين أو المدربين .

(1) فسخ العقد لوجود سبب عادل :

يمكن للمدرب أو النادي أو الاتحاد القاري أن ينهي العلاقة التعاقدية عن طريق الفسخ دون أن يترتب عن ذلك أي تعويض في حالة وجود سبب مشروع وعادل استناداً لمقتضيات المادة الرابعة من النظام القانوني الجديد للمدرب⁴⁸⁹ ، وفحص مدى شرعية وجود السبب العادل من عدمه لفسخ العقد يبقى من اختصاص الهيئات القضائية الرياضية التي تتولى البت في ملف النزاع ، والتي تبقى وحدها المؤهلة للنظر في الأسس الواقعية والقانونية التي بنى عليها كل طرف وجهة نظره لفسخ العقد. وقد أعتبر قانون المدرب الجديد أن أي سلوك مسيء من طرف أحد طرفي العلاقة التعاقدية يهدف إلى إجبار الطرف الآخر على إنهاء العقد أو تعديل بنوده يعتبر سبباً عادلاً ومشروعاً لفسخ العقد مع ما يترتب عن ذلك قانوناً.

(2) فسخ العقد بسبب عدم دفع الأجور :

على غرار قانون اللاعب خوّلت المادة الخامسة⁴⁹⁰ من النظام القانوني الجديد للمدربين صلاحية فسخ تعاقدتهم مع الجهة المشغلة إذا لم يتوصلوا بمستحققاتهم المالية عن أجرة شهرين في المواعيد المتفق عليها ، وقد اعتبر القانون المذكور أن هذا السبب عادل ومشروع لفسخ

⁴⁸⁹ " En présence d'un cas de juste cause, un contrat peut être résilié par l'une ou l'autre des parties sans paiement d'indemnités.

Tout comportement abusif d'une partie visant à forcer l'autre partie à résilier ou à modifier les termes du contrat donne droit à cette autre partie de résilier le contrat pour juste cause".

⁴⁹⁰ 5 Rupture d'un contrat pour juste cause en raison de salaires impayés :

- Si un club ou une association venait à se retrouver dans l'illégalité en ne payant pas au moins deux salaires mensuels à l'entraîneur aux dates prévues, ce dernier serait alors considéré comme en droit de résilier son contrat pour juste cause sous réserve d'avoir mis en demeure par écrit le club débiteur ou l'association débitrice et de lui avoir accordé

العقد في الشق الرياضي مادام أن كرة القدم هي مورد رزق المدرب ، لكّنه قيّد ممارسة هذا الحق بضرورة توجيه المدرب لإنذار مكتوب للجهة المشغلة ومنحها أجل خمسة عشر يوماً لأداء مجموع المبالغ المستحقة تحت طائلة عدم قبول الدعوى .

أما بالنسبة للأجور التي لا يتم دفعها على أساس شهري ، سيتم تقسيم القيمة المقابلة لشهرين وبالتالي سيكون التأخير في دفع مبلغ يعادل راتب شهرين سبباً عادلاً لإنهاء العقد شريطة احترام أجل الخمسة عشر يوماً المشار إليه أعلاه.

(3) فسخ العقد دون وجود سبب عادل :

من خلال ما تقدم أعلاه لاحظنا أن النظام القانوني للمدربين حدّد بشكل حصري الحالات المشروعة أو العادلة التي يمكن من خلالها لأطراف العقد التحلل من قوته الملزمة ، غير أن أي إنهاء للتعاقد خارج الحالات المذكورة يعتبر فسخاً تعسفياً للعقد يستوجب التعويض⁴⁹¹ . والجدير بالذكر أن الهيئات القضائية الرياضية كانت تجتهد وتعتمد على هذا المعيار حتى قبل تنظيمه من طرف FIFA في تسوية نزاعات المدربين في مجموعة من قراراتها⁴⁹² ، غير أن قانون المدرب الجديد حدّد عدّة معايير يمكن للهيئة القضائية الرياضية سواء الدولية أو الوطنية الرجوع إليها عند ثبوت الفسخ التعسفي للعقد الرياضي للمدربين من جانب واحد واعتمادها في احتساب التعويض ما لم يتّص العقد على خلاف ذلك سواء بالنسبة للمدربين أو الجهة المشغلة . ويمكن احتساب التعويضات سواء للمدربين أو الجهة المشغلة المتعاقدة وفق ما يلي :

(1) التعويض الممنوح للمدربين :

حددت الفقرة الثانية من المادة السادسة من النظام القانوني للمدربين⁴⁹³ الطريقة التي يمكن للهيئات القضائية المختصة اعتمادها في التعويض في حالة إنهاء العقد دون سبب وجيه قبل أوّانه وفق ما يلي :

ذلك أنه إذا لم يوقع المدرب عقداً جديداً بعد إنهاء عقده السابق ، فالتعويض يكون معادلاً للقيمة المتبقية للعقد الذي تمّ إنهاؤه قبل أوّانه بشكل تعسفي .

au moins 15 jours pour honorer la totalité de ses obligations financières. Des dispositions contractuelles alternatives applicables au moment de l'entrée en vigueur de la présente disposition peuvent également être considérées"...

تنصّ على ما يلي : FIFA الفقرة 1 من المادة 6 من الملحق الثامن من نظام وضعية وانتقالات اللاعبين⁴⁹¹

"...Dans tous les cas, la partie ayant rompu le contrat est tenue de payer une indemnité..."

492 Décision du juge unique de la Commission du Statut du Joueur rendue le 30 janvier 2012 à Zurich, Suisse.

493) si l'entraîneur n'a pas signé de nouveau contrat après la résiliation de son précédent contrat, l'indemnité est en règle générale équivalente à la valeur résiduelle du contrat prématurément résilié.

si l'entraîneur a signé un nouveau contrat au moment de la décision, la valeur du nouveau contrat pour la période correspondant à la durée restante du contrat prématurément résilié est déduite de la valeur résiduelle du contrat prématurément résilié (« indemnité réduite »). De plus, et sous réserve que la résiliation prématurée du contrat soit due à des impayés, l'entraîneur sera en droit de percevoir, en plus de l'indemnité réduite, une somme correspondant à trois mois de salaire (« indemnité supplémentaire »). Dans des circonstances particulièrement graves, l'indemnité supplémentaire peut être augmentée jusqu'à représenter l'équivalent de six salaires mensuels. L'indemnité totale ne pourra jamais dépasser la valeur résiduelle du contrat prématurément résilié .

أما إذا وقع المدرب عقدا جديدا في وقت صدور قرار الهيئة التحكيمية فإن التعويض يحتسب بخصم قيمة العقد الجديد عن الفترة المقابلة للمدة المتبقية من العقد الذي تم إنهاؤه قبل أوانه وهو ما يسمى (بالتعويض المخفض) ، بالإضافة إلى ذلك يحق للمدرب الحصول على مبلغ يعادل راتب ثلاثة أشهر وهو ما يسمى بالتعويض الإضافي ، أما في حالة وجود ظروف خاصة مشددة فيمكن للهيئة القضائية التحكيمية رفع قيمة التعويض الإضافي ليعادل أجور ستة أشهر، شريطة أن لا تتجاوز القيمة الإجمالية للتعويض القيمة المتبقية للعقد الذي تم إنهاؤه قبل الأوان .

2) التعويض الممنوح للأندية أو الاتحادات :

إذا ثبت للهيئات القضائية الرياضية من خلال وثائق النزاع أن المدرب هو من تعسف في إنهاء العقد خلال الفترة المحمية دون سبب عادل وقام بالتوقيع لنادي جديد ، فإن هذا المدرب ملزم بأداء تعويض للجهة المشغلة يتم احتسابه على أساس الأضرار و التكاليف التي تسبب فيها للنادي فيما يتعلق بإنهاء العقد مع الأخذ بعين الاعتبار على وجه الخصوص الأجر المتبقي و المزايا الأخرى المستحقة للمدرب بموجب شروط العقد الذي تم إنهاؤه قبل الأوان أو بموجب شروط أي عقد جديد ، والتكاليف والنفقات التي تكبدها النادي القديم . ومن وجهة نظري فالمعايير التي حددها النظام القانوني الجديد للمدربين لحماية الاستقرار التعاقدى ستساهم دون أدنى شك في تسريع وثيرة البت في ملفات النزاعات بين المدربين والأندية مادام أن الأمور الآن أضحت واضحة من حيث الالتزامات المالية المتبادلة بين الطرفين .

المبحث الثاني : أحكام النزاعات في ظل النظام القانوني الجديد للمدرب.

المطلب الأول : التأخير في تنفيذ الالتزامات المالية

مما لا شك فيه أن النزاعات المالية بين الأندية والمدربين تنصدر قائمة الملفات المعروضة على أنظار الهيئات القضائية الرياضية الوطنية والدولية خاصة إذا ما علمنا أن مقتضيات المادة 7 من النظام القانوني الجديد للمدربين⁴⁹⁴ نصّت على وجوب احترام الأندية والاتحادات لالتزاماتها المالية اتجاه المدربين وفق بنود العقود الرياضية الموقع عليها بين الطرفين .

ذلك أن الأندية والاتحادات المتعاقدة تعتبر متعاسة عن تسديد المستحقات المالية للمدربين بعد انصرام أجل ثلاثون يوم من التاريخ المتعاقد بشأنه لاستخلاص الأجر الشهري، وفي هذا الإطار ومن أجل إثبات التقاعس في أداء المستحقات يمكن للمدربين الدائنين توجيه إنذار مكتوب للأندية أو الاتحادات المتعاسة ومنحها أجل 10 أيام على الأقل للوفاء بالتزاماتها المادية قبل سلوك الإجراءات القانونية الواجبة والمطالبة بإيقاع الجزاءات الرياضية المقررة قانونا دون إغفال إمكانية فسخ العقد بعد انصرام أجل الشهرين والمشار إلى أحكامه سلفا بموجب المادة السادسة .

والجدير بالذكر أن النظام القانوني الجديد للمدربين رتبّ عواقب وخيمة على عدم دفع المستحقات المالية العالقة بعد استحقاقها وفق ما سيأتي أسفله .

المطلب الثاني : لجنة وضعية اللاعب التابعة للاتحاد الدولي لكرة القدم⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ Les clubs et associations sont tenus de respecter leurs obligations financières vis-à-vis des entraîneurs conformément aux conditions stipulées dans les contrats signés avec leurs entraîneurs.

⁴⁹⁵ Le règlement de la commission du statut du joueur et de la chambre de résolution des litiges , نظمت القواعد الإجرائية لعمل هذه اللجنة ومسطرة التقاضي أمامها بموجب اللائحة المشار إلى تسميتها أعلاه ، أما على المستوى الوطنى فتختص الغرفة الوطنية

تختص لجنة وضعية اللاعب داخل الاتحاد الدولي لكرة القدم بالنظر في النزاعات ذات البعد الدولي بين الأندية والاتحادات والمدربين والمتعلقة بالشغل،⁴⁹⁶ في حين تختص غرفة فض المنازعات بالنظر في النزاعات بين اللاعبين المحترفين والأندية. ففي الحالة التي ينشأ فيها نزاع رياضي بين مدرب محترف وأحد الأندية أو الاتحادات المتعاقدة بسبب تنفيذ بنود العقد الرياضي الذي يربط بينهما والذي يأتي غالباً في صورة إنهاء العقد قبل أوانه بسبب عدم الوفاء بالالتزامات المالية أو إنهائه قبل أوانه دون سبب وجيه ، فإن المدربين أو الأندية المتعاقدة يكونون ملزمين باللجوء للجنة وضعية اللاعب داخل FIFA وتقديم شكاية في الموضوع للمطالبة بمستحقاتهم المالية.

لكن الإشكال الذي كان يثار بعد صدور المقرر التحكيمي للجنة وضعية اللاعب سواء ابتدئاً أو بعد صيرورته نهائياً بعد استئنائه أمام محكمة التحكيم الرياضي بلوزان كان يتعلق بالتنفيذ⁴⁹⁷ ، إذ أن مجموعة من الأندية كانت تتماطل في تنفيذ المبالغ المالية المحكوم بها لسنوات غيرمكثرة بالعواقب الوخيمة الناتجة عن الامتناع عن التنفيذ باعتباره فعلاً مجرمًا بحسب مدونة التأديب الصادرة عن FIFA والتي قد تصل العقوبة بشأنه إلى الدرجة من القسم الذي يمارس فيه النادي للممتنع إلى القسم الموالي⁴⁹⁸ ، لكن تنفيذ هذه العقوبات كان يتطلب تقديم طلب بفتح المسطرة التأديبية أمام اللجنة التأديبية التابعة للاتحاد الدولي لكرة القدم والإدلاء أمامها بما يفيد مباشرة إجراءات التنفيذ والامتناع من جانب الجهة المشغلة ، هذه المسطرة رغم أنها تأخذ بدورها وقتاً معيناً غير أنها تنتهي غالباً بسداد الديون المتخلّدة في ذمة الأندية مخافة صدور عقوبات من طرف FIFA .

وإذا كانت النزاعات الرياضية تتميز بخاصية السرعة في تسوية الخلافات عن طريق التحكيم على عكس القضاء العادي الذي يتميز بالبطء في إجراءات التقاضي لأسباب متعددة ، فقد وضع النظام الجديد للمدربين من خلال المادة الثامنة منه إجراءات مسطرية سريعة وفعالة لتنفيذ المقررات التحكيمية الصادرة عن الهيئات المختصة في مواجهة المدينين ، بحيث أنه خول لهذه الهيئات صلاحية تضمين العقوبات التي قد يتعرض لها المدين سواء كان مدرباً أو نادياً في حالة عدم الأداء في التاريخ المقرر في منطوق المقررات التحكيمية .

أما في الحال التي تتدخل فيها الأمانة العامة للاتحاد الدولي لكرة القدم طبقاً للاختصاص المخول لها قانوناً لمنح مهلة للأداء لأحد الطرفين ، فإن عواقب التماطل في الأداء يجب تضمينها في مراسلة الأمانة العامة على غرار المقرر التحكيمي. وبحسب الفقرة الثانية من المادة الثامنة فإن العقوبات التي يجب تضمينها في المقررات التحكيمية لا يمكن أن تخرج عن الآتي:

بالنسبة للأندية: المنع من تسجيل التعاقدات الجديدة على المستويين الوطني والدولي إلى غاية أداء جميع المبالغ المالية المستحقة ، على أن تكون مدة المنع القصوى من التسجيل هي ثلاث فترات متتالية .

لفض المنازعات طبقاً للمادة 3 من نظامها بالنظر في النزاعات الرياضية القائمة بين المدربين المغاربة والأندية الوطنية فيما يتعلق بالاستقرار التعاقدية .

⁴⁹⁶ المادتين 22 و 23 من لائحة وضعية انتقالات اللاعبين الصادرة عن FIFA

⁴⁹⁷ على مستوى الدوري المغربي طرح هذا الإشكال بشكل كبير في الآونة الأخيرة خاصة بالنسبة للأندية الكبيرة ، كنزاع المدرب محمد فاخر مع الرجاء الرياضي ، أو نزاع المدرب الإسباني كارلوس غاريغو مع نفس النادي ، ثم نزاع المدرب رافاييل حميدي مع الوداد الرياضي ، نزاع المدرب سيرجيو لوبيرا ضد نادي المغرب التطواني .

⁴⁹⁸ المادة 15 من النظام التأديبي FIFA.

بالنسبة للاتحادات: تقليص النسبة المئوية من المنحة التي ترسلها *FIFA* للاتحادات والخاصة ببرنامج التنمية " *fonds de développement* " ⁴⁹⁹ إلى غاية أداء جميع المبالغ المالية المستحقة

بالنسبة للمدربين: المنع من مزاولة مهام تدريب كرة القدم إلى غاية أداء جميع الديون المالية المستحقة ، على أن لا تتعدى مدة المنع بين أربعة و ستة أشهر .

وتجدر الإشارة إلى أن قرار لجنة وضعية اللاعب يكون قابلاً للتنفيذ داخل أجل 45 يوما الموالية لتبليغه ما لم يتم قطع هذه المدة بموجب استئناف أمام محكمة التحكيم الدولية *TAS* ، بيد أنه وبعد صدور القرار النهائي عن *TAS* يجب على المدين دفع كامل المبلغ المستحق بما في ذلك الفوائد المطبقة الى الحساب البنكي للدائن داخل المهلة الزمنية المحددة ، وفي حالة عدم دفع الدين في أجله المحدد يجوز للدائن أن يطلب من *FIFA* تنفيذ العقوبات بواسطة طلب مكتوب والتي تطبق فوراً ودون المرور عبر اللجنة التأديبية وهي من المستجدات الجديدة التي تبنتها *FIFA* من أجل تسريع وثيرة تنفيذ المقررات التحكيمية الصادرة عن هيكلها .

كما أن رفع هذه العقوبات لا يتم إلا عبر سداد المستحقات المالية العالقة في ذمة المدين وتقديمه الدليل على أداء المستحقات المالية أمام الأمانة العامة للاتحاد الدولي لكرة القدم التي تقوم بطلب تأكيد تسلم المبالغ من طرف الدائن داخل أجل خمسة أيام ، وهنا نكون أمام حالتين إما تأكيد الدائن لاستلام المبالغ المالية المستحقة ويقوم *FIFA* برفع العقوبات ، وإما ترفع العقوبات بعد انصرام الآجال المقررة قانوناً لذلك في حالة عدم الرد من طرف الدائن وفي الحالتين معا يكون رفع العقوبات مباشرة بواسطة رسالة كتابية من *FIFA* تفيد هذا الإجراء .

وإجمالاً يمكن القول أن الاتحاد الدولي لكرة القدم كان موفقاً في تبني نظام قانوني حمائي خاص بفئة المدربين على غرار اللاعبين المحترفين في ظل الفراغ التشريعي الذي كان يعرفه هذا المجال سواء على الصعيدين الوطني أو الدولي ، كما أنه أضحى من اللازم على الاتحادات القارية التنصيص فيها لوائحها الداخلية على هذه المقتضيات التنظيمية الصادرة عن *FIFA* تطبيقاً لمقتضيات الفقرة 4 من المادة الأولى من القواعد الجديدة الخاصة باشتغال المدربين ⁵⁰⁰ ، وفي هذا الإطار أعتقد أن الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم مدعوة إلى تعديل لائحة انتقالات اللاعبين وإدراج هذه التعديلات الجديدة ضمنها في جمعها العام المقبل ، مع التشديد على رفض التأشير على العقود الرياضية بين المدربين والأندية التي لا تعتمد على العقد النموذجي الصادر في الجريدة الرسمية كإطار تشريعي وحيد للتعاقد ، نظراً لما يوفره من حد أدنى من الحقوق المنصوص عليها في النظام الجديد للتعاقد .

⁴⁹⁹ هو برنامج تم إعطاء انطلاقة سنة 2016 وهو دافع تطوير كرة القدم حول العالم بالنسبة للاتحادات الأعضاء ، بحيث أن هذه الأخيرة تبقى دعماً مالياً سنوياً من *FIFA* قصد تمويل برامج تطويرية للبنيات التحتية وغيرها من حاجيات الاتحادات الرياضية القارية وقد بلغت قيمة المنحة المخصصة هذه السنة للاتحادات الأعضاء 1,5 مليار دولار للقضاء على العواقب الاقتصادية الناتجة عن تفشي وباء كورونا .

⁵⁰⁰ " Chaque association doit inclure dans sa réglementation des moyens adaptés pour protéger la stabilité contractuelle entre les entraîneurs et les clubs ou associations , dans le respect du droit national contraignant et des conventions collectives . "

المراجع بالعربية :

- قانون الالتزامات والعقود المغربي .
- القانون رقم 09-30 المتعلق بالتربية البدنية والرياضة .
- قرار وزير الشباب والرياضة بسن العقود النموذجية .
- دورية *FIFA* عدد : 1743 بتاريخ : 14 دجنبر 2020

المراجع بالفرنسية :

- *Code du sport français .*
- *Règlement du Statut et du Transfert des Joueurs Édition janvier 2021 .*
- *Le règlement de la commission du statut du joueur et de la chambre de résolution des litiges.*
- *Décision du juge unique de la Commission du Statut du Joueur.*
- *TAS 2017/A/4960 Daté le 22 décembre 2017.*

الإشكالات الواردة على تشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 76/61

Problems contained in the legislation of the obligatory will In the Jordanian Personal Status Law No. 61/76

مهيل الأحمد

عميد كلية الحقوق- جامعة فلسطين الأهلية- فلسطين

ملخص:

تناولت هذه الدراسة ماهية الوصية الواجبة ووقت العمل بها في قانون الأحوال الشخصية الأردني، هادفة إلى التعرف على الطبيعة القانونية لتشريعها والتكييف الفقهي الخاص بها في القانون، حيث تم الوقوف على الموقف الشرعي والقانوني من تشريعها وأهمية معرفة ذلك من الناحية العلمية والتأصيلية مع ذكر الأدلة والمناقشات التي أوردها الفقهاء حسب موضعها من البحث، وظهر للباحث أن هناك عدداً من الاعتراضات والإشكالات قد وردت على تشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (76/61) وفق أمثلة ومظاهر وتفصيلات عالجتها هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية: الوصية الواجبة، الميراث، القانون، الأحوال الشخصية، القانون الأردني.

Abstract :

This study deals with the nature of the obligatory will and the time to implement it in the Jordanian Personal Status Law, aiming to identify the legal nature of its legislation and its jurisprudential adaptation in the law. It was reported by the jurists according to their position in the research, and it appeared to the researcher that there were a number of objections and dilemmas that had been received against the legislation of the obligatory will in the Jordanian Personal Status Law No. (61/76) according to the examples, manifestations and details addressed in this study.

Key Words: Obligatory Will, Inheritance, Law, Personal Status, Jordanian Law.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين وعلى آله وصحبه ومن اقتدى بسنته بإحسان إلى يوم الدين، أما

بعد؛

فإن التشريعات الإسلامية المتعلقة بتنظيم العلاقات المالية بطريق الإرث جاءت محددة بنصوص شرعية واضحة مفصلة حيث إن من يستحق الإرث وفق هذا المفهوم يعرف مقدار نصيبه من خلال ذلك دون الحاجة إلى اجتهد أو بحث عن مقادير جديدة، وذلك لأن فلسفة الميراث في المفهوم الشرعي جعلت الإنسان المرتبط بسبب إرثي يأخذ نصيباً ميبناً دون أن يسبب ذلك أي اعتداء على نصيب غيره، وأن ذلك قد نظم وقتن من خلال نصوص شرعية واضحة لا لبس فيها.

ومع هذه القواعد الواضحة في فلسفة التوريث في الإسلام؛ ظهر اجتهد في القرن الماضي يفيد بأهمية رعاية جانب الضعف والحاجة لدى أولاد الولد المتوفى حال حياة أبيه أو أمه، مستنداً إلى قراءات فقهية مدخلها الوصية الشرعية وطبيعة الحكم الشرعي التكليفي المتعلق بها من حيث الأصل وهل هو يقتضي الوجوب أم يعد من قبيل الندب، وبأن كلمة الفقهاء قد انقسمت في ذلك إلى هذين التصنيفين، حيث مال المجتهدون في تقنين الوصية الواجبة إلى رأي الموجبين، وأسندوا ذلك بأدلة ترى أن للإمام أن يقيد المباح وأن أمره بالمباح أو المندوب يجعله واجباً، وفق القاعدة التي تنص على: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"، وأن المصلحة في اجتهدهم في أن إيجاب هذه الوصية جاء لتحقيق مصلحة أولاد الولد المتوفى حال حياة أبيه أو أمه من حيث معالجة الفقر وسد الحاجة ومنع النزاعات والاختلافات الواقعة أو المتوقعة بين الأقارب عند حصول هذه الحالة.

ومن هنا جاء قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لسنة (1976) بتبني هذا الاجتهد وقتن أحكام الوصية الواجبة وفق نص المادة (182) منه حيث بدأ تطبيق هذه الوصية بعد ذلك وفق تجاذبات واعتراضات فقهية وتطبيقية لم تتوقف حتى اللحظة، ولذلك كانت هذه الدراسة لتعالج موضوع الإشكالات والاعتراضات الواردة على تشريع هذه الوصية الواجبة في هذا القانون بعنوان: "الإشكالات الواردة على تشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 76/61"

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

وتبرز أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يأتي:

1. تعلق هذا الموضوع بالوصية الواجبة من حيث الماهية والإشكالات الواردة عليها وفق المفهوم الشرعي والقانوني.
2. إظهار أهمية الوقوف على التشريعات التي تحدثت عن الوصية الواجبة ومن ثم عالجت موضوعاتها من حيث الوصف والتأصيل.
3. بيان أن معرفة الطبيعة القانونية لتشريع الوصية الواجبة من المسائل المهمة للباحثين والمختصين من خلال ما تعالجه من إشكالات قد تعترض تطبيقها في الواقع المعاش.
4. مساس هذا الموضوع بالواقع المعاصر، وأهمية ما يرتبط به من ارتباطات موضوعية توجب على الدراسات الشرعية والقانونية أن تقف على هذه المسائل بهدف المعالجة العلمية.
5. تناول جزئيات الفقه الإسلامي بطريقة مقارنة مع اختلافات القوانين والتشريعات.

أهداف البحث: وهي متمثلة بما يأتي:

1. تحديد ماهية الوصية الواجبة ووقت العمل بها للوصول إلى الموقف القانوني المتعلق بذلك.
2. بيان كيف تكون الطبيعة القانونية لتشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني.
3. دراسة ما يرتبط بموضوعات الإشكالات الواردة على تشريع الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي والقانون من أجل الوقوف على هذه القضية بدقة ووضوح.

مشكلة/ أسئلة البحث: وهي متمثلة بأمور هي:

1. ما مفهوم الوصية الواجبة ووقت العمل بها في التشريعات القانونية؟
2. ما هي الطبيعة القانونية لتشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني؟
3. ما هو رأي الفقهي والقانوني من تشريع الوصية الواجبة؟
4. ما هي الإشكالات الواردة على تشريع الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي والقانون؟
5. كيف تكون طبيعة هذه الاعتراضات على تشريع الوصية الواجبة في القانون الأردني؟

منهجية البحث: ولقد كان منهج الباحثين كالآتي:

1. الاعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي، وذلك ببيان ماهية الوصية الواجبة وتكييفها والوقوف على الطبيعة القانونية لها، وكذلك الإشكالات المرتبطة بتشريعها، ومن ثم تحليل هذه الإشكالات الواردة عليها بهدف الوقوف على متعلقات البحث بدقة ووضوح.

2. الرجوع إلى المراجع المتخصصة في موضوعات البحث.

محتوى البحث: وقد جاءت هذه الدراسة - إضافة للمقدمة والخاتمة - في ثلاثة مباحث، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: حقيقة الوصية الواجبة والطبيعة القانونية لتشريعها في قانون الأحوال الشخصية الأردني

المطلب الأول: المقصود بالوصية الواجبة ووقت العمل بها في التشريعات القانونية الأردنية
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لتشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني

المبحث الثاني: الموقف الشرعي والقانوني من تشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني

المطلب الأول: رأي الفقهاء من تشريع الوصية الواجبة في القانون الأردني
المطلب الثاني: رأي قانون الأحوال الشخصية الأردني من تشريع الوصية الواجبة

المبحث الثالث: الاعتراضات الخاصة بتشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني

المطلب الأول: الإشكالات الواردة على تشريع الوصية الواجبة لمخالفتها أحكام الوصية الاختيارية
المطلب الثاني: الإشكالات الواردة على تشريع الوصية الواجبة لمخالفتها أحكام الميراث
المطلب الثالث: الإشكالات الواردة على فلسفة تشريع الوصية في القانون الأردني

وأخيراً : فهذا غاية جهد الباحث، فإن كان ثم توفيق بفضل الله تعالى، وإن كانت الأخرى فمن عجز وتقصير واستغفر الله

العظيم.

المبحث الأول: حقيقة الوصية الواجبة والطبيعة القانونية لتشريعها في قانون الأحوال الشخصية الأردني

إن التعرف على ماهية الوصية الواجبة يتطلب بيان حقيقتها ووقت العمل بها في التشريعات القانونية الأردنية، وذلك فيما يأتي من مطالب:

المطلب الأول: المقصود بالوصية الواجبة ووقت العمل بها في التشريعات القانونية الأردنية

أولاً: معنى الوصية الواجبة ولمن تجب في قانون الأحوال الشخصية الأردني

هي أن يعطى أولاد الأبناء الذي مات أبوهم في حياة جدهم وصية مالية ثابتة لهم في تركة جدهم من جهة الأب، أو في تركة جدتهم من الأب إذا ماتت أمهم أو أبوهم في حياة أبيه أو أمه، وتستمد هذه الوصية قوتها من القانون. حيث تعرف بأنها: قدر من المال يستحقه فرع ولد الميت إذا مات أبوه في حياة جده فيأخذ نصيب والده كما لو كان حياً فيما لا يزيد عن الثلث، ويأخذ هذا القدر إلزاماً بحكم القانون⁽⁵⁰¹⁾، وقيل: بأنها "وصية وجبت في ثلث تركه الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً⁽⁵⁰²⁾".

وتجب الوصية الواجبة في تركة الإنسان لفرع من مات من ولده، سواء كان الموت حقيقة أو حكماً، فهي تثبت لأولاد الأبناء الذين لا ينتسبون إلى الميت بأنثى، كابن الابن، وابن ابن الابن، وبنات الابن، وإن نزلت طبقاتهم، واحداً كانوا أو أكثر، على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره، ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط. وأن يقسم نصيب كل أصل على من يوجد من فروعه قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين.

ثانياً: وقت العمل بالوصية الواجبة في بعض التشريعات القانونية⁽⁵⁰³⁾

نظرت بعض التشريعات القانونية الخاصة بموضوعات الأحوال الشخصية أن تواكب متطلبات العصر ومستجداته، والمساهمة في حل مجموعة من الإشكالات الاجتماعية التي منها بقاء الأحفاد عالة يتكفون حال توفي والدهم قبل جدهم، حيث رأى المشرعون إيجاب قسم من مال جدهم، يساوي مقدار ما كان سيرثه والدهم إن هو مات بعد والده، وقسمته بينهم، واصطلحوا على تسميته بالوصية الواجبة، وبخصوص ذلك جاء قانون الوصية المصري (رقم 71 لسنة 1946 م) ليستند إلى بعض أقوال الفقهاء في إصدار المواد من 76 إلى 79 التي تنظم الأحكام وشروط الوصية الواجبة، أو (الوصية القانونية)؛ حيث جعلها واجبة بحكم القانون، سواء أراد المورث ذلك أم لا على أن تكون لأولاد الابن مهما نزلوا إذا مات أبوهم في حياة أبيه أو أمه (جد أو جدة هؤلاء الأحفاد) أو ماتوا معاً في حادثة.

ومن ثم جعلها واجبة أيضاً للطبقة الأولى من أولاد البنات الصليات إذا ماتت أمهم في حياة أبيها أو أمها (جد أو جدة هؤلاء الأبناء) أو ماتت معهم ولو حكماً في حادثة ونحوها⁽⁵⁰⁴⁾، على أن تكون الوصية الواجبة لهاتين الفئتين في حدود ما كان يستحقه ذلك الأصل

501 - سلطان، صلاح، الميراث والوصية بين الشريعة والقانون، سلطان للنشر، أمريكا، ط1، 2006م، ص220.

502 - خليفة، محمد طه أبو العلا، أحكام الموارث، دار السلام للطباعة والنشر، ط1، 2004، القاهرة، ص336.

503 - شلبي، محمد مصطفى، الوصايا والأوقاف، ص252، حسين، أحمد فراج، الوصية في الشريعة الإسلامية، ص200، داود، أحمد محمد علي، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2009، ص162، وما بعدها.

504 - مثل موت الشخص مع أصله في وقت واحد، ولم يعلم من مات أولاً منهم وكان ذلك حال الموت الجماعي في حادث سير أو غرق، وحرق، وهدم، ونحو ذلك.

المتوفى في حياة المورث (الجد والجدّة)، شرط أن لا يزيد هذا الحق أو النصيب المستحق بالوصية الواجبة عن الثلث، وقد عمل بالوصية الواجبة في الأردن منذ تاريخ 1396هـ الموافق 1976/12/1م مع صدور قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976م⁽⁵⁰⁵⁾.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لتشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني

الناظر في الوصية الواجبة يجد أنه ليست وصية خالصة وليست ميراثاً خالصاً كذلك بل هي تشبه كلا منهما في أمور وتختلف معهما في أخرى وذلك كما يأتي⁽⁵⁰⁶⁾:

أولاً: الطبيعة القانونية للوصية الواجبة من حيث تشابهها مع الوصية الاختيارية واختلافها معها

فهي تشبه الوصية الاختيارية من وجوه: أنها تكون في حدود الثلث، وبأنها تقدم على الميراث بل على سائر الوصايا. وتختلف الوصية الاختيارية من وجوه: أن الوصية الاختيارية لا توجد إلا بإنشاء الموصي بينما الوصية الواجبة توجد وإن لم ينشئها الموصي، وبأنها تحتاج إلى قبول إذا كانت لمعين بخلاف الوصية الواجبة فلا تحتاج ذلك، وترتد الوصية الاختيارية بالرد بينما الوصية الواجبة لا ترتد بالرد.

ثانياً: الطبيعة القانونية للوصية الواجبة من حيث تشابهها مع الميراث واختلافها معه⁽⁵⁰⁷⁾

فهي تشبه الميراث من وجوه هي:

1. أن كلا منهما لا يحتاج إلى صيغة من المورث، ولا يتوقف على قبول من المستحقين لهما. فالميراث ثابت بحكم الله عز وجل فلا دخل فيه لإرادة المورث أو الوارث أو هما معاً. والوصية الواجبة ثابتة لغير الوارثين من الوالدين والأقربين بأية الوصية عند جمع عظيم من الفقهاء والمحدثين، وثابتة بقوة القانون الذي أخذ برأي هؤلاء وإن حصرها في الأحفاد أولاد الأبناء الذكور وإن نزلوا، الذين توفى أصلهم في حياة المورث أو معه. وما دام هذا شأن الوصية الواجبة فإنها لا تحتاج إلى صيغة من المورث.

فإذا توفى من غير أن يوصى لأحفاده الذين مات أصلهم في حياته أو معه، وحجبوا من الميراث، ولم يعوضوا بطريق آخر - فإن هؤلاء الأحفاد يستحقون ما كان يستحقه أصلهم ميراثاً - على أن لا يزيد ذلك على الثلث - بل لو نص صراحة على أنهم لا يأخذون شيئاً من تركته، فإن الوصية الواجبة تؤخذ منها بقوة القانون، أو بتدخل ولي الأمر لتنفيذ هذا الحق الواجب الأداء من التركة، وإذا كان هذا الحق واجباً شرعاً، وقانوناً فإنه لا يتوقف على قبول من المستحقين له، ولا يرتد بردهم، حتى يمكن القول بأن الملكية في الوصية الواجبة تثبت بالخلافة الجبرية كما هو الحال بالنسبة للملكية بالميراث.

2. تقسم الوصية الواجبة بين مستحقيها - عند تعددهم - قسمة الميراث؛ حيث يعد نصيب الأصل المتوفى كأنه تركه عنه، فتطبق عليه قواعد الإرث من حجب، وأن يأخذ الذكر ضعف الأنثى .. وغير ذلك.

505 - داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، ص164.

506 - أبو زهرة، محمد، شرح قانون الوصية المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ط6، 1988م، ص193-194، السرطاوي، فؤاد عبد اللطيف، الوجيز في الوصايا والموارث، ص39، شلبي، محمد مصطفى، الوصايا والأوقاف، ص252، العزيزي، محمد رامي عبد الفتاح، الميراث والوصية ووصية القانون في الشريعة الإسلامية، جبهة للنشر والتوزيع، 2003م، ص113، حسين، أحمد فراج، الوصية في الشريعة الإسلامية، ص200.

507 - العزيزي، محمد رامي عبد الفتاح، الميراث والوصية ووصية القانون في الشريعة الإسلامية، جبهة للنشر والتوزيع، 2003م، ص113، حسين، أحمد فراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1997م، ص200.

وتخالف الميراث من وجوه هي⁽⁵⁰⁸⁾:

1. الوصية الواجبة هي عوض عما فات المستحقين لها من ميراث أصلهم، ولذلك فإنهم لا يستحقون وصية واجبة إذا كانوا وارثين - ولو كان ما ورثوه قليلاً - كما أنهم لا يستحقونها إذا أخرجها المورث (الجد أو الجدة) من تلقاء نفسه (بالوصية الاختيارية)، وبالتالي فلا تثبت في التركة ابتداءً، بخلاف الميراث فهو يثبت الحق في التركة للوارث ابتداءً، بصرف النظر عما قد يحول دون استحقاقه شيئاً من التركة بعد ذلك.

2. في الوصية الواجبة يحجب الابن فرعه دون فرع غيره؛ أي أنه يحجب ابن الابن - الذي هو من صلبه - وإن نزل لكنه ابن الابن الذي هو ابن أخيه. أما في الميراث يحجب الفرع المذكور من دونه من الأبناء والبنات مطلقاً؛ فالابن يحجب ابن الابن سواء كان ابنه أو ابن أخيه.

3. في الوصية الواجبة يغني عنها ما أعطاه الجد أو الجدة لمستحقيها تبرعاً بدون عوض كالهبة والإعارة والوصية الاختيارية ونحو ذلك. بخلاف الميراث فإنه لا يغني عنه أي نوع من التبرعات - بدون عوض - يعطيها المورث لورثته أو لأحدهم

المبحث الثاني: الموقف الشرعي والقانوني من تشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني

ناقش الفقهاء مسألة الوصية الواجبة من خلال الخلاف الحاصل في طبيعة أصل تشريع الوصية، وهل يعد من قبيل الوجوب أم أنه من باب الندب، حيث وقف الفقهاء على آرائهم وفق أدلة قد استند إليها كل فريق، ثم تبنى القانون رأي من جعلها واجبة وفق تفصيلات بيانها فيما يأتي من مطالب:

المطلب الأول: رأي الفقهاء من تشريع الوصية الواجبة

اختلف الفقهاء في حكم الوصية الواجبة على رأيين هما:

- أولاً:** ذهب الجمهور، ومنهم الأئمة الأربعة باستحبابها، وأنها لا تجب على الشخص إلا بحق الله أو للعباد⁽⁵⁰⁹⁾، واستدلوا بأدلة منها:
1. قوله تعالى: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين"⁽⁵¹⁰⁾. وعندهم بأن هذه منسوخة بآية الموارث التي أخذ فيها كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث. ولو كانت واجبة لكانت "حقاً على المسلمين"، بدل "المتقين"⁽⁵¹¹⁾.

508 - شلبي، محمد مصطفى، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط4، 1982م، ص252، حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، ص200، داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، ص174.

509 - السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، مطبعة السعادة، القاهرة، ط1، 1406هـ، 142/27، الخرشي، أبو عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الأميرية بولاق، مصر، ط2، 1317هـ، 167/7، الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1961م، 99/2، ابن قدامة، موفق الدين المقدسي، المغني، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1392هـ، 1972م، 414/6.

510 - سورة البقرة، آية 280.

511 - رضا، محمد رشيد، تفسير المنار، دار المنار، مصر، ط4، 1373 هـ 1954 م، 136/2.

2. روي عن سعد بن أبي وقاص قاله: "جاءني رسول الله r يعودني من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله؛ إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي. أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قلت: فاشطر يا رسول الله. قال: لا. قلت: فالثلث. قال: الثلث، والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس" (512).
3. ما روي عن ابن عمر r أن رسول الله r قال: "مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ" (513). وأن هذا الحديث لا يدل على وجوب الوصية، وإنما على الحزم والاحتياط، لأنه قد يفجؤه الموت وهو على غير وصية خاصة بالنسبة لحقوق الغير.

ثانياً: وذهب بعض الفقهاء؛ كسعيد بن المسيب، والحسن البصري، وقول عند أحمد، وداود، وابن حزم الظاهري، وابن جرير الطبري، أن الوصية واجبة ديانة وقضاء للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، لحجبهم عن الميراث، أو لمانع يمنعهم من الإرث؛ كاختلاف الدين، فإذا لم يوص الميت للأقارب بشيء؛ وجب على ورثته أو على الوصي إخراج شيء غير محدد المقدار من مال الميت وإعطاؤه للوالدين غير الوارثين (514)، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1. قوله تعالى: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين" (515). وقالوا: إن آيات الموارث لم تنسخ هذه الآية كلية، وإنما يمكن الجمع بينهما أو العمل بمقتضاهما معاً، على أساس أن لفظ الأقربين في الآية (المذكورة) يصدق على الوارثين وغير الوارثين، وقد أعطى الله عز وجل الوارثين نصيباً مفروضاً في التركة فيكون وجوب الوصية في الآية مقصوداً به الوالدين والأقربين غير الوارثين (516)، وهذا لقوله r بعد نزول آيات الموارث: "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث" (517).

2. أن القاعدة تقول: أمر الإمام بالمندوب أو المباح يجعله واجباً، على اعتبار أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (518)، وأن في تشريعها أعمال لمبدأ ضرورة معالجة مشكلة أبناء الابن المتوفى الذين قد يكونون من الفقراء، عملاً بحديث النبي r : "إن الله يوصيكم بالأقرب فالأقرب" (519)، وما من أحد أقرب منهم للمتوفى، وخصوصاً أنهم يقومون مقام الابن عند فقده.

512 - البخاري، الصحيح، كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي ﷺ: وصية الرجل مكتوبة عنده، برقم (1295)، مسلم، الصحيح، كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، برقم (1628).

513 - البخاري، الصحيح، كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي ﷺ: وصية الرجل مكتوبة عنده، رقم: (2738)، ورقم (1295)، مسلم، الصحيح، كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، رقم: (1627).

514 - ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، المحلى، مطبعة دار الفكر، القاهرة، د.ت، 314/9، الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، مطبعة دار الجبل للطباعة، بيروت 1973م، 37/6.

515 - سورة البقرة، آية 280.

516 - الرازي، فخر الدين محمد بن عمر الحسين، التفسير الكبير، المطبعة البهية المصرية، ط1، 1938م، 67/5، وانظر: القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، 1967م، 263/2.

517 - الترمذي، السنن، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، برقم 2120، بيت الأفكار الدولية، عمان، د.ط، 2004م.

518 - انظر: المادة (58) من مجلة الأحكام العدلية.

519 - ابن ماجه، السنن، كتاب الأدب، باب بر الوالدين، برقم 3661، بيت الأفكار الدولية، عمان، د.ط، 2004م.

المطلب الثاني: رأي قانون الأحوال الشخصية الأردني من تشريع الوصية الواجبة

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على أحكام الوصية الواجبة بقوله⁽⁵²⁰⁾: "إذا توفي احد وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته الشرعية وصية بالمقدار والشروط التالية:-

أ- الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصة أبيهم من الميراث فيما لو كان حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

ب- لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية إن كانوا وارثين لأصل أبيهم جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة فان أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته وان أوصى لهم بأكثر كان الزائد وصية اختيارية وان أوصى لبعضهم فقد وجب للآخر بقدر نصيبه.

ج- تكون الوصية لأولاد الابن ولأولاد ابن الابن وان نزل واحدا كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين يحجب كل اصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

د- هذه الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة".

والناظر في المادة القانونية السابقة يجد أنه يشترط في استحقاق الوصية الواجبة شروطاً بعضها يجب تحققها في الفرع المستحق لها، ومنها ما يشترط في الأصل الذي استحق فرعه مقداراً من تركة الجد أو الجدة بالوصية الواجبة، وبيان تلك الشروط فيما يأتي⁽⁵²¹⁾:

1. أن يكون موجوداً عند موت المورث (من وجبت في تركته الوصية، سواء كان الجد أو الجدة)، وهذا شرط عام في الاستحقاق بالميراث وبالوصية بأنواعها، فموت الموصى له قبل موت الموصى يبطل الوصية - اختيارية أو واجبة -.

2. أن يكون من أولاد الذكور مهما نزلوا، ذكورهم وإنائهم، دون أولاد البنت، وهؤلاء لا تكون لهم وصية واجبة.

3. أن يكون الفرع غير وارث من صاحب التركة (الجد أو الجدة من وجبت عليه أو في تركته الوصية)، فإن كان وارثاً ولو مقداراً قليلاً فلا يستحقها.

4. أن لا يكون المتوفى (الجد أو الجدة) قد أعطى الفرع الذي تجب له الوصية شيئاً من التركة بلا عوض كالهبة، وألا يكون قد باع له شيئاً بيعاً صورياً دون أن يتقاضى منه ثمن هذا الشيء. فإن أوصى لهم جدهم بشيء فيأخذون ما أوصى لهم به ولا شيء لهم من الوصية الواجبة إن كان بحدود الثلث، وإن كان ما أوصى لهم به أقل مما ينوبهم بحسب الوصية الواجبة فيكمل لهم ويزاد لهم ما يكملون به الوصية الواجبة. وإن كان المقدار المعطى لهم أكثر من المقدار المستحق بالوصية الواجبة فإن كانت الزيادة في حدود الثلث نفذت من التركة على إنها وصية اختيارية، وإن كانت زائدة على الثلث خضعت هذه الزيادة لإجازة الورثة الآخرين، فإن أجازوها نفذت وإلا بطلت، وإن أجازها بعضهم ورفضها آخرون نفذت في حق من أجاز وبطلت في حق من رفض.

520 - انظر: المادة (182) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976م.

521 - داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، ص164، الشديفات، علم الميراث التطبيقي، ص159.

5. أن لا يكون أصله الذي أدلى به للميت ممنوعاً من الميراث، وكذا لا يكون ممنوعاً من ميراث الميت نفسه؛ فإذا كان ممنوعاً أو محروماً لمانع من موانع الإرث كالرق والقتل أو اختلاف الدين فإنه لا يستحق وصية واجبة، لأن الحكمة من إيجابها له تعويضه عما فاتته من ميراث أصله. وما فاتته أيضاً من ميراث الميت نفسه، وهو غير صالح أصلاً لميراث الاثنين معاً، فلم يفته شيء أو لم يضع عليه حق يعوض عنه.

6. أن لا يكون محجوباً بأصله، ولا يتحقق هذا الحجب إلا إذا كان الأصل موجوداً وقت وفاة الميت، فمتى كان موجوداً - عندئذ - فإنه يكون وارثاً، وبالتالي لا مجال لتطبيق الوصية الواجبة لفروعه "أي يجب أن يكون أبوهم قد مات في حياة جدهم". حيث إنه في الوصية الواجبة يحجب كل أصل فرعه ولا يحجب فرع غيره.. فلو كان في المسألة ابن وله أبناء فإنهم لا يستحقون وصية واجبة. ولو كان - في المسألة - أبناء ابن آخر مات في حياة أبيه أو أمه فإن أولاده تجب لهم الوصية، ولا يحجبهم ذلك الابن الموجود؛ لأن تأثيره يقع على فروعه هو لا على فروع أخيه.

7. أن يكون الأصل المتوفى (ذكراً كان أو أنثى) قد مات في حياة المورث (أبيه أو أمه) حقيقية أو حكماً، فلو كان موجوداً وقت وفاة أحدهما لما ساغ القول بوجوب الوصية لأولاده، فأساس القول بوجوبها هو تعويض الفرع الذي مات أصله في حياة المورث.

المبحث الثالث: الاعتراضات الخاصة بتشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني

تعددت الإشكالات الواردة على تشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني من خلال محاور تتعلق بمخالفتها لأحكام الوصية الاختيارية، وأخرى تختلف مع تفصيلات أحكام الميراث في المفهوم الشرعي، وأيضاً ما ارتبط بذلك من إشكاليات تختص بالفلسفة الحاصلة من تشريع الوصية في القانون الأردني من حث الأصل، وبيان ذلك فيما يأتي من مطالب:

المطلب الأول: الإشكالات الواردة على تشريع الوصية الواجبة لمخالفتها أحكام الوصية الاختيارية

حيث يظهر من تشريع الوصية الواجبة مخالفتها للوصية الاختيارية وذلك لاعتبار الوصية الواجبة من بابها ومن صورها وبيان ذلك فيما يأتي⁽⁵²²⁾:

1. أن الوصية فعل إرادي، وإن كانت أمر مستحب ديانة وقد حث الشرع الحكيم، إلا أنها ليست أمراً إلزامياً، حيث إن من شروطها الاختيار، وفي حال فقد هذا الشرط تعد باطلة، لأن المكره والفاقد لإرادته لأي سبب كان لا تصح وصيته، ويمكن أن يتوفى المرء دون أن يكون قد أوصى بشيء معين، لكن القانون جعلها ملزمة، وورد الموصى لهم في وثيقة حصر الإرث خلافاً لرغبة المتوفى والورثة، وهذا بعيد عن مقاصد الشرع وأحكام الميراث في الشريعة الإسلامية.

2. أن الموصي من أركان الوصية، ووصيته تكون في حياته وتنفذ بعد وفاته، ولذا فإذا مات الموصي قبل صدور الوصية منه فإن ركنها لم يتحقق وبالتالي تنتفي الوصية كلها لفقد ركنها، حيث إنه لا وصية دون موص، والوصية الواجبة لا تكون من صاحب المال خلال حياته بل يفرضها القاضي بعد وفاته، وهذا ينفي الوصية ويبطلها لا يثبتها⁽⁵²³⁾.

522 - سمارة، محمد، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2008م، ص423، وانظر: الشديفات، إبراهيم راشد محمد، علم الميراث التطبيقي، دار يافا العلمية، عمان، ط1، 2007م، ص153.

523 - سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ص423.

3. والوصية لا تكون إلا في حياة الموصي، ولذلك فإذا مات قبل أن يوصي استحال الوصية لأمرين: أولهما؛ أن صاحب الحق في الإيصاء قد مات ولا يمكنه الإيصاء، وثانيهما؛ أن مال المتوفى يتحول بوفاته لورثته من بعده حسب الترتيب الشرعي، ولذلك لم يعد له أي حق بالتصرف فيه، وتنفيذ الوصية الواجبة وفق القانون هي تصرف في حق الورثة ومالهم لا في مال المتوفى⁽⁵²⁴⁾.
4. إن من شروط الموصي أن يكون عاقلًا رشيداً وإلا لما صحت الوصية، بينما في الوصية الواجبة يأخذ الأولاد الحصة المفروضة لهم قانوناً مهما كان حال المتوفى سواء كان عاقلًا أم لا، وهذا مخالف لأحكام الوصية في الشريعة الإسلامية.
5. الوصية الواجبة في نظر القانون تقدم على الاختيارية التي أنشأها الموصي في حياته، وبالتالي وكأن مشرعو الوصية قد ألغوا إرادة الموصي ولم يعتدوا بها⁽⁵²⁵⁾.
6. من شروط انعقاد الوصية القبول من الموصى له وعدم ردها، فالموصى له بالخيار إن شاء قبل وإن شاء رفض، حسب أحكام الوصية، ولكن الوصية الواجبة لا تنتظر القبول وبالتالي فينطبق عليها أحكام الميراث، وتصديق ذلك أن وثيقة حصر الإرث تعد غير صحيحة إذا لم يرد فيها أسماء الموصى لهم، فهم ينضمون في هذه الوثيقة لباقي الورثة فأصبحت إرثاً وليس وصية وهو مخالف لمقاصد الشرع في تشريع الوصية.
- وهو يخالف أيضاً مقاصد التشريع في أحكام الموارث التي جاءت النصوص القرآنية بها صريحة جامعة.

المطلب الثاني: الإشكالات الواردة على تشريع الوصية الواجبة لمخالفتها أحكام الميراث

حيث تظهر هذه الإشكالات من خلال أمور هي:

1. أن الوصية تسمى وصية واجبة، وبالتالي من يستحقها هم موصى لهم لا ورثة ولكنهم يعاملون معاملة الورثة بتنظيم الوثيقة ويرد في وثيقة حصر الإرث أن فلان توفي وانحصر إرثه بفلان وفلان ... ومن بينهم هؤلاء الأحفاد مستحق الوصية الواجبة، وهنا قد يرد سؤال هو: هل هم موصى لهم فتسري عليهم أحكام الوصية أم أنهم ورثة فتطبق عليهم أحكام الميراث؟
2. إن إعطاء فرع الابن المتوفى حال حياة أبيه يجعل هذا الفرع يتفرد بميراث أصله وعند وجود ورثة آخرين لهذا الفرع قد يرثون ماله من حيث الأصل فإن نظام الوصية الواجبة لا يعطيهم ذلك، وهذا يظهر قصور هذا التشريع وعدم مراعاته لقواعد الوصية والتوريث المعتبرة في ذلك، ومثاله لو توفي هذا عن: ابنين، وابن مات حال حياته وترك بنت ابن، وأمًا وزوجة، فهنا ترث بنت الابن ولا ميراث للأم ولا للزوجة وبيان⁽⁵²⁶⁾:

النصيب	الورثة	3	2	2	3

524 - انظر: الشديقات، علم الميراث التطبيقي، ص 153، سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ص 423.

525 - سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ص 423.

526 - أبو البصل، عبد الناصر، الوصية الواجبة بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية الأردني دراسة نقدية مقارنة، أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، ص 715.

ق.ع	ابن	1	1	1	1
	ابن	1	1	1	1
	بنت ابن	1	-	-	1

وهنا ترث بنت الابن 3/1 ولا ميراث للأم والزوجة وفق الوصية الواجبة، مع قابلية وجود الحاجة للمال مثل غيرهم من الفروع، ويظهر هنا كذلك أن بنت الابن ساوت الابن وهو العصبه في الميراث الذي يحجب وفق قواعده الأقرب الأبعد، وفي هذا المثال مخالفة لهذه القواعد الإرثية.

3. أن نظام الوصية الواجبة يجعل بنت الابن تأخذ أكثر من البنت، ومثاله: توفي عن: ابنين، بنت، بنت ابن، وهنا سيكون لكل ابن سهمان، وللبنت سهم واحد، ولبنت الابن سهمان، وهذا يتناقض مع طبيعة ميراث بنت الابن مع البنت الصليية حيث ترث أقل منها وهو السدس تكملة الثلثين، ولذلك لا بد هنا من المراجعة وإعادة النظر في تشريع الوصية بحيث ينص في القانون ألا يتجاوز نصيب أحد من المستحقين للوصية الواجبة على نصيب أي من أولاد المتوفى الوارثين⁽⁵²⁷⁾.

ومثاله كذلك: فيما إذا مات شخص عن بنتين، وبنت ابن متوفى، وأخت شقيقة، فلو أعطيت بنت الابن نصيب أبيها لو كان حيًا فستأخذ نصف التركة، ولو أعطيت الوصية الواجبة المقدرة في مثل هذه الحالة بالثلث وثلثي الباقي للبنتين والباقي للأخت عصبه مع الغير كان نصيب بنت الابن أكثر من نصيب كل بنت وبيانه⁽⁵²⁸⁾:

الفروض	الورثة	4	3	2	3
ق.ع بالغير	بنتين	2 لكل بنت	2 لكل بنت 1	2 لكل بنت 1	4 لكل بنت
		1		1	2
3/1	بنت ابن	2	0	-	2
م	أخت شقيقة	0	1	0	3
		نفرض وجود الابن	نقارن مع الثلث وهو أكثر فنعیده للثلث	نخصم الوصية من أصل المسألة	نفرض عدم وجود الابن
					المسألة الجامعة

وهنا يظهر أن بنت الابن من خلال وصية أخذت أكثر من البنت وهذا يناقض النظام المعروف في ميراثها حسب الشرع.

ومثاله كذلك⁽⁵²⁹⁾:

527 - الشديفات، علم الميراث التطبيقي، ص 170.

528 - أبو البصل، الوصية الواجبة بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية الأردني دراسة نقدية مقارنة، ص 713.

529 - أبو البصل، الوصية الواجبة بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية الأردني دراسة نقدية مقارنة، ص 713.

				1				2	
الفروض	الورثة	6	4		4*2	8	12		
ق.ع بالغير	بنت	1	1	3/2 بنت	4*2	2	2		
	بنت	1	1	بنت		2	2		
	بنت	1	1	بنت		2	2		
	بنت	1	1	بنت		2	2		
	بنت ابن	2		-	-	-	4		
	نفرض وجود	نفرض عدم وجود الابن	نفرض عدم وجود الابن	نفرض عدم وجود الابن	المسألة الجامعة				

وهنا يظهر أن بنت الابن من خلال وصية أخذت أكثر من البنت وهذا يناقض نظام توريثها حسب الشرع، فالبنت اقرب من بنت الابن وعند تعدد البنات تحجب بنت الابن إلا إذا وجد من يعصبها، ومع ذلك فهي فقد ورثت هنا ضعفها من حيث إن بنت الابن أخذت 4 من 12، وكل بنت 2 من 12 كما يظهر من المثال السابق.

4. أن الوصية الواجبة لأولاد الابن المتوفى قبل أبيه قد يحتج بذلك أولاد الأخ الشقيق أو لأب المتوفى قبل أخيه وأولاد العم الشقيق أو لأب المتوفى قبل ابن أخيه لعدم الفارق بينهم، وهذا يعني ضياع أحكام الميراث التي وقف القرآن الكريم على تفصيلاتها تحقيقاً لأهميتها على غير المعهود في المنهج القرآني في أكثر الأحكام التشريعية.

المطلب الثالث: الإشكالات الواردة على فلسفة تشريع الوصية في القانون⁽⁵³⁰⁾

1. مخالفة أصل تشريع الوصية في القانون لقول ابن حزم الظاهري القائل أصلاً بوجوب الوصية للأقرباء من غير الوارثين وهو لم يحددها بأولاد الابن المتوفى قبل أبيه ولا بالفروع أصلاً وهو كذلك لم يحدد المقدار كما ورد في التشريعات والقوانين المحددة والمقيدة لعهده قولاً بلا دليل وقد جاء النص الشرعي على إطلاق الأمر في الوصية من كل قيد إلا بكونهم أقرباء، ولذلك فقد وجب مراجعة ذلك وتطبيق الوصية على كل محتاج من الأقارب، سواء أكان ذلك من أولاد الأبناء أم أولاد البنات أم غيرهم، مع رعاية حق الزوجة في ذلك خاصة إن كانت من غير المسلمين، لقوله تعالى: "إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف"⁽⁵³¹⁾ وقوله تعالى: "لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين"⁽⁵³²⁾.

2. إن بعض التشريعات قالت بجعل الوصية كذلك لأولاد البنت من الطبقة الأولى، وقد يرد على ذلك بعض الإشكالات ومنها: أن النسب للأمهات مهجور عادة، بخلاف الرجال فهو معتبر في حقهم، ومن ذلك أن ولد البنت ليس من العاقلة، ولا يغرم بجنايات الخطأ مع جده لأمه وأخواله، وبالتالي يناقض جعل الوصية لهم قاعدة: "الغنم بالغنم"⁽⁵³³⁾، ثم إن حاجة الجد للنفقة يقضى من

530 - الشديفات، علم الميراث التطبيقي، ص156.

531 - سورة البقرة، آية 180.

532 - سورة الممتحنة، آية 8.

533 - المادة (87) من مجلة الأحكام العدلية.

مال أولاد الأبناء وليس أولاد البنات كما هو مقرر في باب نفقة الأقارب في الفقه الإسلامي، وينص الحديث النبوي على: "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر"⁽⁵³⁴⁾، وهذا ينظم ميراث العصابات وأولاد البنت ليسوا من قبيلهم بل من ذوي الأرحام، والعصبة تتقدم على ذوي الأرحام في التوريث، ثم والقاعدة في ميراث ذوي الأرحام وفق أصنافهم وترتيب توريثهم أن يقدم في الإرث ولد الوارث "كالفرس والعصبة" على ولد الرحم، وفي توريث ولد البنت الذي يعد من قبيل "ولد الرحم" مع الورثة من الفروض والعصابات يناقض قواعد توريث ذوي الأرحام أنفسهم كما يناقض أحكام التوريث العامة وخاصة عند اجتماع عصبة وفرض مع صاحب رحم ولذلك كان لا بد من التدقيق في ذلك ومعالجة التشريعات المنظمة لذلك⁽⁵³⁵⁾.

3. قد تم الاستناد في تشريع الوصية بالقاعدة الفقهية: "أمر الإمام بالمندوب أو المباح يجعله واجباً"⁽⁵³⁶⁾، وقد يرد عليه أن الأمر هنا ليس مباحاً ولكنه اقتطاع جزء من التركة أثبتته القرآن الكريم حقاً للورثة وهذا لا يقبل شرعاً، وخاصة أن المأمور بذلك هو الموصي وقد مات فإن لم يفعل ما وجب عليه من الوصية يعاقب على الترك، وهذا غير متصور لأن الوصية لم توجد دون إرادته وفعله، ولا يمكن اعتبارها موجودة حكماً دون إيصائه بناء على الطبيعة المقررة لتشريع الوصية فقهاً⁽⁵³⁷⁾.

4. أن تقرير الوصية الواجبة قد تم النظر فيه لاعتبار فقر أولاد الابن وحاجتهم، والميراث يثبت وفق أركان وشروط وأسباب وانتفاء موانع، وهو حق علته ومناطه القرابة وليس الحاجة وتعلق الصدقة بها، وذلك لخفائها وعدم انضباطها وتأكدتها، حيث قد يكون غير الأبناء من الأقارب أكثر حاجة منهم للإرث ومع ذلك لم يشرع لهم استحقاق الوصية الواجبة قانوناً، والقانون كذلك لم يشترط الحاجة لاستحقاق الوصية من حيث الأصل وبالتالي ينتفى هذا المبرر.

5. أن تعدد الأبناء المتوفين حال حياة أبيهم قد يزيد الإشكال في تقرير نصيبهم من خلال الوصية، حيث يشترك أبنائهم وبناتهم جميعاً في نصيب واحد منهم فقط، وهذا يضعف فلسفة الوصية المبنية على الحاجة، حيث يتذرع المشرع لها بهذه المسألة وفي هذا التطبيق لا يحقق مقصوده⁽⁵³⁸⁾.

6. ثم إن الاستحقاق من خلال الوصية الواجبة سيفرق بين أولاد الأولاد من حيث المقدار واصل الاستحقاق وذلك من خلال أنه سيعطي ابن الابن المتوفى دون الحي منهم، رغم أن حاجة ابن الابن الحي للمال قد تكون أكثر، وهذا يناقض فلسفة تشريعها ولا يجعلها تحقق المقصد الخاص بتشريعها⁽⁵³⁹⁾.

خاتمة

534 - البخاري، الصحيح، كتاب الفرائض، باب ميراث الولد من أبيه وأمه، برقم 6732، بيت الأفكار الدولية، عمان، د.ط، 2004م.

535 - الشديفات، علم الميراث التطبيقي، ص171، وما بعده.

536 - على اعتبار أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة، انظر: المادة (58) من مجلة الأحكام العدلية.

537 - الشديفات، علم الميراث التطبيقي، ص157.

538 - الشمراني، صالح بن علي، ميراث أولاد الابن مع أولاد الصلب في الشريعة وقانون الوصية الواجبة إشكال وحلول، مجلة البحوث الإسلامية،

الرئاسة العامة للبحوث والإفتاء، السعودية، منشور: 2015/8/26، <http://saleh-alshamrani.com>

539 - الشمراني، ميراث أولاد الابن مع أولاد الصلب في الشريعة وقانون الوصية الواجبة إشكال وحلول، <http://saleh-alshamrani.com>

وبعد هذه المحطة في تناول موضوع "الإشكالات الواردة على تشريع الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني

رقم 76/61" فإنه يمكن تلخيص أهم ما جاء في هذا البحث من نتائج وذلك فيما يأتي:

- إن القائلين بتشريع الوصية الواجبة جعلوا مستندهم في ذلك أدلة الفقهاء القائلين بوجوب الوصية من حيث الأصل.
- مدخل الاجتهاد القانوني في موضوع الوصية الواجبة هو مشروعية الوصية للقريب غير الوارث وخاصة أولاد ولد المتوفى حال حياة أبيه أو أمه.
- إن ارتباط الوصية الواجبة يبقى واضحاً من حيث تحديد مقدارها بالثلث وأنها تقدم على الميراث وسائر الوصايا.
- تختلف الوصية الواجبة عن الوصية الاختيارية في أنها توجد من غير إرادة الموصي وبأنها لا ترتد بالرد، ولا تحتاج إلى قبول.
- تشبه الوصية الواجبة الميراث من حيث إنها توجد وإن لم يوجد لها المتوفى، وبأنها تقسم قسمة ميراث حتى لو شرط الموصي تقسيمها على غير هذا الوجه واختلف مع النصيب المستحق من خلال الوصية الواجبة.
- وتختلف الوصية الواجبة عن الميراث في وجوبها عوضاً عما فات مستحقيها من ميراث أصلهم والميراث غير ذلك من حيث ثبوته ابتداءً، ثم تخالفه أيضاً من حيث أنها تغني ما عوضهم إياه جدهم من ميراث والدهم والميراث على غير هذا التفصيل.
- نظام الوصية الواجبة يجعل بنت الابن في بعض المسائل تأخذ أكثر من البنت، وهذه مسألة لا بد من مراجعتها وإعادة النظر في تشريعها بحيث ينص في القانون ألا يتجاوز نصيب أحد من المستحقين للوصية الواجبة على نصيب أي من أولاد المتوفى الوارثين.
- إن إعطاء فرع الابن المتوفى في الوصية الواجبة يجعله يتفرد بميراث أصله دون توريث من يرثه من حيث الأصل وهذا يظهر قصور هذا التشريع وعدم مراعاته لقواعد الوصية والتوريث المعتبرة في ذلك.
- إذا مات الشخص قبل أن يوصي استحال الوصية لأن صاحب الحق في الإيصاء قد مات ولا يمكنه الإيصاء، وبأن مال المتوفى قد تحول بوفاته لورثته من بعده حسب الترتيب الشرعي، ولذلك لم يعد له أي حق بالتصرف فيه، وبالتالي يكون تنفيذ الوصية الواجبة تصرف في حق الورثة لا في مال المتوفى.
- الوصية الشرعية تكون في حياة الموصي وتنفذ بعد وفاته، وإذا مات قبل صدور الوصية منه فإن ركنها لم يتحقق وبالتالي تنتفي الوصية لفقد ركنها، حيث إنه لا وصية من غير موص.

وأخيراً؛ فإنني أتوجه إلى الله سبحانه بخالص الدعاء أن يوفقني لتحصيل العلم، وأن يعلمني ما ينفعني، وأن ينفعني بما علمني، وأن

يزدني علماً، إنه سميع مجيب الدعاء.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976م.
- مجلة الأحكام العدلية العثمانية.
- الأحمد، سهيل محمد، الأحوال الشخصية 2 الميراث الوصية الوقف، مطبعة النبراس، بيت لحم، ط1، 2015م.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، بيت الأفكار الدولية، عمان، د.ط، 2004م.

- أبو البصل، عبد الناصر، الوصية الواجبة بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية الأردني دراسة نقدية مقارنة، أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية.
- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، بيت الأفكار الدولية، عمان، د.ط، 2004م.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، المحلى، مطبعة دار الفكر، القاهرة، د.ت.
- حسين، أحمد فراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1997م.
- الحصري، محمد، التركات والوصايا في الفقه الإسلامي، مكتبة الأقصى، عمان، ط1، 1980م.
- الخرشي، أبو عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الأميرية بولاق، مصر، ط2، 1317هـ.
- خليفة، محمد طه أبو العلا، أحكام الموارث، دار السلام للطباعة والنشر، ط1، 2004، القاهرة.
- داود، أحمد محمد علي، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2009.
- الرازي، فخر الدين محمد بن عمر الحسين، التفسير الكبير، المطبعة البهية المصرية، ط1، 1938م.
- رضا، محمد رشيد، تفسير المنار، دار المنار، مصر، ط4، 1373 هـ 1954م.
- أبو زهرة، محمد، شرح قانون الوصية المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ط6، 1988م.
- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، مطبعة السعادة، القاهرة، ط1، 1406هـ.
- سلطان، صلاح، الميراث والوصية بين الشريعة والقانون، سلطان للنشر، أمريكا، ط1، 2006م.
- سمارة، محمد، أحكام وأثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2008م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1961م.
- الشديفات، إبراهيم راشد محمد، علم الميراث التطبيقي، دار يافا العلمية، عمان، ط1، 2007م، ص 153.
- شلبي، محمد مصطفى، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط4، 1982م.
- الشمراني، صالح بن علي، ميراث أولاد الابن مع أولاد الصلب في الشريعة وقانون الوصية الواجبة إشكال وحلول، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة للبحوث والإفتاء، السعودية، منشور: 2015/8/26، <http://saleh-alshamrani.com>
- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، مطبعة دار الجبل للطباعة، بيروت 1973م.
- الصابوني، محمد علي، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار القلم، دمشق، د.ط، 1989م.
- العزيزي، محمد رامي عبد الفتاح، الميراث والوصية ووصية القانون في الشريعة الإسلامية، جبهة للنشر والتوزيع، 2003م.
- ابن قدامة، موفق الدين المقدسي، المعني، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1392هـ، 1972م.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، 1967م.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، بيت الأفكار الدولية، عمان، د.ط، 2004م.

السُّكر أو التخدير وأثره على القصد الجنائي في القانون القطري - دراسة مقارنة

✍ أحمد يوسف أحمد علي الكواري

كلية القانون جامعة قطر

ملخص:

إنَّ الهدف الرئيس الذي يسعى المشرِّع الجنائي إلى تحقيقه، هو ضمان الحماية المستوجبة لأفراد المجتمع والحدّ من انتشار السلوك الإجرامي، بُغية توفير عناصر الأمن والاستقرار، وتحقيق مقومات العدالة بين أفراد المجتمع. ومن المفيد القول، إنَّ المشرِّع أوجد ظروفًا وحالات تمتنعُ بها المسؤولية الجنائية عن الجاني، كأن يكون في حالة سُكر أو تخدير غير اختياري على سبيل المثال. إنَّ هذا الأمر، يُوجِّهنا أساسًا إلى مزيد تعميق النظر في هذه المسألة وتخصيصها بالدراسة من جهات مختلفة، من أجل معرفة المواقف التشريعية التي نصّت على هذه الحالة أولاً، والتوقّف على شروط تحقّقها وصورها ثانيًا، وبيان التفسير الفقهي والقضائي لها ثالثًا. هذا بالإضافة إلى ضرورة بيان حالة السُّكر أو التخدير الاختياري وتوضيح مختلف الصور المشكّلة له، وبيان أثر تلك الحالات على القصد الجنائي لدى المتّهم.

Abstract :

The main goal of the criminal legislator is to ensure the due protection of individuals and control the spread of the criminal behaviour in order to provide security, stability and justice among the members of the society.

It is worth saying that the legislator specified some conditions and cases where the criminal responsibility is denied to the offender, such as when he is drunk or being involuntarily under the influence of a narcotic. This brings us to study this issue further more and consider it from different perspectives, in order to identify the legislative attitudes which stipulated this case in the first place, secondly to look at the conditions of its fulfilment and its various patterns, and finally, to state the jurisprudence and judicial interpretation of the issue, in addition to the necessity of explaining the state of drunkenness or voluntary intoxication by narcotics, clarifying its various forms and the impact of the two states on the criminal design of the suspect..

المقدمة:

يُمثل تعاطي المُسكرات والمُخدّرات من الظواهر الاجتماعية والسلوكيات الإنسانية الدارجة اليوم، وهي ظاهرة تُشكّل خطراً حقيقياً على سلامة المجتمع وتماسكه نتيجة الآثار السلبية المترتبة عليها. وجراء تفشي هذه الظاهرة في الوسط المجتمعي وسرعة انتشارها، وإيماناً بجديّة الانعكاسات والمخاطر التي قد تُحدثها، حرصت مختلف التشريعات الوطنية على ضرورة الحدّ منها باستحداث جملة من الآليات، منها ما هو قانوني، ومنها ما هو أمني، ناهيك عن تكثيف برامج التوعية المجتمعية لتكون رافداً حقيقياً يعضد المجهودات المبذولة على المستوى الأمني والقانوني. إنّ الخطر الحقيقي لهذه الظاهرة، يجد مُنطلقه الرئيس من كونه يُمثل تهديداً حقيقياً لسلامة المجتمع، ومطية لارتكاب أصناف مختلفة من الأعمال الإجرامية بسبب الإدمان عليها. ويأتي هذا التصرف المُهدّد للسلم المجتمعي والسلامة الجسدية للمواطن جِراء فقد الإدراك بحقيقة ما يقوم به الواقع تحت تأثيرها، أو من أجل تحصيل منافع أو مكاسب ليست من حقه، وتمثل بحقّ تهديداً للغير في سلامته الجسدية أو في مقدّراته المالية أو غيرها.

لكلّ ما سبق، يُمكن القول عن وجاهة إنّ المسكرات أصبحت تُمثّل تهديداً حقيقياً لسلامة المجتمع وأمنه، وهو ما يعني ضرورة إيلائها جانباً من الاهتمام والدراسة. ومن المفيد القول كذلك، إنّ مسألة السكر كانت من المسائل المطروحة في المصادر التشريعية الأصول؛ سواء ما تعلّق منها بالنصّ القرآني الذي مثّلت بعض آياته القاعدة النصّية التي قامت عليها مختلف التآويل في سبيل استنباط الأحكام في شارب الخمرة، أو السنة النبوية التي كانت سنداً مرجعياً استمدّ منه حكم الجلد على شارب الخمرة شرعيته، أو حتى كذلك المدونات الفقهية التي استطاعت أن تحفظ لنا عمل الفقهاء واجتهاداتهم داخل كلّ نسق مذهبيّ مخصوص والمُحتكمة أساساً بقاعدة أن يكون الاستدلال في استنباط الأحكام قائماً على ضرورة الإقناع بسلامة العلاقة بين القاعدة التشريعية التي تسعى إلى دفع الضّرر وجنب المنفعة إلى المسلم والأحكام التي توصّلوا إليها.

ومن المفيد القول كذلك، إنّهُ فيما يتعلّق بمسألة المُخدّرات، فإنّه من الصعب وضع تعريف شامل لها يكون محلّ اتفاق بين علماء الطب من جهة، ورجال الشريعة والقانون من جهة أخرى. إنّ السبب الرئيس لهذه الصعوبة، يتأتّى أساساً من تعدّد أنواعها، واختلاف طرق تعاطيها وأساليبها، وسُرعة تطورها وظهور أنواع جديدة منها. ومع هذا، يمكن القول بأنّ المواد المُخدّرة، هي عقاقير مصنعة من مواد طبيعية أو مواد مركبة كيميائياً، والتي تؤدي إلى إدمان أو تسكين الألم أو إحداث الشعور بالنشاط أو بالنوم أو بالهلوسة أو فقد الإدراك. وبالعودة إلى قانون رقم (9) لسنة 1987 في شأن مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية وتنظيم استعمالها والاتجار فيها، لم يضع المشرع القطري تعريفاً للمُخدّرات والمؤثرات العقلية، واعتمد نظام الجداول الملحقه بالقانون، واعتبر كلّ المواد المدرجة بهذه الجداول مُجرّم تداولها بدون ترخيص من الجهات المرخصة قانوناً. بذا فإنّ ما اتجه إليه المشرع القطري من خلال اعتماده على نظام الجدول الملحق، يُسهّل عليه التعديل عند الحاجة لإدراج أنواع أو أصناف جديدة من المخدرات.

إنّ موضوع هذا البحث يُحاول أن يُوجّه النظر إلى المسؤولية الجنائية التي تقع على مرتكب الجريمة، وهو في حالة سكر أو تخدير. وتعرف الجريمة بأنها فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يُقرّر لها القانون عقوبة أو تدبير احترازي⁽⁵⁴⁰⁾، فهي سلوك إرادي يُقرّر القانون على مرتكبه جزاءً جنائياً شريطة أن يكون هذا السلوك معاقباً عليه قانوناً، حيث لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص. وفكرة المسؤولية الجنائية تعني التزام الشخص وتحمل تبعات ما يصدر عنه من سلوك إيجابي أو سلبي. ومن المفيد الإحاطة بأنّ الركن المعنوي للجريمة

(540) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 45.

يَعْتَبَرُ علم الجاني بكافة العناصر المكونة للجريمة واتجاه إرادته إلى تحقيقها، هي العلاقة النفسية بين الجاني والسلوك الإجرامي ونتائجه، ويتخذ صورة القصد الجنائي فتكون الجريمة عمدية، وفي أحيان أخرى يتجه الجاني للركن المعنوي من ناحية الخطأ فتكون الجريمة غير عمدية. إنَّ السُّكر أو التخدير سواء كان اختياريًا أو غير اختياري - الذي اتخذناه موضوعًا لهذا البحث- تناولته المادة (54) من قانون العقوبات القطري كمانع من المسؤولية الجنائية، وسنعمل على بيانه وتوضيحه من مختلف الجوانب المؤسَّسة له

أهمية البحث وتقسيم الدراسة:

من البدهة القول، إنَّ خطورة الجرائم التي قد تقع من الأشخاص وهم في حالة سُكر أو تخدير جرَّاء غياك الإدراك والشعور لديهم، تمثِّل مبحثًا يستحقُّ البحث والدراسة، ذلك أنَّ هذه الحالة قد يختارها الشخص بنفسه، أو قد تصيبه لضرورة أو إكراه أو غلط. وتكمن أهمية البحث في التعرف على المسؤولية الجنائية لمُرتكبي الجرائم في تلك الحالات، ومدى تأثيرها على قصده الجنائي، وعرض مواقف المشرع والقضاء القطري والتشريعات العربية الأخرى في ذات المسألة النازمة، ومناقشة الجدل الفقهي الذي أثير حولها، بهدف تطوير النصوص التشريعية لصالح المجتمع وترسيخ مبدأ العدالة فيه، وعدم تمكين المجرمين من الإفلات من العقاب أو التخفيف منه بحجة انتفاء المسؤولية الجنائية لديهم .

منهجية البحث :

سيتمَّ في هذا البحث اتباع المنهج التأصيلي التحليلي للنصوص القانونية التي تتناول موانع المسؤولية وتحديدًا في حالة السُّكر والتخدير التي قد يكون عليها مُرتكب الجريمة، مع الاعتماد الكبير على المنهج المقارن بالقوانين والأنظمة المختلفة ، وأيضاً الرجوع إلى المراجع القانونية العامة والمتخصصة والرسائل والدراسات والبحوث.

وستُقسَّم الدراسة إلى مبحث تمهيدي بعنوان ماهية موانع المسؤولية، وبعدها إلى مبحثين؛ الأول بعنوان السُّكر أو التخدير غير الاختياري، والثاني سيُخصَّص لدراسة السُّكر أو التخدير الاختياري. وفي ضوء ما تقدم، فسيجري تقسيم البحث إلى المشاغل التالية :

المقدمة

المبحث التمهيدي: ماهية موانع المسؤولية

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لموانع المسؤولية

المطلب الثاني: التمييز بين موانع المسؤولية وغيرها من الظروف المشابهة

المبحث الأول: السُّكر أو التخدير غير الاختياري

المطلب الأول: صُور السُّكر أو التخدير الغير اختياري

المطلب الثاني: شروط منعه للمسؤولية

المطلب الثالث: أثره على القصد الجنائي

المبحث الثاني: السُّكر أو التخدير الاختياري

المطلب الأول: صُور السُّكر أو التخدير الاختياري

المطلب الثاني: الخلاف الفقهي والقضائي الذي ثار بشأنه

المطلب الثالث: أثره على القصد الجنائي

وسنختم البحث بعرض جملة من النتائج والتوصيات

المبحث التمهيدي: ماهية موانع المسؤولية

قد ترتبط الجريمة أو من قام باقترافها بجُملة من الظروف تؤدي إلى انتفاء المسؤولية الجنائية عن الفاعل، أو أنها تكون سبباً لإباحة الفعل المُجرّم. حيث اعتبر المشرع القطري حالتي السكر والتخدير غير الاختياري -موضوع البحث- مانعاً للمسؤولية عن الجرائم التي تُرتكب أثناء تلك الحالة، كما اعتبر بعض الحالات الأخرى كذلك من الموانع النافية للمسؤولية، وهي صغير السن الذي لم يتم السابعة من عمره، وحالة الجنون وعاهة العقل، علاوة على المكره والمضطر على ارتكاب فعل يُشكّل جريمة وفقاً للشروط المقررة قانوناً، وأخيراً إذا كان الضرر الذي وقع من الفعل تافهاً.

كما أنه ثمة كذلك ظروف أخرى جعلها المشرع القطري سبباً لإباحة الفعل الذي يُشكّل جريمة، وهي على سبيل المثال حقّ الدفاع الشرعي، أو إذا كان الفعل استعمالاً لحقّ مُقرّر بمقتضى الشريعة الإسلامية أو القانون وغيرها من الحالات. وسنعرض في هذا المبحث في مطلبه الأول الطبيعة القانونية لموانع المسؤولية، وفي المطلب الثاني سنعمل على التمييز بين موانع المسؤولية وغيرها من الظروف المشابهة، في حين سنوجّه النظر في المطلب الثالث إلى موقف التشريعات العربية من الطبيعة القانونية لحالتي السكر والتخدير الاختياري.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لموانع المسؤولية

تقوم المسؤولية الجنائية على اعتبار جوهريّ أساسه أن تكون لدى الإنسان الإرادة في ارتكاب الفعل المُجرّم، وأن يكون الإدراك القائم على التمييز وحرية الاختيار هو قوامها ونواتها الأصلية. وقد عرّف الفقه " التمييز " بكونه المقدرة على فهم ماهية الأفعال وطبيعتها، وتوقع الآثار الناجمة عنها، وأنّ هذا الفعل يُشكّل اعتداءً على المصلحة أو الحق الذي يحميه القانون.⁽⁵⁴¹⁾

في حين عرّف " حرية الاختيار " بكونها قدرة الإنسان على توجيه إرادته إلى عمل أو الامتناع عن عمل، وأنّ هذه الحرية تتأثر بعوامل داخلية وخارجية مُحيطية بالإنسان، كما أنّها تحكمها رغبات ونزعات تؤثر في تحكّمه وسيطرته على حرية اختياره.⁽⁵⁴²⁾

ومن الضرورة بمكان القول إنّ موانع المسؤولية هي ذات صبغة شخصية؛ أي أنّها لا تتعلّق بذات الفعل الإجرامي، وإنما هي تكون لصيقة بمُرتكبها⁽⁵⁴³⁾، ويقتصر أثرها على من توقّرت فيه، ولا تمتدّ إلى المساهمين معه في الجريمة فتكون مسؤوليتهم قائمة ويخضعون للعقاب كلّ بحسب دوره في ارتكاب الجريمة. كما أنّ صفة التجريم لا تنتفي عن الفعل الذي يُشكل جرماً -وإن امتنعت مسؤولية مرتكبه- فموانع المسؤولية لا يمحو صفة التجريم حيث يظلّ الفعل معه غير مشروع، وعليه فيجوز مسألة من امتنعت مسؤوليته الجنائية مدنياً عن الأضرار التي ترتبت على فعله والتعويض المتضرر عنها لكونها أفعال غير مشروعة.⁽⁵⁴⁴⁾

كما أنّ امتناع المسؤولية يؤدي إلى عدم جواز توقيع العقوبة على من توقّرت لديه، ولكنّ ذلك لا يحول دون إخضاعه إلى تدبير احترازي بُغية الوقاية من خطورته الإجرامية، ولكن لا يُمكن بأيّ وجه من الوجوه اعتبار هذا التدبير ضرباً من العقوبة.

(541) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 581.

(542) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات - الطبعة السادسة، دار النهضة العامة، القاهرة، 2015، ص 862.

(543) د. سامح السيد جاد: شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 2007 / 2008 م، ص 393.

(544) د. أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون العقوبات القطري - القسم العام، الطبعة الأولى، جامعة قطر، 1431 هـ - 2010 م، ص 448.

المطلب الثاني: التمييز بين موانع المسؤولية وغيرها من الظروف المشابهة

قد تكون هناك ظروف مُصاحبة لوقوع الجريمة، وتؤدي في نهاية المطاف إلى عدم تحريك الدعوى الجنائية من قبل سلطة التحقيق، أو عدم نيل مُرتكب الجريمة العقاب الذي يستحقه لاندراجه تحت موانع المسؤولية سالف الذكر في المطلب الأول، أو أن ما قام به يُعتبر من أسباب الإباحة، أو أنه يدخل ضمن موانع العقاب. هذا مع ضرورة القول إن هذه الظروف لكل منها ما يُميزها عن الآخر. وبما أننا في هذا البحث سنلقي الضوء على أحد الظروف التي اعتبرها المشرع القطري مانعاً للمسؤولية، سنعرض بإيجاز الطبيعة القانونية لأسباب الإباحة وموانع العقاب.

أولاً: أسباب الإباحة

إن أسباب الإباحة ينتفي معها الركن الشرعي للجريمة، وهو الصفة الغير مشروعة للفعل المُشكّل لها، ويخرج بها من إطار التجريم إلى إطار الإباحة، فهي ذات طابع موضوعي وتُحوّل طبيعة الفعل فلا يعتبر جريمة أو حتى فعلاً ضاراً. كما أن أسباب الإباحة يمتد تأثيرها على كل من ساهم في ارتكاب الفعل، ولا يكون معه أيضاً أيّ مُسألة مدنية للضرر المترتب على الفعل الذي تحوّل إلى الإباحة⁽⁵⁴⁵⁾.

ثانياً: موانع العقاب

إن مانع العقاب يحلّ على جريمة مُكتملة الأركان، ومع ذلك لا يحدث أثراً قانونياً قوامه تسليط عقاب على مرتكبها بحكم تنصيب المشرع على إعفائه من العقاب⁽⁵⁴⁶⁾ فهي لا تقرّر إلّا بنصّ ولا يجوز القياس عليها، إن هدف المشرع من الإعفاء، هو تشجيع مُرتكبي الجرائم على التراجع عن ارتكابها وإبلاغه عنها، وهو الأمر الذي يُساعد السلطات على كشفها ومعاينة مرتكبيها. إن هدف المشرع من هذا الأمر في اعتقادنا، هو تحقيق مصلحة عامة، وهي استتباب الأمن والحدّ من انتشار الجرائم في المجتمع. كما أن الإعفاء من العقاب قد يكون وجوبياً أو جوازياً. وعليه، فإن أثر توفّر شروط الإعفاء الوجوبي، هو أن تلتزم المحكمة بتطبيقه ولا تملك حينها سلطة تقديرية في تطبيق الإعفاء من عدمه. في حين أن الإعفاء الجوازي، فإنّه يجعل للمحكمة سلطة تقديرية في الحكم به⁽⁵⁴⁷⁾.

ومن الأمثلة الدالة على موانع العقاب الوجوبية في القانون القطري، ذلك الإعفاء الوارد بشأن الجاني الذي يُبادر في إبلاغ السلطات المختصة في الجرائم المُوجّهة ضد أمن الدولة الداخلي، وذلك قبل البدء في ارتكابها أو قبل التحقيق فيها مثل⁽⁵⁴⁸⁾. هذا أيضاً إلى جانب إعفاء الراشي والوسيط من العقوبة إذا بادر أحدهما بإخبار السلطات المختصة بالجريمة أو اعترف بها بشرط أن يكون ذلك قبل اكتشافها ولو كان هذا الاعتراف بعد ارتكابها⁽⁵⁴⁹⁾. ومن الأمثلة الدالة كذلك، ذلك الإعفاء الذي يستفيد منه الشاهد الذي يرجع عن شهادته الكاذبة وفقاً للضوابط المنصوص عليها في المادة (178) من قانون العقوبات القطري. وأمّا فيما يتّصل بالأمثلة الدالة على موانع العقاب الجوازية في القانون القطري، هو ما نصّت عليه المادة (320) من قانون العقوبات بجواز إعفاء مُرتكب جريمة الخطف من العقاب إذا تقدّم إلى

(545) محمد محمد مصباح القاضي : قانون العقوبات – القسم العام ، منشورات الحلبي ، لبنان ، ص 159 - 160 .

(546) مأمون محمد سلامة : قانون العقوبات – القسم العام ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ، سلامة للنشر والتوزيع ، 2017 ، ص 208 .

(547) أشرف توفيق شمس الدين : مرجع سابق ، ص 760 – 795 .

(548) انظر : الجرائم المنصوص عليها في الباب الأول من الكتاب الثاني للقانون رقم (11) لسنة 2004 بإصدار قانون العقوبات القطري ، ومن أمثلة تلك الجرائم حمل السلاح ضد الدولة ، والسعي لدى الدول الأجنبية أو التخابر معها للقيام بأعمال عداوية ضد دولة قطر ، إفساء أسرار الدفاع ، جمع الجند للقيام بعمل عدائي ضد الدولة وغيرها من الجرائم.

(549) انظر : نص المادة (145) مكرر / 1 من قانون رقم (11) لسنة 2004 بإصدار قانون العقوبات القطري.

السلطات المختصة وكشف عن مكان وجود المخطوف وأرشد على هذا المكان وأبلغ عن باقي الجناة -إن وجدوا- وأدى ذلك إلى إنقاذ المخطوف من قبضة الجناة ، وغيرها من الأمثلة التي أقرها المشرع القطري.

وعلى عضو النيابة -عند إظهار مجريات التحقيق ظهور مانع للمسؤولية أو سبباً للإباحة أو مانعاً للعقاب لدى الجاني- أن يبذل العناية الفائقة في استظهاره، وعدم ترك فرصة للجاني من الاستفادة من تلك الظروف وهو غير مستحق للاستفادة، وأن لا تحرك الدعوى الجنائية تجاه من توفرت لديه إحدى هذه الظروف مع مراعاة إذا كان لديه شركاء لا يستفيدون من تلك الأسباب .

المبحث الأول: السكر أو التخدير غير الاختياري

سنتوقف في هذا المبحث ضمن مطلبه الأول على صور السكر أو التخدير الغير اختياري، الذي يصيب الشخص سواء كان ذلك قسراً عنه أو اضطراراً، وفي بعض الأحيان جهلاً منه بماهية تلك المادة، والنتائج المترتبة على دخولها إلى جسمه. في حين سيتضمن المطلب الثاني عرضاً للشروط التي تكون معها صور السكر أو التخدير الغير اختياري مانعاً للمسؤولية الجنائية.

المطلب الأول: صور السكر أو التخدير الغير اختياري

يكون السكر والتخدير الغير اختياري كما نصت عليه المادة (54) من قانون العقوبات القطري على صورتين هما:

الصورة الأولى: تفترض أن تناول المادة كان تحت تأثير إكراه مادي أو معنوي، وقد تكون استجابة لضرورة، ويكون فاعل الجريمة مصاباً بغيوبة المخدر أو المسكر أو أي شيء في حكمه، ويؤدي ذلك إلى فقدانه لإدراكه وإرادته وقت ارتكابه للجريمة⁽⁵⁵⁰⁾. ومن الأمثلة الدالة على هذه الصورة، حال الشخص الذي تدفعه حالة الضرورة إلى أخذ مادة مخدرة لأغراض علاجية أو تهيئة لعملية جراحية، وتستمر لديه حالة الفقد للإدراك بعد انقضاء حالة الضرورة، ويرتكب أثناءها جريمة بحق أحد الأشخاص في المستشفى؛ كأن يتعدى على الغير بالسب والقذف، أو يعتدي بالضرب على أحد الأطباء . كما تتوفر حالة الإكراه المادي عندما تقبض إحدى عصابات الاتجار بالمخدرات على شخص وتحقنه بمخدر رُغمًا عنه، ويؤدي ذلك إلى فقدانه الإدراك، ويتمّ توظيفه في توصيل المخدرات إلى أحد المشتريين، ويتمّ القبض عليه حينها.

وتكون **الصورة الثانية** عندما تصل المواد سالفة البيان إلى جسم مُرتكب الجريمة عن طريق الغلط حين يتناول المادة المسكرة أو المخدرة وهو جاهل بطبيعتها وأثرها على جسده، أو أنه يتناولها وهو جاهل بطبيعتها وأثرها عليه. وتتحقق هذه الصورة في حالة الجهل، كما لو دسّ أحدهم للجاني هذه المواد الضارة في طعامه أو شرابه من باب الانتقام أو المزح والدعابة، ويكون تناوله عن طريق الغلط عندما يتناول بإرادته واختياره شراباً مُعتقداً بأنه لا يحتوي على مادة الكحول وغير مُسكر⁽⁵⁵¹⁾.

وقد أكدت أحكام محكمة التمييز القطرية في مبادئها على وجوب تحقق الصور السالفة البيان لامتناع المسؤولية الجنائية عن السكران أو المخدر⁽⁵⁵²⁾، في الجرائم التي يرتكبها أثناء فقدته للإدراك.

(550) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات-القسم العام، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص610.

(551) د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات - القسم العام، ط الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص110 - 111 .

(552) " مناط انتفاء المسؤولية الجنائية في حالة السكر أن تكون المسكرات قد أعطيت له قسراً عنه أو تناولها بغير علم منه، وهو ما لا يدعيه الطاعن، ومن ثم فإن ما يثيره بدعوى انتفاء مسؤوليته لا يكون سديد " الطعن رقم: 152 لسنة 2009، تمييز جنائي، جلسة 15 من يونيو سنة

فإذا لم يكن السكر أو التخدير قد أصاب مُرتكب ماديّات الجريمة، بالصورتين سالفتي البيان يكون حينها السكر أو التخدير اختيارياً والجامع المشترك بين الصورتين السالفتي البيان أنّ كلتاها تتحقق خارج إرادة الفاعل نتيجة لعوامل مختلفة لم يتمكن من الاحتراز منها أو تفاديها، ويكون معيار الخطأ أو القدرة على التفادي والاحتراز منها، هو معيار الشخص العادي الذي قد يوضع في نفس الظروف مكانه كان يقع مثله في الغلط⁽⁵⁵³⁾.

ولا يكفي فقط أن تتوفر الصورتان السابق ذكرهما في حالة السكر أو التخدير الغير اختياري لدى مُرتكب ماديّات الجريمة لتصبح مانعاً للمسؤولية الجنائية، بل يجب أن تتوفر فيه الشروط المانعة للمسؤولية، وهي محور اهتمامنا في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الشروط المانعة للمسؤولية

إنّ السكر والتخدير طبقاً للصورتين السابق ذكرهما في المطلب السابق، هي عبارة عن حالة عارضة ينحرف فيها الوعي ويفقد معها الإدراك والشعور. ويتطلب لاعتبار تلك الحالة مانعاً للمسؤولية الجنائية أن يتوفّر بها شرطان، هما:

الشرط الأول، هو أن تفضي المادة المخدرة أو المسكرة إلى فقدان الإدراك فقدّاً كاملاً، نتيجة مادة خارجية دخلت إلى الجسم، أما إذا كان الفقد جزئياً أو ناقصاً فلا تمتنع المسؤولية حينها، ومثال ذلك إذا دفع مُتهم أمام القاضي بامتناع مسؤوليته الجنائية بسبب السكر أو التخدير الغير اختياري، "وجاء محضر استجواب المتهم أمام النيابة العامة قاطعاً في سلامته لا تعدّ سبباً لانعدام المسؤولية"⁽⁵⁵⁴⁾، دالاً على سلامة إدراك المتهم أثناء ارتكابه للجريمة، ويظهر ذلك جلياً عندما يذكر تفاصيل الواقعة كأن يصف مكان حدوثها ووقت ارتكابها وما قد يكون دار بينه وبين المجني عليه، وغيرها من التفاصيل الأخرى أثناء استجوابه أو أثناء تدوين أقواله في محضر جمع الاستدلال، ويدلّ ذلك على أنه مدرك أو أنّ فقدّه للإدراك والشعور كان غير كُلي حينها لا يمنع مسؤوليته الجنائية، وبعدّ حينها عذراً مخففاً للعقوبة يخضع لتقدير قاضي الموضوع. أمّا إذا كان مصدر فقدّ الإدراك داخلياً، فإننا نكون حينها بصدد حالة خلل عقلي، وهي سبب آخر تمتنع معه المسؤولية الجنائية، وهو بسبب توفر حالة الجنون⁽⁵⁵⁵⁾. وقد يكون مصدر فقدّ الإدراك داخلياً نتيجة حالة مرضية، من قبيل فقد الوعي نتيجة مرض السكري أو ارتفاع ضغط الدم أو غيرها من الأمراض، فلو ارتكب حينها جريمة وثبت أنه كان فاقداً للإدراك كلياً تمتنع مسؤوليته.

الشرط الثاني، هو تزامن فقدّ الإدراك لارتكاب الفاعل للجريمة، فإذا لم يحدث ذلك التزامن بقيت مسؤوليته الجنائية قائمة، واستحقّ الفاعل توقيع العقوبة عليه، وهو ما يتحقّق عندما تكون حالة فقدّ الإدراك نتيجة السكر أو التخدير سابقة أو لاحقة على وقت حدوث الجريمة، ويتمّ تحديد هذا الوقت الذي يتحقّق به التزامن دون النظر إلى وقت تحقّق النتيجة الإجرامية، لأنّه يكفي توفر العلاقة السببية والارتباط بين الجاني والنتيجة الإجرامية⁽⁵⁵⁶⁾. وقد أكدت على هذا الشرط محكمة التمييز القطرية في أحكامها ومبادئها، حين

2009 ، المجموعة العشرية الجنائية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز القطرية في المواد الجنائية من أول يناير سنة 2005 لغاية 31 ديسمبر 2014 م .

(553) كامل السعيد : شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثالثة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 1432 هـ - 2011 م - ص 502 .

(554) الطعن رقم 12 لسنة 2007 تمييز جنائي، مرجع سابق.

(555) د. عمر سالم : شرح قانون العقوبات المصري - القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، ص 528 - 529.

(556) د. علي عبد القادر القهوجي: مرجع سابق، ص 112 - 113.

قضت بأن "مناطق الإعفاء من العقاب لفقدان الجاني لشعوره واختياره وقت ارتكاب الحادث هو أن يكون سبب هذه الحالة راجعاً على ما تقضي به المادة (54) من قانون العقوبات" ⁽⁵⁵⁷⁾. ويلاحظ في الحكم السالف البيان، أنه لم يُمَيِّز بين موانع المسؤولية وموانع العقاب، بالرغم من اختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما كما أسفنا الذكر في البحث التمهيدي، وكان من الأفضل لو استبدلت المحكمة عبارة "الإعفاء من العقاب" بـ "امتناع المسؤولية"، حيث أن المادة (54) المذكورة بالحكم تتعلق بحالات امتناع المسؤولية الجنائية.

وبعد أن عرضنا في المطلبين السابقين صور السكر والتخدير الغير اختياري، وشروط منع تلك الصور للمسؤولية الجنائية، سنعرض في المطلب التالي أثر هذا المانع على القصد الجنائي لدى مرتكب ماديات الجريمة.

المطلب الثالث: أثره على القصد الجنائي

إن القصد الجنائي كما سبق القول في المقدمة، هو الركن المعنوي للجريمة العمدية، وهو علم الجاني بعناصر الجريمة واتجاه إرادته إلى تحقيق هذه العناصر وقبولها بالرغم من علمه بنتائجها ⁽⁵⁵⁸⁾. وقد عرّفته محكمة التمييز القطرية في أحكامها بأنه "انصراف إرادة الجاني إلى الفعل والنتيجة ولا عبء بما يكون قد دفعه إلى فعلته أو بالغرض الذي توخاه منه" ⁽⁵⁵⁹⁾. وللقصد الجنائي عدّة أشكال، ذلك أن الجريمة لها قصد جنائي عام، والمتمثل في إرادة الجاني المُتَّجِهَة إلى تحقيق واقعة إجرامية مع علمه بعناصرها بغض النظر عن الغاية التي يبتغي تحقيقها، ويتحدّد هذا القصد بحسب كلّ جريمة على حدة وفقاً للعناصر الداخلة في تكوين ركنها المادي. وهناك بعض الجرائم تتطلب قصداً جنائياً خاصاً كجريمة القتل، وهو القصد الذي يتطلّب توقُّره لدى الجاني إضافة إلى القصد العام لاكتمال الركن المعنوي للجريمة، وينصّ المشرع على هذا القصد الخاص في الوصف التشريعي للجريمة. ويكون القصد مباشراً عندما يكون الجاني قد توقّع النتيجة المُتَحَقِّقة لفعله باعتبارها أكيدة الوقوع. في حين أن القصد الاحتمالي فإنّه على خلاف ذلك؛ أي أنه يتحقّق عندما يكون الجاني قد توقّع النتيجة باعتبارها ممكنة الوقوع؛ أي قد تقع أو لا تقع. ومن المفيد القول كذلك، إن هناك أشكالاً أخرى للقصد الجنائي كالقصد المحدود، وهو الذي تتجّه إرادة الجاني فيه إلى تحقيق النتيجة في موضوع مُحدّد، كحال إطلاق النار على شخص معين بنية إزهاق روحه، فهذا القصد مختلف عندما يتوفّر لدى الجاني القصد الغير محدود الذي لا يكون فيه الجاني قد حدّد النتيجة التي قد تنجم عن فعله، كالذي يزرع عبوة ناسفة في محطة قطار مكتظة بالركاب ⁽⁵⁶⁰⁾.

ويجب على عضو النيابة العامة أن يتحقّق من توقُّر القصد الجنائي لدى المتهم قبل إحالة الدعوى إلى مرحلة المحاكمة، وعندما تصبح في حوزة قاضي الموضوع يكون له وحده السلطة التقديرية في الوقوف على القصد الجنائي للمتهم وفقاً لمُفردات الدعوى وظروفها، وله مطلق الحرية في تكوين قناعته في هذا الشأن ⁽⁵⁶¹⁾.

(557) الطعن رقم (268) لسنة 2011 تمييز جنائي، مرجع سابق.

(558) د. محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 43.

(559) الطعن رقم (56) لسنة 2014 تمييز جنائي، مرجع سابق.

(560) د. مأمون محمد سلامة: مرجع سابق، ص 375 – 378.

(561) بشأن سلطة القاضي في الوقوف على القصد الجنائي لدى المتهم من عدمه أكدت محكمة التمييز القطرية في أحكامها حيث أنت بهذا المبدأ "البحث في توفر القصد الجنائي مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية التي تنأى عن رقابة محكمة التمييز متى كان استخلاصها سليماً مستمداً من أوراق الدعوى، وإن الطعن في هذا الاستخلاص يكون غير سليم"، الطعن رقم (189) لسنة 2009 تمييز جنائي، مرجع سابق.

والجدير بالأهمية القول إنّ توفر حالة السكر أو التخدير الغير اختياري لدى الجاني، وفقده الإدراك والعلم كلياً بسببها، ومعاصرة تلك الحالة لإتيانه الفعل الإجرامي، يُؤدّي بالضرورة إلى انعدام الركن المعنوي للجريمة، حيث أنّه ينهار بسبب عدم توفر القصد الجنائي، ذلك أنّ الإدراك والعلم يعتبران من العناصر التي تتكوّن منها الصورة العمدية للركن المعنوي اللازم لقيام المسؤولية الجنائية، وليس من عناصر الأهلية لتحمل التبعية الجنائية كحالة الجنون أو صغير السن. ويؤدي ذهاب الملكة العقلية المتمثلة في الإدراك والعلم -واللذان يؤهلان الإنسان ويجعلانه قادراً على الإحاطة بالأشياء من حوله، ويعرف طبيعتها، ويتوقع آثار أفعاله- وهذا ما يفقده السكران والمُخدّر، فيصبح غير قادر على التحكم والسيطرة في أفعاله الذي يستتبع فقده للشعور، فلا يعلم عندها ماهيتها ولا يقدر فدايتها ونتائجها الوخيمة، والتي قد تُشكّل أحياناً نشاطاً إجرامياً. هذا بالإضافة إلى فقدان الإرادة التي تتجه إلى تحقيق النتيجة الإجرامية، وبالتالي لا يُسأل جنائياً عما يرتكبه من أفعال تُشكّل نشاطاً إجرامياً، لانعدام الركن المعنوي للجريمة⁽⁵⁶²⁾.

أما إذا ما ترتب على توفر حالة السكر والتخدير الغير اختياري، نقص أو ضعف في الإدراك والإرادة وقت ارتكاب الجريمة، فإنّ مسؤوليته تظل قائمة ولا تمتنع عنه المسؤولية الجنائية، وذلك لتوفر نسبة من العلم والإدراك لديه، لا ينعدم معها الركن المعنوي، ولكن عدّ ذلك عذراً مخففاً للعقوبة، وهذا ما نصت عليه المادة (54) من قانون العقوبات القطري في فقرته الثانية. ويعتبر السكر والتخدير سبباً شخصياً لامتناع المسؤولية، يقتصر أثره على من توفر فيه دون غيره من المساهمين في الجريمة، فاعلاً كان أم شريكاً⁽⁵⁶³⁾. وفي ضوء ما تقدّم عرضه في المبحث الأول من صور وشروط اعتبار السكر والتخدير الغير اختياري مانعاً للمسؤولية الجنائية وأثره على القصد الجنائي، تنتقل إلى المبحث الثاني، والذي سنعرض فيه حالة ما إذا كان السكر والتخدير اختياريًا، وأثره على المسؤولية الجنائية والقصد الجنائي.

المبحث الثاني: السكر أو التخدير الاختياري

إنّ السكر أو التخدير يكون اختياريًا، عندما تتّجه إرادة الجاني إلى إدخال المادة المسكرة أو المُخدرة إلى جسده متعمداً، سواء كان ذلك عن طريق تناولها أو استنشاقها أو حقنها أو بأي طريقة أخرى تُحقّق النتيجة، وهي فقد الإدراك، بشرط أن يكون هذا الجاني على علم تام بتلك المادة وطبيعتها، والحالة التي ستُصيبه بعد تعاطيها. وسنلقي الضوء في هذا المبحث الثاني من البحث على صور السكر أو التخدير الاختياري ضمن المطلب الأول، وسنعرض الخلاف الفقهي والقضائي الذي ثار بشأنه في المطلب الثاني. ثمّ سنبيّن في المطلب الثالث والأخير أثره على القصد الجنائي لدى الجاني.

المطلب الأول: صور السكر أو التخدير الاختياري

تتجسّد هذه الحالة التي يكون عليها الجاني في سياق صورتين جامعتين، هما:

-تحقق الصورة الأولى عندما يتعاطى الجاني المادة المسكرة أو المُخدرة عن علم وإرادة منه ليُهيئاً لنفسه مانعاً من موانع

المسؤولية، أو رغبة منه في تسهيل ارتكاب جريمة يتسبب بها الجاني بإرادته في توفر مانع من موانع المسؤولية لحظة ارتكاب الفعل، ويبدو ذلك بصفة خاصة في حالة الشخص الذي يتناول المادة المسكرة أو المُخدرة حتى يسهل ارتكاب الجريمة ويقترفها بدم بارد⁽⁵⁶⁴⁾.

(562) د. عز الدين الدناصري ، د. عبد الحميد الشورابي ، المسؤولية الجنائية ، الجزء الأول ، الطبعة الخامسة، دار الكتب والدراسات العربية ، الإسكندرية ، ص 88 .

(563) د. علي عبد القادر القهوجي: مرجع سابق، ص 114 .

(564) د. عمر سالم : مرجع سابق ، ص 536.

إنّ هذا الشخص الذي تعمّد الوصول إلى حالة تُحفّزه على الإجرام قد توفّر لديه -بلا شك- قسطاً من حرية الاختيار، ما دام أنّه كان واعياً ومُدركاً لنيته الإجرامية التي عقدها من قبل، وما دام أنّه كان حريصاً على تنفيذ ما لديه من تصميم إجرامي سابق. وقد جعلت بعض التشريعات من السكر ظرفاً مُشدداً للجريمة، كالقانون الإيطالي في المادة (29) من قانون العقوبات⁽⁵⁶⁵⁾، ومثال على ذلك أن يريد شخص ارتكاب جريمة سرقة، ولديه خوف من تسلق الجدران العالية أو التسلل إلى الأماكن المظلمة، فيتعاطى المخدر ليزيل خوفه أثناء دخوله إلى مكان المسروقات.

ومن الثابت أنّ بعض الأشخاص يحتاجون إلى المسكر أو المخدر للتحلّل من رقابة الأنا العليا التي تُشكّل حسب رأي النظرية النفسية وعاءاً للقيم والفضيلة عند الإنسان، فتقوم هذه المسكرات أو المخدرات بإطلاق العنان للشهوة والغريزة الإنسانية للظهور دونما تهذيب أو تقويم، وفي صورة سلوك خارق للقيم والفضائل الاجتماعية أو خارقاً للقانون والنظام فيما يسمى جريمة. إنّ هذا التعمّد في إحداث حالة عدم الإدراك والإرادة بقصد ارتكاب جريمة، يُعدّ صورة من صور سبق الإصرار على ارتكاب المخطّط الإجرامي لدى الجاني⁽⁵⁶⁶⁾، فهو لا يترك لنفسه فرصة للتراجع عن مخطّطه، ولا فرصة لصحوة ضمير يمكن أن تردعه وتقف بسلوكه الإجرامي الذي أضمره في نفسه. وفي هذه الصورة اختلفت المواقف التشريعية من جهة اعتبارها ظرفاً مُشدداً على ارتكاب الجريمة، ذلك أنّ المشرع الإماراتي⁽⁵⁶⁷⁾ واللبناني⁽⁵⁶⁸⁾ والبحريني⁽⁵⁶⁹⁾ والعُماني⁽⁵⁷⁰⁾ اعتبر توفّر هذه الحالة ظرفاً مُشدداً للعقوبة، لهذا جاء النص من قانون العقوبات الاتحادي على النحو التالي: "إذا كان الجاني قد تناول العقاقير أو المواد المخدرة أو المسكرة عمداً بغية ارتكاب الجريمة التي وقعت منه عد ذلك ظرفاً مُشدداً للعقوبة"⁽⁵⁷¹⁾.

وعلى خلاف ما تقدّم، نجد أنّ المشرع القطري والمصري، لم يجعلوا الصورة السالفة البيان ظرفاً مُشدداً للعقوبة، ولكنهما أدخلوها من ضمن الصورة العامة للمسكر أو التخدير الاختياري، التي لا تمنع مسؤولية المتهم الجنائية عمّا يقتضيه من جرائم لكن دون تشديد العقاب. وهذا الأمر ذاته اتّجه إليه المشرع المغربي، ذلك أنّه جاء متفقاً مع موقف باقي التشريعات السالفة البيان، إذ أنّه لم يتناول حالات السكر

⁽⁵⁶⁵⁾ د. أحمد فتحي سرور : الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العامة ، القاهرة ، 2015 ، ص 902 .
⁽⁵⁶⁶⁾ عرفت محكمة التمييز القطرية سبق الإصرار في مبادئها وأحكامها بأنه " حالة ذهنية تقوم بنفس الجاني فلا يستطيع أحد أن يشهد بها مباشرة بل يستفاد من وقائع خارجية يستخلصها القاضي، ويشترط لتوافره في حق الجاني أن يكون في حالة يتسنّى له فيها التفكير في عمله والتصميم عليه في هدوء وروية، وهو ظرف مُشدّد عام في جرائم القتل " الطعن رقم: 256 لسنة 2008 ، تمييز جنائي ، مرجع سابق.
⁽⁵⁶⁷⁾ انظر : المادة (61) الفقرة الثانية من قانون رقم (3) لسنة 1987 م قانون العقوبات الاتحادي والتي نصت على : " فإذا كان الجاني قد تناول العقاقير أو المواد المخدرة أو المسكرة عمداً بغية ارتكاب الجريمة التي وقعت منه عد ذلك ظرفاً مُشدداً للعقوبة " .

⁽⁵⁶⁸⁾ المادة (257) من قانون العقوبات اللبناني والتي نصت على : " وإذا أوجد نفسه في تلك الحالة قصداً بغية ارتكاب الجريمة شددت عقوبته " .
⁽⁵⁶⁹⁾ انظر : المادة (34) من قانون رقم (15) لسنة 1976 م قانون العقوبات البحرين والتي نصت على : " إذا أوجد المجرم نفسه في حالة سكر أو تخدير عمداً بغية ارتكاب الجريمة التي وقعت منه كان ذلك سبباً مُشدداً للعقوبة " .
⁽⁵⁷⁰⁾ انظر : المادة (102) الفقرة الرابعة من قانون الجزاء العُماني والتي نصت على : " أما إذا أوجد نفسه في تلك الحالة قصداً بغية ارتكاب جريمة فتشدد عقوبته " .

⁽⁵⁷¹⁾ د. خليفة بن راشد الثعالي: شرح قانون الإمارات الإماراتي - النظرية العامة للجريمة ، الكتاب الأول ، الطبعة الثالثة ، 2010 ، ص 168 - 169 .

والانفعالات الناتجة عن تعاطي المُسكر أو المخدر اختياريًا، مما يدل على أنه ترك هذا الأمر إلى المبادئ العامة، أما بشأن التعاطي والمُسكر العمدي فإنه لم يأتي بالتشديد⁽⁵⁷²⁾.

وكان من الأفضل على المشرع القطري والمصري والمغربي أن يجعلوا الصورة السالفة البيان ظرفًا مشددًا، كغيره من المشرعين الخليجيين، وتقييد حق القاضي في استعمال أحكام الرأفة وتخفيف العقوبة -عند توفرها- في حال كانت الجريمة المرتكبة جنائية على النفس أو العرض.

-وتتحقق الصورة الثانية في حال إقدام شخص على أخذ المادة المُسكرة أو المُخدرة بقصد إفقاد الوعي فقط، كالشخص الذي يشرب الخمر لغرض الوصول إلى حالة الثمالة أو بسبب إدمانه على الكحول، وكالشخص الذي يتعاطى مادة الحشيش لتحدي أصدقائه أو لحب التجربة، وهذه الصورة حسمها المشرع القطري صراحة في الفقرة الثالثة من المادة (54) من قانون العقوبات، بعدم اعتبارها مانعًا للمسؤولية ولو كانت تتطلب قصدًا جنائيًا خاصًا. كما أن المشرع المغربي نص صراحة على أن حالات المُسكر والانفعالات العاطفية الناتجة عنه لا تكون بأي حال من الأحوال سببًا لمنع أو نقصان المسؤولية عندما يعتمد الجاني المُسكر أو التخدير⁽⁵⁷³⁾، على خلاف ما أخذ به المشرع المصري في نص المادة (62) من قانون العقوبات، والمشرع الكويتي في نص المادة (23) من قانون الجزاء؛ إذ أنه لم ينص صراحة على هذه الصورة، واكتفى ببيان حالات منع المسؤولية لمُرتكبي السلوك الإجرامي في حالة المُسكر والتخدير الغير اختياري، وقد أدى ذلك إلى خلاف فقهي وقضائي واسع سنعرضه في المطلب الثاني بإيجاز.

المطلب الثاني: الخلاف الفقهي والقضائي الذي ثار بشأنه

لم يثر خلاف فقهي لدى التشريعات التي نصت صراحة على مسؤولية السكران والمُخدّر باختياريه عن الجرائم التي يرتكبها أثناء فقدته للإدراك والشعور⁽⁵⁷⁴⁾، حيث تناول الفقه المادة (62) من قانون العقوبات المصري والمادة المقابلة لها في قانون الجزاء الكويتي، بالتفسير والشرح. كما اختلف الفقهاء بشأن عدم النص صراحة على صورة المُسكر أو التخدير الاختياري، ومدى مسؤولية السكران أو المُخدّر بإرادته عند ارتكابه نشاط إجرامي مُتزامن مع فقدته للإدراك والشعور، حيث يرى جانب من الفقه أن المسؤولية الجنائية تتوافر للسكران الذي أوجد حالة فقدان الإدراك والإرادة بيديه وارتكب الجريمة، وحجّة هذا الجانب من الفقه أن عدم تحميل السكران سُكرًا اختياريًا مسؤولية جنائية عن جريمته، يعرض المجتمع للخطر ويُمكن هذه الشريحة من المُجرمين من الإفلات من العقوبة⁽⁵⁷⁵⁾، وهذا الرأي يتفق مع الفقه الذي يعتمد الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر التشريع الجنائي، على اعتبار أن من أحدث سُكره أو تخديره بنفسه يُعدّ مسؤولًا جنائيًا

⁽⁵⁷²⁾ د. لطيفة الداودي : الوجيز في القانون الجنائي المغربي ، القسم العام ، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية ، مراكش، 2007 ، ص 144 . انظر : المادة (137) من قانون العقوبات المغربي .

⁽⁵⁷³⁾ انظر : المادة (137 / 1) من قانون الجزاء المغربي والتي نصت على: " السكر وحالات الانفعال أو الاندفاع العاطفي أو الناشئ عن تعاطي المواد المخدرة عمدا لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يعدم المسؤولية أو ينقصها".

⁽⁵⁷⁴⁾ أقر كلاً من المشرعين القطري والإماراتي والبحريني والعُماني والمغربي بعدم منع مسؤولية السكران والمُخدّر عن الجرائم التي يرتكبها أثناء سُكره ، وقد تناولنها سابقاً ص 10 بالبحث .

⁽⁵⁷⁵⁾ د. خليفة راشد الثعالبي : مرجع سابق، ص 167-168 .

عن جرائمه، وهو الرأي الراجح في الشريعة من رفع العقاب عن السكران إذا تناول المُسكر مكرهًا أو غير عالم بأنه مُسكر ثم ارتكب الجريمة أثناء سكره، ولكن تناوله للمُسكر مختارًا لا يعفي مسؤوليته عن أي جريمة يرتكبها أثناء سكره⁽⁵⁷⁶⁾.

وذهب رأي فقهي آخر إلى وجوب تطبيق القواعد العامة للقانون التي تُفرّق بين الجرائم العمدية والغير عمدية. فبالنسبة للجرائم العمدية لا يمكن أن تتحقق لأنّ السكران يُعدُّ فاقدًا للشعور، بذّا فإنّه لا يمكنه توجيه إرادته لارتكابها، أما بالنسبة للجرائم غير العمدية فهي وحدها التي يمكن أن يسأل عنها السكران لأنها تقوم على الإهمال وعدم الاحتياط.

وقد انتُقد الرأي السابق بسبب خلطه بين الركن المعنوي للجريمة والركن المعنوي للمسؤولية الجنائية، ذلك أنّ الركن المعنوي للمسؤولية هو الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية؛ سواء كانت الجريمة عمدية أو غير عمدية. إنّ هذه التفرقة في الحكم بين الجرائم العمدية سيؤدي إلى إفلات مُرتكب الجرائم العمدية من القصاص، وهذه نتيجة عملية غير مقبولة في اعتقادنا، فمثلاً لا مسؤولية مطلقاً على السكران الذي يرتكب جريمة اغتصاب لأنها جريمة عمدية، بينما يُسأل عن جريمة الضرب أو الجرح غير العمدية⁽⁵⁷⁷⁾.

كما اتجه البعض الآخر إلى اعتبار مسؤولية السكران باختياره عن الجريمة التي يرتكبها، هي مسؤولية موضوعية أو مادية، إذ أنّ القانون يعاقب على تلك الجريمة دون تطلّب للركن المعنوي، واكتفاءً بتوافر علاقة السببية المادية بين فعل الجاني والنتيجة، لأنّ السكران لا تتوافر لديه الإرادة التي تعدّ قوام الركن المعنوي⁽⁵⁷⁸⁾، ولكن هذا الاتجاه تعتبره استثناء من القواعد العامة لا تتقرر إلّا بنص، ولا يوجد نص يقررها في هذه الحالة. وقد ذهب فريق آخر إلى القول بأنّ السكران باختياره يُسأل عن جرائمه المقصودة والغير مقصودة على حدّ سواء، على أساس توفر القصد الاحتمالي، إذ كان عليه أن يتوقّع عند إفراطه في الشرب أنه قد يفقد وعيه ويرتكب جريمة ما، ورغم ذلك قبل المخاطرة وأقدم على تناول المُسكر أو المُخدر باختياره.

ويذهب البعض إلى تقرير مسؤولية السكران أو المُخدر باختياره عن كلّ ما يرتكبه من جرائم، سواء كانت تلك الجريمة التي ارتكبها مقصودة أم غير مقصودة، على أساس أنّ المشرع افترض افتراضاً قانونياً لا يقبل إثبات العكس، وأنه وقت ارتكاب الفعل الإجرامي كان يتمتع بالقدرة على الإدراك والاختيار شأنه في ذلك شأن المدرك، فيُسأل حينها عن جريمة مقصودة إذا اتجهت إرادته وقت ارتكابها إلى السلوك والنتيجة الإجرامية، ويُسأل عن جريمة غير مقصودة إذا اتجهت إرادته إلى السلوك فقط ولكنه تسبّب في وقوع النتيجة بإهماله وعدم احتياطه⁽⁵⁷⁹⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه، أنّ استخلاص حكم السكر الاختياري من المادة (62) من قانون العقوبات المصري يكون عن طريق مفهوم المخالفة، وأنّ المشرّع كان مُحققاً في عدم النص صراحة به لعدم الحاجة لذلك، وأنّ خطة القانون في بيان موانع المسؤولية وافتراضها، أنّ كلّ من لم يتوفّر لديه أحد هذه الموانع يعتبر مسؤولاً عن أفعاله، فالأصل هو المسؤولية والاستثناء امتناعها، فإذا كان النص

(576) د. عبد القادر عودة: مرجع سابق، ص 435-436.

(577) د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 982 - 983.

(578) د. مأمون سلامة: قانون العقوبات - القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 319.

(579) د. علي عبد القادر القهوجي: مرجع سابق، ص 118 - 121.

قد اقتصر على امتناع مسؤولية السكران أو المخدر اضطراراً؛ فإن ذلك يعني اعتباره مسؤولاً عن أفعاله إذا كان سكره أو تخديره اختياراً، وأنّ الأخذ بغير ذلك التفسير يؤدي إلى نتائج مهددة لمصلحة المجتمع، ولا يتصور أن يكون الشارع قد ارتضاها⁽⁵⁸⁰⁾.

وفيما يتعلق بما انتهجته محكمة النقض المصرية بشأن السكر والتخدير الاختياري، بأنّه متى ثبت أنّ "الجاني قد تعاطى الخمر بمحض اختياره فليس لسكره في هذه الحالة تأثير ما في مسؤوليته الجنائية". وقضت بأنّ "القانون يجري حكم المدرك التام الإدراك على من يتناول مادة مخدرة أو مسكرة مختاراً أو عن علم بحقيقة أمرها، مما يبنّي عليه توافر القصد الجنائي لديه في الجرائم ذات القصد العام، ومن ثمّ فإنه يكون مسؤولاً عن الجرائم التي تقع منه وهو تحت تأثيرها".

إلا أنّ محكمة النقض منعت مسؤولية السكران باختياره بالنسبة للجرائم ذات القصد الخاص، فقضت بأنّ "السكران متى كان فاقد الشعور أو الاختيار في عمله لا يصح أن يقال عنه أنه كانت لديه نية القتل، وذلك سواء أكان قد أخذ المسكر بعلمه ورضاه أم أخذه قهراً عنه أو على غير علم منه، ما دام السكر قد أفقده شعوره أو اختياره، فمثل هذا الشخص لا يصح معاقبته عن القتل العمد إلا أن يكون قد انتوى القتل ثم أخذ المسكر ليكون مشجعاً له على ارتكاب جريمته، ولا يرد على هذا أنه يؤخذ من نص المادة (62) من قانون العقوبات أن السكران لا يعفى من العقاب إلا إذا كان قد أخذ المسكر بغير إرادته، وما دام القانون يوجب في جريمة القتل العمد أن يكون الجاني قد انتوى إزهاق روح المجني عليه وهذه النية "أمر خفي لا يدرك بالحس الظاهر وأن ما يدرك بالظروف المحيطة بالدعوى والأمارات والمظاهر الخارجية التي يأتيها الجاني وتتم على ما يضره في نفسه"⁽⁵⁸¹⁾، وما دامت هذه النية باعتبارها ركناً من أركان الجريمة لا يصح القول بقيامها إلا إذا تحققت بالفعل. ويلزم عن ذلك أن المادة (62) المذكورة لا تنطبق في حالة الجرائم التي يجب فيها توافر قصد جنائي خاص لدى المتهم، إذ لا يتصور في هذه الحالة اكتفاء الشارع في ثبوت هذا القصد باعتبارات وافتراضات قانونية، فإن القصد الجنائي باعتباره واقعة يجب أن يكون ثبوتها بناء على حقيقة الواقع، هذا هو التفسير الذي يجب أن يعطى للمادة المذكورة⁽⁵⁸²⁾.

ويكون تحديد نوع السكر أو التخدير ما إذا كان اختيارياً أو غير اختياري، وتأثيره على الإدراك والشعور فإنّه يكون من اختصاص قاضي الموضوع، يستخلصه من الأدلة والقرائن، ومن وقائع الدعوى المطروحة أمامه. "ولا يشترط في الدليل أن يكون صريحاً دالاً بنفسه على الواقعة المراد إثباتها بل يكفي أن يكون استخلاص ثبوتها عن طريق الاستنتاج مما تكشف للمحكمة من الظروف والقرائن"⁽⁵⁸³⁾.

المطلب الثالث: أثره على القصد الجنائي

نرى فيما سبق عرضه بأنّ التشريع والقضاء والرأي الراجح في الفقه اتفقوا على اعتبار مُحدث السكر أو التخدير بنفسه اختيارياً بقصد إعطائه الجرأة والقوة لارتكاب مُخطّطه الإجرامي، يُعدُّ مسؤولاً جنائياً عن جريمته؛ سواء كان ذلك بالنصّ عليه صراحة واعتباره ظرفاً مُشدّداً كالمرشع الإماراتي والبحريني، أو النصّ عليه ضمناً كالمرشعين القطري والمصري. وعليه، فإنّ القصد الجنائي سواء كان عاماً أو خاصاً في بعض الجرائم، يكون متوفراً لدى الجاني لاتجاه نيته قبل سكره أو تخديره لتنفيذ مُخطّطه وتحقيق النتيجة الإجرامية.

(580) د. محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ص 617.

(581) الطعن رقم (12) لسنة 2007 جلسة 2007/03/26 م، مرجع سابق.

(582) د. عبد الرؤوف مهدي: مرجع سابق، ص 984-987.

(583) الطعن رقم 211 لسنة 2014 تمييز جنائي، مرجع سابق.

أما بالنسبة للصورة الثانية التي يُقدم فيها شخص ما على أخذ المادة المُسكرة أو المُخدرة لأيّ غرض آخر، فقد حسمها المشرع القطري بإقرار مسؤوليته عن الجرائم التي ترتكب منه حال فقدته للإدراك والشعور، باعتباره افتراضاً قانونياً لا يقبل العكس بتوفر القصد الجنائي العام والخاص لديه، وذلك على خلاف القواعد العامة، وبغرض حماية المصلحة الاجتماعية؛ وهي احتمالية إفلات مرتكبي الجرائم من العقاب، واقتداءً بالشريعة الإسلامية ومسلكتها في هذا الشأن.

ومن المفيد القول، إنّ مسألة الخلاف الفقهي التي أثارها المادة (62) من قانون العقوبات المصري، والتحفظ القضائي بعدم قبول نسبة القصد الجنائي الخاص إلى السكران أو المُخدّر اختياريًا، وقبول نسبة القصد الجنائي العام إليه فقط بحُجة أنّه لا يكفي في ثبوت القصد الخاص بالاعتبارات والافتراضات القانونية، لأنّ ثبوته يكون بناءً على الحقيقة الثابتة ووقائع الدعوى، وأدّى ذلك التحفظ القضائي إلى أنه في حالة إتهام سكران أو مُخدّر بجريمة القتل العمد فإنّه لا يُسأل عنها، لتطلبها قصدًا جنائيًا خاصًا قوامه نية إزهاق الروح، ولكنه يُسأل عن جريمة الضرب المُفضي إلى الموت باعتبارها تقوم بارتكاب ماديّات القتل وتوفّر القصد الجنائي العام لديه.

أما إذا اتهم السكران أو المُخدّر بتزوير أو سرقة فلا سبيل إلى مسؤوليته عن أيّهما لأنّهما من الجرائم التي لا تقوم إلا إذا توفّر لدى الجاني قصدًا جنائيًا خاصًا. فالقصد الجنائي - كما أسلفنا الذكر في المبحث التمهيدي- هو الركن المعنوي للجريمة العمدية، وقوامه توفّر العلم لدى الجاني بكلّ ماديّاتها، وتوجّه إرادته إلى تحقيق النتيجة الإجرامية.

إنّ هذا التحفظ القضائي أصبح محلّ انتقاد الفقه، ذلك أنّ التسليم بمسؤولية السكران باختياره عن الجرائم التي يرتكبها -سواء كانت عمدية أم غير عمدية- قد افترضت توفّر الإرادة المعتبرة لديه قانوناً بكلّ قيمتها التي تصلح أن يقوم بها القصد الجنائي العام أو الخاص، فليس ثمة فارق بينهما من حيث جوهر كل منهما، والقول بأنّ القصد الجنائي الخاص لا يكفي في ثبوته لاعتبارات وافتراضات قانونية، ويجب أن يستند إلى أدلة مُستمدّة من وقائع الدعوى، فإنّ هذا القول يصدق كذلك على القصد الجنائي العام، فلا بدّ من إقامة الدليل عليه شأنه شأن القصد الجنائي الخاص⁽⁵⁸⁴⁾.

وكان من الأفضل لو أنّ المشرّع المصري انتهج نهج المشرع القطري والإماراتي والبحريني والعُماني، وذلك بالنص صراحة على مسؤولية السكران أو المُخدّر اختياريًا عن الجرائم التي يرتكبها ولو تطلبت قصدًا جنائيًا خاصًا، حماية للمجتمع من إفلات المجرمين من المسؤولية الجنائية. ويلاحظ الباحث أنّ بعض التشريعات، منها ما اتّجه إلى ما اتّجه إليه المشرع الكويتي والمغربي بجواز إيداع الفاعل المُجرّم إذا تسبّب إدمانه على الخمر والمُخدّر إلى جنونه بأن يودع في مؤسسة علاجية، وتواجه حالته بذات التدابير المنصوص عليها عندما تتوفر حالة الجنون لدى الجاني كمانع مسؤولية⁽⁵⁸⁵⁾، على خلاف المشرع القطري والمصري والإماراتي والبحريني والعُماني الذين لم ينصوا على جواز إخضاع الجاني للتدابير، عن طريق إدخاله إلى المكان المُخصّص لعلاج الأمراض العقلية على اعتبار أنّ ذلك من القواعد العامة، وهذا الاتجاه التشريعي - على ما يرى الباحث- سليم لأنّه لم ينص ويزيد على ما هو ثابت ومنصوص عليه في حالة الجنون كمانع للمسؤولية.

(584) د. محمود نجيب حسني : مرجع سابق ، ص 620 – 621.

(585) د. محمد عبد اللطيف عبد العال : النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجنائية في قانون الجزاء الكويتي ، جامعة الكويت ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 2015 ، ص 1019 ، انظر : المادة (137 / 2) من قانون الجزاء المغربي ، والمادة (23) من قانون الجزاء الكويتي .

وبالنظر إلى تلك الحالة على وجه الخصوص، فإنّ الجاني الذي يُصرّ على التعاطي والسُّكر إلى أن يؤدي به ذلك إلى الإدمان، فإنّه لا يستحقّ أن تمتنع أو تُخفّف مسؤوليته الجنائية، بل يجب أن يُواجه بالتشديد بدلاً من احتضانه وعلاجه في المؤسسات العلاجية، وبالأخصّ في حال ارتكابه لجرائم بشعة كالقتل أو الاغتصاب. أمّا إذا أدى ذلك الإدمان إلى تلف العقل وقت ارتكابه للجريمة، فحينها ينطبق عليه حكم المجنون في القواعد العامة.

الخاتمة

نخلص في خاتمة هذا البحث، إلى القول بأنّ كلّ ما يُذهب العقل والإدراك من مُسكرات أو مخدرات أو غيرها من مواد، هي آفة على البشرية وتصيب المجتمع بالمحن وتهدّد سلمه المجتمعيّ، وتدفع الناس إلى ارتكاب الجرائم في حال استخدمت لغير الأغراض العلاجية المُحدّدة لها، الأمر الذي دفع بالدول والحكومات إلى سنّ القوانين والتشريعات اللازمة من أجل مكافحتها، رغم أنّ الشريعة الإسلامية كان لها سبق في هذا المجال منذ أربعة عشر قرناً في تحريمها.

وقد عرضنا في هذا البحث موضوع السُّكر أو التخدير الاختياري والغير اختياري، وأثره على القصد الجنائي، وتوصّلنا من خلاله إلى عدة نتائج وتوصيات، هي:

النتائج:

- 1- إنّ السُّكر أو التخدير الغير اختياري إذا حلّ بشخص وأفقده الإدراك والشعور كلياً، وارتكب ماديّات جريمة ما، يؤدي إلى انعدام قصده الجنائي والركن المعنوي للجريمة، الذي يستتبع امتناع مسؤوليته الجنائية.
- 2- يكون السُّكر أو التخدير غير اختياري، إذا أصاب مرتكب ماديّات الجريمة، نتيجة وصول المادة المُسكرة أو المُخدرة إلى جسمه قسراً عنه أو اضطراراً أو جهلاً بأثرها المُفقد للإدراك والشعور.
- 3- يُشترط في حالة السُّكر أو التخدير التي تصيب مُرتكب ماديّات الجريمة من غير اختياره، أن تُفقده الإدراك والشعور كلياً، وأن تكون مُتزامنة لارتكاب الجريمة، لاعتبارها مانعاً للمسؤولية الجنائية.
- 4- إنّ حالة السُّكر أو التخدير التي تُصيب مُرتكب ماديّات الجريمة من غير اختياره، وتُسبب الحالة ضعفاً أو نقصاً في الإدراك والشعور، يكون مسؤولاً جنائياً عن أفعاله، ويُعدّ ذلك عذراً مخففاً للعقوبة.
- 5- إنّ توفّر حالة السُّكر أو التخدير غير الاختياري لدى الجاني يُصيب الجريمة في ركنها المعنوي، فتسقط بسبب عدم توفر القصد الجنائي لدى الجاني، لفقده الشعور والاختيار فيصبح غير قادر على التحكم والسيطرة على أفعاله، فلا يعلم ماهيتها ولا يُقدّر فداختها ونتائجها، والتي قد تشكل أحياناً نشاطاً إجرامياً، ويفقد الإرادة التي تتّجه إلى تحقيق النتيجة الإجرامية، وبالتالي لا يُسأل جنائياً، لانعدام الركن المعنوي لديه.
- 6- يُعتبر السُّكر أو التخدير سبباً شخصياً لامتناع المسؤولية، يقتصر أثره على من توفّر فيه دون غيره من المساهمين في الجريمة، فاعلاً كان أم شريكاً.
- 7- يُعتبر السُّكر أو التخدير اختياريّاً عندما تتّجه إرادة الجاني إلى إدخال المادة المُسكرة أو المُخدرة إلى جسده مُتعمداً بأيّ طريقة.
- 8- يُعتبر ظرفاً مشدداً للعقوبة في بعض التشريعات، إذا تعاطى الجاني المادة المُسكرة أو المُخدرة عن علم وإرادة بغرض تسهيل ارتكابه لمُخطّطه الإجرامي وإبعاد الخوف عنه، وقد نصّ على ذلك صراحة المشرّع الإماراتي والبحريني والعُماني، أما المشرع المصري والقطري فقد أدخل تلك الصورة ضمن الصُّور العامة للسُّكر أو التخدير الاختياري ولم ينص عليها بالتشديد.
- 9- جاء في المادة (54) من قانون العقوبات القطري الفقرة الثالثة أنّه يكون مُرتكب ماديّات الجريمة في حالة السُّكر أو التخدير الاختياري مسؤولاً جنائياً عن أفعاله -ولو كانت جريمته تتطلب قصداً جنائياً خاصاً- وكان ذلك متفق مع ما جاء في التشريعات الخليجية،

باعتبار توفر القصد الجنائي العام والخاص لديه افتراضاً قانونياً، لا يقبل العكس بغرض حماية المصلحة الاجتماعية وعدم إفلات مُرتكبي الجرائم من العقاب، والاقتداء بالشرعية الإسلامية.

10- لم ينص المشرع المصري والكويتي صراحة على تحمّل مُرتكب ماديّات الجريمة المسؤولية الجنائية في حالة السكر والتخدير الاختياري، واكتفى ببيان حالات منع المسؤولية الجنائية عنه، على خلاف غيره من المشرعين، ومن بينهم المشرع القطري الذي نصّ صراحة على تلك الصورة.

11- دار خلاف فقهي وقضائي واسع في تفسير موقف المشرع المصري والكويتي بشأن حالة السكر والتخدير الاختياري، فمنهم من رأى بوجوب تطبيق القواعد العامة للقانون، فلا تُنسب للسكران أو المُخدر سوى الجرائم الغير عمدية. في حين رأى جانب آخر من الفقه ضرورة الأخذ بالمسؤولية المادية، والاكتفاء بتوفر العلاقة السببية بين فعل الجاني والنتيجة. وذهب البعض الآخر إلى تحميل السكران أو المُخدر المسؤولية الجنائية لتوفر القصد الاحتمالي لديه.

12- يرى جانب آخر في الفقه تقرير المسؤولية الجنائية للسكران أو المُخدر باختباره لافتراض المشرع افتراضاً قانونياً لا يقبل إثبات العكس.

13- إنّ الرأي الراجح لدى الفقه والقضاء أنّ تفسير المادة (62) بشأن حالة السكر أو التخدير الاختياري يكون عن طريق مفهوم المخالفة.

14- انتهجت محكمة النقض المصرية بشأن السكر أو التخدير الاختياري بتحميل المسؤولية الجنائية لمُرتكب الجريمة التي تتطلب قصداً جنائياً عاماً، أما مُرتكب الجريمة التي تتطلب قصداً جنائياً خاصاً تمتنع مسؤوليته الجنائية.

التوصيات:

1-نوصي المشرع القطري بتعديل نصّ المادة (54) من قانون العقوبات، بجعل السكر أو التخدير اختياراً بغية ارتكاب جريمة، ظرفاً مشدداً في الجرائم التي يرتكبها الجاني في مثل هذه الحالة، وتقييد حقّ القاضي في استعمال أحكام الرأفة وتخفيف العقوبة عند وقوع الجريمة في تلك الحالة، المنصوص عليها في المادة (92) من قانون العقوبات، في حال كانت الجريمة المُرتكبة جنائية على النفس أو العرض.

2-نوصي المشرع المصري والكويتي بالنصّ صراحة على مسؤولية السكران أو المُخدر اختيارياً عن الجرائم التي يرتكبها ولو تطلبت قصداً جنائياً خاصاً، لحماية المجتمع من إفلات المجرمين.

3- نوصي جميع المشرعين بجعل السكر أو التخدير اختياراً بغية ارتكاب جريمة، ظرفاً مشدداً في الجرائم التي يرتكبها الجاني في مثل هذه الحالة، وتقييد حقّ القاضي في استعمال أحكام الرأفة وتخفيف العقوبة عند وقوع الجريمة في تلك الصورة، حال كانت الجريمة المُرتكبة جنائية على النفس أو العرض.

4- نأمل بأن يتّجه قضاء محكمة التمييز القطرية، بمراعاة الاختلاف القانوني بين موانع المسؤولية وموانع العقاب في مبادئها وأحكامها.

المراجع :

1. القرآن الكريم.
2. د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العامة، القاهرة ، 2015.
3. د. أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون العقوبات القطري - القسم العام، الطبعة الأولى، جامعة قطر، 1431 هـ - 2010 م .
4. د. خليفة بن راشد الثعالي: شرح قانون الإمارات الإماراتي - النظرية العامة للجريمة، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة ، 2010.
5. د. سامح السيد جاد : شرح قانون العقوبات - القسم العام ، دار الكتاب الجامعي ، القاهرة ، 2007 - 2008 م.
6. د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
7. د. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي - مقارناً بالقانون الوضعي، ج1، دار الحديث، القاهرة، 1430 هـ / 2009 م.
8. د. عز الدين الدناصوري ، د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية .
9. د. عمر سالم: شرح قانون العقوبات المصري - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2010.
10. د. علي عبد القادر القهوجي: شرح قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
11. كامل السعيد: شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1432 هـ - 2011 م .
12. د. لطيفة الداودي: الوجيز في القانون الجنائي المغربي، القسم العام، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2007.
13. د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات - القسم العام، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، سلامة للنشر والتوزيع، 2017 .
14. د. محمد عبد اللطيف عبد العال: النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجنائية في قانون الجزاء الكويتي، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2015 .
15. د. محمد محمد مصباح القاضي: قانون العقوبات - القسم العام، منشورات الحلبي، لبنان.
16. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2016.
17. د. محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988 .
18. المجموعة العشرية الجنائية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز القطرية في المواد الجنائية من أول يناير سنة 2005 لغاية 31 ديسمبر 2014 م.

ملحة التعديل الانفرادي للإدارة في عقود الشراء العام

(قراءة تحليلية نقدية في التشريع القطري)

عائشة مبارك المهندي

ملخص:

يُشكل التعديل الانفرادي من جانب الإدارة يشكل إحدى السلطات التي تملكها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وهذه السلطة تعد الأخطر من بين السلطات الأخرى، إذ إنها تشكل مظهرًا مغايرًا لما هو مستقر عليه في مجال عقود القانون الخاص، التي لا تجيز التعديل إلا باتفاق طرفي العقد، وهذا ما استدعى إعداد البحث في هذه السلطة الاستثنائية في إطار عقود الشراء العام تحديدًا، فتركز إشكالية بحثنا على أن سلطة التعديل الانفرادي، سلطة استثنائية مُنحت للإدارة، لا سيما وهذه السلطة تعد إحدى المبادئ العامة في إطار العقود الإدارية؛ وهذا يقتضي أن يكون الإطار التشريعي لهذه السلطة وافيًا، بحيث لا يتم التفريط في استخدامها، فهذا البحث يعالج سلطة التعديل الانفرادي في ضوء التشريع القطري، كما تكمن أهمية البحث في تحديد الإطار العام والخاص لسلطة التعديل الانفرادي في ضوء التشريع القطري، لتمكين الإدارات الخاضعة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الرجوع إلى هذا البحث؛ لمعرفة القيود الواردة على سلطاتها، وذلك قبل مباشرة هذه السلطة، فيهدف البحث إلى معالجة الإطار العام والخاص لسلطة التعديل الانفرادي في عقود الشراء العام، من خلال معرفة جوانب النقص في التشريع القطري، ومحاولة سد هذه الجوانب، ومن خلال البحث سنحاول الإجابة على سؤالين وهما:

١- هل سلطة التعديل الانفرادي للإدارة في ضوء التشريع القطري، منظمة تنظيمًا وافيًا؟

٢- هل القيود التي أوردها التشريع القطري لمباشرة الإدارة لسلطاتها في التعديل، هي قيود يقتضيها المنطق القانوني والواقعي؟

واتبعنا منهجاً وصفيًا تحليليًا نقدياً عند إعداد البحث، وذلك من خلال استعراض النصوص التشريعية المتعلقة بهذه السلطة، والاستناد إلى النظريات العامة في العقود الإدارية من أجل دراسة مدى توظيفها في التشريع والقضاء القطري، إلا إن موضوع البحث كان قد سبق وأن تم تناوله في دراسات سابقة مثل: "عريش، عبد الرزاق، وشطناوي، علي خطار. (1998).

صلاحية الإدارة في التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العامة: دراسة مقارنة في فرنسا، المغرب، والاردن (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الاردنية، عمان. "، في هذه الدراسة تناول الباحث الإطار التشريعي العام لسلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة على وجه التحديد، و في كل من التشريع الفرنسي والمغربي والأردني، من خلال مقارنة هذه التشريعات ببعضها البعض، و شمل بحثه سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، و التعديل الاتفاقي في إطار عقد الأشغال العامة، وكذا البحث المعنون بـ "عبد القادر، محفوظ. (2016).

التعديل الانفرادي لعقدي امتياز المرفق العام والأشغال العمومية: دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا ومصر. مجلة جيل الدراسات المقارنة: مركز جيل البحث العلمي، ع2، 57 - 75. " في هذه الدراسة ناقش الباحث سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي في عقد من عقود الشراء العام وعقد من عقود تفويض المرفق العام، وقصر بحثه في المقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي والمصري، ولكن ما يُميّز بحثنا هو مناقشته لسلطة التعديل الانفرادي في ضوء التشريع القطري، و هو الموضوع الذي لم تتم معالجته من جانب كلا الدراستين المشار إليهما آنفاً، فضلاً عن ذلك بحثنا يشمل فقط عقود الشراء العام، و لا يقتصر على عقد الأشغال العامة و الذي يعد أحد صور عقود الشراء العام، و الذي، بينما الدراستين السابقتين تناولتا سلطة التعديل الانفرادي في عقد الأشغال العامة مع الإشارة إلى أن البحث الثاني تناول سلطة التعديل في عقد آخر لا يندرج ضمن عقود الشراء العام، كما أن بحثنا قاصر على سلطة التعديل الانفرادي للإدارة، و دون التطرق للتعديل الاتفاقي في إطار عقود الشراء العام، و ذلك لعدم تبني التشريع القطري هذا النوع من التعديل، بينما الدراسة الأولى، شملت كلا نوعي التعديل في إطار عقد الأشغال العامة، وبعد استقراء الدراسات السابقة رأينا تناول بحثنا على الوجه الآتي:

Abstract :

The authority of the administration to amend the administrative contracts is the most distinctive authority among the other authorities, as it constitutes a different aspect of what is known in the field of private law contracts, which do not allow to amend a contract except by the willing of the both parties and this makes the research important.

The problematic of our research is based on the fact that the this authority is an exceptional power granted to the administration, especially this authority is one of the general principles within the framework of administrative contracts. This requires that the legislative framework for this authority be adequate. This research deals with the power of unilateral amendment in light of the Qatari legislation, and the importance of research depends defining the general and private framework for the authority of unilateral amendment in light of the Qatari legislation, to enable the administrations subject to the provisions of the law.

The research aims to address the general and private framework of the power of unilateral amendment in public procurement contracts, by knowing the deficiencies in the Qatari legislation, and trying to bridge these aspects, and through the research we will try to answer two questions, namely: 1- Is the authority for the unilateral amendment of the administration, in light of the Qatari legislation, fully regulated? 2- Are the restrictions mentioned in the Qatari legislation for the administration to exercise its authority to amend these restrictions that are required by legal and realistic logic? We followed a descriptive brief, analytical and critical approach when preparing the research, by reviewing the legislative texts related to this authority, and relying on general theories in administrative contracts in order to study the extent of their employment in Qatari legislation and judiciary, however the topic of the research had previously been covered in previous studies such as : “Arish, Abd Al-Razzaq, Shatnawi, and Ali Khattar. (1998). The authority of administration in the unilateral amendment of the public works contract: a comparative study in France, Morocco, and Jordan (unpublished master's thesis). University of Jordan, Amman.”, In this study.

The researcher dealt with the general legislative framework of the administration's authority to specifically amend the public works contract, and in each of the French, Moroccan and Jordanian legislation, by comparing these legislations with each other, and his research included the administration's authority in the unilateral amendment, and the agreement amendment within the framework of a contract. Public works, as well as the research entitled “Abdelkader, Mahfouz. (2016). Solitary Amendment to the Contracts of Concession of Public Utility and Public Works: A Comparative Study between Algeria, France and Egypt. Journal of Comparative Studies Generation: Center for the Generation of Scientific Research, vol. 2, 57-75.” In this study, the researcher discussed the authority of the administration in unilateral amendment in one of the public procurement contracts and one of the contracts for the delegation of the public utility, and his research was limited to the comparison between Algerian, French and Egyptian legislation, however what distinguishes our research is his discussion of the authority of unilateral amendment in light of Qatari legislation, which is The subject that was not addressed by both studies referred to above, moreover, our research includes only public procurement contracts, and is not limited to the public works contract, which is one of the forms of public procurement contracts, which, while the previous two studies dealt with the power of unilateral amendment in The public works contract, noting that the second study dealt with the authority of modification in another contract that does not fall within the public procurement contracts, and our discussion is limited to the authority of the unilateral amendment of the administration, and without addressing the agreement amendment within the framework of public procurement contracts, and that is because this Qatari legislation was not adopted The type of modification, while the first study, included both types of modification within the framework of the public works contract..

مطلب تمهيدي: ماهية سلطة الإدارة في التعديل

الفرع الأول: مفهوم سلطة التعديل الانفرادي

أولاً: أساس حجة مرونة العقد الإداري

ثانياً: أساس حجة المصلحة العامة للمرفق العام

الفرع الثاني: مبررات سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي

أولاً: نظرية السلطة العامة

ثانياً: نظرية مستلزمات المرفق العام

المبحث الأول: قيود سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي في عقود الشراء العام

المطلب الأول: الإطار العام لمباشرة سلطة التعديل الانفرادي في عقود الشراء العام

الفرع الأول: الإطار الموضوعي لمباشرة سلطة التعديل الانفرادي

الفرع الثاني: الإطار الشكلي لمباشرة سلطة التعديل الانفرادي

المطلب الثاني: الإطار الخاص في عقود مقاولات الأعمال وعقود الخدمات الاستشارية المرتبطة بها

الفرع الأول: الشروط المتصلة بالمتعاقد مع الإدارة

الفرع الثاني: الشروط المتصلة بالظروف الموضوعية للتعاقد

الفرع الثالث: الشرط الخاص بالشكلية

المبحث الثاني: آثار استخدام الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي

المطلب الأول: حق المتعاقد في طلب التعويض

الفرع الأول: الأساس القانوني لهذا الحق

الفرع الثاني: موقف التشريع القطري

المطلب الثاني: حق المتعاقد في طلب الفسخ

الفرع الأول: التزامات المتعاقد مع الإدارة عند طلب الفسخ

الفرع الثاني: سلطة المحكمة في الحكم بالفسخ

مطلب تمهيدي: ماهية سلطة الإدارة في التعديل

إن البحث في سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي يقتضي بيان مفهوم هذه السلطة في الفرع الأول ومبرراتها وفق آراء فقه القانون

الإداري الفرنسي والعربي من خلال الفرع الثاني على الوجه الآتي:

الفرع الأول: مفهوم سلطة التعديل الانفرادي

هي وسيلة يتم استخدامها من قبل الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، والأصل في تقرير حق استخدام هذه الوسيلة أن يتم

النص عليه في القانون، أو في متن العقد، إلا إن الفقه العربي والسواد الأعظم من الفقه الفرنسي، أقر الحق في استخدام هذه الوسيلة

من جانب الإدارة دون اقتضاء وجود نص قانوني أو عقدي⁵⁸⁶؛ لذا سوف نبث أولاً في أساس حجة مرونة العقد الإداري، ثم نتطرق

586 د. مختار، مهندس. (٢٠١٣). الإيجاب و القبول في العقد الإداري-دراسة مقارنة. الطبعة الثانية. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. ص. ١٣.

لأساس حجة المصلحة العامة للمرفق العام في سبيل تبرير إمكانية استخدام سلطة التعديل دون نص قانوني أو عقدي، وذلك على الوجه الآتي:

أولاً: أساس حجة مرونة العقد الإداري

أشار الدكتور سليمان الطماوي في مؤلفه بعنوان الأسس العامة للعقود الإدارية إلى بعض الحجج التي استند إليها الفقه الفرنسي وعلى وجه التحديد، الفقيه جيز و بونار، والأستاذ فالين، حيث أجمعوا على إقرار حق الإدارة في استخدام هذه الوسيلة و وجود هذا الحق استقلاً عن النص الوارد في العقد؛ على سند من القول بأن مثل هذا النص لا ينشئ للإدارة حقاً، بل يكشف عن حق الإدارة في ذلك؛ لأن العقد الإداري يتمتع بقدر من المرونة نظراً لطبيعته التي تستلزم ذلك، و اتصاله بالمرفق العام،⁵⁸⁷ فنجد بأن أصحاب هذا الرأي قد أسسوا رأيهم على مبدأ تغيير المرفق العام، الذي يستلزم مواجهة هذا التغيير بموجب تعديلات تحقق سير المرفق العام بانتظام و أطراف بما يحقق مصلحة المرفق العام، و لما كانت العقود الإدارية هي إحدى التصرفات التي تبرمها الإدارة و التي من شأنها أن تؤثر على المرفق العام، فيكون للإدارة الحق في تعديلها لحسن سير المرفق العام.

ثانياً: أساس حجة المصلحة العامة للمرفق العام

يخلط غالبية الفقه العربي و الفرنسي بين فكرة مرونة العقد الإداري لمواجهة تغييرات المرفق العام، و بين مصلحة المرفق العام، فتدمج كلتا الحججتين معاً على الرغم من الاختلاف الواضح بينهما، فأصحاب هذه الحجة الأخيرة يرون بأن مصلحة المرفق العام تقتضي إقرار حق التعديل الانفرادي للإدارة دون الحاجة لنص قانوني أو عقدي، إذ إن هذا الحق للإدارة وليد مصلحة عامة، و هي مصلحة المرفق العام، و هذا هو رأي الأستاذ "ريجر" أنه مادام مصلحة المرفق تقتضي تعديل العقد، فإن الإدارة تملك ذلك مع ضرورة تعويض المتعاقد معها،⁵⁸⁸ فنجد بأن الأستاذ "ريجر" أسس رأيه على مبدأ ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الشخصية، فالمرفق العام أجدر بحمايته من حماية مصلحة المتعاقد مع الإدارة وفق منظوره وهذا ما يتواءم مع ما هو مستقر في المبادئ العامة في القانون الإداري.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن الأستاذ "هوريو" هو أول من قرر للإدارة هذا الحق وذلك عندما قدم ملاحظاته على حكم الشركة للترامواي سنة ١٩١١، والذي أشار فيه بأن المعاملات التي تتسم بالطابع الاتفاقي والتي تبرمها الإدارة، تولد للإدارة حقاً في تعديلها أو إنهاؤها في أي لحظة.⁵⁸⁹ وهذا الحق للإدارة قد تم إقراره من قبل مجلس الدولة الفرنسي على اعتبار بأنها سلطة أساسية للإدارة ولا تحتاج لنص عقدي أو قانوني لمشروعية استخدامه.⁵⁹⁰

فيمكننا استخلاص مفهوم سلطة التعديل الانفرادي من جماع ما تقدم، بأنها تلك الوسيلة التي تعد من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة في نطاق عقود القانون الخاص عندما يتضمن العقد أو القانون نصاً عليها، أما عندما لا يتم النص عليها فهي وسيلة مقررّة للإدارة لتقوم بموجبها بتحقيق النفع العام وحماية مبدأ سير المرفق العام بانتظام و أطراف في إطار عقودها الإدارية التي تتسم بالمرونة والتي يستلزمها مبدأ تغيير المرفق العام.

587 د. الطماوي، سليمان. (١٩٩١). الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة. الطبعة الخامسة. القاهرة: دار الفكر العربي. ص ٤٥٨.

588 د. مختار، مهندس. الإيجاب و القبول في العقد الإداري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٢٥

589 د. مختار، مهندس. الإيجاب و القبول في العقد الإداري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٢٢

590 د. مختار، مهندس. الإيجاب و القبول في العقد الإداري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٢٥

الفرع الثاني: مبررات سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي

انقسم الفقه في تبرير سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي في نطاق التعاقدات الإدارية، فمنهم من أسس ذلك على فكرة السلطة العامة، ومنهم من قرر هذه السلطة للإدارة على أساس مستلزمات المرفق العام، وعليه سنتناول كلا النظريتين على الوجه الآتي:

أولاً: نظرية السلطة العامة

مفاد أصحاب هذا الرأي بأن، الإدارة عندما تقوم بممارسة سلطة التعديل الانفرادي، فإنها تقوم بذلك على أساس ما تملكه من امتياز السلطة العامة، وهو امتياز التنفيذ المباشر⁵⁹¹.

ثانياً: نظرية مستلزمات المرفق العام

يؤسس أصحاب هذه النظرية سلطة التعديل الانفرادي للإدارة على أساس أن الإدارة في نطاق علاقاتها تتمتع بمركز قانوني خاص، فيقع على عاتقها عبء تحقيق سير المرفق العام بفاعلية و انتظام و اطراد، وهذا يقتضي بأن تتسم علاقاتها بالمرونة لا الجمود، فالعقد الإداري يرتبط بالمرفق العام، و هذا المرفق قابل للتغيير و التعديل، و بناء عليه، العقود المرتبطة به يجب أن تتمتع بالمرونة لمواجهة تغييره، فما دام أن الإدارة لها الحق في تنظيم المرفق و تسييره، فهي تتمتع بحق تعديل العقد بإرادتها المنفردة،⁵⁹² و لما كانت درجة ارتباط العقود الإدارية بالمرفق العام تختلف بحسب نوع العقد المبرم، فإن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري يختلف مداه بحسب مدى ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام.⁵⁹³

المبحث الأول: قيود سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي في عقود الشراء العام

باستقراء آراء الفقه و التمعن في الأسس العامة في العقود الإدارية، نستخلص جملة من الشروط الواجب توافرها لمشروعية استخدام الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي، فضلاً عن ذلك، نجد بأن قانون تنظيم المناقصات و المزايدات القطري الصادر بالقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٥ و لائحته التنفيذية و تعديلاتها، تطلبت بعض الشروط الإضافية لمباشرة الإدارة هذه السلطة، و بالنظر إلى مضمون هذه الشروط، نستطيع أن نستخلص بأن هناك مجموعة من شروط عامة التي يجب أن تتوافر لمشروعية سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، بينما هناك شروط إضافية يجب أن تتوافر في أنواع خاصة من العقود لمشروعية سلطة التعديل الانفرادي فيها، و عليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، فالمطلب الأول يتناول الإطار العام لمباشرة سلطة التعديل الانفرادي في عقود الشراء العام، بينما المطلب الثاني يعالج الإطار الخاص لمباشرة سلطة التعديل الانفرادي في عقود مقاولات الأعمال و عقود الخدمات الاستشارية المرتبطة بها على الوجه الآتي:

المطلب الأول: الإطار العام لمباشرة سلطة التعديل الانفرادي في عقود الشراء العام

باستقراء المادة ٨١ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات القطري الصادر بالقانون رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٥، والتي

تنص على الآتي:

591 د. مختار، مهندس. الإيجاب و القبول في العقد الإداري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٣٠-١٣١.

592 د. مختار، مهندس. الإيجاب و القبول في العقد الإداري-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٣٢.

593 د. الطماوي، سليمان. الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة. المرجع السابق ص ٤٦٤.

" للرئيس بناءً على توصية اللجنة، ووفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، تعديل كميات أو حجم العقود المبرمة وفقاً لأحكام القانون وهذه اللائحة بالزيادة أو النقصان بذات الشروط والأسعار، بنسبة لا تزيد على (20%) عشرين في المائة من قيمة العقد أو مدته، وذلك وفقاً للضوابط التالية:

1. أن تقتضي المصلحة العامة عدم طرح مناقصة جديدة، إذا كان التغيير بالزيادة.
 2. أن تتوافر الاعتمادات المالية اللازمة.
 3. أن يكون أثناء مدة تنفيذ الأعمال وقبل بدء فترة الصيانة أو الضمان، واستثناء من ذلك يجوز للرئيس بناءً على توصية مسببة من اللجنة وبموافقة المتعاقد التعديل أثناء فترة الصيانة أو الضمان.
 4. أن يكون التعديل ضرورياً وغير متوقع عند إعداد شروط ومواصفات المناقصة الأصلية.
 5. أن يتم تقديم تفاصيل وكميات الطلب، وبيان أسس وقواعد التسعير وإرفاق عقد المناقصة الأصلي.
- وفي جميع الأحوال، يجب على الإدارة المختصة دراسة الطلب وتقييمه وإبداء توصيتها المسببة بشأنه، وبيان الرقم التسلسلي للطلب وقيمتها ونسبتها من القيمة الإجمالية للعقد، ومجموع التغيرات السابقة التي طرأت على العقد وقيمتها ونسبتها. واستثناءً من نسبة التعديل المشار إليها، يجوز للجهة الحكومية في الحالات الطارئة أو العاجلة بناءً على توصية مسببة من اللجنة، وبموافقة المتعاقد، وتوفير الاعتماد المالي، تجاوز تلك النسبة، على أن يتم إخطار الوزير بتوصية اللجنة ومبررات ونسبة التعديل. وتحدد الإدارة، بعد اعتماد الوزير، نسب الأوامر التغييرية التي يسمح للجهات الحكومية إجرائها دون العرض على اللجنة."
- نستخلص من النص الآنف، مجموعة من الشروط التي يتعين مراعاتها عند مباشرة الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي في عقود الشراء العام، وبالنظر لمضمون هذه الشروط يمكن تقسيمها، لشروط موضوعية، وأخرى شكلية، فمن ثم ينقسم هذا المطلب لفرعين، أولهما يناقش الإطار الموضوعي لمباشرة سلطة التعديل الانفرادي، أما الفرع الثاني يتناول الإطار الشكلي لمباشرة سلطة التعديل الانفرادي وذلك على الوجه الآتي:

الفرع الأول: الإطار الموضوعي لمباشرة سلطة التعديل الانفرادي

هذا الفرع يتناول ستة شروط قمنا بتكييفها بأنها شروط موضوعية لمباشرة الإدارة سلطة التعديل الانفرادي وهي كالآتي:

أولاً: أن يكون التعديل لمقتضيات المصلحة العامة

وهذا الشرط جوهرى ولازم وهو الذي يعضد ويبرر سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي وفق آراء الفقه الذي تم استعراضها في المطلب التمهيدي، وعليه يبطل أي تعديل لا يستهدف المصلحة العامة، ولكن يثور التساؤل حول مفهوم المصلحة العامة التي تبيح سلطة التعديل الانفرادي للإدارة؟

نجد بأن فكرة المصلحة العامة ليست محددة المعالم، فهي فكرة نسبية، ولكن يمكن توضيحها بأنها: المطالب والرغبات التي يستهدف المرفق العام إلى تحقيقه⁵⁹⁴، فتقوم الإدارة من خلال مباشرة سلطة التعديل إشباع حاجات المرفق العام على أن يكون هذا التعديل هو

594 البقالي، وديع. (2017). المصلحة العامة والسلطة التقديرية للإدارة. مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية: رضوان العنبي، ع18، 272، 277.

مسترجع من <http://0-search.mandumah.com.mylibrary.qu.edu.qa/Record/824406> (آخر زيارة بتاريخ ١٢/١١/٢٠٢١م)

الطريقة الأوفى لهذا الإشباع. وهذا المفهوم يقودنا إلى البحث في مدى مشروعية استخدام سلطة التعديل الانفرادي إذا توافرت للإدارة وسائل أخرى أكثر فاعلية لتحقيق الصالح العام؟

في تقديرنا إن استخدام سلطة التعديل الانفرادي في ظل توافر وسائل أخرى تحقق الصالح العام، يعد تجاوزاً من الإدارة في استعمال حقها في التعديل الانفرادي؛ ذلك أن الأصل في العقود الإدارية بأنها شريعة المتعاقدين⁵⁹⁵، وسلطة التعديل الانفرادي للإدارة ما هي إلا سلطة قررت بصفة استثنائية؛ لحماية مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد وفاعلية؛ و تأسيساً على ذلك نرى بأن وجود وسائل أخرى أكثر فاعلية لتحقيق الصالح العام، و إصدار الإدارة لقرار التعديل على الرغم من ذلك، يجيز للمتعاقدين مخاصمة الإدارة في دعوى الإلغاء عن قرار التعديل.

وفي المقابل الفرضية السابقة تثير شبهة تواطؤ الإدارة مع المتعاقدين معها في سبيل التلاعب بالمال العام؛ مما يعني ضرورة تقييد سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي وهذا ما حرصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري عليه من خلال النص على شروط أخرى تضيق من نطاق هذه السلطة الاستثنائية.

ثانياً: أن يقتصر التعديل على زيادة كميات أو حجم العقد أو نقصانه

هذا الشرط الذي تطلبه التشريع القطري يخرج من نطاق سلطة الإدارة تعديل نوع العمل الذي هو محل العقد، فيفهم من هذا الشرط، بأن الإدارة يحظر عليها إضافة أعمال جديدة بإرادتها المنفردة، استناداً إلى سلطة التعديل الانفرادي التي تمتلكها، وهذا يحسب لصالح التشريع القطري؛ ذلك أن الأعمال الجديدة غير محددة المدى، وقد يصعب على الإدارة تقدير مداها، وقابلية وقوع الإدارة في الخطأ عند تقدير مدى هذه الأعمال الجديدة وارد، فضلاً عن اعتبارها أعمال غريبة أساساً عن العقد الأصلي⁵⁹⁶ فكل ذلك يبرر اشتراط التشريع القطري أن يكون التعديل كمياً لعقود الشراء العام.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن اللائحة التنفيذية المشار إليها تطلبت شرطاً إضافياً حال التعديل بالزيادة وهو أن تقتضي المصلحة العامة عدم طرح مناقصة جديدة، هذا الشرط الإضافي نجد بأنه لا موجب قانوني له؛ لأن الإدارة من واجبها في معرض قيامها بنشاطاتها، أن تستهدف المصلحة العامة، ويتحقق ذلك من خلال استخدام أكثر الوسائل تحقيقاً للمصلحة العامة، فمن ثم إن كانت المصلحة العامة تقتضي طرح مناقصة جديدة، فيتعين على الإدارة القيام بذلك⁵⁹⁷، تحت طائلة بطلان قرار التعديل بالزيادة.

فضلاً عن ذلك، فإن اللائحة قد اشترطت ابتداءً أن التعديل الكمي لا يكون مشروعاً إلا إذا أجري لمقتضيات المصلحة العامة، وبمفهوم الموافقة، يجب أن يكون التعديل أكثر الوسائل فاعلية لتحقيق المصلحة العامة، وعليه إذا كان خيار طرح المناقصة متاحاً للإدارة يجب ألا يكون هذا الخيار هو الأمثل لتحقيق المصلحة العامة لمشروعية قرار التعديل الانفرادي.

يستخلص من جماع ما تقدم بأن اشتراط أن تقتضي المصلحة العامة عدم طرح المناقصة عند التعديل بالزيادة، نجده تزييداً من المشرع لا موجب له.

595 د. مختار، مهندس. الإيجاب والقبول في العقد الإداري-دراسة مقارنة. المرجع السابق. ص 111 و بعده.

596 د. الطماوي، سليمان. الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة. المرجع السابق ص 49.

597 د. الشيمي، عبدالحفيظ ، د. مختار، مهندس. (٢٠١٧). القانون الإداري في ضوء القانون القطري. قطر: كلية القانون. ص ٣٧٦، و بعده.

ثالثا: أن يكون التعديل بذات الشروط والأسعار

هذا الشرط يثير تساؤلا بمدى تحقيقه للمصلحة العامة، إذ إن المصلحة العامة هي التي استدعت إجراء التعديل من جانب الإدارة انفراديا، فهل هذا الشرط يخرج التعديل الانفرادي من فحواه؟ بمعنى آخر، هل تغير الأسعار زيادة أو نقصانا عند إجراء التعديل يبرر التعديل الانفرادي على أساس تحقيق المصلحة العامة؟

للإجابة على هذا التساؤل، يتعين التفريق بين حالتين: الأولى عند نقصان أسعار محل العقد عن الأسعار المتفق عليها ابتداءً، عندئذ نجد بأن المصلحة العامة لا تتحقق، فمن ثم لا مبرر للتعديل الانفرادي، و عليه نجد أن التشريع القطري يلزم الإدارة على التفريط بالمال العام من خلال النص على هذا الشرط، فلا بد من إعادة النظر فيه، و في تقديرنا بأن يكتفى باشتراط التعديل وفق سعر محل العقد وقت التعديل، أما الحالة الثانية: تتمثل عند زيادة أسعار محل العقد عن السعر المتفق عليه عند إبرام العقد، عندئذ سيلحق التعديل الانفرادي هذا، ضررا بالمتعاقد معها، مما ينشئ له حق التعويض على أساس نظرية فعل الأمير-التي سنبينها تفصيلا لاحقا- و ليس على أساس المسؤولية العقدية؛ ذلك أن التشريع القطري، قد منع المتعاقد مع الإدارة من الحق في التعويض استنادا إلى التعديلات التي تجريها الإدارة وفق قانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري؛ مما سيثقل كاهل القضاء بقضايا عدة.

وللأسباب المبينة، نجد بأنه من الأهمية بمكان أن يكون هذا النص محل تعديل مستقبلا.

رابعا: أن ينحصر التعديل بنسبة لا تزيد عن ٢٠٪ من قيمة العقد أو مدته

قيد التشريع القطري سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي ألا تتجاوز حدود ٢٠٪ من قيمة العقد أو مدته، وهذا الشرط منطقي؛ إذ أن المتعاقد مع الإدارة قبل تنفيذ التزام في عقد معين، موضوعه محدد، فيتعين على الإدارة احتراماً لهذا الشرط الذي اشترطه التشريع القطري، ألا تفرض على المتعاقد معها تعديلات تنطوي على اعتبارها عقداً جديداً، كما يتعين عليها ألا تقلب التوازن المالي للعقد محل التعديل الانفرادي⁵⁹⁸.

ولكن تجدر بنا الإشارة في هذا الصدد بأن اللائحة التنفيذية نصت على ألا يتجاوز التعديل ٢٠٪ من قيمة العقد أو مدته، وهذا يثير تساؤلا حول ماهية هذا المصطلح؟

في تقديرنا بأن المشرع القطري قصد عقود المدة، أي التي لا تقدر بسعر، بل بمدة معينة، ومثال ذلك عقود التنظيف والصيانة، ولكن يؤخذ على هذه الصياغة التشريعية، إذ إن المشرع القطري لم يعرف عقود المدة، مما يثير شبهة إجازة المشرع للإدارة تعديل مدة العقد فيما لا يجاوز ٢٠٪ من المدة المتفق عليها ابتداءً وذلك بإرادتها المنفردة، ولا غبار على الإشكالية التي قد تنتج عن هذا الغلط في فهم النص.

كما نجد أن المادة (٨١) من اللائحة التنفيذية محل بحثنا نصت على استثناء على هذه القاعدة العامة، والذي يتمثل في جواز قيام الجهة الحكومية بالتعديل بنسبة تجاوز النسبة المشار إليها وذلك في الحالات الطارئة أو العاجلة بناءً، ولكن بقيود أكثر وهي الحصول على توصية مسببة من لجنة المناقصات والمزايدات، وموافقة المتعاقد، وتوافر الاعتماد المالي، على أن يتم إخطار وزير المالية بتوصية اللجنة ومبررات ونسبة التعديل.

598د. الطماوي، سليمان. الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة-. المبرج السابق. ص٤٦٧.

وهذا الاستثناء يستوجب منا وقفة حول تكييف القرار الصادر بموجب هذه السلطة الاستثنائية الممنوحة للإدارة؟

نجد بأنه قرار مبني على رضا المخاطب به، إذ إن اللائحة تطلبت موافقة المتعاقد لإجراء تعديل يجاوز نسبة ٢٠٪ المنصوص عليها كأصل عام، وهذه هي الحالة الأولى لمثل هذا القرار في إطار التعديلات الانفرادية في ضوء التشريع القطري.

خامسا: أن تتوافر الاعتمادات المالية اللازمة

يتعين على الإدارة قبل استخدام سلطة التعديل الانفرادي، أن تتأكد من وجود الاعتماد المالي؛ لأنها لا تستطيع إجراء أي تصرف يترتب عليه التزامات مالية ما لم يتوفر لديها الاعتماد المالي اللازم⁵⁹⁹، ولكن يثور التساؤل حول مصير التعديل عند عدم توافر الاعتماد المالي اللازم، هل يترتب على ذلك بطلان قرار التعديل؟

يرى بعض الفقه العربي، بأن القانون المالي له استقلالية تامة عن القانون الإداري، فمن ثم مخالفة الإدارة لقواعد القانون المالي يترتب جزاءات على الإدارة ضمن القانون المالي، بحيث لا يترتب عنها بطلان التصرف الإداري الصادر عن الإدارة.⁶⁰⁰

سادسا: أن يكون التعديل ضروريا، وغير متوقع عند إعداد شروط، ومواصفات المناقصة الأصلية.

نجد بأن هذا الشرط يقابله الشرط الذي تطلبه الفقه لمشروعية استخدام الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي، وهو أن تكون هناك ظروف قد استجدت بعد إبرام العقد تستدعي هذا التعديل، بحيث لم تكن هذه الظروف في حساب المتعاقدين وقت إبرام العقد، ولكن يثير التساؤل حول مشروعية التعديل عند عدم وجود ضرورة أو كان بإمكان الإدارة توقع هذه الظروف، أي ما هو مصير قرار التعديل الانفرادي عندما تخطئ الإدارة في تقدير الظروف الموجبة للتعديل؟

ثار جدل فقهي في هذا الشأن فمنهم من يرى أن الإدارة لها تعديل العقد وفق ما يتناسب مع الحاجات الحقيقية للمرفق العام على سند من القول بأننا لا نقوم بسلب هذه السلطة من الإدارة عقابا لها عن خطئها⁶⁰¹، ومنهم من يرى عدم مشروعية التعديل وأساسه في ذلك بأن الإدارة لا تستطيع أن تستند إلى خطئها وتفرض على المتعاقد معها تعديل العقد.⁶⁰²

ونحن نميل إلى الرأي الأول؛ إذ إننا لسنا بصدد علاقات في القانون الخاص، بل نحن بصدد علاقات قانونية في القانون العام، الذي تستهدف المصلحة العامة فحسب، وهي الأجدر بالحماية، بغض النظر عن الخطأ الذي بدر من الإدارة، فما دام التعديل يحقق المصلحة العامة ولا ينطوي على تعسف من جانب الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فيكون ذلك التعديل مشروعاً، مع نشوء حق للمتعاقد مع الإدارة بطلب التعويض استناداً إلى نظرية عمل الأمير إن توافرت شروطها.

599 مساهل عائشة، (١٣، ٢٠). القيود الواردة على حرية الإدارة في تعاقدها. جامعة محمد خيضر بسكرة-كلية الحقوق و العلوم السياسية/قسم الحقوق، رسالة ماجستير منشورة. ص ٢٤، و بعده. https://www.academia.edu/15623913/القيود_الواردة_على_حرية_الإدارة (آخر زيارة ٢٥/١١/٢٠٢٠م)

600 مساهل عائشة، القيود الواردة على حرية الإدارة في تعاقدها. المرجع السابق، ص ٢٦.

601 د. الطماوي، سليمان. الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة. المرجع السابق، ص ٤٦٥.

602 هو رأي الأستاذ الدكتور ثروت بدوي و المشار إليه في مؤلف د. الطماوي، سليمان. الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة. المرجع السابق، ص ٤٦٥.

والجدير بالذكر بأن اللائحة التنفيذية اشترطت أن يكون التعديل غير متوقع عند إعداد شروط ومواصفات المناقصة الأصلية، وهذا يثير تساؤلاً عما إذا انصرفت إرادة السلطة التنفيذية إلى حصر سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي في العقود التي تبرم بأسلوب المناقصة؟

في تقديرنا، أن اللائحة التنفيذية كان لزاماً عليها أن تورد نصاً أكثر عمومية؛ ذلك أنه وعلى الرغم من أن المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات قد أوردت نصاً مفاده أن فيما لم يرد بشأنه نص خاص في طرق التعاقد الأخرى، يسري بشأنها ما يسري على طريقة المناقصة العامة، ولكن ظاهر هذا الشرط يوحي بقصر سلطة التعديل الانفرادي في عقود المبرمة بالمناقصة فحسب.

الفرع الثاني: الإطار الشكلي لمباشرة سلطة التعديل الانفرادي

يتناول هذا الفرع أربعة شروط قمنا بتكييفها بأنها شروط شكلية لمباشرة الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي وهي كالآتي:

أولاً: أن يصدر قرار التعديل من الرئيس وبناء على توصية اللجنة

ويقصد بالرئيس حسبما نصت عليه المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٥م، أنه الوزير المختص أو رئيس الجهاز الحكومي أو رئيس الهيئة أو المؤسسة العامة، بحسب الأحوال، واللجنة المقصود بها هي لجنة المناقصات والمزايدات المنشأة وفقاً للمادة (٩) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، وهذا الشرط يقودنا إلى البحث في الأثر المترتب على عدم مراعاته، وهنا يتعين أن نفرق بين حالتين:

الأولى: عندما لا يتم مراعاة صدور قرار التعديل من الرئيس مع توافر توصية اللجنة، فهذا يجعل القرار معيباً بعبء عدم الاختصاص⁶⁰³، والحالة الثانية عندما يصدر قرار التعديل من الرئيس ولكن دون توصية من اللجنة، فيكون القرار معيباً بعبء في الشكل والإجراءات⁶⁰⁴، وهذا يستتبع إلغائه من جانب القضاء والتعويض عنه للمتعاقد مع الإدارة.

ثانياً: أن يكون أثناء مدة تنفيذ الأعمال وقبل بدء فترة الصيانة أو الضمان، واستثناءً من ذلك يجوز للرئيس بناء على توصية

مسببة من اللجنة وبموافقة المتعاقد التعديل أثناء فترة الصيانة أو الضمان.

نجد بأن التشريع القطري قد اشترط أن يصدر قرار التعديل في فترة محددة، وهي مدة تنفيذ الأعمال، وقبل بدء فترة الصيانة والضمان، وهو شرط منطقي؛ إذ إن المتعاقد مع الإدارة قد اتجهت إرادته إلى تنفيذ الأعمال المتفق عليها في العقد ابتداءً، فيتعين أي تعديل في كم هذه الأعمال و حجمها، أن يكون خلال فترة التنفيذ، بينما الصيانة والضمان هي الفترة اللاحقة للتنفيذ، و تصلح لأن تكون محلاً لعقد مستقل، ولكن يجوز استثناءً، و بقرار من الرئيس بناء على توصية اللجنة و موافقة المتعاقد مع الإدارة أن يصدر قرار التعديل أثناء فترة الصيانة والضمان، وهذا ما يُكيف قانوناً بالقرار الإداري الصادر بناء على رضا المخاطب به وهذه هي الحالة الثانية لصدور قرار من هذا النوع في إطار التعديلات الانفرادية في التشريع القطري، ولكن تجدر بنا الإشارة إلى أن هذا النوع من التعديل يصلح أساساً لأن يكون محلاً للمحقق عقد⁶⁰⁵، ولكن التشريع القطري، تطلب موافقة المتعاقد لصدور القرار بالتعديل من الرئيس، فليس هناك ثمة ملحق عقد في ضوء التشريع القطري، بل قرار صادر بناء على رضا المتعاقد مع الإدارة.

603 د. الطماوي، سليمان، (١٩٨٦)، القضاء الإداري، الطبعة السادسة، القاهرة: دار الفكر العربي، ص ٦٩٩، و بعده.

604 د. الطماوي، سليمان، القضاء الإداري، المراجع السابق، ص ٧٥٧، و بعده.

605 د. الشيمي، عبد الحفيظ، د. مختار، مهندس المرجع السابق، ص ٥٤٩.

ثالثاً: أن يتم تقديم تفاصيل وكميات الطلب، وبيان أسس وقواعد التسعير وإرفاق عقد المناقصة الأصلي.

بين المشرع ماهية المرفقات التي يجب تقديمها للوحدة الإدارية المختصة بشؤون المناقصات والمزايدات بالجهة الحكومية، قبل إصدار قرار التعديل الانفرادي، وهو إجراء تمهيدي لتقوم الإدارة بواجبها من دراسة هذا الطلب بالتعديل وتبدي رأيها فيه، ويُحمد للمشرع القطري، نصه على هذا الحكم، إذ إنه من شأنه أن يجعل التعديل أقل تعسفاً في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، وأكثر إحاطة بالمال العام.

رابعاً: أن يتم دراسة طلب التعديل من قبل الإدارة المختصة، وبعد أن تقيمه وتبدي رأيها وتوصيتها المسببة بهذا الشأن، وبيان الرقم التسلسلي للطلب وقيمه ونسبته من القيمة الإجمالية للعقد، ومجموع التغييرات السابقة التي طرأت على العقد وقيمتها ونسبتها.

الإدارة المختصة هي تلك الوحدة الإدارية المختصة بشؤون المناقصات والمزايدات بالجهة الحكومية، فأناط بها التشريع القطري اختصاص دراسة طلب التعديل المقدم إليها، وتقييمه، ونجد بأن التقييم يشمل جانب المشروع والملائمة، على أن تقدم توصيتها في شأن التعديل مع التسبب مع بيان كافة التفاصيل الجوهرية للعقد، وهذا الإجراء أيضاً يُحسب لصالح المشرع القطري، لما فيه من ضمان حسن استخدام سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي.

المطلب الثاني: الإطار الخاص في عقود مقاولات الأعمال وعقود الخدمات الاستشارية المرتبطة بها

يتناول هذا المطلب مجموعة من الشروط التي استلزمها المادة ٨٢ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٥م، والتي تنص على الآتي:

"في عقود مقاولات الأعمال وعقود الخدمات الاستشارية المرتبطة بها والتي تقتضي فيها الضرورة الفنية تنفيذ أعمال أو خدمات خارج نطاق العقد بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره، ويجوز بقرار مسبب من الرئيس، بناءً على توصية من اللجنة، تعديل نطاق الأعمال أو الخدمات، وفق الضوابط التالية :

1 . أن يكون المتعاقد مازال بالموقع .

2 . أن يكون تنفيذ الأعمال الجديدة من قبل المتعاقد أمراً جوهرياً لضمان سلامة الأعمال المنفذة محل العقد .

3 . مناسبة أسعار الأعمال والخدمات الجديدة لأسعار السوق "

وهذه الشروط واجبة التوافر لمباشرة الإدارة سلطتها في التعديل الانفرادي للأعمال محل عقد مقاولات الأعمال وعقود الخدمات الاستشارية، وهذه الشروط بعضها متصلة بالمتعاقد مع الإدارة، وبعضها متصلة بالظروف الموضوعية للمتعاقد، وآخرها شرط شكلي واجب الاتباع وينبغي على الوجه الآتي:

الفرع الأول: الشروط المتصلة بالمتعاقد مع الإدارة

يتناول هذا الفرع شرطين لمباشرة الإدارة سلطة التعديل الانفرادي النوعي وهما على الوجه الآتي:

أولاً: أن يكون التعديل بمعرفة المقاول دون غيره

التشريع تطلب معرفة المقاول بالتعديل النوعي الذي تنوي الإدارة إجرائه، دون تطلب موافقته، وذلك بخلاف الحال، عندما يكون التعديل كمياً و أثناء فترة الصيانة و الضمان، الذي تطلبت اللائحة موافقة المتعاقد مع الإدارة لمشروعية القرار الصادر بالتعديل، الأمر الذي

نجده محل نظر، فمركز المتعاقد الذي احترمت إرادته أثناء التعديل الكمي من خلال استلزام موافقته عند التعديل في فترة الصيانة و الضمان، مشابه لمركز الما قول الذي سيتم تعديل الأعمال الذي اتجهت إرادته إلى تنفيذها خلال فترة تنفيذ العقد، بل إن طلب موافقة الما قول أكثر لزوماً، إذ إن هذا الأخير لم تتجه إرادته لمثل هذه الأعمال ابتداءً، بحيث لو كان يعلم بها قبل التعاقد لما أقدم عليها، فمن ثم نجد بأنه من الأهمية بمكان طلب موافقة الما قول، و عدم الاكتفاء بمعرفته.

ثانياً: أن يكون المتعاقد ما زال بالموقع

وهذا الشرط تقتضيه العدالة، إذ إن المتعاقد عندما لا يكون متواجداً في الموقع، أي عندما تكون معداته ليست متواجدة في مقر تنفيذ الأعمال المتفق عليها ابتداءً، فإن ذلك سيثقل كاهله بتبعة الانتقال إلى الموقع مرة أخرى، وهذه التبعة لا يستلزمها العقد الذي يربطه بالإدارة، فهذا الشرط وليد الواقع، ونجد بأن المشرع القطري قد أحسن تصرفاً عندما نص على هذا الشرط.

الفرع الثاني: الشروط المتصلة بالظروف الموضوعية للتعاقد

يتناول هذا الفرع شرطين لمباشرة الإدارة سلطة التعديل الانفرادي النوعي وهما على الوجه الآتي:

أولاً: أن تكون هناك ضرورة فنية تقتضي تنفيذ أعمال أو خدمات خارج نطاق العقد.

حدد المشرع نوع الضرورة التي تقتضي إصدار قرار تعديل الأعمال، وهي الضرورة الفنية التي من شأنها أن تؤثر سلباً على العقد إن لم يتم التدخل بالتعديل، كأن يتطلب مشروع الأشغال العامة إجراء حفريات أخرى غير التي تم الاتفاق عليها لضمان تنفيذ الأعمال محل العقد تنفيذاً سليماً، و لا جدل بأن هذه الضرورة الفنية يتم تقديرها من قبل تقارير فنية من المهندسين المختصين، على أن يرفق بالتقرير مقايضة بهذه الأعمال المستجدة و كمياتها.⁶⁰⁶

ثانياً: أن يكون تنفيذ الأعمال الجديدة من قبل المتعاقد أمراً جوهرياً لضمان سلامة الأعمال المنفذة محل العقد.

عبارة أخرى يشترط التشريع القطري أن يكون هناك ترابطاً ما بين الأعمال المنفذة والتي هي محل العقد، وما بين الأعمال الجديدة والتي ستكون محلاً لقرار التعديل، بحيث تكون سلامة الأعمال محل العقد مرهونة بتنفيذ الأعمال الجديدة، وهذا الشرط منطقي، إذ إن الما قول يلتزم بتنفيذ أعمال محل العقد على أكمل وجه، وهذا غير متصور إن لم يقيم بأعمال جديدة التي هي محل قرار التعديل، ويبدو لنا بأن هذه هي العلة التي ارتكزت إليها اللائحة التنفيذية لتبرير معرفة الما قول بالتعديل دون استلزام موافقته.

ثالثاً: مناسبة أسعار الأعمال والخدمات الجديدة لأسعار السوق.

نجد بأن التشريع القطري قد أحسن عندما نص على هذا الشرط، ذلك لما فيه من الجمع بين تحقيق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة؛ فالأسعار متقلبة من حين لآخر، لا سيما في ظل التطورات الاقتصادية التي تشهدها دولة قطر، فما هو باهض الثمن اليوم قد يكون بخساً في حين آخر من الزمن، فاشتراط ملائمة سعر العمل أو الخدمة لسعر السوق، فيه ضمانات لكلا طرفي العقد، فهو معيار موضوعي لتحديد سعر الأعمال أو الخدمات الجديدة، و لكن يثور التساؤل حول الفترة التي قصدها التشريع القطري لاحتساب سعر السوق، بمعنى آخر، هل يقصد سعر السوق وقت التعاقد ابتداءً؟ أم قصد سعر السوق وقت إجراء التعديل؟

606 د.حسن، حسن.(٢٠١٥). عقود مقاولات الأعمال بين ضيق نصوص قانون المناقصات و المزايدات و راحة الواقع العملي. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. ص ٣٢٦-٣٢٧.

في تقديرنا بأن اللائحة التنفيذية قصدت سعر السوق وقت إجراء التعديل، وهذا ما يوائم مقتضى هذا الشرط، إذ إنه يُوجد وسيلة لتحقيق التوازن بين طرفي العقد، وهذا التوازن لن يتحقق إن قصدت اللائحة سعر السوق وقت إبرام العقد.

الفرع الثالث: الشرط الخاص بالشكلية

وهو أن يصدر قرار مسبب من الرئيس بناء على توصية اللجنة بإجراء هذا التعديل، ونحيل للقواعد التي أشرنا إليها في الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول منعا للتكرار غير الموجب، مع الإشارة إلى أن هذا القرار بتعديل النوعي في العقد، يستلزم أن يكون مسبباً بخلاف التعديل الانفرادي الكمي، مما يعني بأن القرار غير المسبب والصادر بالتعديل النوعي، يعد قراراً معيباً بعيب في الشكل قد يطعن فيه بالإلغاء والتعويض عنه.⁶⁰⁷

المبحث الثاني: آثار استخدام الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، ليتناول المطلب الأول، حق التعاقد في طلب التعويض، بينما يتناقص المطلب الثاني حق التعاقد في طلب الفسخ، وذلك على الوجه الآتي:

المطلب الأول: حق التعاقد في طلب التعويض

قبل استعراض المطلب، لابد من الإشارة إلى أن التعاقد مع الإدارة له حق طلب إلغاء قرار التعديل، إن كان ذلك القرار غير مشروع لعب في الاختصاص أو لعب في الشكل والإجراء، أو لمخالفته القانون وغيره، وهذا يستتبع طلبه للتعويض إن كان له مقتضى عن القرار غير المشروع الصادر بالتعديل، أما التعويض الذي سنتناوله في هذا المطلب، هو التعويض عن القرار المشروع الصادر بالتعديل، ليتناول هذا المطلب الأساس القانوني لحق التعاقد في طلب التعويض، كما يناقش موقف التشريع القطري في هذا الشأن، وذلك على الوجه الآتي:

الفرع الأول: الأساس القانوني لهذا الحق

يعود أساس هذا الحق إلى أن التزامات التعاقد عند تدخل الإدارة تتسم بالمرونة، وهذا يجعل من اللازم إضفاء صفة المرونة على حقوقه المستمدة من العقد أيضاً، فما دام أن التزامات التعاقد قابلة للزيادة والنقصان من خلال ما للإدارة من سلطة التعديل الانفرادي، فيجب أن تكون حقوقه قابلة للزيادة والنقصان على أساس مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري.⁶⁰⁸ فضلاً عن ذلك، يبرر حق التعاقد مع الإدارة في طلب التعويض عن القرار الصادر بالتعديل، على أساس نظرية عمل الأمير، والتي مفادها أن أي عمل يصدر عن الإدارة، دون خطأ من جانبها، ولكن نجم عنه سوء مركز التعاقد معها بعقد إداري، يؤدي إلى التزام الإدارة بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك، والتي سنتناولها تفصيلاً فيما بعد.⁶⁰⁹

ونحن من جانبنا نؤسس حق التعاقد مع الإدارة بطلب التعويض عن القرار الصادر بالتعويض، على أساس مبدأ "الغرم بالغنم"، التي مؤداها: أن التعاقد معرض أثناء تنفيذه للعقد بأن تعدل أعماله كما أو نوعاً بحسب الأحوال، فهذا يشكل غرماً، يستلزم أن يقابله غنم يتمثل في إتاحة فرصة التعويض عما قد يصيبه من ضرر من جراء تصرف الإدارة الانفرادي، أي ما دام أن التعاقد مع الإدارة معرض في أي وقت لزيادة التزاماته أو نقصانها مما يستوجب إنقاص حقوقه على أساس التوازن المالي للعقد الإداري، فهذا الغرم يجب أن يقابله غنم، متمثل في حقه في طلب التعويض من جراء ذلك.

607. د. الطماوي، سليمان. القضاء الإداري. المرجع السابق، ص ٧٥٧، و بعده.

608. د. الطماوي، سليمان. الأسس العامة لل عقود الإدارية-دراسة مقارنة. المرجع السابق. ص ٦١.

609. د. الطماوي، سليمان. الأسس العامة لل عقود الإدارية-دراسة مقارنة. المرجع السابق. ص ٦٢٣.

الفرع الثاني: موقف التشريع القطري

باستقراء المادة ١٨ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري رقم (٢٤) لسنة ٢٠١٥م، والمعدلة بموجب مرسوم بقانون رقم (١٨) لسنة ٢٠١٨م، نجد بأن المشرع قد سلب من المتعاقد مع الإدارة الحق في طلب التعويض عندما تباشر الإدارة سلطتها في التعديل الانفرادي مراعية في ذلك إطار المشروع المنصوص عليه في القانون ذاته ولائحته التنفيذية، وذلك من خلال النص على الآتي:

" للرئيس بناءً على توصية اللجنة، ووفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، تعديل كميات أو حجم العقود المبرمة وفقاً لأحكام هذا القانون واللائحة بالزيادة أو النقصان بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع الجهة الحكومية الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك، وفقاً للضوابط وفي الحدود التي تبينها اللائحة.

كما يجوز تعديل نطاق الأعمال أو الخدمات وفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة." وبناءً على ذلك يتعين وضع التوجه الذي تبناه المشرع القطري في ميزان المنطق القانوني وذلك من خلال الآتي:

أولاً: تقدير موقف التشريع القطري

نجد بأن المشرع القطري قد رجح المركز القانوني للإدارة على المركز القانوني للمتعاقد معها، من خلال هذا الحظر الصريح، وهذا الموقف يشكل انتهاكاً صارخاً لفكرة التوازن المالي للعقد الإداري التي كرسها القضاء الفرنسي والعربي، كما يشكل هذا التوجه للمشرع القطري اعتداءً على القاعدة الأصولية "الغرم بالغنم" والتي أشرنا إليها آنفاً، وهذا كله من شأنه أن ينفر المستثمر من الدخول في العلاقات التعاقدية مع الإدارة، مما سينعكس سلباً على المصلحة العامة، فمن ثم نجد بأن المصلحة العامة التي اقتضت استخدام سلطة التعديل الانفرادي من جانب الإدارة، هي ذاتها تقتضي تعويض المتعاقد مع الإدارة من جراء هذا التعديل الانفرادي، فهذا الحظر المطلق يخرج التعديل الانفرادي من جوهره، فضلاً عن ذلك، هذا الحظر يفتح للإدارة باباً للتعسف في استخدام سلطتها في التعديل الانفرادي؛ مما سينتج عنه مطالبات من جانب المتعاقد معها أمام القضاء الإداري بالإلغاء القرارات التعديل على أساس إساءة استعمال السلطة، وهذا يزيد على كاهل القضاء الإداري دعاوى عدة.

ومن جماع ما تقدم نجد بأن المشرع القطري يتعين عليه إعادة النظر في هذا الحظر التشريعي المطلق، إذ إنه ينطوي على تشدد لا موجب له في مواجهة المتعاقد مع الإدارة ولصالح هذه الأخيرة، فنوصيه بإلغاء هذا الحظر التشريعي.

ثانياً: مدى قابلية تطبيق نظرية عمل الأمير في ظل الموقف الذي تبناه التشريع القطري.

كما بيّنا آنفاً بأن نظرية عمل الأمير مفادها نشوء حق للمتعاقد مع الإدارة بطلب التعويض من إجراء اتخذته الإدارة عندما يكون من شأن هذا الإجراء الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري.

والبحث في مدى قابلية تطبيق هذه النظرية في ظل موقف المشرع القطري، يقتضي بيان نطاق هذه النظرية أولاً، ومن ثم البحث في مدى قابلية تطبيقها في ظل التشريع القطري ثاني، وذلك على الوجه الآتي:

أ. نطاق نظرية فعل الأمير:

لتطبيق نظرية عمل الأمير لابد من توافر شروط محددة مجتمعة، وهذه الشروط عامة ولكننا سنسقطها على موضع بحثنا وهو التعديل الانفرادي من جانب الإدارة تتمثل في الآتي:

- 1 . يتعين توافر عقد إداري بالمفهوم المتفق عليه فقها وقضاءً، فلا سبيل لتطبيق هذه النظرية في نطاق العقود الخاضعة للقانون الخاص.
- 2 . أن يكون التعديل صادراً من الجهة الإدارية المتعاقدة، وهذا التعديل من شأنه أن يلحق ضرراً بالمتعاقدين معها.
- 3 . يجب أن يلحق التعديل الذي صدر من الإدارة ضرراً بالمتعاقدين معها، بحيث يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري، ويحدث ذلك عندما ينتج عن التعديل الصادر من الإدارة، زيادة التزامات المتعاقدين معها، أو نقصان في حقوقه الناجمة عن العقد الإداري.
- 4 . يجب ألا ينسب للإدارة أي خطأ عندما قامت بالتعديل الذي ألحق ضرراً بالمتعاقدين معها، بحيث إذا انطوى هذا التعديل على وجود خطأ في مشروعيته، فإنها تسأل على أساس هذا الخطأ، وليس على أساس نظرية فعل الأمير.
- 5 . يجب أن يكون التعديل الصادر من الإدارة غير متوقع، ويكون كذلك، عندما ينصرف عنصر عدم التوقع إلى حدود هذا التعديل ومداه، بحيث إذا تضمن العقد كيفية إجراء التعديل وحدوده، لا محل لتطبيق نظرية عمل الأمير.⁶¹⁰

فإذا توافرت جميع هذه الشروط، استطاع المتعاقد مع الإدارة طلب التعويض عن قرار التعديل المشروع الصادر من الإدارة.

ولكن يثور التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق نظرية عمل الأمير عندما يأتي المشرع وينص صراحة على عدم التعويض عندما تمارس الإدارة سلطتها المشروعة في التعديل الانفرادي، وهذا ما سنعالجه في البند الآتي:

ب. مدى قابلية تطبيق النظرية في ظل موقف المشرع القطري:

كما أسلفنا بأن المشرع القطري قد نص صراحة على منع المتعاقد مع الإدارة من المطالبة بالتعويض عندما تباشر الإدارة سلطتها في التعديل الانفرادي، ولكن هل بإمكان المتعاقد مع الإدارة في دولة قطر أن يطالب بالتعويض على الرغم من وجود هذا النص، استناداً إلى نظرية فعل الأمير؟

ليس هناك اجتهاد قضائي في دولة قطر بهذا الشأن، ولكن في تقديرنا بأن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع المطالبة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير في ظل نفاذ قانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري؛ ذلك أن إرادة المشرع الصريحة قد اتجهت نحو حظر المتعاقد مع الإدارة من هذا الحق، وهذا النص صريح وواضح، لا يكتنفه الغموض، ولا يحتمل التأويل؛ لذا لا اجتهاد في موضع النص الصريح. ولكن تجدر بنا الإشارة إلى أن محكمة التمييز القطرية قد اعترفت بعناصر تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود وفق ما استقرت عليها الاجتهادات الفقهية والقضائية⁶¹¹؛ ولما كان هذا توجهها، فنأمل أن تتجه إلى تبني النظريات العامة في العقود الإدارية، لا سيما نظرية فعل الأمير.

بناء على ما تقدم نحرص على ضرورة إلغاء هذه الفقرة التي تحظر المتعاقد مع الإدارة من طلب التعويض في التشريع القطري.

المطلب الثاني: حق المتعاقد في طلب الفسخ

يتناول هذا المطلب مدى حق المتعاقد مع الإدارة في طلب الفسخ عند تجاوز الإدارة حدودها في ممارسة سلطة التعديل الانفرادي، ولما كان التشريع القطري قد خلا من أي تنظيم لهذه المسألة، فإننا نقصر دراسة هذا المطلب من الجانب الفقهي فحسب، وذلك على الوجه الآتي:

610د. الطماوي، سليمان. الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة. المرجع السابق. ٦٢٦، و بعده.

611 دولة قطر. محكمة التمييز القطرية. الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٢٠١٦ بتاريخ ٤/٢٦/٢٠١٦م. مسترجع من:

http://eservices.sjc.gov.qa/Portal_1/ahkam/DetailAhkam.aspx?sno=2489&gcc=1 (آخر زيارة بتاريخ ٢٥/١١/٢٠٢٠م)

الفرع الأول: التزامات المتعاقد مع الإدارة عند طلب الفسخ

المتعاقد مع الإدارة والذي عدل العقد في مواجهته، يجب عليه أن يلتزم بالتزامات معينة عندما يطالب بالفسخ، وهذه الالتزامات هي كالآتي:

أولاً: التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ أعماله

وهذا الالتزام ما هو إلا تأكيد على مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد⁶¹²، ولكن يثور التساؤل حول ماهية الأعمال التي يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذها عندما يكون أساس دعوى الفسخ هو تجاوز الإدارة في استخدام سلطتها في تعديل الكمي أو نوعي بحسب الأحوال؟ المنطق يقتضي تفسير هذا المصطلح بأن المتعاقد مع الإدارة يستمر في تنفيذ الأعمال التي اتفق ابتداءً مع الإدارة في تنفيذها.

وكما أشرنا آنفاً بأن قانون المناقصات والمزايدات القطري ولائحته التنفيذية، لم يتضمن أي جزء قد يُوقع على الإدارة عندما يبدر منها خطأ، لا سيما الفسخ لخطأ الإدارة، الأمر الذي يستأهل النظر فيه والتأمل في شمولية هذا القانون؟

نحن في تقديرنا نجد بأن هذا القانون و لائحته تنظمان عملية تعاقدية، و العقد لا يكتمل إلا بطرفيه، من خلال بيان حقوقهما و التزاماتهما، و النتائج التي قد تترتب عند مخالفة أحد أطرافه لالتزاماته، بينما التشريع القطري، قد نظم حقوق الإدارة تنظيمًا نستطيع أن نكيّفه إلى حد ما بأن تنظيم وافي، بينما قصر في تنظيم حقوق المتعاقد مع الإدارة، و الأساليب التي تكفل حقه، الأمر الذي نجده معيباً؛ لأن و إن كان القانون يقصد حماية المال العام من خلال التفصيل في حقوق الإدارة، إلا إن ذلك لا يبرر للمشرع أن يقصر من تنظيم حقوق المتعاقد مع الإدارة، فليس هناك ثمة تناقض عند إحاطة حقوق المتعاقد مع الإدارة بضمانات تكفله، و عليه عدم نص المشرع القطري على جزاء التعويض للمتعاقد مع الإدارة، و عدم تنظيمه للفسخ لخطأ الإدارة، يحتم علينا القول بضرورة إعادة النظر في مدى تحقيق التشريع القطري للتوازن النسبي في تحديد إطار المراكز القانونية لأطراف العقد و سبل كفالتها.

ثانياً: التزامه بالرجوع إلى الإدارة قبل المطالبة بالفسخ

يرى الدكتور سليمان الطماوي أن المتعاقد مع الإدارة ملزم بأن يعذر الإدارة قبل أن يلجأ إلى التقاضي، وهذا الاعذار سوف يؤدي دور القرار الإداري السابق الذي يعد من أهم مبادئ التقاضي التي يقوم عليها قضاء التعويض الفرنسي⁶¹³.

ونحن من جانبنا نؤيد ما يراه الدكتور سليمان الطماوي؛ لما في ذلك من إمكانية تراجع الإدارة عن تجاوزاتها، فضلاً عن ذلك؛ لما كان التعديل الانفرادي يصدر بموجب قرار إداري، وإن الطعن فيه بالإلغاء من جانب المتعاقد مع الإدارة، يحتم عليه التظلم منه أولاً أمام الإدارة، فمن باب أولى أن يعذر الإدارة عند طلبه للفسخ، فالفسخ هو أكثر الجزاءات خطورة، بل إنني أرى وجوب النص على هذا الإجراء عندما ينظم المشرع القطري مسألة الفسخ لخطأ الإدارة تشريعاً.

الفرع الثاني: سلطة المحكمة في الحكم بالفسخ

القاضي الإداري لا يملك الحكم بالفسخ من تلقاء ذاته في معرض النظر في دعوى محلها العقد الإداري، بل يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن يطلب ذلك صراحة حتى يحكم القاضي بهذا الجزاء الخطير على الإدارة، وهذا ما يفهم من عبارة "يملك القضاء الإداري أن يحكم بفسخ العقد لخطأ الإدارة بناء على طلب المتعاقد" والذي يمثل وجهة نظرة العميد سليمان الطماوي⁶¹⁴. ولكن يثور التساؤل

612د. الطماوي، سليمان. الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة. المرجع السابق. ص ٥٧٢

613د. الطماوي، سليمان. الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة. المرجع السابق. ص ٥٧٧

614د. الطماوي، سليمان. الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة. المرجع السابق. ص ٥٧٥.

حول إمكانية طلب المتعاقد مع الإدارة فسخ العقد الإداري مع التعويض؟ لا سيما في ظل وجود نص صريح في التشريع القطري يمنح المتعاقد من حق التعويض- كما أشرنا سابقاً؟

نحن نرى بأن التعويض الذي نص عليه التشريع القطري، و حرم المتعاقد مع الإدارة في المطالبة به، يستقل عن التعويض الذي سيطلبه المتعاقد عند طلب الفسخ؛ لاختلاف أساس كلا التعويضين، فالأول أساسه الضرر الذي لحقه من جراء التعديل الانفرادي، بينما الثاني هو أساسه، الضرر الذي أصابه عند فسخ العقد ذاته، و في هذه الحالة الأخيرة يكون التعويض عن الضرر الكامل، أي ما حلق المتعاقد من خسارة، و ما يفوته من كسب بسبب فسخ العقد، و ذلك كله مع الأخذ في عين الاعتبار ما نفذه المتعاقد في المدة ما بين رفع الدعوى و ما بين الحكم بالفسخ.

الخاتمة

بعد أن انتهينا -بعون الله تعالى- من استعراض أهم الجوانب التي رغبنا في إثارتها بموضوع سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي في التشريع القطري، نخلص إلى جملة من النتائج والتوصيات وهي كالآتي:

النتائج:

- استخدام سلطة التعديل الانفرادي في ظل توافر وسائل أخرى تحقق الصالح العام، يعد تجاوزاً من الإدارة في استعمال سلطتها في التعديل الانفرادي؛ ذلك أن الأصل في العقود الإدارية بأنها شريعة المتعاقدين.
- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري تضمنت شروط تضيق من نطاق سلطة التعديل الانفرادي للإدارة.
- حال التعديل بالزيادة اشترطت اللائحة أن تقتضي المصلحة العامة عدم طرح مناقصة جديدة، هذا ما هو إلا تزيد من المشرع؛ لأن الإدارة من واجبها في معرض قيامها بنشاطاتها، أن تستهدف المصلحة العامة، ويتحقق ذلك من خلال استخدام أكثر الوسائل تحقيقاً للمصلحة العامة، فمن ثم إن كانت المصلحة العامة تقتضي طرح مناقصة جديدة، فيتعين على الإدارة القيام بذلك.
- اشترطت اللائحة أن يكون التعديل بذات الأسعار المتفق عليها ابتداءً، وهذا الشرط قد يحقق مصلحة للإدارة أحياناً، وقد يحقق مصلحة للمتعاقد معها أحياناً أخرى، وذلك بحسب تغييرات الأسعار عند إجراء التعديل.
- التعديل بنسبة ٢٠٪ من مدة العقد، يقصد به التعديل في عقود المدة، أي التي لا تقدر بسعر، بل بمدة معينة.
- قرار التعديل الانفرادي يكون صادراً برضا المخاطب به في التشريع القطري، في حالتين: الأولى، عندما ترغب الإدارة في إجراء تعديل في العقد بنسبة تجاوز تلك التي حددتها اللائحة، والثانية، عندما يراد التعديل أثناء فترة الصيانة والضمان.
- الشكلية اللازمة لإصدار قرار التعديل هي ذاتها في جميع عقود الشراء العام، إلا إذا كان التعديل في عقود مقاولات الأعمال وعقود الاستشارية المرتبطة بها، فإن القرار الأخير يجب أن يكون مسبباً، وإلا كان معيباً بعيب في الشكل.
- المشرع القطري قد رجح المركز القانوني للإدارة على المركز القانوني للمتعاقد معها، من خلال حظر المتعاقد مع الإدارة من حقه في التعويض، وهذا الموقف يشكل انتهاكاً صارخاً لفكرة التوازن المالي للعقد الإداري، وهذا من شأنه أن ينفر المستثمر من الدخول في العلاقات التعاقدية مع الإدارة، مما سينعكس سلباً على المصلحة العامة.
- ليس هناك اجتهاد قضائي في دولة قطر تم فيه تبنى نظرية فعل الأمير.
- التعويض الذي منعه اللائحة التنفيذية، يستقل عن التعويض من الفسخ؛ لاختلاف أساس كلا التعويضين.

التوصيات:**أولاً: في نطاق عقود الشراء العام عموماً**

- إلغاء النص الوارد في اللائحة بشأن اشتراط أن تقتضي المصلحة العامة عدم طرح مناقصة جديدة عند التعديل بالزيادة؛ لكونه تزيدياً تشريعياً لا موجب له، إذ إن الإدارة في كل تصرفاتها تستهدف المصلحة العامة التي لا تتحقق إلا باختيار أفضل الوسائل لتحقيقها.
- اشتراط أن يكون التعديل الكمي بذات الشروط وبسعر السوق وقت إجراء التعديل، بدلاً من ذات الأسعار المتفق عليها ابتداءً.
- وجوب أن تتضمن اللائحة مفهوماً لعقود المدة، التي قصدت تعديلها انفرادياً؛ لما قد يثير عدم تعريفها من لبس وغلط في فهم صياغة النص.
- يجب أن تكون صياغة اللائحة لشرط " أن يكون التعديل ضرورياً غير متوقع عند إعداد شروط، ومواصفات المناقصة الأصلية"، أكثر شمولية؛ ذلك أن عقود الشراء العام لا تبرم بالمناقصة فحسب، بل تبرم بطرق أخرى وإن كان القانون قد نص على أن هذه الطرق يسري على تنظيمها ما يسري على المناقصة العامة، إلا إن هذا النص جاء تحت الباب الثالث بعنوان "توقيع العقود و تنفيذها"، أي يفترض بأن تكون جميع الأحكام الواردة بعده، هي أحكام عامة تطبق على كافة العقود، إلا إذا وجد حكم يفرد به أحد العقود المبرمة بطريقة مغايرة.

ثانياً: في نطاق عقود مقاولات الأعمال وعقود الخدمات الاستشارية المرتبطة بها

- أن يشترط طلب موافقة المتعاقد مع الإدارة بدلاً من الاكتفاء بإجراء التعديل بمعرفته؛ قياساً على حالة التعديل الانفرادي في الكم في فترة الصيانة والضمان.
- اشتراط أن تكون أسعار الأعمال والخدمات الجديدة لأسعار السوق وقت إجراء التعديل.

ثالثاً: في نطاق آثار تجاوز الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي.

- ضرورة أن ينص القانون على حق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض عند إجراء التعديل انفرادياً؛ لموازنة ذلك إلى ما اتجه إليه الفقه الفرنسي والعربي.
- نجد بأنه من الأهمية بمكان أن تتبنى محكمة التمييز القطرية لنظريات العامة في العقود الإدارية، لا سيما نظرية فعل الأمير، في أحكامها المقبلة.
- قانون المناقصات والمزايدات القطري ولائحته التنفيذية يجب أن تتضمن أحكاماً توازن بين المركز القانوني للإدارة والمركز القانوني للمتعاقد معها، والجزاءات المترتبة عليهما، وعدم الاكتفاء بالجزاءات المترتبة على المتعاقد مع الإدارة عند خرقه لأي التزام قانوني أو تعاقدية، بحسب الأحوال.

المراجع

- الكتب الأصولية
- د. مختار، مهند. (٢٠١٣). الإيجاب و القبول في العقد الإداري-دراسة مقارنة. الطبعة الثانية. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
- د. الطماوي، سليمان. (١٩٩١). الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة. الطبعة الخامسة. القاهرة: دار الفكر العربي.
- د. الشيمي، عبد الحفيظ ، د. مختار، مهند. (٢٠١٧). القانون الإداري في ضوء القانون القطري. قطر: كلية القانون.
- د. الطماوي، سليمان. (١٩٨٦). القضاء الإداري. الطبعة السادسة. القاهرة: دار الفكر العربي.
- د. حسن، حسن. (٢٠١٥). عقود مقاولات الأعمال بين ضيق نصوص قانون المناقصات و المزايدات و راحة الواقع العملي. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- أبحاث و رسائل علمية
- البقالي، وديع. (2017). المصلحة العامة والسلطة التقديرية للإدارة. مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية: رضوان العنبي، ع18، 272، 277 -
- مسترجع من <http://0-search.mandumah.com.mylibrary.qu.edu.qa/Record/824406>
- مساهل عائشة. (٢٠١٣). القيود الواردة على حرية الإدارة في تعاقدها. جامعة محمد خيضر بسكرة-كلية الحقوق و العلوم السياسية/قسم الحقوق. رسالة ماجستير منشورة.
- https://www.academia.edu/15623913/القيود_الواردة_على_حرية_الإدارة
- حكم المحكمة
- دولة قطر. محكمة التمييز القطرية. الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٢٠١٦ بتاريخ ٢٦/٠٤/٢٠١٦م. مسترجع من:
- http://eservices.sjc.gov.qa/Portal_1/ahkam/DetailAhkam.aspx?sln=2489&gcc=1

التحفيز العقاري آلية للتنمية العمرانية

✍ مريم بلهولن

دكتورة في القانون الخاص - المغرب

ملخص:

يعتبر نظام التحفيز ومازال الوسيلة الحضارية لحماية الملكية العقارية وتقوية مناعتها، كما احتل مكانة متميزة على رأس الأنظمة القانونية الأكثر تطورا لإدماج العقار في الحياة الاقتصادية عبر تيسير عمليات تداوله وتشجيع حركة العمران، وتنمية القطاع الفلاحي، وتمكين الدولة من المعطيات القيمة لإنجاز المخططات التنموية عبر توفير الوعاء العقاري الكافي لسد الحاجيات في مجال السكن وغيره، وتأمين ضمان التملك بما يحد من النزاعات ويحمي الحقوق ويضمن استقرار المعاملات وهي شروط كفيلة بتحقيق أمن عقاري، وسند كل تنمية مستدامة.

Resumé

L'immatriculation foncière est toujours le moyen de protéger la propriété immobilière et de renforcer son immunité, et il a occupé une position distinguée à la tête des systèmes juridiques les plus avancés pour intégrer l'immobilier dans la vie économique en facilitant sa circulation et en encourageant l'urbanisation, en développant le secteur agricole et en donnant à l'État des données précieuses pour compléter les plans de développement en fournissant la base. Le secteur immobilier est suffisant pour répondre aux besoins de plusieurs domaines, et pour assurer la garantie de propriété d'une manière qui limite les litiges, protège les droits et garantit la stabilité des transactions, conditions qui assurent la sécurité immobilière et soutiennent tout développement durable..

مقدمة:

يرتبط موضوع الاستثمار بمجموعة من الخلفيات إذ لا يمكن النظر إليه من زاوية اقتصادية ومالية محضة، بل لابد من الأخذ بعين الاعتبار الجوانب الاجتماعية أيضاً، فالتكامل والتنسيق بين هذه العوامل يمكن أن يساهم في التنمية المستدامة. ويهدف الاستثمار في هذا النطاق إلى وضع سياسة تخصص الموارد لصالح قطاعات منتجة تهتم بشروط العمل والأجور من خلال اتباع إستراتيجية طويلة المدى لتحريك وتنشيط الاقتصاد، أو تفعيل التنمية من خلال رفع مستوى وحجم الاستثمارات.

كما لا يخفى على أحد مدى أهمية العامل العقاري وخصوصاً العقار المحفظ من الناحية الاقتصادية والاجتماعية والقانونية، فالرصيد العقاري يمكنه أن يسهل كل المبادرات التنموية، سواء في المجال الصناعي أو السياحي أو الفلاحي أو السكني. غير أن الواقع العقاري بالمغرب بتنوع أنظمتها وازدواجيتها يؤثر بشكل مباشر على وضعية الأراضي وكيفية استغلالها.

فالتعامل مع العقار في المجال الحضري يستدعي ضرورة تحديد طبيعته، التي تساعد على بلورة التخطيط الحضري العقلاني والصياغة الناجعة لسياسة التعمير، فتحديد الطبيعة المجالية للفضاءات الحضرية يعمل على تحديد ما نريده من عقارات مدننا، لكي تكون ذات وظائف تنموية قادرة على إنجاح البرامج الاقتصادية والاجتماعية.

ومن المعلوم أن تحديات التنمية تستوجب إدماج العقار في مجالات عديدة، لأنه الأرضية الأساسية للإنتاج ولإنشاء المشروعات الاقتصادية والاجتماعية، ولهذا يجب أن يكون هذا الأخير بمنأى عن المنازعات المضرة بالاستثمار والمعرقلة للتطور⁽⁶¹⁵⁾، وفي هذا الإطار أثبت نظام التحفيظ العقاري جدواه وصلاحيته حسب ما ورد في الفصل الأول من ظهير التحفيظ العقاري بعد تعديله وتتميمه بموجب القانون رقم 14-07. فإدماج العقار المحفظ في مخطط التنمية يشكل أداة من أدوات إنجاح أي مشروع تنموي، لذلك فآليات التنمية العمرانية تتطلب بالإضافة إلى كل الإيجابيات الفعالة التي سبق ذكرها، أن يتم اللجوء إلى إقرار مبادئ نظام التحفيظ العقاري على أرض الواقع عبر ربوع عقارات المملكة.

ونظراً للوضوح والشفافية التي يتميز بها فهو يعد في الوقت ذاته الركيزة الأساسية لكل سياسة عمرانية سكنية أو صناعية أو سياحية أو فلاحية. مما يجعل التساؤل المطروح هو أين تتجلى آليات تحقيق التنمية العمرانية من خلال ظهير التحفيظ العقاري؟ وكيف يمكن للتعديلات الأخيرة بموجب القانون رقم 14-07 تحقيق ذلك؟ ومن خلال ما سبق ذكره ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى محورين على المنوال الآتي:

المحور الأول: تكميم نظام التحفيظ العقاري**المحور الثاني: إجبارية التحفيظ العقاري****المحور الأول: تكميم نظام التحفيظ العقاري**

ينصرف مفهوم التحفيظ العقاري إلى مجموع الإجراءات القانونية التي تقوم بها مصالح المحافظة العقارية، بناء على طلب من المالك أو بأمر من القانون لإنشاء رسم عقاري مضبوط للملكية يعلنه المحافظ عن طريق تقييده في السجل العقاري، وهكذا فالتحفيظ العقاري

(615)- محسن الزوجال، الإجبارية في التحفيظ العقاري، أية آفاق في ظل القواعد العامة والخاصة، مجلة القانون المغربي، العدد 25، السنة 2014، ص: 67.

يعتبر إشهاراً عقارياً غايته وضع رسم عقاري يبين حدود العقار ومساحته ووضعيته ومواصفاته ومميزاته بكل ثقة، هذا ويكتسي التحفيظ أهمية بالغة إذ يعتبر عاملاً من عوامل التنمية وذلك نتيجة الضمانات التي يوفرها للمتدخلين في الحقل العقاري⁽⁶¹⁶⁾.

فتمكين مالكي العقار من رسم عقاري مضبوط يؤدي حتماً إلى دعم الثقة بين جميع الفاعلين في السوق العقارية، وينمي في الوقت ذاته من الوظيفة الائتمانية للعقار المحفظ.

وأمام هذه الوضعية الائتمانية التي تؤديها العقارات المحفوظة، فإنه سيكون من الأفضل لو تم تعميم نظام التحفيظ العقاري، ما دام هذا التمديد سيساهم في الزيادة من العقارات المحفوظة التي تساهم بدورها في تنمية الائتمان العقاري⁽⁶¹⁷⁾، وعلى هذا الأساس فإن تعميم نظام التحفيظ العقاري أصبح ضرورة ملحة خاصة وأنه يساهم في التقليل من النزاعات العقارية من جهة، وتجنب تراكم أنظمة قانونية عديدة في المجال العقاري من جهة أخرى⁽⁶¹⁸⁾.

هذا بالإضافة إلى كون تعميم التحفيظ العقاري سيساعد على الإنعاش العمراني ويسهل من تداول العقار والحصول على الضمانات من خلال المعاملات الواردة عليه، أيضاً إن هذا التعميم من شأنه أن يوفر أرضية مناسبة ستساهم في التخفيف من حدة أزمة السكن⁽⁶¹⁹⁾، وهكذا فتمعيم نظام التحفيظ العقاري تترتب عنه آثار إيجابية تتمثل في الزيادة من حجم العقارات المضمونة برسم عقاري، ما ينتج عنه تحقق تنمية شاملة في المجال، غير أن تفعيل تعميم التحفيظ العقاري يقتضي إعادة النظر في النظام القانوني المتعلق به، خاصة وأن مسطرة التحفيظ في ظهير 12 غشت 1913 المعدل والمعمم بمقتضى قانون رقم 14-07 تتسم بالبطء والتعقيد بسبب طول إجراءاتها، وأن التحفيظ في ظل نفس الظهير المذكور أعلاه هو عمل اختياري⁽⁶²⁰⁾. كما توجد في هذا الإطار العقارات التي خضعت لمسطرة التسجيل العقاري وفقاً للظهير الخلفي الصادر في فاتح يونيو 1914، وهذه الرسوم الخلفية تختلف عن الرسوم العقارية في ظل ظهير التحفيظ العقاري، فالأولى لها واقع قانوني غير مضبوط، أما الثانية فلها دور أساسي في التعرف على الوضعية القانونية والمادية بدقة للعقار⁽⁶²¹⁾، إضافة إلى العقارات الخاضعة للمرسوم الملكي الصادر في 24 أكتوبر 1966⁽⁶²²⁾ والذي مدد نظام التحفيظ العقاري المعمول به في المنطقة الوسطى إلى منطقة الشمال مع إحداث مسطرة خاصة لتحديد العقارات الموضوعة لها رسوم خليفية. إلا أن تطبيق هذا المرسوم اصطدم بمجموعة من الصعوبات كان بعضها يرجع إلى النص التشريعي ذاته، والبعض الآخر إلى سوء تطبيق بنود مقتضيات ذلك المرسوم من طرف الذين وكل إليهم أمر تطبيقه، مما أدى إلى خلق مجموعة من النزاعات والمشاكل التي عرقلت سير مسطرة إعادة التحديد للرسوم

⁽⁶¹⁶⁾ - Mohamed Amin El youssoufi Alaoui, la valeur du principe de la force probante des inscriptions remise en question, Revue du droit marocain, N° 25, année 2014, p: 4.

⁽⁶¹⁷⁾ - Emil Becque, la réorganisation foncier et le Remembrement J.C.P. 1941, étude 222, bis, p: 26.

⁽⁶¹⁸⁾ - Jean cadiau, le remembrement rural et le droit de propriété, Gazette du plais, N° 2, année 1974, p: 14.

⁽⁶¹⁹⁾ - Bergel Jean- Louis, les servitudes de lotissement usage d'habitation, Paris, édition 1973, p: 52.

⁽⁶²⁰⁾ - ينص الفصل 6 من ظهير التحفيظ العقاري على أن: "التحفيظ أمر اختياري، غير أنه إذا قدم مطلب التحفيظ فإنه لا يمكن سحبه مطلقاً".

⁽⁶²¹⁾ - وفاء الأندلسي، التجزئات العقارية ودورها في التخفيف من أزمة السكن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2009-2010، ص: 181.

⁽⁶²²⁾ - مرسوم ملكي رقم 66-114 الصادر بتاريخ 9 رجب 1386 الموافق ل 24 أكتوبر 1966، بمثابة قانون يطبق بموجبه في المنطقة الشمالية السابقة لنظام التحفيظ العقاري، وتحدث بموجبه مسطرة خاصة لتحديد العقارات الموضوعة لها رسوم عقارية، جريدة رسمية عدد 2817 بتاريخ 26 أكتوبر 1966، ص: 2188، إلا أنه غير بموجب ظهير رقم 301-75-1 الصادر بتاريخ 19 شتنبر 1977، جريدة رسمية عدد 3388 بتاريخ 5 أكتوبر 1977، ص: 2762-2763.

الخليفية، كما زعزت الثقة لدى الملاكين المعنيين بالأمر ووضعت مصالح المحافظات العقارية والمحاكم أمام تعرضات ونزاعات يصعب حلها. ومنه نخلص إلى أن الرسوم الخليفية تعتبر عائقاً في وجه الاستثمار وإنشاء مشاريع عقارية للمنطقة الشمالية، لأنها لا تتوفر على مقومات ائتمانية، ولا يمكنها الدخول في دائرة بعض العمليات القانونية، كاعتمادها ضمانات فعالية للاستفادة من القروض العقارية البنكية وهذه الوضعية التي خلقتها الرسوم الخليفية لا يمكن التعامل بشأنها، كما أنها تفرض التدخل بتشريع قانوني جزئي⁽⁶²³⁾، لتسوية هذا الإشكال الذي تطرحه العديد من المعوقات سواء منها التشريعية أم الاجتماعية أم الجغرافية⁽⁶²⁴⁾.

إلا أن بعض الفقه⁽⁶²⁵⁾، يرى أن معوقات الإقبال بكثرة على نظام التحفيظ العقاري هي نفسها، سواء تعلق الأمر بالمنطقة الشمالية أم بباقي المناطق، حيث أن التعامل في المجال العقاري لا يدرك محاسن وضمانات نظام التحفيظ العقاري إلى جانب العائق الاقتصادي الذي يرتبط بتكاليف التحفيظ ذاته التي هي باهضة وفي غير متناول الملاكين الصغار، إضافة إلى العائق الجغرافي وهو الأهم حيث يرتبط بالمناطق القروية التي تشكل منها المنطقة الشمالية من البلاد، لذلك يتطلب إحداث مصالح تابعة للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح والخرائطية في كل مناطق الشمال والعمل على توعية سكان المنطقة بضرورة تحفيظ أراضيهم مع العمل على إيجاد حل لمشكل تكاليف التحفيظ الباهضة.

وتعتبر عملية ضم الأراضي الفلاحية إحدى الخطوات الهامة لتعميم التحفيظ العقاري، وهي منظمة بمقتضى ظهير 30 يونيو 1962⁽⁶²⁶⁾ والذي أكد على الطابع المجاني والإجباري للتحفيظ داخل هذه المناطق وذلك للحاجة إلى إعادة هيكلة الأراضي في المناطق المؤهلة لإجراء عمليات التهيئة العقارية بخوض التجهيز الهيدرولوجي- فلاحية. ويجب تدخل المشرع من هذا المنطلق لتوسيع نطاق هذا التحفيظ ليشمل المناطق الخارجة عن المدار القروي، مما سيحقق تنمية مستدامة في المجال الحضري، وقد عمدت المحافظة العقارية في هذا الإطار إلى العمل على تعميم التحفيظ العقاري بإتباعها لمسطرة التحفيظ الجماعي للأراضي الواقعة داخل هذه المناطق التي صدر بشأنها ظهير 25 يوليوز 1969، رغم أن العمل بهذه المسطرة كان ابتداء من سنة 1959⁽⁶²⁷⁾.

وفي هذا الإطار يجب التمييز بين مسطرة التحفيظ الجماعي في ظل ظهير 25 يوليوز 1969 ومسطرة التحفيظ الجماعي المنصوص عليها في الفصل 16 من ظهير 12 غشت 1913. وتحقيقاً لهذه الغاية فقد سمح المشرع في 16 من ظهير التحفيظ العقاري بإمكانية تقديم طلبات جماعية للتحفيظ في آن واحد شريطة أن تكون العقارات متجاورة أو تفصل بينها أجزاء من الملك العمومي كالأزقة والشوارع والحدائق العمومية، وكذا كل ملك يتصف بصفة الملك العمومي.

(623) - عبد السلام قروق، تمديد نظام التحفيظ العقاري إلى منطقة الحماية الإسبانية، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 1992، ص: 23.

(624) - Roche Paul, objet et effet de la présentation en droit foncier marocain, R.M.D, N° 2, année 1964, p: 3.

(625) - خالد مداوي، تطور نظام التحفيظ العقاري بمنطقة شمال المغرب، مطبعة أمبريال الرباط، طبعة 1977، ص: 19.

- الحبيب الدقاق، نظام التحفيظ العقاري بالمنطقة الخاضعة سابقاً للحماية الإسبانية، مداخلة في الندوة المشتركة بين كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، والوكالة الوطنية للمحافظة العقارية حول التحفيظ العقاري بالمغرب، الرباط، 1992، ص: 80.

(626) - ظهير شريف رقم 1.62.105 صادر بتاريخ 30 يونيو 1962 جريدة رسمية عدد 2595 بتاريخ 20 يوليوز 1962 ص: 1705، والذي عدل بموجب ظهير رقم 1.69.32 صادر بتاريخ 10 جمادى الأولى 1389 الموافق ل 25 يوليوز 1969، جريدة رسمية عدد 2960 مكرر بتاريخ 29 يوليوز 1969، ص: 2020.

(627) - آمال نجاح، الأثر الاقتصادي لنظام التحفيظ العقاري، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، حول الأنظمة العقارية بالمغرب، يومي 05 و06 أبريل 2003، منشورات الدراسات القانونية المدنية والعقارية، مراكش، الطبعة الأولى 2003، ص: 266- 267.

والسؤال المطروح هو: هل يتمتع تقديم مثل هذه الطلبات بصفة جماعية إذا كان يفصل بين بعض هذه الأملاك عقارات محفظة؟

لقد كان حريا بالمشروع أن يشجع عملية تقديم طلبات التحفيظ الجماعية مادامت العقارات متجاورة أو متقاربة، وأن الفواصل مهما كان نوعها سوف لن تكون عائقا في وجه عمليات التحفيظ الجماعي وهي ما تعود بالنفع على المتقاربين من جهة وعلى مصالح المحافظة العقارية من جهة أخرى⁽⁶²⁸⁾.

فبالنسبة للملاك المتجاورين يستفيدون من التحفيظ الجماعي لأنهم يؤدون نصف مصاريف التحفيظ العادي، كما أن التحفيظ الجماعي يسمح بالقيام بتحديد العقارات دفعة واحدة، وبحضور جميع الملاك، يمكن في نفس الوقت تسوية جميع النزاعات الخاصة بالحدود أو الحقوق التي تعود لكل شخص بمزيد من الليونة والتبسيط في الإجراءات. أما بالنسبة لمصالح المحافظة العقارية فإن تحفيظ أملاك متجاورة يسمح بالقيام بإجراءات التحديد دفعة واحدة وخلال تنقل واحد، بل ويجعل هذه المصالح تعطي الأسبقية لمثل هذه الطلبات على الطلبات الفردية التي تكون في الغالب متفرقة وفي أكثر من مكان واحد. ولقد كانت أول تجربة لتحفيظ جملة من الأملاك المتجاورة قد أنجزت في ناحية مراكش (بأيت زياد)، وكان هذا التحفيظ يتعلق بمساحة قدرها 400 هكتار تقريبا موزعة على 700 مطلب للتحفيظ⁽⁶²⁹⁾.

ولقد نصت الفقرة الثالثة من الفصل 16 من ظهير التحفيظ العقاري بأن المحافظ يجري في شأن طلبات التحفيظ المجتمعة المسطرة العادية، غير أنه يحرص على إنجاز الإجراءات المتعلقة بها في وقت واحد، وذلك بأن يقوم بالإعلانات المتعلقة بمطالب التحفيظ في نفس الوقت، ويعين لعمليات التحديد تاريخا واحدا، وينتدب للقيام بها من ينوب عنه في مرة واحدة أو مرات متتالية بقدر ما تدعو إليه الحاجة. وبناء على ما جاء في الفصل 16 من ظهير التحفيظ العقاري يمكن حصر شروط التحفيظ الجماعي للأملاك المتجاورة فيما يلي:

1- أن تكون الأملاك متجاورة.

2- أن تقدم طلبات منفردة بكل عقار مع مطلب مشترك.

3- دفع مصاريف التحفيظ مع الاستفادة من التخفيض المقرر.

وبالمقابل فقد قامت مديرية المحافظة العقارية بوضع مسطرة سريعة وفعالة لتمكين صغار الفلاحين من الاستفادة من عملية التحفيظ، وذلك تدعيما لسياسة التحفيظ الجماعي المنصوص عليها في الفصل 16 من ظهير التحفيظ العقاري، حيث أصدر المشروع قانونا خاصا يقضي بنهج طريقة التحفيظ الجماعي للأملاك القروية، وتجري عملية التحفيظ الجماعي خارج الجماعات الحضرية بمقتضى قرار يصدره وزير الفلاحة والصيد البحري والتنمية القروية والمياه والغابات يحدد مناطق التحفيظ الجماعي، وتتميز هذه المسطرة ببعض الخصوصيات:

1- القرار الصادر بإحداث وتعيين منطقة التحفيظ الجماعي يجب أن يتم نشره بالجريدة الرسمية والدوائر الواقعة بنفس المنطقة (مقر السلطة المحلية، مقر الجماعة القروية والمحكمة الابتدائية والمحافظة العقارية).

2- تنجز عمليات التحفيظ العقاري الجماعي مجانا وبدون صائر⁽⁶³⁰⁾ باستثناء التعرضات التي يجب أداء الرسوم القضائية بشأنها.

(628) - محمد خيري، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2013، ص: 136.

(629) - مديرية المحافظة على الأملاك العقارية والمسح والخرائطية، قسم المسح العقاري، التحفيظ الجماعي مسطرة مبسطة من أجل تعميم

نظام التحفيظ العقاري، طبعة 2002، ص: 20.

(630) - الفصل الثالث من ظهير تحفيظ الأملاك القروية.

3- يجب على الملاك أن يودعوا مطالب للحفاظ داخل أجل سنة تبتدئ من تاريخ نشر قرار بالحفظ الجماعي بالجريدة الرسمية⁽⁶³¹⁾.

4- يعمل المحافظ على إيداع ملف يحتوي على بيان الأملاك الخاضعة لمسطرة الحفاظ الجماعي وتصميم تجزيئي لتلك الأملاك، كما يعمل على نشر الإيداع المذكور بالجريدة الرسمية مع تعليق نسخ منه بمقررات السلطة المحلية والجماعات القروية لمدة ثلاثة أشهر⁽⁶³²⁾.

5- يحدد المحافظ على الأملاك العقارية بعد ذلك برنامج لعمليات التحديد ويمكن أن يجري التحديد ولو في غيبة الملاك الذين لم يحضروا مكان القيام بهذه العملية عند توفر شروطها، غير أن هذا التحديد المنجز لا يكون صحيحاً إلا إذا وافق عليه الملاك فيما بعد⁽⁶³³⁾.

6- بعد الانتهاء من عملية التحديد يعمل المحافظ على الأملاك العقارية على نشر إعلان بذلك بالجريدة الرسمية، ويبعث نسخ منه إلى السلطة المحلية بقصد التعليق⁽⁶³⁴⁾.

7- يجوز لكل شخص أن يتدخل في مسطرة الحفاظ الجماعي عن طريق التعرض وفقاً للشروط المنصوص عليها في ظهير العقاري⁽⁶³⁵⁾ أي طبقاً للفصل 24 وما بعده.

ومن تم فاللجوء إلى هذه المسطرة من شأنه أن يسرع عملية الحفاظ العقاري ويختصر المسطرة البطيئة المنصوص عليها في ظهير 12 غشت 1913، كما أنها تخفض من التكاليف وتخفف العديد من الأعباء. كما تمكن هذه المسطرة من تصفية أكبر مساحة ممكنة من العقارات الفلاحية مما يساهم في سهولة تفويتها للمستثمرين. إلا أن هذه المسطرة تبقى اختيارية لذلك يجب جعلها إجبارية لجعل العقار ذا صبغة مستقرة.

وأمام هذه الإكراهات التي يطرحها نظام الحفاظ العقاري والتي تقف عائقاً أمام تعميمه، فإن السؤال المطروح هو: ما هي الوسائل التي من شأنها أن تساعد على تعميم نظام الحفاظ العقاري؟

فعالية الفقه⁽⁶³⁶⁾ يطالب بتعميم الحفاظ العقاري بعد إعادة النظر في ضوابطه ومسطرته، لأن ذلك سيؤثر على الاستقرار الاقتصادي والعقاري، كما يتعين إعادة النظر في النصوص القانونية المنظمة لمختلف أنواع العقار، وتأتي في أولويتها أراضي الجماعات السلالية وأمالك الدولة الخاصة، والتفكير في جعل هذه الأراضي قابلة للتداول داخل النظام البنكي لأنها تعتبر عقارات ذات مساحات شاسعة إلا أن مردوديتها ضعيفة⁽⁶³⁷⁾. وإذا كان من المستحيل تعميم نظام الحفاظ العقاري دفعة واحدة فيجب وضع إستراتيجية تهدف إلى الحفاظ

(631) - نفس الفصل من نفس الظهير.

(632) - الفصل الرابع من ظهير 25 يوليوز 1969.

(633) - الفصل السادس من نفس الظهير.

(634) - الفصل السابع من نفس الظهير.

(635) - الفصل الثامن من نفس الظهير.

(636) - المختار عطار، الوجيز في القانون المغربي والموريتاني، مطبعة فضاء الإبداع، الطبعة الثانية، 2005، ص: 23.

- محمد الوكاري، العقار بين اللادجارية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، حول الأنظمة العقارية بالمغرب، يومي 5 و6 أبريل 2003، منشورات مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، مراكش، الطبعة الأولى، 2003، ص: 261.

- Malinyaud Philippe, Droit de la promotion immobilière, édition, Dalloz, paris, 1980, p: 39.

(637) - المنتصر الداودي، القضاء وحماية الملكية بين نظامي العقار العادي والعقار المحفظ، مداخلة في ندوة النظام العقاري والإنعاش العقاري والتعمير المنعقدة بالدار البيضاء في مارس 1986، ص: 55.

جميع الأملاك الحضرية والمناطق المحيطة لها بصفة إلزامية للحد من المشاكل العقارية التي تعرفها هذه المناطق والنتيجة على الخصوص عن تطورها العمراني، إضافة إلى جعل نصوص قانون التحفيظ في ظل الظهير المنظم له يتم بالبطء والتعقيد بسبب طول الإجراءات لذلك يجب تدخل المشرع لتبسيطها وتقليص آجالها، ولتعميم نظام التحفيظ يجب العمل على خلق مناطق للتحفيظ الجماعي في المجال الحضري حتى لا يقتصر الأمر فقط على الأراضي الفلاحية.

ويرى أحد الباحثين⁽⁶³⁸⁾ أن جعل التحفيظ العقاري قضائياً من شأنه أن يحقق ضمانات أكبر للحفاظ على الحقوق.

ومن وجهة نظري أن التحفيظ العقاري القضائي من شأنه أن يحمي حقوق الأفراد من جهة، ومن جهة أخرى سوف يجعل العقارات تخضع لنظام التحفيظ في أقرب وقت، إلا أنه سيضيف إلى جهاز القضاء عبء ثقيل يتطلب إمكانيات مادية وبشرية مهمة، ويجعله يتدخل في اختصاصات مصالح الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح والخرائطية، والتي أوكل لها المشرع بموجب القانون رقم 58.00 مهمة تحفيظ العقارات سواء في إطار مقتضيات القانون رقم 14.07 المعدل والمتمم لظهير التحفيظ العقاري أم في إطار مساطر التحفيظ الجماعي طبقاً لظهير 25 يوليوز 1969، وبالتالي لا داعي لإدخال الجهاز القضائي في مسطرة التحفيظ لأنه في جميع الأحوال يقوم القضاء بدور مهم على مستوى حل النزاعات العقارية المتعلقة بالتعرض وغيرها.

ومن هنا فنظام التحفيظ العقاري يمكن أن يعطي صورة واضحة المعالم للوضعية العقارية بالمغرب، ويمكن من معرفة الرصيد العقاري الصالح لإنشاء مناطق عمرانية شاملة ومستدامة متوفرة على جميع التجهيزات والمرافق الضرورية- الاقتصادية منها والاجتماعية قصد الاستثمار لمحاربة المضاربة العقارية والصعوبات التي تثيرها.

وتبقى الوسيلة الفعالة لتعميم نظام التحفيظ العقاري تتمثل في سن مساطر خاصة وجماعية للتحفيظ إذ يمكن القول في هذا الإطار أن هذه الوسيلة هي الأكثر فاعلية لأنها تقوم بتحفيظ عدد كبير من العقارات تشكل في حد ذاتها منطقة بأكملها، مما يساعد على تعميم نظام التحفيظ العقاري، ولتحقيق ذلك حسب ما تراه إحدى الباحثات⁽⁶³⁹⁾ يستحسن أن يتم تحديد المناطق التي تطبق فيها المساطر الجماعية وذلك بإعطاء الأسبقية لبعض الجهات التي تقتضي ضرورة التعجيل بتوضيح وضعيتها العقارية، وكمثال على إمكانية نجاح في تعميم نظام التحفيظ العقاري، نذكر التحفيظ الجماعي الذي تم في منطقة "تكسلين" التابعة لمنطقة خنيفرة الذي شمل 3000 هكتار من العقارات، والمكونة 1200 قطعة و 673 مستفيد من هذه العملية⁽⁶⁴⁰⁾.

وبهذا الخصوص يعتبر التحفيظ الجماعي وسيلة هامة لتثبيت الفلاحين في أراضيهم وتوفير الطمأنينة لهم من خلال رسوم عقارية لا تقبل الجدل، ومن مميزات هذه المسطرة المشجعة، هو أنها مجانية حيث تنجز فيها جميع الأعمال بدون صائر، كما تنجز هذه المسطرة بشكل جماعي وإجمالي وهو ما يسهل إجراءات التحفيظ، وهذه هي غاية المشرع من التحفيظ الجماعي البساطة والخروج عن القواعد

⁽⁶³⁸⁾ - عبد الحى بوصفيحة، تطور سياسة التعمير تجاه النمو الحضري بالمغرب، أشغال ندوة العمران في الوطن العربي بين التخطيط والتشريع والإدارة الرباط، أيام 10-11-12 أبريل 2001، ص: 80.

⁽⁶³⁹⁾ - وفاء الأندلسي، مرجع سابق، ص: 283.

⁽⁶⁴⁰⁾ - Habitat et urbanisme, un secteur en mouvement 2003- 2007, ministère de l'habit de l'urbanisme et du l'aménagement de l'espace.

المسطرية العادية التي تعرف بنوع من الصرامة⁽⁶⁴¹⁾. ومجمل القول فالتحفيز الجماعي يشكل إحدى أهم آليات تعميم التحفيز العقاري لكن يجب على المشرع إعادة النظر في الظهير المنظم لمسطرة التحفيز الجماعي حتى يواكب التطورات الهامة في مجال التنمية العقارية، إضافة إلى جعل هذه المسطرة اختيارية لا يفعل القيام بها من طرف العموم.

وفي الأخير لا يمكن الحديث عن تعميم نظام التحفيز العقاري وعن آليات جعل العقار المحفز وسيلة للتنمية دون أن نتطرق في السياق عن إلزامية التحفيز وجعله إجباري مما يساهم لا محال في الزيادة من حجم العقارات المحفزة ودورها في الائتمان الذي يؤدي للاستثمار العقاري.

المحور الثاني: إجبارية التحفيز العقاري

مما لا شك فيه أن وضع القاعدة القانونية بشكل عام نابعة من حاجة المجتمع إليها في ظرف زمني ومكاني معينين، باعتبار أن من خصائص القاعدة القانونية كونها اجتماعية، وعلى هذا الأساس ونظراً لمنطق التغيير الذي تخضع له المجتمعات والنتائج عن تطورات اقتصادية وسياسية، فإنه من الطبيعي أن تؤثر هذه العوامل على القاعدة القانونية بشكل يجعلها قاصرة عن تحقيق الغاية المرجوة منها، والأمر ينطبق تماماً على ظهير التحفيز العقاري المنظم بمقتضى ظهير 12 غشت 1913، ونظراً للنتائج التي لا تغدو مسيطرة واقع التطورات المجتمعية على مستوى تعميمه بشكل جعل بعض مقتضياته محط انتقاد من طرف المهتمين بالشأن العقاري، كل هذه العوامل دفعت بالمشرع المغربي للعمل على إعداد قانون جديد لتعديل القانون العقاري ليصبح مواكباً للتطورات والمستجدات الحاصلة في ميدان المعاملات العقارية⁽⁶⁴²⁾.

ولعل التعديلات التي أدخلت على التحفيز العقاري منذ 1916 إلى غاية 1945 لم تغط النتائج المرجوة، لذلك اقتضت الضرورة تدخل المشرع بمقتضى القانون رقم 1407 من أجل ملائمة هذا الظهير مع الوضعية الراهنة التي يعيشها المغرب سواء على المستوى الاقتصادي أم الاجتماعي وكذا السياسي إذا علمنا أن البنية العقارية تعد في طليعة البنيات الاقتصادية، والركيزة الأساسية لكل تنمية شمولية لذلك كان لا بد من الاهتمام بالهياكل العقارية وتنظيمها بشكل يتيح للدولة نهج سياسة تتلاءم وحاجيات التنمية المستدامة⁽⁶⁴³⁾. إلا أن دمج الملكية العقارية في الحياة الاقتصادية والمالية ساهمت في خلق محيط ملائم للاستثمار، ولن يتحقق ذلك إلا من خلال وضع نظام إجبارية التحفيز العقاري.

فتنوع الوعاء العقاري وازدواجية النظام العقاري بين العقارات المحفزة والعقارات غير المحفزة، يشكل عرقلة في وجه التنمية بسبب انعدام الثقة وضعف المردودية وكثرة المنازعات بشأن العقارات غير المحفزة، حيث تعتبر هذه الأخيرة إحدى معضلات الإصلاح العقاري الشيء الذي دفع الدولة والمهتمين بهذا القطاع إلى تشجيع إجبارية التحفيز رغم عدم إلزاميته⁽⁶⁴⁴⁾ في ظهير التحفيز العقاري، وهو ما

(641) - Guillaume Abellard, la propriété collective au Maroc Rabat, 1979; p: 14.

(642) - محمد خير، التعديلات المرتقبة في مشروع قانون التحفيز العقاري - قانون 07-14 - مداخل بندوة سياسة التحفيز العقاري بالمغرب، المنعقدة يومي 18 و 19 أبريل 2008، والمنظمة من طرف مختبر الدراسات القانونية والمدنية والعقارية، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، منشورة بمجلة الاقتصاد والقانون، العدد 50، سنة 2008، ص: 49.

(643) - Nasser khalil, "le domaine privé de l'Etat marocain fondement et gestion", thèse pour obtention du diplôme de doctorat en droit privé, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, université Mohamed V, Rabat- Agdal - année universitaire 2003- 2004; p: 194.

(644) - Abdelaziz Benjelloun, "les limitations de la propriété foncier", édition techniques nord- officieux, Rabat, 1ère édition 1971, p: 50.

يفهم من خلال الفصل 6 من الظهير المذكور، غير أن بعض القطع العقارية تم العمل فيها على إجبارية التحفيظ كقطاع ملكية الشقق والتجزئات العقارية ومسطرة ضم الأراضي فتحتفظ هذه العقارات سيساعد على خلق وحدة عقارية منسجمة غير متناقضة، مما يحد من النزاعات التي تضيع جهد الملاكين ومالهم ووقتهم بشأنها.

وبالرجوع إلى بعض مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري نجد بعض الحالات التي حدد فيها المشرع إجبارية التحفيظ من خلال الفصل السابع، حيث يكون التحفيظ إجبارياً في الحالات المنصوص عليها في قوانين خاصة وفي المناطق التي ستفتح لهذه الغاية بقرار يتخذه الوزير الوصي على الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح والخرائطية بناء على اقتراح من مديرها. وفي إطار التعديلات الجديدة التي جاء بها قانون رقم 07-14 أنه أضاف تعديلاً شاملاً للفصل السابع الذي بدوره يحيل على مجموعة من الفصول الجديدة المنصوص عليها في الفرع السادس من الظهير والمعونة بالتحفيظ الإجباري. وبالرجوع إلى هذه المقتضيات نجد الفصل 51-1 ينص على أنه: "تخضع العقارات الموجودة بمناطق التحفيظ الإجباري لمقتضيات هذا الفرع ولما لا يخالفها من مقتضيات هذا القانون".

ويجب أن ينشر بالجريدة الرسمية القرار الصادر بفتح وتحديد منطقة التحفيظ الإجباري وأن يعلق بمقر السلطة المحلية والجماعية والمحكمة الابتدائية والمحافظة العقارية⁽⁶⁴⁵⁾. كما تحدث لجنة⁽⁶⁴⁶⁾ لتتبع ضمان حسن تنفيذ أشغال البحث التجريبي والقانوني واتخاذ كافة التدابير التي تمكن من إدراج وتحديد مطالب التحفيظ⁽⁶⁴⁷⁾. وتنفذ إجراءات التحفيظ لهذه المناطق الخاضع للإجبارية من طرف مصالح الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، وفي حالة كانت منطقة التحفيظ الإجباري تمتد إلى أكثر من عمالة أو إقليم، فإن لجنة التحفيظ تحدد بقرار مشترك للعمال المعنيين⁽⁶⁴⁸⁾.

وتحرر مطالب التحفيظ وتدرج تلقائياً في اسم الملك الخاص للدولة بالنسبة للقطع التي لم يتم التعرف على مالكيها أثناء أشغال البحث والتجريبي، أما القطع التي تقاعس أو تغيب مالكوها، فإن مطالب التحفيظ بشأنها تحرر وتدرج تلقائياً في اسمهم وهو ما نص عليه الفصل 57-7. غير أنه تبقى مطالب التحفيظ المدرجة قبل فتح منطقة التحفيظ الإجباري خاضعة للنصوص القانونية التي أدرجت طبقاً لمقتضياتها⁽⁶⁴⁹⁾. وتتميز مسطرة التحفيظ الإجباري هذه بآجال معينة للتحديد حيث يعلق الإعلان المتعلق بعملية التحديد في مقر السلطة المحلية ورئيس الجماعة بشهر واحد قبل افتتاح هذه الأخيرة. وتقبل التعرضات في أجل أربعة أشهر ابتداء من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية للإعلان عن إيداع اللائحة والتصميم التجريبيين بمقر السلطة المحلية⁽⁶⁵⁰⁾. غير أنه ليس هناك تعرضاً استثنائياً كما هو عليه الأمر بالنسبة للتعرض خارج مسطرة التحفيظ الإجباري.

هذا وقد أضاف المشرع في الفصل 8 على أن يكون التحفيظ إجبارياً عندما تأمر به المحكمة المختصة أثناء متابعة إجراءات الحجز العقاري في مواجهة المحجوز، لأن الحجز يكون نتيجة تحقيق الرهن الرسمي لاسترداد ثمن الدين، وحماية المشرع للدائن الذي تتم مسطرة الحجز العقاري لفائدته، لذلك أضاف له إجبارية التحفيظ للعقار حتى ترتفع قيمته ويعطي مردودية أكثر لصالح الدائن المرتهن أو

(645) - الفصل 51-2 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل بموجب القانون رقم 07-14.

(646) - الفصل 51-3 من نفس الظهير.

(647) - الفقرة الأخيرة من الفصل 51-4 من نفس الظهير.

(648) - الفقرة الأخيرة من الفصل 51-4 من ظهير التحفيظ العقاري.

(649) - الفصل 51-8 من ظهير التحفيظ العقاري.

(650) - الفصل 51-14 من نفس الظهير.

المدين الرهن. فإذا كان المشرع قد أخذ باختيارية التحفيظ، فإنه بعد تقديم المطلب لا يمكن سحبه مطلقاً، وإذا كانت إجبارية والتحفيظ استثناء من القاعدة، فإن المشرع بدأ يتجه ولو نسبياً نحو الإجبارية والدليل على ذلك العدد المهم من الفصول التي تناولت التحفيظ الإجباري من خلال القانون رقم 14-07 المعدل والمتمم لظهير التحفيظ العقاري.

لكنه بالرغم من الجراءة النسبية الذي تميز بها ظهير التحفيظ العقاري بعد التعديل على مستوى تقريره لإمكانية فتح مناطق معينة تجري فيها عمليات التحفيظ بشكل إجباري، فإن هذا المقتضى يبقى عديم المفعول وقاصراً على تعميم نظام التحفيظ على مجموع التراب الوطني في ظل ما تعرفه مسطرة التحفيظ نفسها من شكليات وتعقيدات تجعلها متسمة بالبطء أحياناً. فتقرير الإجبارية بهذا الشكل دون أن يوازي ذلك إعادة النظر في مسطرة التحفيظ في حد ذاتها سوف يؤدي بلا شك إلى عدم تحقيق الأهداف المتوخاة من فرض الإجبارية كوسيلة وأداة تشريعية لحماية الممتلكات العقارية والدفع بوثيرة التحفيظ العقاري لتصبح في مصاف الدول التي حققت إنجازات كبيرة في هذا الصدد⁽⁶⁵¹⁾.

حيث أنه بالرجوع إلى التشريع العقاري الجزائري نجده كان سابقاً في إحداث مناطق التحفيظ الإجباري وإحداث لجنة التحفيظ العقاري لهذه الغاية بمقتضى مرسوم رقم 6276⁽⁶⁵²⁾ وكذا المرسوم رقم 63-76⁽⁶⁵³⁾، الذي اسند إليهما المشرع تنظيم التحفيظ الإجباري من خلال مجموعة من الإجراءات والتي هي شبيهة بما جاء في ظهير التحفيظ العقاري بعد تعديله⁽⁶⁵⁴⁾. غير أن غاية المشرع الجزائري بشأن الإجبارية في التحفيظ تتخذ غاية مغايرة عما هو مقرر بمقتضى التشريع العقاري المغربي، خصوصاً وأن هذه الإجبارية جاءت للتخلص من المخلفات والشوائب العالقة بالمنظومة العقارية الجزائرية في حقبة الاستعمار الفرنسي لهذا البلد، الشيء الذي يفسر مدى التطور الحاصل على مستوى نسبة العقارات التي خضعت للترقيم العقاري الإجباري⁽⁶⁵⁵⁾. وبالرغم مما حققته التجربة الجزائرية في هذا المجال وهذا يرجع طبعاً للمدة الطويلة التي نص فيها المشرع على إجبارية التحفيظ، إلا أنها تبقى ضئيلة ونسبية مقارنة مع نظيرتها في التشريع التونسي.

حيث أخذ هذا الأخير مبدأ الإجبارية في التحفيظ العقاري بعدما كان ينص على مبدأ الاختيارية نظراً للنتائج السلبية التي أفرزها واقع العمل بهذا المبدأ⁽⁶⁵⁶⁾، وهو ما دفع المشرع التونسي إلى تجاوزه عن طريق جعل التسجيل العقاري إجبارياً أو ما يطلق عليه بالمسح العقاري⁽⁶⁵⁷⁾ وذلك بموجب المرسوم عدد 3 لسنة 1964⁽⁶⁵⁸⁾، ومن أهم إجراءاته أنه يجعل تدخل وزير العدل يضبط منطقة المسح وتاريخ

(651) - محمد بن الحاج السلمي، ضرورة التخطيط في ميدان التحفيظ، مقال منشور بمجلة التحفيظ العقاري، العدد 6، السنة 1997، ص: 3.

(652) - مرسوم صادر بتاريخ 24 ربيع الأول 1396 هـ الموافق لـ 25 مارس 1976 يتعلق بمسح الأراضي العامة، منشور بالجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 30، سنة 1997، ص: 2584.

(653) - مرسوم مؤرخ في 24 ربيع الأول 1396 هـ الموافق لـ 25 مارس 1976، متعلق بتأسيس السجل العقاري، منشور بالجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 30، سنة 1976، ص: 3258.

(654) - محمد بونبات، نظام التحفيظ العقاري في المغرب، تونس والجزائر، سلسلة آفاق، العدد 18، السنة 2009، ص: 7.

(655) - تموح من، النظام القانوني للمحافظة العقارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2003-2004، ص: 82.

(656) - محمد الحياتي، في أنظمة الشهر العقاري في العالم، مطبعة مؤسسة النخلة للكتاب، الطبعة الأولى 2004، ص: 66.

(657) - المقصود هنا في التشريع العقاري المغربي بالتحفيظ العقاري.

(658) - مرسوم مؤرخ في 7 شوال 1338 هـ الموافق لـ 20 فبراير 1964، المتعلق بالتسجيل العقاري الإجباري، منشور بالرائد الرسمي التونسي، عدد 9 بتاريخ 21 فبراير 1964، ص: 223.

ابتداء عملياته بقرار يتم تبليغه إلى العموم بواسطة النشر بالرائد الرسمي (الجريدة الرسمية) وذلك بشهرين على الأقل، ويعين رئيس المحكمة العقارية أحد أعضائها رئيساً لجنة المسح بكل عمالة، وهو ما جاء في الفصل 4 من مرسوم 1964.

وبالتالي يتبين لنا أن المحور الأساسي في عملية التحفيظ الإجباري بالبلاد التونسية يتمثل في المحكمة العقارية الشيء الذي يفسر سبب تطور نظام التسجيل العقاري بهذا البلد ليتأكد معه القول عن المنطق المعمول به والمنهجية المعتمدة في مجال التحفيظ الإجباري لهذا البلد تعد أهم التجارب الواجب الأخذ بها⁽⁶⁵⁹⁾، ونحن بصدد إيجاد حل لمعضلة تعميم تحفيظ العقاري بالنسبة لمجموع العقارات المتواجدة بالتراب الوطني، وعلى هذا الأساس، فإن إعادة النظر في الكيفية التي صيغت بها حالات التحفيظ الإجباري بالتشريع العقاري المغربي عقد أهم ما يمكن مناشدته في هذا الصدد وذلك بشكل يجعلها منسجمة مع التحديات الحالية والمستقبلية التي تعرفها المنظومة العقارية بالمغرب. بالإضافة إلى أن التجربة التونسية جعلت وزير العدل يتدخل في مسطرة الإجبارية وهو ما يجعل الأمر أكثر صرامة وجدية⁽⁶⁶⁰⁾.

إن التخطيط الاستراتيجي على مستوى التحفيظ العقاري الإجباري بكيفية تدريبية ومخططة ضرورة ملحة تحتمها التنمية المستدامة من أجل الوصول إلى تعميم تصفية العقارات ومعرفة واقع الهياكل العقارية القروية والحضرية وتوضيح وضعيتها القانونية والهندسية نظراً لأهميتها الاقتصادية والاجتماعية. ومن مميزات التحفيظ الإجباري خاصة المجانية والسرعة والبساطة بالإضافة إلى خاصية الشمولية حيث أن التحفيظ الإجباري يعني عدم ترك أي عقار يوجد داخل المنطقة المعينة دون تحفيظ، فحتى في حالة عدم التعرف على مالك العقار، فإنها تحرر مطالب التحفيظ بشأنه ويدرج تلقائياً في اسم الملك الخاص للدولة⁽⁶⁶¹⁾.

ولابد من الإشارة إلى إجبارية التحفيظ المنصوص عليها في إطار مقتضيات قانونية متفرقة كحالة التحفيظ الإجباري لأمالك الدولة الخاصة في حالة تحديدها والأمر ينطبق أيضاً في حالة تحديد أراضي الجماعات الساللية، أو مقايضة عقار محبس تحييساً عمومياً، أو الحالة المتعلقة بضم الأراضي في إطار الإصلاح الزراعي وكذا التحفيظ الإجباري للعقارات الزراعية عند تجزئتها بمقتضى ظهير 25 يونيو 1960 والمتعلق بتنمية التجمعات الزراعية.

خاتمة:

ومن خلال البحث العميق في نظام التحفيظ العقاري الإجابة على الإشكالية المحورية للموضوع لمست بوضوح أن هذا النظام يشكل بحد ذاته سياسة تهدف إلى القضاء على مفهوم الملكية التقليدية وعلى الملكية الجماعية أو بالضبط على الملكية غير القابلة للتفويت وكذا التحكم في الأنظمة العقارية المتعددة والمتشعبة التي تطبع الملكية العقارية في المغرب، وبالتالي تطويرها من أجل فسخ المجال لإرساء أسس الملكية الخاصة بالمفهوم العصري، والتي تشكل حجر الزاوية في النظام الاجتماعي الاقتصادي الليبرالي. ولأن سياسة تطبيق التحفيظ وتحقيق أهدافه ليست في الواقع، منفصلة عن السياسة التي حددها هو بنفسه كنظام قائم بحد ذاته، وهو حيث اتضح لي أن اختيارية نظام التحفيظ العقاري شكلت ولازالت تشكل عائقاً كبيراً في وجه وضع سياسة تخطيطية واضحة المعالم والأهداف والوسائل في هذا الميدان. وهذا ما يجعل تقرير الزامية التحفيظ رغم الصعوبات المطروحة بشأنها ومحاولة توحيد وتبسيط المساطر وتحديد برامج تخطيطية موازية هدفاً من أجل الوصول إلى التحفيظ العقاري المستدام.

⁽⁶⁵⁹⁾ - محمد بن أحمد بونبات، العقار في المغرب وترسيم المعاملات العقارية في دولة تونس، مجلة الأملاك، ع الثاني، السنة 2007، ص: 17.

⁽⁶⁶⁰⁾ - عبد الله غزالي العزاوي، أحكام تأسيس السجل العقاري في القانون المغربي الموحد، دراسة مقارنة، بدون ذكر ط، ص: 35.

⁽⁶⁶¹⁾ - الفصل 51- 7 من ظهير التحفيظ العقاري.

لائحة المراجع

- أمال نجاح، الأثر الاقتصادي لنظام التحفيظ العقاري، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، حول الأنظمة العقارية بالمغرب، يومي 05 و06 أبريل 2003، منشورات الدراسات القانونية المدنية والعقارية، مراكش، الطبعة الأولى 2003.
- المختار عطار، الوجيز في القانون المغربي والموريتاني، مطبعة فضاء الإبداع، الطبعة الثانية، 2005.
- المنتصر الداودي، القضاء وحماية الملكية بين نظامي العقار العادي والعقار المحفوظ، مداخلة في ندوة النظام العقاري والإنعاش العقاري والتعمير المنعقدة بالدار البيضاء في مارس 1986.
- خالد مداوي، تطور نظام التحفيظ العقاري بمنطقة شمال المغرب، مطبعة أمبريال الرباط، طبعة 1977.
- - عبد السلام قروق، تمديد نظام التحفيظ العقاري إلى منطقة الحماية الإسبانية، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 1992.
- عبد الله غزاي العزاوي، أحكام تأسيس السجل العقاري في القانون المغربي الموحد، دراسة مقارنة، بدون ذكر الطبعة ولا مكان الطبع.
- - عبد الحي بوصفيحة، تطور سياسة التعمير تجاه النمو الحضري بالمغرب، أشغال ندوة العمران في الوطن العربي بين التخطيط والتشريع والإدارة الرباط، أيام 10-11-12 أبريل 2001.
- محمد خير، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2013.
- محسن الزوجال، الإلزامية في التحفيظ العقاري، أية آفاق في ظل القواعد العامة والخاصة، مجلة القانون المغربي، العدد 25، السنة 2014.
- محمد الوكاري، العقار بين الازدواجية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، حول الأنظمة العقارية بالمغرب، يومي 5 و6 أبريل 2003، منشورات مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، مراكش، الطبعة الأولى، 2003.
- محمد بن أحمد بونبات، العقار في المغرب وترسيم المعاملات العقارية في دولة تونس، مجلة الأملاك، العدد الثاني، السنة 2007.
- محمد بن الحاج السلمي، ضرورة التخطيط في ميدان التحفيظ، مقال منشور بمجلة التحفيظ العقاري، العدد 6، السنة 1997.
- محمد بونبات، نظام التحفيظ العقاري في المغرب، تونس والجزائر، سلسلة آفاق، العدد 18، السنة 2009، ص: 7.
- محمد خير، التعديلات المرتقبة في مشروع قانون التحفيظ العقاري - قانون 07-14 - مداخلة بندوة سياسة التحفيظ العقاري بالمغرب، المنعقدة يومي 18 و19 أبريل 2008، والمنظمة من طرف مختبر الدراسات القانونية والمدنية والعقارية، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، منشورة بمجلة الاقتصاد والقانون، العدد 50، سنة 2008.
- محمد الحياتي، في أنظمة الشهر العقاري في العالم، مطبعة مؤسسة النخلة للكتاب، الطبعة الأولى 2004.
- لحبيب الدقاق، نظام التحفيظ العقاري بالمنطقة الخاضعة سابقاً للحماية الإسبانية، مداخلة في الندوة المشتركة بين كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، والوكالة الوطنية المحافظة العقارية حول التحفيظ العقاري بالمغرب، الرباط، 1992.

أطروحات و رسائل جامعية

- تموح من، النظام القانوني للمحافظة العقارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2003-2004.

- - وفاء الأندلسي، التجزئات العقارية ودورها في التخفيف من أزمة السكن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2009-2010.

مراجع باللغة الفرنسية

- - Abdelaziz Benjelloun, "les limitations de la propriété foncier", édition techniques nord- officioux, Rabat, 1ère édition 1971.
- - Mohamed Amin El youssoufi Alaoui, la valeur du principe de la force probante des inscriptions remise en question, Revue du droit marocain, N° 25, année 2014.
- - Emil Becque, la réorganisation foncier et le Remembrement J.C.P. 1941, étude 222.
- - Jean cadiau, le remembrement rural et le droit de propriété, Gazette du plais, N° 2, année 1974.
- - Bergel Jean- Louis, les servitudes de lotissement usage d'habitation, Paris, édition 1973.
- - Nasser khalil, "le domaine privé de l'Etat marocain fondement et gestion", thèse pour obtention du diplôme de doctorat en droit privé, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, université Mohamed V, Rabat- Agdal - année universitaire 2003- 2004.
- - Habitat et urbanisme, un secteur en mouvement 2003- 2007, ministère de l'habit de l'urbanisme et du l'aménagement de l'espace.
- - Guillaume Abelard, la propriété collective au Maroc Rabat, 1979.
- - Malinyaud Philippe, Droit de la promotion immobilière, édition, Dalloz, paris, 1980.
- - Roche Paul, objet et effet de la présentation en droit foncier marocain, R.M.D, N° 2, année 1964.

الأثر النسبي لإتفاق التحكيم موضوعاً وأشخاصاً في ضوء التشريع البحريني

محمد أحمد الشهير

عضو اتحاد المحكمين العرب

عضو الاتحاد العربي لحماية الملكية الفكرية مملكة البحرين

ملخص:

تناول هذا البحث موضوع "نسبية أثر إتفاق التحكيم" من حيث بيان المقصود بأطراف إتفاق التحكيم، وتحديد الدائرة التي يظلمها إتفاق التحكيم، مروراً بتأثير إتفاق التحكيم على الغير ممن لم يكونوا طرفاً فيه. وقد تطرقنا في هذا البحث إلى بحث نسبية إتفاق التحكيم من حيث موضوعه أيضاً، لكون مسألة النسبية الموضوعية لإتفاق التحكيم هي مسألة غير مطروقة بصورة مباشرة، وإنما تتناثر عناصرها بين دفات الكتب الشارحة للتحكيم، حيث ثم بيان المقصود بالنسبية الموضوعية لإتفاق التحكيم من حيث الأساس العقدي للعملية التحكيمية من جهة، وبيان قواعد التفسير التي تحدد نطاق إتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الغير من جهة أخرى. وحتى يكون الحديث عن نسبية أثر الإتفاق كاملاً فقد قمنا بالتعرض للجانب الإجرائي لهذه النسبية والذي يتمثل في أحوال التدخل والإدخال في الخصومة التحكيمية، باعتبار أن هذه الإجراءات تعتبر الصورة العملية لتطبيقات نسبية أثر إتفاق التحكيم، ولم يفتنا في هذا البحث أن نستشهد بقضاء المحكمة العليا بمملكة البحرين - محكمة التمييز - والإستشارات والأحكام الصادرة عن المراكز التحكيمية الدولية الدائمة. وقد ختمنا هذا البحث بجملة من التوصيات والنتائج دعونا فيها إلى إقتداء المشرع البحريني بنظرائه من المشرعين الخليجيين في وضع نص منظم للتدخل والإدخال في الخصومة التحكيمية، وكذلك وضع نص فيصل بين تعريف التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.

Abstract :

This research discussed the subject of "Relativity of the Impact of the Arbitration Agreement in terms of pointing out what is meant by the parties to the arbitration agreement, going through the impact of the arbitration agreement on third parties who were not a party to it. In this research, we discussed the relativity of the arbitration agreement in terms of its subject matter as well, because the issue of the substantive relativity of the arbitration agreement wasn't directly discussed, however its elements are scattered among the books that explain arbitration, then, clarifying what is meant by the substantive relativity of the arbitration agreement in terms of the contractual basis of the arbitration process on the one hand, and the interpretation rules that define the scope of the arbitration agreement and the extent of its impact on third parties on the other hand.

In order to talk about the relativity impact of the agreement in full, we have dealt with the procedural aspect of this relativity, which is represented in the conditions of adjoining and intervention into the arbitration litigation, considering that these procedures are practical process of the relativity applications of the impact of the arbitration agreement, and it is not too late in this research to cite the jurisdiction of the Supreme Court in the Kingdom of Bahrain - the Court of Cassation and the consultations and judgments issued by the permanent international arbitration centers.

At the end of this research, we concluded a set of recommendations and results in which we called for the Bahraini legislator to follow his counterparts from the Gulf legislators in developing a provision regulates the adjoining and intervention into the arbitration litigation as well as stating a provision distinguishes between Ad- Hoc Arbitration and institutional arbitration.

نسبية أثر إتفاق التحكيم في ضوء القانون البحريني

(أ) مقدمة:

التحكيم هو نظام قانوني⁽⁶⁶²⁾ قوامه إختيار الشخصين المتحامين شخصاً غير قاض للحكم بينهما فيما تنازعا فيه⁽⁶⁶³⁾، والتحكيم له أصل شرعي ثابت في الكتاب⁽⁶⁶⁴⁾ والسنة النبوية المكرمة⁽⁶⁶⁵⁾.

ويعرف عقد التحكيم بأنه إتفاق⁽⁶⁶⁶⁾ بين أطرافه على الإلتجاء إلى محكم أو هيئة تحكيم لحسم نزاع قد ينشأ بينهم، أو يكون قد نشأ بالفعل، على أن يكون القرار الصادر في التحكيم نهائياً وقاطعاً للخصومة⁽⁶⁶⁷⁾، وهو عقد ذو طبيعة مزوجة، فمن حيث الموضوع يخضع هذا الإتفاق لقواعد القانون المدني العامة في شأن العقود، ومن حيث الإجراءات فإنه يخضع للقوانين الإجرائية مثال قانون المرافعات، مع الأخذ في الحسبان ما يقرره قانون التحكيم في هذا الشأن أو ذاك. وبلا ريب، يمكن اعتبار عقد التحكيم من العقود المسماة⁽⁶⁶⁸⁾ بعد أن خصه المشرع البحريني بقواعد قانونية مقتنة له ونظمه بموجب قانون مستقل بالإضافة إلى القواعد الأساسية الواردة في النظرية العامة للعقود. كذلك فإن عقد التحكيم هو عقد رضائي في ظاهره⁽⁶⁶⁹⁾ إلا أنه لا يخلو من الناحية الإجرائية⁽⁶⁷⁰⁾،

فضلاً عن كون الكتابة شرطاً لوجوده⁽⁶⁷¹⁾ فلا يصح إتفاق التحكيم إلا إذا صدر مكتوباً عن إيجاب وقبول⁽⁶⁷²⁾

⁶⁶² بينت المادة (1/2) من قانون التحكيم البحريني رقم 9 لسنة 2015 التحكيم بان المقصود بلفظ التحكيم: "أي تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا".

⁶⁶³ المستشار، أحمد محمد عبد الصادق - المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي - طبعة نادي القضاة - مصر 2014 - ص 2

⁶⁶⁴ قال الله تعالى {وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها} سورة النساء - الآية (35) ، وقال عز وجل {فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم} سورة النساء - الآية 65

⁶⁶⁵ عن هاني أنه لما وفد إلى رسول الله عليه وسلم مع قومه سمعهم يُكنّونه بأبي الحَكَم فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إنَّ الله هو الحَكَم وإليه الحَكَم فلم تُكنَّى أبا الحَكَم قال إنَّ قومي إذا اختلفوا في شيء أنزلوني فحكمتُ بينهم فرضيَ كُلُّ الفريقين فقال عليه السلام ما أحسنَ هذا ثم كنَّاه بأبي شريح الراوي : هاني بن يزيد بن نهيك أبو شريح - المحدث عمر بن علي بن أحمد الأنصاري ابن الملكن - تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج - دار حراء للنشر والتوزيع - السعودية 1406 هـ - ص 570

⁶⁶⁶ نصت المادة (29) من القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001 على تعريف العقد بأنه "العقد هو اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين"، كما عرف الفقه القانوني الإتفاق بأنه: توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. ومن حيث الواقع العملي فلا أهمية في التفرقة بين العقد والإتفاق، وإلى هذا ذهب أغلب التشريعات القانونية. (ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول - دار منشأة المعارف - مصر 2004 - ص 117)

⁶⁶⁷ نصت المادة رقم (7) مكرر من قانون التحكيم البحريني على تعريف إتفاق التحكيم بأنه "اتفاق بين الطرفين على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض من نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أم غير تعاقدية"، كما عرفه الفقه القانوني بأنه: اتفاق الأطراف على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، ويتضمن في جوهره أطراف التحكيم وهيئة التحكيم والمحكوم فيه. (ينظر: د. سميحة القليوبي - الأسس القانونية للتحكيم التجاري - دار النهضة العربية - مصر 2017 - ص 45)

⁶⁶⁸ العقد المسمى هو ما خصه القانون بإسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم، ويخضع العقد المسمى في غير نصوصه التفصيلية التي تولت تنظيمه، للقواعد العامة التي يخضع لها سائر العقود. (ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 130)

⁶⁶⁹ العقد الرضائي هو ما يكفي في إنعقاده تراضي المتعاقدين، أي إقتران الإيجاب بالقبول.

⁶⁷⁰ يرى بعض الفقه القانوني أن إتفاق التحكيم هو عقد ذو طبيعة إجرائية عامة، ويستند هذا الرأي إلى أن عقد التحكيم يؤثر في الخصومة إذ هو يمنع من عرض النزاع عن القاضي، ويحول المدعى عليه دفعا هو الدفع بوجود إتفاق تحكيم، فضلاً عن أن هذا الإتفاق يتظم خصومة التحكيم في كثير من النواحي التي ترك القانون للأفراد حرية تنظيمها. (ينظر: د. فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - دار منشأة المعارف - مصر 2007 - ص 87)

⁶⁷¹ نصت المادة (2/7) من قانون التحكيم البحريني على أنه "يتعين ان يكون إتفاق التحكيم مكتوباً"

⁶⁷² نصت المادة (44) من القانون المدني البحريني على أنه "إذا ارتبط الإيجاب بالقبول ، لزم العقد طرفيه ، ولا يكون لأي منهما التحلل من أحكامه ، حتى قبل أن يفترقا بالبدن ، وذلك ما لم يتفق على غيره أو يقضي القانون أو العرف بخلافه"

صادرين من ذي أهلية⁽⁶⁷³⁾ وخاليين من العيوب⁽⁶⁷⁴⁾، وكان واقعاً على محل قانوني و ذو سبب مشروع. فإذا ما توافقت إرادة الأطراف الصحيحة غير الخالية من العيوب وإكتملت أهليتهم على إنشاء إلزام بالإلتجاء إلى التحكيم، إنعقد العقد فوراً، وأنتج هذا الإتفاق أثره القانوني في التحلل من سلطان القضاء الوطني والخضوع لولاية القواعد التحكيمية المتفق عليها⁽⁶⁷⁵⁾.

وإذا ما نشأ إتفاق التحكيم صحيحاً فإنه يكتسب قوته الملزمة، ويجب على أطرافه التقيد به، وهو ما يعرف اصطلاحاً بمسمى "نسبية أثر العقد"⁽⁶⁷⁶⁾ وقد يتبادر إلى الذهن أن أطراف الإتفاق الملزمون به، هم المتعاقدين الذين وقعاه، إلا أن مصطلح "المتعاقدين" يشمل دائرة أوسع من ذلك وهي "الخلف العام" والخلف الخاص⁽⁶⁷⁷⁾.

(ب) مصطلحات البحث:

العقد: اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين

الأثر النسبي للعقد: إنصراف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص والغير من الأطراف.

التحكيم: وسيلة من وسائل حل النزاعات البديلة عن القضاء، ويتم الإتفاق فيعا على تعيين محكم أو أكثر للفصل في النزاع بقرار ملزم لأطراف التحكيم.

إتفاق التحكيم: الإتفاق الذي يلتزم أطراف بموجبه بإحالة نزاعهم إلى وسيلة التحكيم

نطاق العقد: ما يرد فيه من شروط وما يسري عليه من احكام القانون، وما يعتبر من مستلزماته وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل.

تفسير العقد: إستخلاص النية المشتركة للمتعاقدین بما لا يخالف عباراته الواضحة

الخلف العام: هو من يخلف سلفه في جميع أمواله بما يتعلق بها من حقوق و إلتزمات

الخلف الخاص: هو من يخلف سلفه في مال معين بالذات

التدخل في الدعوى: طلب الحكم للنفس أو للغير من الخصوم بطلبات مرتبطة بالدعوى المنظورة

⁶⁷³ نصت المادة (72) من القانون المدني البحريني على أنه "كل شخص أهل للتعاقد ، ما لم تسلب أهليته أو ينقص منها بحكم القانون"

⁶⁷⁴ نصت المادة (31) من القانون المدني البحريني على أنه "يلزم لوجود الرضاء توافر الإرادة عند إجراء التصرف ، وأن يحصل التعبير عنها ، وتعتبر الإرادة متوفرة عند إجراء التصرف ما لم يثبت العكس أو يقضي القانون بخلاف ذلك"

⁶⁷⁵ إذا كانت الدولة تميز التحكيم، فذلك بقصد التيسير على الخصوم والتبسيط عليهم، ليفادوا طرح منازعتهم على المحاكم ويتفادوا بقاء الإجراءات، ويرفع عنهم كثير من الجهد والمصاريف التي قد يتحملونها أمام القضاء، وورد في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري أنه "لم يزل التحكيم مطلوباً ليستغنى به الناس عن المحاكم، قصداً في النفقة والوقت ورغبة عن شطط الخصومة القضائية واللدد فيها" (ينظر: د.أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء وبالصلح - دار المطبوعات الجامعية - مصر 2007 - ص 11)

⁶⁷⁶ لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم، بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة ما لم تكن العلاقة القانونية شخصية بحتة، ويستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين، صريحة كانت أو ضمنية، أو من طبيعة العقد أو من نص القانون، وعلى ذلك ينتقل للوارث ما يرتب العقد من حقوق وإلتزامات، أما الخلف الخاص فهو من يكتسب ممن يستخلفه حقاً عينياً على شيء معين، فإذا عقد المستخلف عقداً يتعلق بهذا الشيء انتقل ما يرتب هذا العقد من حقوق وإلتزامات إلى الخلف الخاص. (ينظر: موسوعة المستشار. محمد شتا أبو سعد - التقنين المدني معلقاً عليه بمذكرته الإيضاحية وأعماله التحضيرية وأراء فقهاء الشراح - الجزء الأول - دار المطبوعات الجامعية - مصر 1999 - ص 797 وما بعدها)

⁶⁷⁷ نصت المادة (133) من القانون المدني البحريني على أنه " تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، على أن آثار العقد لا تنصرف إلى الخلف العام لأحد المتعاقدين أو لكليهما ، إذا اقتضى ذلك العقد أو طبيعة التعامل أو نص في القانون"

الإدخال في الدعوى: طلب أحد اطراف الخصومة إختصاص شخص لم يكن ممثلاً فيها عند رفع الدعوى

(ج) مشكلة البحث:

في بعض من دعاوى التحكيم يدفع المحتكم ضده بعدم قبول الدعوى في مواجهته لكونه خلفاً خاصاً لمن أبرم إتفاق التحكيم، وبأنه لا يعلم بوجود هذا الإتفاق، كما يمكن أن يدفع المحتكم ضده بكونه من الغير الذين لا يسري عليهم إتفاق التحكيم.

وتتور هذه المشكلات العملية في حالة ما إذا كان موضوع النزاع متعلقاً بمال - عقاراً كان أو منقول - انتقل حق التصرف فيه من أحد أطراف إتفاق التحكيم إلى الغير، أو أن تكون العلاقة القانونية بين هذا الغير وبين طرف إتفاق التحكيم علاقة مغايرة للعلاقة القائمة بين أطراف إتفاق التحكيم ذاتهم.

وتكون هيئة التحكيم في هذه الحالة أمام مسألة أولية لا بد من الفصل فيها قبل نظر موضوع النزاع ذاته، وهي مسألة صفة الخصوم في دعوى التحكيم، بما يشمل كذلك الفصل في صحة طلبات الإدخال والتدخل في المنازعة المنظورة، وهو ما يثير مسألة نسبية أثر إتفاق التحكيم ومدى شموله للغير ممن لم يبرموا هذا الإتفاق أو لم يرتضوا به بعد ذلك.

(د) أهمية البحث:

بالرغم من تواتر المشكلات الناتجة عن نسبية أثر إتفاق التحكيم، وتصدي عديد من هيئات التحكيم المؤسسية لإصدار أحكام في هذا الشأن، إلا أن الموضوع لم يأخذ حقه من الدراسة التأصيلية التي تعين المحكم البحرينى على الإطمئنان لسلامة إستخلاصه لإمتداد أثر إتفاق التحكيم إلى الغير، أو لما عسى أن يصدره من قرار في شأن قبول أو رفض تدخل أو إدخال خصوم جدد في الدعوى التحكيمية. وعلى مدار البحث في هذه المسألة، صادفني مقال بحثي متميز ناقش نسبية أثر إتفاق التحكيم من حيث الأشخاص⁽⁶⁷⁸⁾، لكنه إقتصر على بحث التدخل والإدخال، مما حدا إلى ضرورة التصدي لهذه المسألة ببحث آخر يتناول نسبية أثر إتفاق التحكيم من حيث الموضوع والأشخاص معاً ليكتمل سبيل الإطلاع لدى الباحث عن أصول وقواعد نسبية أثر إتفاق التحكيم.

(هـ) أهداف البحث:

- 1- التعريف بالطبيعة العقدية المؤسسة لإتفاق التحكيم
- 2- بيان نسبية ومحل الأثر الموضوعي لإتفاق التحكيم
- 3- مدى إمتداد شرط التحكيم لغير المتعاقدين من الخلف الخاص والغير
- 4- مدى جواز التدخل والإدخال في الدعوى التحكيمية

(و) منهج ونطاق البحث:

يعتمد هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي في وصف المشكلات المرتبطة بالأثر النسبي لإتفاق التحكيم و طرح حلول لهذه المشكلات بعد تحليل السمات المميزة لهذه المشكلات في ضوء التشريع البحريني.

⁶⁷⁸ د.عبد الحنان محمد العيسى - الإدخال والتدخل والإعتراض على حكم التحكيم - بحث منشور بمجلة التحكيم الصادرة عن مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي (دار القرار) - العدد التاسع والثلاثون - سبتمبر 2018 - ص 42

(ز) خطة البحث:

المبحث الأول: نسبية أثر إتفاق التحكيم من حيث موضوعه

المطلب الأول: الأساس العقدي لإتفاق التحكيم

المطلب الثاني: تأثير الأثر النسبي لإتفاق التحكيم بقواعد التفسير

المبحث الثاني: نسبية أثر إتفاق التحكيم من حيث أشخاصه

المطلب الأول: أثر إتفاق التحكيم على الخلف وعلى الغير

المطلب الثاني: الإدخال والتدخل في دعوى التحكيم

المبحث الأول: نسبية أثر إتفاق التحكيم من حيث موضوعه

يعرف إتفاق التحكيم بأنه عقد يوافق بمقتضاه طرفيه على الإلتجاء إلى التحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي تثور بينهما، سواء كانت هذه المنازعات محتملة الحدوث في المستقبل "شرط تحكيم"، أو كانت متحققة الوقوع بالفعل "مشاركة تحكيم"⁽⁶⁷⁹⁾، وسواء كان سبب النزاع علاقة عقدية أم غير ذلك.

فلا يتصور قيام منازعة تحكيمية بغير وجود إتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم، سواء كان هذا الإتفاق وارداً في صورة شرط بالعقد الأصلي، أو في صورة مشاركة لاحقة على نشأة النزاع، أو في صورة مكاتبات ومراسلات بين طرفي الإتفاق، أو حتى في حالة ورود الإتفاق ضمناً بإرضاء طرفي التحكيم على الخضوع لولاية المحكم وتبادلتهما المذكرات الدفاعية خلال الدعوى التحكيمية⁽⁶⁸⁰⁾، ويعتبر الإتفاق الصحيح على الإحالة إلى التحكيم ذو قوة ملزمة لمن عقدها، ويجب عليه أن ينفذ ما إلتزم به الإتفاق المبرم، بحيث تصير هذه القوة الملزمة سارية على أشخاص العقد من ناحية، وموضوعه من ناحية أخرى.

ومن خلال هذين المحلين الذين تسري عليهما قوة العقد، تظهر الأصول المحددة لنسبية الأثر الموضوعي لإتفاق التحكيم، وهو ما نتناوله في مطلبين آتيين:

⁶⁷⁹ إذا ما تضمن العقد الأصلي بنداً من البنود يحتوي على اتفاق على حسم أي نزاع مستقبلي بطريق التحكيم، فإن هذا الإتفاق يعرف بإسم شرط التحكيم، أما إذا ما نشأ نزاع بالفعل بين طرفين أو أكثر، وإتفقا على الفصل في هذا النزاع المحدد بطريق التحكيم، فإن هذا الإتفاق يعرف بإسم مشاركة التحكيم. (ينظر: د. سميحة القليوبي. الأسس القانونية للتحكيم التجاري - المرجع السابق - ص 47 وما بعدها)

⁶⁸⁰ نصت الفقرات من الثالثة إلى السادسة المادة (2/7) من قانون التحكيم البحريني على الأشكال التي يمكن كتابة إتفاق التحكيم من خلالها: (م: 3/7) يكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا كان محتواه مدوناً في أي شكل، سواء أكان أم لم يكن اتفاق التحكيم أو العقد قد أبرم شفويّاً أو بالتصرف أو بوسيلة أخرى.

(م: 4/7) يستوفي إشتراط أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً، ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني" أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات، ويقصد بتعبير "رسالة البيانات" المعلومات المنشأة أو المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي.

(م: 5/7) علاوة على ذلك، يكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا كان وارداً في تبادل لبياني ادعاء ودفاع يزعم فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر.

(م: 6/7) تشكل الإشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بنداً تحكيمياً اتفاق تحكيم مكتوباً، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزءاً من العقد.

المطلب الأول: الأساس العقدي لإتفاق التحكيم**المطلب الثاني: تأثير الأثر النسبي إتفاق التحكيم بقواعد التفسير****المطلب الأول: الأساس العقدي لإتفاق التحكيم**

يرد إتفاق التحكيم في صورة شرط أو مشاركة، ويختلف كل من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم عن الآخر، فشرط التحكيم الوارد بالعقد الأصلي يكون مختصراً لا يتضمن تفاصيل النزاع الذي لم ينشأ بعد، فهو يعالج نزاعاً مستقبلياً قد يحدث وقد لا يحدث، ولا يعطي أهمية كبيرة لأحكام العقد الأصلي الذي يرد به، أما المشاركة فهي العقد اللاحق على وقوع النزاع، وتبطل إذا ما تم تحريرها قبل وقوعه، وهي تحتوي على الرابطة الموضوعية محل النزاع وتحديد موضوع هذا النزاع، وطريقة تشكيل هيئة التحكيم وإجراءاته والقانون واجب التطبيق، و سلطات هيئة التحكيم⁽⁶⁸¹⁾. فالتحكيم هو عمل من أعمال القانون الخاص⁽⁶⁸²⁾ يستند إلى وجود إتفاق مكتوب على الإحالة إلى التحكيم⁽⁶⁸³⁾، ويعتبر في مجمله نظام ذو طبيعة عقدية، وليس نظام قضائي بالمعنى الدارج، فالمحكم ليس بقاضي، وإنما هو فرد عادي يتمتع بمؤهلات وخبرات معينة تمكنه من حسم نزاع في موضوع محدد.

مما يجوز معه اعتبار الحكم التحكيمي غير مماثل للحكم القضائي الصادر من المحاكم الوطنية في مصدر إلزاميته، بل يستمد الحكم التحكيمي قوته من توافق إرادة طرفي الدعوى التحكيمية على الخضوع لولاية المحكم، واستبعاد ولاية القضاء الوطني في موضوع النزاع محدد. كما أن عمل هيئة التحكيم يختلف في طبيعته عن عمل القاضي العام في الدولة، وهو ما يفرض ضرورة المباشرة بينهما، فعمل هيئة التحكيم يجد أساسه في عقد التحكيم ويستند إلى الإرادة التصرفية للأطراف المحتكمين⁽⁶⁸⁴⁾ ذلك أن إرادة الأطراف المحتكمين هي التي تحدد عدد المحكمين⁽⁶⁸⁵⁾، وإجراءات تعيين المحكم أو هيئة التحكيم⁽⁶⁸⁶⁾، وطريقة رد المحكم⁽⁶⁸⁷⁾، وإجراءات الدعوى التحكيمية⁽⁶⁸⁸⁾، ومكان ولغة التحكيم⁽⁶⁸⁹⁾، ومدى قابلية الحكم التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم للطعن فيه بالبطالان.

⁶⁸¹ أحمد محمد عبد الصادق - المرجع السابق - ص 39

⁶⁸² يعرف القانون الخاص بأنه "القانون الذي يحكم العلاقات القانونية غير المتصلة بحق السيادة أو غير المتعلقة بتنظيم السلطة العامة، حتى وإن كان أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، طالما لا يظهر بوصفه وحدة سياسية أو بوصفها سلطة عامة" كما يعرف القانون الخاص بأنه مجموع القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين أشخاص لا يعمل أي منهم بصفته صاحب سيادة، سواء كان جميع الأشخاص أشخاصاً عاديين أي لا يملكون السيادة، أم كان بعضهم ممن يملكون السيادة ولكنه لا يدخل في العلاقة القانونية بهذه الصفة. (ينظر: د. رمضان أبو السعود & د. همام محمد زهران - المدخل إلى القانون - النظرية العامة للقاعدة القانونية - مطبعة جامعة الإسكندرية - مصر 1997 - ص 97)

⁶⁸³ اتفاق التحكيم هو عقد قائم بذاته رغم أنه قد يكون أحد بنود العقد الأصلي، وبالتالي يمكن إخضاع كل منهما لقانون يختلف عن الآخر، وذهب الفقه إلى ضرورة إستقلال اتفاق التحكيم والخروج على القواعد العامة التي تجعل اتفاق التحكيم يدور وجوداً وعدماً مع العقد الأصلي الذي ورد فيه، وذلك طالما كان اتفاق التحكيم صحيحاً في ذاته. (ينظر: د. سميحة القليوبي - المرجع السابق - ص 52 وما بعدها)

⁶⁸⁴ د. محمود السيد التحيوي - الطبيعة القانونية لنظام التحكيم - دار منشأة المعارف - مصر 2003 - ص 55

⁶⁸⁵ نصت المادة (1/10) من قانون التحكيم البحريني على حرية الاطراف في تحديد عدد المحكمين

⁶⁸⁶ نصت المادة (2/11) من قانون التحكيم على حرية الأطراف في الإتفاق على الإجراء الواجب إتباعه في تعيين المحكم أو المحكمين

⁶⁸⁷ نصت المادة (1/13) من قانون التحكيم البحريني على حرية الأطراف في الإتفاق على إجراءات رد المحكم

⁶⁸⁸ نصت المادة (1/19) من قانون التحكيم البحريني على حرية الأطراف في الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم

⁶⁸⁹ نصت المادة (1/20) من قانون التحكيم البحريني على حرية الأطراف في الإتفاق على مكان التحكيم، كما نصت المادة (1/22) على حرية الأطراف في الإتفاق على اللغة التي تستخدم في إجراءات التحكيم.

وحتى مدة التحكيم ذاتها، فإنها وليدة لإرادة الأطراف، ولا يتدخل المشرع لتحديد المدة إلا في حالة سكوت الأطراف عن تحديدها، حيث قررت جميع قوانين التحكيم الخليجية أنه يجب أن يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد الذي اتفق عليه الأطراف⁽⁶⁹⁰⁾، ورتبت على عدم الالتزام بهذا الميعاد بطلان حكم التحكيم، مع ملاحظة أحقية الأطراف في تمديد مدة التحكيم، حيث أن من يملك الأصل يملك الفرع، مع ملاحظة أن مدة التحكيم ليست من القواعد الآمرة، إذ يجوز الإتفاق على مخالفتها⁽⁶⁹¹⁾، مما يستفاد منه غلبة الطبيعة العقدية لنظام التحكيم على إجراءاته.

وحتى مع حيازة حكم التحكيم للقوة التنفيذية وصيورته حاملاً لقوة الأمر المقضي به، فإن ذلك لا يجعل منه عملاً قضائياً⁽⁶⁹²⁾ بالمعنى الدقيق، لأن مصير حكم التحكيم من حيث صحته أو بطلانه، يرتبط بالأساس بإتفاق التحكيم الذي نشأت ولاية المحكم بسببه، ويدور مع هذا الإتفاق وجوداً وعدماً.

وبما أن القرارات التي يصدرها المحكم ليست قرارات قضائية - سواء كانت قرارات تمهيدية أو قرار قطعي في الخصومة - فإنها تستمد قوتها التنفيذية من إقرار السلطة القضائية الوطنية لها وإصدارها أمراً قضائياً رسمياً بتنفيذها⁽⁶⁹³⁾، بعد إستيفاء الشروط القانونية والتحقق من عدم وجود ما يمنع من تنفيذ هذه القرارات، وبدون صدور أمر التنفيذ من القضاء الوطني، فإن حكم التحكيم لا يحوز حجية السندات التنفيذية⁽⁶⁹⁴⁾ الرسمية واجبة التنفيذ، ولا يتمتع بذات الحجية التي تلحق بالحكم القضائي⁽⁶⁹⁵⁾.

كذلك فإن حكم التحكيم ذاته، لا ينفصل عن إتفاق التحكيم الذي نشأت بمقتضاه ولاية المحكم، فإتفاق التحكيم هو قاعدة الهرم للنظام التحكيمي، بينما يعد حكم التحكيم هو قمة هذا الهرم، فيمكن القول بأن الحكم التحكيمي ليس سوى الغاية التي يبتغيها إتفاق التحكيم، ومن ثم فإن حكم التحكيم هو عنصر تابع لإتفاق التحكيم⁽⁶⁹⁶⁾، لأن إتفاق التحكيم هو المصدر الذي تخرج منه كافة عناصر العملية التحكيمية، وهو السبب في عدم تدخل القضاء الوطني في المنازعة الصادر فيها الحكم التحكيمي، ومن ثم فإن الطبيعة العقدية لنظام التحكيم لا بد أن تنسحب على الحكم التحكيمي، التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من إتفاق التحكيم.

⁶⁹⁰ لم يتضمن قانون التحكيم البحريني رقم (9) لسنة 2015 نصاً منظماً لمدة التحكيم.

⁶⁹¹ د. محمود عمر محمود - التحكيم علماً وعملاً وفقاً لقوانين التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي - دراسة مقارنة - مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية - دار القرار - الطبعة الأولى - البحرين 2020 - ص 294

⁶⁹² العمل القضائي هو العمل الذي ينشأ عنه الحماية القضائية للحق المتنازع فيه، بحيث تقوم الدولة عن طريق القضاء بإشباع المصالح القانونية - أنظر: د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - دار النهضة العربية - مصر 2008 - ص 25 وما بعدها

⁶⁹³ نصت المادة (1/35) من قانون التحكيم البحريني على أنه "يكون قرار التحكيم ملزماً، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه، وينفذ، بناء على طلب كتابي يقدم إلى المحكمة المختصة"

⁶⁹⁴ السندات التنفيذية هي الاحكام والأوامر والمحررات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم، والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة - ينظر: د. أحكم أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - دار منشأة المعارف - الطبعة السادسة - الأسكندرية - مصر 1989 - ص 1079 وما بعدها.

⁶⁹⁵ الحكم القضائي هو إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية، وذلك أيأ كانت المحكمة التي أصدرت الحكم، وأيا كان مضمونه، أما ما يكون إستعمالاً لسلطة القاضي الولائية، فإن القانون يطلق عليه عادة إصطلاح "أمر" - (ينظر: د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - دار النهضة العربية - القاهرة - مصر 2008 - ص 544 وما بعدها)

⁶⁹⁶ د. عبد العظيم بشندي - حماية الغير في قانون المرافعات - رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة - سنة 1990 - ص 266

فالإتفاق على التحكيم لا تقتصر أهميته على إيجاد العملية التحكيمية، وإنما يمتد أثر الإتفاق إلى كافة نواحي التحكيم، مهماً على نظامه القانوني أشخاصاً وموضوعاً وإجراءً.

المطلب الثاني: تأثير الأثر النسبي إتفاق التحكيم بقواعد التفسير

يتملك إتفاق التحكيم أثراً نسبياً من حيث موضوعه (الإلتجاء إلى طريق التحكيم لحسم نزاع معين)، ولا تثور صعوبة إذا كان موضوع العقد واضح، بأن كان محله المزدوج يبين بطريقة لا تدع مجالاً للشك من القائم بالتحكيم، وما هي القواعد المطبقة على التحكيم، وما هو النزاع الذي يلتجأ الأطراف إلى التحكيم لحسمه.

لكن عند إمتناع أحد أطراف إتفاق التحكيم عن الإلتجاء إلى هذا الطريق، وإقامة الطرف المتضرر دعوى تعيين محكم، قد يرى القاضي أن الإتفاق بحاجة إلى تفسير لتحديد أثره الموضوعي⁽⁶⁹⁷⁾، وفي هذه الحالة، فإن القاضي يلتزم في تفسيره بالقواعد العامة لتفسير العقود⁽⁶⁹⁸⁾، وهو يلجأ في ذلك إلى الوسائل المادية دون غيرها لإستخلاص إرادة المتعاقدين الذاتية، سواء أكان هناك محل لتفسير العقد أم لا⁽⁶⁹⁹⁾. ولما في تفسير إتفاق التحكيم من خطورة ونتائج قد يتعذر تداركها، بما في ذلك الأثر المنتج للإتفاق ذاته، فإن القانون ألزم قاضي الموضوع والمحكم على حد سواء بثلاث من قواعد التفسير نوجزها فيما يلي:

القاعدة الأولى: عدم جواز الإنحراف عن عبارات العقد عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة العاقدین، لما في ذلك من مخالفة القانون فيما نصت عليه المادة 125/أ من القانون المدني.

القاعدة الثانية: الإلتزام بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، وذلك لأن العبرة بالإرادة الحقيقية لأطراف الإتفاق⁽⁷⁰⁰⁾.

⁶⁹⁷ قضت محكمة التمييز البحرينية بجلسة 16 يناير 2017 في الطعن رقم 827 لسنة 2014 بأنه "لمحكمة الموضوع - بما لها من سلطة في تحصيل وفهم واقع الدعوى - تفسير العقود المقدمة إليها وأن تستخلص منها ما تراه متفقاً مع إرادة الطرفين دون رقابة عليها من محكمة التمييز ما دامت قد التزمت في تفسيرها القواعد القانونية المقررة لتفسير العقود فلا يجوز لها الانحراف عن عباراتها للتعرف على إرادة الخصوم متى كانت واضحة لا تتحمل التأويل"

كما قضت بجلسة 9 فبراير 2016 في الطعن رقم 826 لسنة 2014 بأنه "المقرر أن لمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين عليه وفي استخلاص ما يمكن استخلاصه منها مادامت تحتل المعنى الذي حصلته وأنه لا يجوز الاعتماد على المعنى الذي تقيده العبارات المدونة في بعض سطور الورقة على استقلال، إذ إن عبارات المحرر يكمل بعضها بعضاً وتفسيره إنما يكون على مقتضى ما تفيد جميع عباراته مجتمعة لا بما تفيد عبارة معينة منها"

⁶⁹⁸ نصت المادة (125) من القانون المدني البحريني على أنه "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"

كما نصت المادة (2/هـ) من قانون التحكيم البحريني على أنه "حيثما يشير حكم من أحكام هذا القانون إلى أن الطرفين قد إتفقا أو يمكن أن يتفقا، أو يشير بأي صورة أخرى إلى إتفاق بين الطرفين، يشمل هذا الإتفاق أي قواعد تحكيم يشار إليها في هذا الإتفاق"

⁶⁹⁹ في تفسير عبارات العقد - ينظر: محمد كمال عبد العزيز - التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه - مصادر الإلتزام - الطبعة الثالثة 2003 - ب د ن - ص 968 وما بعدها

⁷⁰⁰ قضت محكمة التمييز البحرينية بجلسة 10 أكتوبر 2011 في الطعن رقم 216 لسنة 2011 بأنه "لما كان الأصل في التقاضي أن يكون أمام المحاكم التي نظمها المشرع وفرض ولايتها على الخصوم، ويعتبر نظام التحكيم استثناء من هذا الأصل، ولئن كان قوامه إرادة الخصوم وبينني أصلاً على اتفاهم في كل حالة على حدة فإنه يركز إلى حكم القانون، مما يتعين حتماً قصره على ما تنصرف إليه إرادة المحكّمين في حدود

القاعدة الثالثة: تفسير الشك في مصلحة المدين، ونطاق هذه القاعدة يتحدد بأن يكون تفسير العقد غير مستحيل، وأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة إذا ما كان يوجد مجال للتفسير من الأساس، أما إذا تبين للقاضي استحالة تفسير العقد بأي معنى من المعاني، فإنه لا يكون هناك عقد ولا تطابق إرادتين، ولا يكون هناك بالتالي مجال لأي تفسير⁽⁷⁰¹⁾.

وفي تطبيق هذه القواعد الثلاث يجب على القاضي أو المحكم عند إستخلاصه إرادة أطراف إتفاق التحكيم من الواقع الذي ثبت عنده، أن يدلل على وجود المصدر الذي إستمد منه هذا الواقع، وأن يكون إستخلاصه غير مناقض للثابت في الدعوى المنظورة، وأن تؤدي المصادر التي إعتمد عليها عقلاً ومنطقاً إلى إستخلاص ما ثبت لديه من واقع⁽⁷⁰²⁾.

وبالإضافة إلى ما سبق من قواعد عامة، فإن القاضي والمحكم يلتزما بقاعدتين أخرتين لتفسير إتفاق التحكيم، وتنص القاعدة الأولى على وجوب إعمال مبدأ "الأثر المفيد"، ويتم تطبيق هذا المبدأ إذا ظهر معنيان لإتفاق التحكيم، فيؤخذ بالمعنى الذي يرتب أثراً قانونياً، وترك المعنى الآخر الذي لا يرتب أي أثر، أما القاعدة الثانية فتتص على تفسير العقد ضد الطرف الذي كتب الإتفاق بصورة غامضة، وهذا المبدأ راجع إلى مبدأ أعلى هو "معاقبة سيء النية بنقيض قصده" وذلك حتى لا يتخذ الطرف سيء النية من غموض الإتفاق ذريعة للتهرب من الخضوع لولاية هيئة التحكيم، وحتى لا يلحق الضرر بالطرف حسن النية الذي تحققت مصلحته من الإلتجاء إلى التحكيم⁽⁷⁰³⁾.

ومن أبرز المشكلات العملية التي ثارت في شأن تفسير إتفاق التحكيم، ما جاء في شأن غموض بند تحكيم ينص على حل النزاع بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة البحرين، في حين أنه لم يوجد قواعد بهذا المسمى. وفي إطار تفسير هذا الغموض، تصدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية "دار القرار" لهذا الأمر وأصدر تفسيراً من خارج شرط التحكيم مؤداه أن المقصود بشأن "قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة البحرين" هو لائحة مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، إستناداً إلى تاريخ تحرير إتفاق التحكيم في عام 2008 السابق على إنتقال مقر مركز التحكيم التجاري من المكان المخصص له سابقاً بغرفة تجارة البحرين⁽⁷⁰⁴⁾.

ما يسمح به القانون مع التزام الحذر في تفسير الاتفاق عليه أو النصوص القانونية التي تنظمه عند تحديد المنازعات التي تخضع له ولا يجوز التوسع فيه شأن كل استثناء. وتفسير شرط التحكيم وتحديد مضمونه والمنازعات الخاضعة له من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون معقب عليها في ذلك مادامت قد التزمت في تفسيره القواعد القانونية المقررة في تفسير العقود- لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه وبما لمحكمة الموضوع من سلطة في تفسير العقود - قد بنى قضاءه على أن البين من الاتفاقية المبرمة بين الطاعنة والمطعون ضدها ومن النص على حل المنازعات التي قد تنشأ عن هذه الاتفاقية عن طريق التحكيم إنما يقتصر حتماً على منازعاتهما بشأن تنفيذ الاتفاقية وطرق وآلية هذا التنفيذ ولا ينصرف إلى غير ذلك من المنازعات وأن المطالبة بقيمة الشرط الجزائي والتعويض عن الكسب الفائت يخرج من تلك المنازعات التي تخضع للتحكيم ورتب على ذلك إلغاء الحكم المستأنف الذي حجب نفسه عن نظر النزاع وكان ما انتهى إليه الحكم وبنى عليه قضاءه هو تطبيق صحيح للقانون فيما يتعلق بتفسير العقود واستخلاص حقيقة الواقع منها ولا يخرج عما تضمنه شرط التحكيم فإن النعي عليه يكون قائماً على غير أساس"

⁷⁰¹ د.سمير عبد السيد تناغو - مصادر الإلتزام - مكتبة الوفاء القانونية - مصر 2009 - ص 148

⁷⁰² في قواعد التفسير الملزمة للعقد، ينظر: د.عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - 483 وما بعدها

⁷⁰³ في شأن قواعد تفسير إتفاق التحكيم - ينظر: أحمد محمد عبد الصادق - المرجع السابق - ص 108 وما بعدها

⁷⁰⁴ منشور بجريدة أخبار الخليج - العدد 15554 - في 23 أكتوبر لعام 2020 - الرابط:

http://akhbar-alkhaleej.com/news/articale/1074586 2020/10/2 تاريخ الدخول

غير أن محكمة التمييز بالبحرين أصدرت حكماً بشأن تفسير ذات الشرط في نزاع مماثل ثار بمناسبة إبرام اتفاق تحكيم مؤرخ في عام 2015 إنتهت فيه إلى إعتبار الشرط دالاً على التحكيم الحر إستناداً إلى عدم وجود مركز تحكيم أو محكمون لدى غرفة تجارة وصناعة البحرين في الوقت الذي تم تحرير اتفاق التحكيم فيه⁽⁷⁰⁵⁾.

ويبين من هذين التفسيرين أن العامل الزمني كان هو الحاسم في تحديد طبيعة التحكيم، وتفسير إرادة العاقلين عما إذا كانا قد إرتضيا التحكيم الحر أو التحكيم المؤسسي.

المبحث الثاني: نسبية أثر اتفاق التحكيم من حيث أشخاصه

التحكيم هو نظام ذو طبيعة مختلطة، فهو يبدأ باتفاق موضوعي، ثم يتحول إلى مجموعة من الإجراءات المتعاقبة التي تنتهي بصدر حكم التحكيم، وهو كغيره من التصرفات تنصرف آثاره إلى طرفيه، بإعتبار ان الخصومة التحكيمية مماثلة في الخصومة القضائية بالنسبة إلى إقتصار آثارها على أطرافها⁽⁷⁰⁶⁾، إلا أنه عملاً بقواعد نسبية أثر التحكيم، فيجوز أن تنصرف آثار اتفاق التحكيم إلى شخص أجنبي عن العقد، بحيث يصبح بموجب هذا الأثر طرفاً من أطراف التحكيم⁽⁷⁰⁷⁾.

كذلك، فإن من المتفق عليه أن اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني مستقل بذاته، حتى وإن ورد في صورة شرط في العقد الأصلي، فهو عقد داخل عقد آخر يبرمه نفس أطرافه، ولا يحول إستقلال شرط التحكيم دون إنتقاله إلى الخلف تبعاً لإنتقال العقد الأصلي المتضمن لهذا الشرط. ويترتب على إستقلال اتفاق التحكيم عدم توقف صحته على ما يشوب العقد الأصلي من بطلان أو فسخ، إلا إذا كان سبب بطلان العقد الأصلي يشمل شرط التحكيم، بأن يكون المتعاقد فاقد الأهلية⁽⁷⁰⁸⁾.

⁷⁰⁵ قضت محكمة التمييز بالبحرين في تاريخ 24 من ديسمبر عام 2018 في الطعن رقم 596 لسنة 2017 بأنه "متى تم الاتفاق بين الطرفين بهذا الشكل فإنه يكون اتفاقاً صحيحاً يعتد به ويجرى بعد ذلك تشكيل هيئة التحكيم وفقاً للإجراءات التي حددها القانون بالفصل الثالث، فإذا لم يكن الطرفان قد اتفقا على إجراءات معينة لتعيين المحكم تختص المحكمة الكبرى بتعيينه كما تختص أيضاً بتعيينه إذا كان الطرفان قد اتفقا على إجراءات معينة ولم يتصرف أحد الطرفين وفقاً لما تقتضيه هذه الإجراءات أو لم يتمكن الطرفان من ذلك أو كانت هذه الإجراءات موكولة إلى طرف ثالث و لم يقم بها ويكون ذلك بناء على طلب أي من الطرفين بحكم نهائي غير قابل للطعن فإذا كان ذلك، وكان الطرفان: الطاعنة والمطعون ضدها قد اتفقا بالبند الخامس عشر من العقد المكتوب المبرم بينهما بتاريخ 2010/5/6 على تسوية أي نزاع بينهما بمقتضى قواعد المصالحة والتحكيم في غرفة تجارة البحرين من قبل محكم واحد أو أكثر يتم تعيينهم وفقاً لهذه القواعد، وكان الثابت بإفادة مدير التحكيم بالغرفة أنه لا يوجد لدى الغرفة في الوقت الحالي مركز للتحكيم أو محكمون مختصون أو أي إجراءات معتمدة لتسوية النزاعات عن طريق التحكيم فإن المحكمة الكبرى المدنية تكون هي المختصة بتعيين محكم للفصل في النزاع القائم بين الطرفين وفقاً للقانون، وإذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى غير ذلك وأيد الحكم الابتدائي فيما قضى برفض طلب الطاعنة تعيين محكم للفصل في هذا النزاع فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه فيتعين نقضه مع الإحالة، وإلزام المطعون ضدها بالمصاريف"

⁷⁰⁶ قضت محكمة التمييز البحرينية بجلسة 26 ديسمبر 2005 في الطعن رقم 168 لسنة 2005 بأنه "مقرر في قضاء هذه المحكمة أن نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات تعتبر من المبادئ الأساسية المقررة في نظام التقاضي فلا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج بالحكم إلا بين أطراف الخصومة التي صدر فيها فيقتصر أثر الحكم الصادر في الاستئناف في طرفيه المستأنف والمستأنف ضده ولا يتعداه إلى غيرهما من أطراف الخصومة الابتدائية"

⁷⁰⁷ قضت هيئة التحكيم في الحكم رقم 121 لسنة 2019 الصادر من مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية في تاريخ 2019/11/4 بأنه "اتفاق التحكيم ينتج أثره بالنسبة لطرف الذي لم يوقع عليه وذلك إذا ثبت من الظروف المحيطة بالعقد أنه ساهم بطريقة أو بأخرى في إبرام العقد أو تنفيذه أو إنهائه. لذلك يمكن الإحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهته"

⁷⁰⁸ د. فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - ص 94

وعلى هذا فإن الأصل هو سريان قانون العقد الأصلي على إتفاق التحكيم، إلا أن إتفاق التحكيم من حيث نسبية أثره على الأشخاص قد يختلف عن نسبية أثر العقد الأصلي الوارد به، لأنه من الجائز أن يخضع العقد الأصلي لقانون ما، وأن يخضع إتفاق التحكيم لقانون مغاير تختلف فيه الآثار النسبية للعقود.

وعلى ذلك فإننا نوجز الآثار المترتبة على نسبية أثر إتفاق التحكيم، في مطلبين نبين فيهما الأثر الموضوعي المتعلق بسريان أثر إتفاق التحكيم على الغير، وإمكانية الإدخال والتدخل في دعوى التحكيم.

المطلب الأول: أثر إتفاق التحكيم على الخلف وعلى الغير

المطلب الثاني: الإدخال والتدخل في دعوى التحكيم

المطلب الأول: أثر إتفاق التحكيم على الخلف وعلى الغير

إن التحكيم بإعتباره طريقاً استثنائياً للتقاضي، فإنه لا يحتج بإتفاق التحكيم إلا على الطرف الذي إرتضاه وقبل خصومته، ويترتب على ذلك أنه إذا كان هناك حالة تضامن بين مدينين، وأبرم أحدهم إتفاق تحكيم مع الدائن، فلا يجوز له الإحتجاج بهذا الإتفاق على بقية المدينين المتضامين معه⁽⁷⁰⁹⁾، وعلى العكس من ذلك، إذا كان هناك شركاء في شركة تضامن وأبرم أحدهم إتفاقاً على التحكيم، فإن هذا الإتفاق يسري في مواجهة باقي الشركاء المتضامين رغم أنهم ليسوا أطرافاً في الإتفاق⁽⁷¹⁰⁾.

فالقاعدة هي أنه لا يفيد ولا يضر من التحكيم ولا يملك التمسك ببطالانه إلا أطرافه، ما لم يتصل الأمر بالنظام العام فيكون لكل خصم في الدعوى التمسك بالبطالان، كما يجب على المحكمة أن تقضي بالبطالان من تلقاء نفسها⁽⁷¹¹⁾. كما يسري إتفاق التحكيم في مواجهة الخلف العام طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني، لأن اصطلاح المتعاقدين يشمل كل من يمثل المتعاقدان في العقد، أو خلفه العام الذي يتلقى كل حقوق ذلك المتعاقد⁽⁷¹²⁾، إلا أنه إذا كانت العلاقة القانونية موضوع التحكيم شخصية بحتة فلا يسري إتفاق التحكيم في حق الخلف العام⁽⁷¹³⁾.

أما الخلف الخاص، فإن إتفاق التحكيم ينتقل لهم بإعتبار أن الإلتزامات الناشئة عن عقود تبادلية تنتقل من السلف إلى الخلف، لأنها مقابل للحقوق التي انتقلت إلى الخلف الخاص بموجب هذا العقد، ومن ثم يلتزم الخلف الخاص بالسير في إجراءات التحكيم ويفرض عليه الحكم الصادر من المحكم⁽⁷¹⁴⁾.

⁷⁰⁹ نصت المادة (277/أ) من القانون المدني البحريني على أنه "لا يكون المدين المتضامن مسئولاً فيما يتعلق بتنفيذ الإلتزام إلا عن فعله"، كما نصت المادة (280/أ) من ذات القانون على أنه "إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامين فلا يحتج به على الباقيين"

⁷¹⁰ د. فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 162

⁷¹¹ د. أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء والصلح - ص 118

⁷¹² يرى الدكتور أحمد أبو الوفا أن التحكيم كعقد أو إتفاق يخرج عن المألوف من أسس القانون المدني من ناحية الأهلية المطلوبة في المتعاقدين، فالأصل أن العقد ينشأ ويثبت ما نص عليه من حقوق وإلتزامات متى أبرم، ولا تتأثر هذه وتلك بوفاة المتعاقد أو فقده الأهلية، أما في التحكيم فمن الواجب أن يظل المتعاقد على كامل أهليته حتى تمام تنفيذ التحكيم و إنتهاء مهمة المحكم، فإذا انتهت حياة الشخص المتعاقد (طبيعي أو معنوي) أو فقد أهليته بعد الإتفاق على التحكيم وقبل صدور حكم المحكم فمن الواجب طرح النزاع على المحكمة المختصة وإعتبار عقد التحكيم كأن لم يكن - (ينظر: التحكيم بالقضاء والصلح - ص 13) وإن كان هذا الرأي محل نظر لمخالفته القواعد العامة لنسبية أثر العقد.

⁷¹³ محمد شتا أبو سعد - المرجع السابق - ص 798

⁷¹⁴ د. أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء والصلح - مرجع سابق - ص 121

وقد إتجه قسم من الفقه القانوني نحو التوسع في مفهوم التعاقد فلم يقصروه على من ساهم في إبرام العقد، وإنما بسطوه إلى كل من ساهم في تنفيذ العقد بإعتباره مستفيداً منه، ولو لم يساهم في إبرامه، وذلك بهدف توسيع دائرة المسؤولية العقدية ومدها إلى كل متضرر يرتبط لأحد أطراف العقد، من خلال ما يسمى بالأسرة العقدية أو المجموع العقدي التي تحدد مفهوم التعاقد استناداً إلى تسلسل العلاقات العقدية على محل واحد أو إجتماعها لتحقيق مصلحة مشتركة⁽⁷¹⁵⁾.

1-1-2 صور إمتداد إتفاق التحكيم:

توجد خمس صور يمكن أن يمتد فيها إتفاق التحكيم إلى الغير يمكن إيجازها فيما يلي:

الصورة الأولى: الإشتراط لمصلحة الغير⁽⁷¹⁶⁾: حيث يترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط، ويكون للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد، كما يجوز للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك⁽⁷¹⁷⁾، فيمكن أن يكون الغير المشتري لصاحبه طرفاً في خصومة التحكيم، كما يمكن للمشتري أن إعمال شرط التحكيم الوارد بالعقد هذا يتمكن من المطالبة بحقوق هذا الغير.

الصورة الثانية: الكفالة⁽⁷¹⁸⁾: فإذا ما أبرم الدائن والمدين إتفاق تحكيم، فلا يسري في مواجهة الكفيل، وأيضاً إذا ما أبرم الدائن والكفيل إتفاقاً على التحكيم، فلا يسري في حق المدين، لأن إتفاق الكفالة مستقل عن إتفاق المديونية⁽⁷¹⁹⁾، لكن إذا ما أوفى الكفيل بدين المدين، فإنه يحل محل الدائن في إتفاق التحكيم⁽⁷²⁰⁾.

الصورة الثالثة: مجموعة الشركات: وتظهر هذه الصورة في حالة الشركة القابضة التي تملك الأسهم المتداولة لمجموعة شركات أخرى، بحيث يكون لديها اليد العليا في إدارة هذه الشركات التابعة، فإذا قامت إحدى هذه الشركات بإبرام إتفاق تحكيم، فإنه لا يسري في مواجهة الشركة القابضة، والعكس.

لكن إذا ما تدخلت أي من الشركتين في تنفيذ العقد الذي إبرمته الشركة الأخرى، أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى، فيجوز إختصامها في دعوى التحكيم⁽⁷²¹⁾.

⁷¹⁵ مها عبد الرحمن الخواجا . إمتداد أثر إتفاق التحكيم إلى الغير . دراسة في التشريع الأردني . رسالة ماجستير . كلية الحقوق . قسم القانون الخاص . جامعة الشرق الأوسط . 2012 / 2013 . ص 68

⁷¹⁶ نصت المادة (136) من القانون المدني البحريني على أنه " يترتب على الإشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمستفيد، في ذمة المتعهد حق شخصي له ، يكون له أن يستأديه منه مباشرة ، وذلك ما لم يتفق على خلافه ، ومع مراعاة ما تقضي به المادة التالية، ويجوز للمشتري أن يطالب المتعهد بأداء الحق المشتري للمستفيد، ما لم يتبين من العقد أن ذلك مقصور على المستفيد وحده " ونصت المادة (138) من ذات القانون على أنه " يجوز للمتعهد أن يتمسك، في مواجهة المستفيد، بكل الدفع التي تنشأ له من عقد الإشتراط، والتي كان يمكنه أن يتمسك بها في مواجهة المشتري "

⁷¹⁷ د.عبد الرزاق السنهوري . المرجع السابق . ص 458

⁷¹⁸ عرفت المادة (742) من القانون المدني البحريني عقد الكفالة بأنه "عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين "

⁷¹⁹ قضت محكمة التمييز بتاريخ 13 من فبراير لعام 2018 في الطعن رقم 380 لسنة 2016 بأنه " ولئن كان الكفيل يعد متضامناً مع المدين في أداء الدين التجاري طبقاً لنص المادة 73 من قانون التجارة إلا أنه التزام مستقل بذاته يتعين على محكمة الموضوع أن تتحقق من صحة شروطه وما إذا كانت الكفالة صحيحة وصادرة من الكفيل من عدمه بغض النظر عن إقرار المدين أو منازعته فيما يطالب به "

⁷²⁰ د.فتحي والي . قانون التحكيم في النظرية والتطبيق . مرجع سابق . ص 172

⁷²¹ د.محمود عمر محمود . المرجع السابق . 90

الصورة الرابعة: المجموع العقدي: حيث تجتمع عدة عقود حول محل واحد، تتعاقب عليه، ويكون محلاً لكل منهما، أو حول هدف واحد يصوغ إحداها الإلتزامات المحققة له وتسهم العقود الأخرى في تنفيذ هذه الإلتزامات أو تساعد عليه أو تقدم الضمان اللازم لتمام تنفيذه⁽⁷²²⁾، وتقوم فكرة المجموع العقدي بمعالجة هذا الوضع باعتبار أن الطرف في أحد عقود المجموعة - الذي لا يتضمن شرط التحكيم - بمثابة طرف في عقودها الأخرى المتضمنة لهذا الشرط⁽⁷²³⁾ ويلاحظ أن هذه الحالة تنطبق على الشركات متعددة الجنسيات والتي تكون مجموعة إقتصادية واحدة وتنفذ عملياتها التجارية والاستثمارية في البلاد المختلفة تحت ستار الشركات الفرعية⁽⁷²⁴⁾.

الصورة الخامسة: العقود المتتابعة على ذات المحل: فإذا أبرم عقدان متتابعان على محل واحد، وكان أحدهما يتضمن شرط التحكيم، فيجب التمييز بين حالتين، الحالة الأولى هي رجوع أحد طرفي العقد على الطرف في العقد الآخر بالدعوى غير المباشرة، ويجوز هنا الإلتجاء إلى التحكيم، أما في الحالة الثانية التي يرجع فيها الدائن على مدينه بدعوى مباشرة - في الحالات التي يخولها له القانون - فيكون الدائن هنا مستعملاً حقاً خاصاً له في الدعوى مصدره نص القانون، فلا يجوز له الإلتجاء إلى التحكيم⁽⁷²⁵⁾.

المطلب الثاني: الإدخال والتدخل في دعوى التحكيم

يعرف الإدخال بأنه إختصاص للغير بناء على طلب أحد أطراف الخصومة أو بناء على أمر المحكمة دون طلب، ويخضع إختصاص الغير إلى تقدير قاضي الموضوع من ناحية توافر الإرتباط مع الدعوى الأصلية من ناحية، وعدم تأخير الفصل في الدعوى من ناحية أخرى، ويترتب على إختصاص الغير أن يصبح طرفاً في الخصومة⁽⁷²⁶⁾.

بينما يعرف التدخل بأنه نوع من الطلبات العارضة، يدخل به شخص في خصومة لم يكن طرفاً فيها، منضماً لأحد أطرافها أو مطالباً بحق ذاتي له⁽⁷²⁷⁾، ويشترط في قبول التدخل سواء كان إنضمامياً أو هجومياً أن يكون للمتدخل مصلحة قانونية في تدخله، كما يجب أن يتوافر شرط الإرتباط بين طلب التدخل وبين الدعوى الأصلية التي يريد التدخل فيها، ويترتب على قبول التدخل أن يصبح المتدخل طرفاً في الخصومة التي تدخل فيها، ويكون له حق الطعن فيها سواء كان متدخل هجومياً أو إنضمامياً⁽⁷²⁸⁾.

ويمتاز التدخل الهجومي عن التدخل الإنضمامي بأن المتدخل الهجومي يعتبر خصماً كاملاً يتمتع بحقوق الخصم الأصلي في الدعوى، فيجوز له تعديل طلباته، كما يجوز له ترك الخصومة أو قبول تركها، فضلاً عما له من حق تسيير الخصومة وحقوق الدفاع

⁷²² أحمد محمد عبد الصادق - المرجع السابق - ص133

⁷²³ قضت محكمة إستئناف باريس بتاريخ 21 أكتوبر 1983 بأنه "توجد عادة ليست محل خلاف جدي في التجارة الدولية، مقتضاها أن شرط التحكيم الموقع عليه من شركة فرد في مجموعة شركات يمكن أن يمتد إلى شركة أخرى في المجموعة لم تكن قد وقعت، ما دامت هذه الشركة كان لها يد في إبرام العقد محل النزاع أو تنفيذه". منشور بمجلة التحكيم 1984 - ص98

⁷²⁴ حكم هيئة التحكيم الصادر في الدعوى رقم 234 لسنة 2001. عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم. منشور بمجلة التحكيم العربي - العدد الخامس - ص189

⁷²⁵ د. فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص172

⁷²⁶ د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - مرجع سابق - ص330

⁷²⁷ قضت محكمة التمييز البحرينية في منط التفرقة بين التدخل الهجومي والإنضمامي، بتاريخ 19 مارس من عام 2001 في الطعن رقم 6 لسنة 2001 بأنه "لما كانت المطعون ضدها الثانية قد طلبت تدخلها منضمة للمطعون ضدها الأولى في طلب رفض الدعوى واقتصرت في دفاعها على تأييد هذا الطلب دون أن تطلب الحكم لنفسها بحق ذاتي تدعيه في مواجهة طرفي الخصومة. وما كان لها أن تطلب ذلك بالنظر إلى طبيعة النزاع المطروح. فإن تدخلها على هذا النحو وأياً كانت مصلحتها فيه لا يعتبر تدخلاً هجومياً وإنما هو تدخل إنضمامي يجوز طلبه لأول مرة في الإستئناف وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي عليه في هذا الشأن يكون غير صحيح"

⁷²⁸ د. أحمد السيد الصاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - مصر 2010 - ص298

المختلفة، بينما يعتبر المتدخل الإنضمامي خصماً تبعياً، يقتصر حقه على الحقوق الإجرائية الخاصة به فقط، ولا يجوز له تعديل طلبات الخصم الذي ينضم إليه أو تقديم طلبات مستقلة أو التنازل عن الطلبات أو قبول ترك الخصومة⁽⁷²⁹⁾.

2-2-1 الاتجاهات الفقهية والقضائية حول التدخل والإدخال بالدعوى التحكيمية:

بالرجوع إلى قانون التحكيم البحريني رقم (9) لسنة 2015 فإنه سكت عن تنظيم التدخل والإدخال في الدعوى التحكيمية، وترتب على ذلك إنقسام آراء الفقه إلى رأيين:

الرأي الأول: اشتراط موافقة الخصوم على تدخل الغير، وإشتراط موافقة الخصم المدخل على إدخاله في خصومة التحكيم:

ويرى أنصار هذا الرأي أن "نسبية أثر العقود" من القواعد المسلم بها، وبالتالي فإن إتفاق التحكيم لا يلزم سوى أطرافه كقاعدة عامة، وهذا ما يطلق عليه النطاق الشخصي لإتفاق التحكيم، حيث لا يمتد الإتفاق إلى أشخاص لم يرغبوا في استبعاد القضاء من نظر منازعتهم⁽⁷³⁰⁾، وبناء على ما سبق فإنه لا يجوز لغير أطراف إتفاق التحكيم التدخل في المنازعة التحكيمية قبل الحصول على موافقة أطراف التحكيم، حيث لا تنطبق أحكام قانون المرافعات الخاصة بالدعاوى القضائية المنظورة بالمحاكم⁽⁷³¹⁾

الرأي الثاني: جواز التدخل في خصومة التحكيم دون موافقة الخصوم وجواز إدخال الغير دون رغبته:

يرى أنصار هذا الرأي أن قانون المرافعات بإعتباره الشريعة العامة الإجرائية، فهو واجب التطبيق في كل ما سكت عنه قانون التحكيم، ولم يتم تنظيمه بموجب إتفاق الأطراف. ورتب أنصار هذا الرأي على ذلك نتيجة مفادها جواز قبول التدخل والإدخال في الدعوى التحكيمية دون إشتراط موافقة أطراف الدعوى أو موافقة الخصم المدخل، طالما توافر شرطاً الصفة والمصلحة⁽⁷³²⁾.

ونرى أن هذا الرأي يؤخذ عليه مآخذين:

المآخذ الأول: أن الطبيعة الإتفاقية للتحكيم تعتبر أساساً لكل ما يتصل بهذا النظام من إجراءات، مما لا يجوز معه التغول على إرادة

أطراف التحكيم وفرض طرف جديد على التحكيم في غير الحالات التي يمتد فيها إتفاق التحكيم إلى الغير.

المآخذ الثاني: أن قانون التحكيم البحريني لم يتضمن نصاً يحيل فيه إلى قواعد قانون المرافعات فيما لم يرد به نص خاص في

قانون التحكيم، ومن ثم فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تقضي بقبول تدخل الغير على خلاف الإرادة الإتفاقية لأطراف التحكيم، أو أن تامر بإدخال من لم يكن طرفاً في الإتفاق دون موافقته⁽⁷³³⁾.

⁷²⁹ د. محمود عمر محمود - المرجع السابق - ص 258

⁷³⁰ قضت هيئة التحكيم في الدعوى التحكيمية رقم 234 لسنة 2001 في الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بأنه "إن الفلسفة التي يقوم عليها النظام القانوني تقوم بصفة قاطعة على إعتبار التحكيم إستثناء على إختصاص القضاء على أساس أن القضاء هو المختص أصلاً بالفصل في الخصومات، وأن إختيار الأطراف لحسم منازعاتهم عن طريق التحكيم ليس إلا إستثناء يجب أن يبين بصورة واضحة في اتفاق مكتوب بين الأطراف يستبعدون فيه صراحة إختصاص القضاء بصدد منازعات محددة ليتم حسمها عن طريق التحكيم"

⁷³¹ د. سميحة القليوبي - المرجع السابق - ص 90 وما بعدها

⁷³² قضت محكمة إستئناف القاهرة بجلسة 27 يوليو 2003 في الدعوى رقم 8 لسنة 2003 بأنه "وحيث أنه عن السبب الثالث من أسباب الدعوى ومفاده الخلل في تحديد أطراف التحكيم بقبول تدخل المدعى عليه الثالث فمردود عليه بأن المشرع أجاز في المادة 126 من قانون المرافعات لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم أو طالباً لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى وذلك تلافياً لصدور أحكام متضاربة، ولما كان المدعي الثالث طرفاً في عقد شركة التداعي، وكان عقد تلك الشركة محل منازعة في الدعوى التحكيمية فقد أجاز له التدخل في تلك الدعوى بإعتباره صاحب مصلحة في التدخل فيها، وإذ إنزلت هيئة التحكيم هذا النظر فقد طبقت صحيح القانون"

⁷³³ قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 13 فبراير 2014 في الطعن رقم 7595 لسنة 81ق بأنه "يجوز لأي من طرفي التحكيم أن يختصم أمام هيئة التحكيم من ليس طرفاً في الإتفاق إذا كان من الغير الذي يمتد إليه إتفاق التحكيم، ويكون الإختصاص - في هذه الحالة - بناء على طلب أحد

2-2-2 هل يجوز الإدخال الصوري في الخصومة التحكيمية:

يجوز لأطراف الدعوى القضائية أن يدخلوا الغير إدخالاً صورياً لتقديم ما تحت يده من مستندات⁽⁷³⁴⁾، لكن الأمر يختلف في الخصومة التحكيمية، فالأصل أنه لا يجوز التوسع في نطاق الخصومة بخلاف ما نص عليه إتفاق التحكيم، لذلك فمن غير المقبول إدخال خصم لتقديم ما تحت يده من مستندات دون موافقة أطراف دعوى التحكيم أولاً، وموافقة الطرف المدخل ثانياً.

3-2-2 تنظيم التدخل والإدخال في التشريع البحريني والتشريعات المقارنة:

لم يرد تنظيم الإدخال والتدخل صراحة إلا في قانون المرافعات البحريني⁽⁷³⁵⁾ لذلك تخضع المنازعة التحكيمية التي يختار أطرافها تطبيق القانون البحريني إلى قواعد الإدخال والتدخل في حدود الأساس العقدي لنظام التحكيم.

وجدير بالذكر أن بعض تشريعات دول مجلس التعاون، قد نظمت مسائل التدخل والإدخال ضمن قوانين التحكيم الخاصة بها، حيث نصت المادة (22) من قانون التحكيم الإماراتي على أنه "لهيئة التحكيم أن تسمح بإدخال أو تدخل طرف ثالث في خصومة التحكيم سواء بطلب أحد الأطراف أو من الطرف المتدخل شريطة أن يكون طرفاً في إتفاق التحكيم⁽⁷³⁶⁾، وبعد إعطاء جميع الأطراف بما فيهم الطرف الثالث فرصة لسماع أقوالهم"

كما نصت المادة رقم (13) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي على أنه "لهيئة التحكيم قبول تدخل طرف آخر من غير أطراف التحكيم أو إدخاله وذلك بعد موافقة أطراف التحكيم والطرف المطلوب إدخاله".

ويجدر بالمشرع البحريني أن يستمد روح هذين النصين ليعدل قانون التحكيم البحريني حسماً للجدل حول جواز التدخل والإدخال في الدعوى التحكيمية.

تم بحمد الله

طرفي التحكيم، ويتخذ صورة الإدخال أو التدخل، ويشترط موافقة الطرف الآخر في التحكيم على هذا الاختصاص كما يشترط - في حالة الإدخال - موافقة الغير الذي لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم"

⁷³ نصت المادة (27) من قانون الإثبات البحريني رقم 14 لسنة 1996 على أنه "يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى، ولو أمام محكمة الاستئناف، أن تأذن في إدخال الغير للإلزامه بتقديم مدرر تحت يده أو صورة رسمية منه وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة"

⁷³⁵ نصت المادة (74) من قانون المرافعات البحريني رقم 12 لسنة 1972 على أنه "يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى، منضماً لأحد الخصوم، أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى"، كما نصت المادة (75) من ذات القانون على أنه "للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها، ويتبع في اختصاص الغير الأوضاع المعتادة للإعلان والإحضار"

⁷³⁶ فكرة الطرف في التحكيم لا تعني فقط شخص الموقع على الإتفاق، وإنما تشمل أيضاً خلفه العام أو الخاص، وكذلك يمتد إتفاق التحكيم ليشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقداً تضمن شرط تحكيم.

وقد قضت هيئة تحكيم حر (A D HOC) في الدعوى التحكيمية رقم 109 لسنة 1998 في جلسة 11 مارس 1999 بأنه "شرط التحكيم الذي يرد في أحد العقود يمكن أن يلزم شركات أخرى من أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم، ما دامت قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه" منشور بمجلة التحكيم العربي - العدد الثاني - يناير 2000 - ص 223

الخاتمة:

من خلال هذا البحث سلطنا الضوء في إيجاز على الأثر النسبي الموضوعي والشخصي لإتفاق التحكيم، وبأن من ذلك أن الأثر النسبي الموضوعي للإتفاق يترتب عليه وجوب تفسير إتفاق التحكيم وفق القواعد العامة لتفسير العقود من ناحية، والقواعد الخاصة التي تمليها الطبيعة المغايرة لإتفاق التحكيم من ناحية أخرى.

كما اتضح من خلال البحث مدى الدور الحيوي الذي تقوم به أطراف التحكيم الفاعلة في مملكة البحرين، وعلى رأسها محكمة التمييز بما ترسيه من مبادئ في تفسير إتفاق التحكيم وبيان نطاقه، بالإضافة إلى الدور الإسترشادي لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، والذي يحمل ثقلاً علمياً حتى وإن كان تفسيره إستشارياً غير ملزماً.

كذلك فقد حاولنا على قدر المستطاع إظهار مرونة مصطلح "الغير" في إتفاق التحكيم، بحسبان أن إتفاق التحكيم يمتد إلى غير من كانوا أطرافاً فيه إذا ما توافرت الحالات القانونية التي درج القضاء على الإعتماد بها في شمول إتفاق التحكيم لهذا الغير، حيث استقر الفقه والقضاء على وجود حالات يمتد فيها اتفاق التحكيم إلى الغير طبقاً للقواعد العامة في التعاقد.

أما فيما يخص التدخل والإدخال في الخصومة التحكيمية، فقد إنتهى البحث إلى مغايرة الدعوى التحكيمية في طبيعتها عن الدعوى القضائية، وما يستتبع ذلك من عدم جواز إدخال أو تدخل الغير - في غير الحالات التي يجيزها الأثر النسبي لإتفاق التحكيم - دون موافقة ذوي الشأن ورضائهم.

النتائج والتوصيات:

أبرز هذا البحث عدد من النتائج نوجزها فيما يلي:

- 1- أن نظام التحكيم تحكمه الطبيعة الإتفاقية كأساس لكافة إجراءاته، من بداية تحديد تشكيل الهيئة التحكيمية إنتهاءً بصدر حكم التحكيم وهو ما يميزه عن نظم التقاضي الوطنية.
- 2- أن تصدي القضاء الوطني والتحكيمي لتفسير شرط التحكيم ينتج أثراً في غاية الأهمية وهو تحديد الأثر الموضوعي النسبي لإتفاق التحكيم.
- 3- أن مفهوم "الطرف" في إتفاق التحكيم يشمل من قاموا بتوقيعه، وخلفهم العام والخاص، والغير ممن ساهم في إبرام أو تنفيذ أو إنهاء الإتفاق.
- 4- أن التدخل والإدخال في الدعوى التحكيمية لا يتم منطقاً إلى بموافقة الأطراف المعنيين، أو ثبوت رضائهم الصريح أو الضمني على التدخل أو الإدخال.

ونوصي في هذا البحث :

أولاً: بأن يسترشد المشرع البحريني بالنصوص المنظمة للتدخل والإدخال في التشريعات الخليجية المقارنة، لحسم ما عسى أن يحدث من تضارب في الأحكام التحكيمية الصادرة وفق القانون البحريني، خاصة وأن هذا النص يمس الواقع العملي بصورة مباشرة.

ثانياً: بتضمين قانون التحكيم البحريني، نصاً يفرق بين للتحكيم الحر (*Ad hoc arbitration*) والتحكيم المؤسسي (*Institutional*)، حسماً لغموض بعض الشروط التحكيمية التي ترد في العقود المالية، ونقترح في هذا الشأن إضافة فقرة أخيرة إلى المادة الثانية من قانون التحكيم، تكون صياغتها: "التحكيم المؤسسي" يعني كل تحكيم يشير إلى الإعتماد بمؤسسة تحكيم دائمة كمقر للتحكيم مع إتباع لوائحها.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب:

- 1- القرآن الكريم
- 2- د. أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء وبالصلح - دار المطبوعات الجامعية - مصر 2007
- 3- د. أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - دار منشأة المعارف - الطبعة السادسة - الإسكندرية - مصر 1989
- 4- د. أحمد السيد الصاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - مصر 2010
- 5- أحمد محمد عبد الصادق - المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي - طبعة نادي القضاة - مصر 2014
- 6- د. رمضان أبو السعود & د. همام محمد زهران - المدخل إلى القانون - النظرية العامة للقاعدة القانونية - مطبعة جامعة الإسكندرية - مصر 1997
- 7- د. سميحة القليوبي - الأسس القانونية للتحكيم التجاري - دار النهضة العربية - مصر 2017
- 8- د. سمير عبد السيد تناغو - مصادر الإلتزام - مكتبة الوفاء القانونية - مصر 2009
- 9- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول - دار منشأة المعارف - مصر 2004
- 11- عمر بن علي بن أحمد الأنصاري ابن الملقن - تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج - دار حراء للنشر والتوزيع - السعودية 1406هـ
- 12- د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - دار النهضة العربية - مصر 2008
- 13- د. فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - دار منشأة المعارف - مصر 2007
- 14- محمد شتا أبو سعد - التقنين المدني معلقاً عليه بمذكرته الإيضاحية وأعماله التحضيرية وأراء فقهاء الشراح - ج 1 - دار المطبوعات الجامعية - مصر 1999
- 15- محمد كمال عبد العزيز - التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه - مصاد الإلتزام - الطبعة الثالثة 2003 - ب د ن
- 16- د. محمود السيد التحيوي - الطبيعة القانونية لنظام التحكيم - دار منشأة المعارف - مصر 2003
- 17- د. محمود عمر محمود - التحكيم علماً وعملاً وفقاً لقوانين التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي - دراسة مقارنة - مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية - دار القرار - الطبعة الأولى - البحرين 2020

ثانياً: الرسائل والاطروحات:

- 1- د. عبد العظيم بشندي - حماية الغير في قانون المرافعات - رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة - سنة 1990
- 2- مها عبد الرحمن الخواجا - إمتداد أثر إتفاق التحكيم إلى الغير - دراسة في التشريع الأردني - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - قسم القانون الخاص - جامعة الشرق الأوسط - 2012 / 2013

التشريعات الوطنية:

- مرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1971 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية - الصادر بتاريخ 1971/6/22
- مرسوم بقانون رقم (14) لسنة 1996 بإصدار قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية - الصادر بتاريخ 1996/5/26
- مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2001 بإصدار القانون المدني البحريني - الصادر بتاريخ 2001/5/3
- قانون رقم (9) لسنة 2015 بإصدار قانون التحكيم البحريني - الصادر بتاريخ 2015/7/5

المصادر الإلكترونية:

- موقع المجلس الأعلى للقضاء بمملكة البحرين - https://www.sjc.bh/index_16.php - في 2020/10/2
- موقع جريدة أخبار الخليج - <http://akhbar-alkhaleej.com/news/articale/1074586> - في 2020/10/2
- موقع هيئة التشريع والرأي القانوني - <https://www.legalaffairs.gov.bh> - في 2020/10/2

التحديات القانونية امام وسائل التواصل الاجتماعي في المجتمع العربي ملخصة عمان نموذجاً (دراسة قانونية مقارنة)

✍ عبد الوهاب كريم حميد

أستاذ القانون الدولي والعلاقات الدولية المساعد

برنامج الدراسات الاستراتيجية بكلية الآداب

جامعة السلطان قابوس

ملخص:

يهدف البحث وباستخدام المنهج الوصفي التحليلي المقارن الى تحديد الإطار القانوني والتعرف على القواعد القانونية لوسائل التواصل الاجتماعي في المجتمع العربي عموماً وسلطنة عمان خصوصاً ومدى اسهامها في الحفاظ على امن الدولة واستقرارها وحماية حقوق الافراد وحررياتهم الشخصية، من الممارسات والمخالفات القانونية الناتجة عن استخدام وسائل التواصل الاجتماعي (الفيس بوك، التويتر، انستجرام، يوتيوب ... وغيرها). فالتعامل الخاطئ مع تلك المواقع تؤدي في بعض الأحيان بصاحبها الى الحبس، سواء من خلال خطاب التطرف والكراهية او التحريض على ارتكاب الجرائم بأنواعها.

وفي ضوء ذلك سيتطرق البحث الى إشكالية البحث من خلال الممارسات عبر وسائل التواصل الاجتماعي ((الفيس بوك، التويتر، انستجرام، يوتيوب ... وغيرها)، التي ترتكب بسببها العديد من المخالفات القانونية وقد تؤدي في بعض الأحيان الى ارتكاب جرائم يعاقب عليها القانون.

وسيقدم بشي من التفصيل دراسة الطبيعة القانونية لها والإجراءات والضوابط القانونية لتقديم الحلول والمقترحات التي من شأنها نشر الوعي القانوني فيما يخص الحماية القانونية من عواقب جرائم الانترنت عبر شبكات التواصل الاجتماعي. توصل البحث الى العديد من الاستنتاجات مهمة من بينها ان الإطار القانوني لوسائل التواصل الاجتماعي لا يعني إنزال العقوبات على المخالفين فقط، بقدر ما تنصب على وضع استراتيجية لتنظيم تلك القوانين والقواعد القانونية لحماية الافراد من خلال التوعية والارشاد والتثقيف بها وعدم مخالفتها.

وانتهى البحث الى العديد من التوصيات، والتي من شأنها تعزيز المنظومة القانونية لحماية الحقوق والحرريات للأفراد من جهة وتحقيق الامن والاستقرار للدولة من أي تهديد عبر تلك الوسائل، من جهة أخرى.

Abstract :***Legal challenges to the means of the social media in the Arab society******Oman is an example***

This research aims, through the use of a comparative analysis, to define the legal framework and the legal rules of social media in the Arab society in general and in Oman in particular and its contribution to maintain the security and the stability of the state, the protection of the rights and freedoms of individuals from the legal offences caused by the social media "ie: Facebook, Twitter, Instagram, YouTube ... ". The misuse of these sites can sometimes lead to imprisonment, both through extremism and hate speech or encouragement to commit crimes of all kinds.

In light of this, this research will highlight the different practices linked to the social media, which is the source of many legal violations and may sometimes result crimes, which can lead to prosecution.

A deep study of the legal nature of this subject, the procedures as well as the legal regulations to provide solutions and proposals, which will help to raise a legal protection from cyber-crimes through social networks.

The research reached important conclusions such as the legal framework of the social media doesn't mean the imposition of penalties for offenders only, but it does focus on the laws and the legal rules to be followed for the protection of individuals through awareness, guidance and education.

The study ends with many recommendations. They aim to strengthen the legal system to protect the rights and freedoms of individuals and also to ensure the state's security and stability from any potential threats.

الفصل الأول: فصل المقدمة

تمهيد

مع تطور التكنولوجيا الهائل في شبكات الانترنت، يرتاد مواقع التواصل الاجتماعي في المجتمع العربي ملايين الأشخاص، لكن غالبيتهم يجهل القوانين والقيود التي تلزم الجميع بعدم تجاوزها ومخالفتها للحفاظ على حقوق وحرية الافراد وخصوصيتهم. فلأعلام بما فيه من إيجابيات وسلبيات ومعه وسائل التواصل الاجتماعي، هو سلاح ذو حدين كونه يتيح معرفة الحقيقة ونقلها بمجرد وقوعها الى المتلقي مباشرة، وحد آخر هو إذا تم استغلاله لغير الغرض الذي وجد لأجله، فقد يستخدم لإعمال منافية لعادات وتقاليده المجتمع او يستعمل لتهديد الامن القومي للدولة وقد يستغل لتحقيق مآرب إجرامية. من هنا كان لزاما على الدول وضع التشريعات والقوانين لحماية الافراد والمجتمع من مخاطر استغلال الاعلام والتقنيات الحديثة للانترنت وشبكات التواصل الاجتماعي المختلفة.

فوسائل شبكات التواصل الاجتماعي جزء من الاعلام الإلكتروني الحديث المرتبط بتقنية الانترنت، تساهم بنقل المعلومة والحقيقة والحدث صورة وصوت "سمعيًا وبصريًا" وهي بذلك تشكل تحديا، فليس للإعلامي او الصحفي او المدون ان ينشر كما يحلو له، فهناك ضوابط قانونية يجب الالتزام بها فالحرية هنا تكون ضمن القانون دون التعدي على حرية الآخرين بدعوى حرية الرأي والتعبير. لذا فالوعي القانوني ليس مرتبط بالمواطن العادي بل يكون من أولويات الإعلامي هو معرفة حقوقه ومعرفة حدود القانون المسموح بالعمل بها ضمن ممارسته اليومية.

مشكلة البحث

ان ضوابط القواعد القانونية التي تضعها الدولة من خلال تشريعاتها القانونية تأتي لحماية امنها واستقرارها وحماية الافراد من عدم استغلال تلك الوسائل لممارسة المخالفات وارتكاب الجرائم الماسة بالأفراد وحررياتهم الشخصية، ومنها القوانين الخاصة بشبكات الانترنت المختلفة. كما يجب التفريق بين التشريعات القانونية (الدساتير) التي تضعها الدولة متضمنه بأباً للحقوق والحريات، وبين القوانين الخاصة بالإعلام بمختلف انواعه المرئي والمسموع ووسائل النشر المختلفة بما فيها وسائل التواصل الاجتماعي.

أهداف البحث

تسعى هذه الدراسة الى تحقيق مجموعة من الأهداف نجملها في الآتي:

- تسليط الضوء على الطبيعة القانونية لوسائل التواصل الاجتماعي في المجتمع العربي.
- التعرف على التشريعات القانونية للدول العربية عموماً وسلطنة عمان خصوصاً، في مجال حرية الاعلام.
- إيضاح الإجراءات القانونية لمكافحة الجرائم المرتكبة من خلال شبكات التواصل الاجتماعي المختلفة والكشف عن مخاطرها.
- التعرف على الجهود القانونية حول شبكات التواصل الاجتماعي ومكافحة الجرائم الالكترونية بسلطنة عمان.

أسئلة البحث

انطلقت الدراسة من حقل استفهامي للإجابة عن الأسئلة الآتية:

- ماهي الطبيعة القانونية لوسائل التواصل الاجتماعي في المجتمع العربي وسلطنة عمان.
- ماهي اهم التشريعات القانونية التي وضعتها الدول العربية لضمان حرية الاعلام.

- كيف يمكن للأفراد حماية خصوصيتهم وعدم الوقوع في المخالفات.
- كيف يمكن التفريق بين قواعد التشريع الدستوري حول وسائل التواصل الاجتماعي والقوانين الصادر عن السلطة التنفيذية.
- ماهي الجهود القانونية والإجراءات العُمانية لمكافحة جرائم الانترنت ومنها وسائل التواصل الاجتماعي.

فرضيات البحث

ينطلق البحث من فرضيتين اثنتين:

الأولى: ان التشريعات والقوانين ما صدرت الا لتطبيقها داخل المجتمع لتنظيمه والحفاظ على امنه واستقراره، وعدم العبث به جراء المخالفات المرتكبة من سوء استخدام وسائل التواصل الاجتماعي واستغلال الثغرات فيه.

الثانية: ان التشريعات والقوانين الصارمة والتي تركز على إنزال العقوبات (طبقا للقانون الجنائي "قانون الجزاء") بالمخالفين قد تمس أحيانا حقوق الانسان وحرية وربما تقيد من خصوصيته كما يراها البعض، فالقاعدة القانونية تنص (تنتهي حريتك عندما تبدأ حرية الآخرين). الحرية في ظل حدود الانضباط هي أساس لتحقيق نتائج ذات فائدة على أرض الواقع وفي مناخ من الهدوء والاستقرار سواء كان ذلك على مستوى الفرد أو الأسرة أو المجتمع. كما ان الحرية المنفلتة تصبح أحد أهم أسباب النزاعات بين الافراد والمجتمعات بل والدول ، وتعم الفوضى على مصراعيها بسببها لتكون النتائج مرعبة فاستقرار الدول ليس في الحرية فقط بل بشكل أساسي في ضوابط الممارسة لهذه الحرية⁷³⁷.

أهمية البحث

تتمثل أهمية الدراسة في إحساس الافراد في الامن والأمان بسرية المعلومات والبيانات الخاصة بهم عبر استخدام وسائل التواصل الاجتماعي المختلفة، من خلال الحماية القانونية التي توفرها تلك التشريعات والقوانين. هذا بالإضافة الى استفادة الدولة ومؤسساتها من نتائج البحث من خلال تنظيم تلك القوانين لحماية الافراد والمجتمع من خلال حملات التوعية والتثقيف بها وعدم مخالفتها.

حدود البحث

الحدود الموضوعية: سيركز البحث على دراسة التشريعات والقوانين الخاصة في الاعلام والاعلام الالكتروني.

الحدود المكانية: يتطرق البحث للقضية في الجانب النظري للتشريعات والقوانين في المجتمع العربي ودول الخليج العربي وفي الجانب التطبيقي دراسة التشريعات والقوانين بسلطنة عمان.

الحدود الزمانية: اختلفت الحدود الزمانية باختلاف تاريخ صدور التشريعات القانونية في الدول العربية.

مصطلحات البحث (الكلمات المفتاحية):

- **شبكات "وسائل" التواصل الاجتماعي:** هي خدمات توجد على شبكة الويب تتيح للأفراد بناء بيانات شخصية عامة او شبه عامة عبر نظام محدد، ويمكنهم وضع قائمة لمن يرغبون في مشاركتهم الاتصال ورؤية قوائمهم أيضا للذين يتصلون بهم.
- اللبان(2011)⁷³⁸

⁷³⁷ - الرشيد، سامي (2014) تنتهي حريتك حين تبدأ حرية الآخرين، مقال نشر بتاريخ 2014/4/9 على الرابط www.ammonnews.net

⁷³⁸ - اللبان، شريف درويش (2011)، مداخلات في الاعلام البديل والنشر الالكتروني على الانترنت، دار العالم العربي للنشر، القاهرة مصر، ص86.

- **الإعلام:** (الإعلام تزويد الناس بالأخبار الصحيحة والمعلومات السليمة والحقائق الثابتة التي تساعد على تكوين رأي صائب في واقعة من الوقائع أو مشكلة من المشكلات بحيث يعبر هذا الرأي تعبيراً موضوعياً في عقلية الجماهير واتجاهاتهم وميولهم)⁷³⁹.
- **الجرائم الإلكترونية:** تعرف بانها أي مخالفة ترتكب ضد افراد او جماعات بدافع جرمي، ونية الإساءة لسمعة الضحية باستخدام وسائل الاتصالات الحديثة، صالح (2016)⁷⁴⁰.
- **تقنية المعلومات:** الاستخدام العلمي للحوسبة والإلكترونيات والاتصالات ومعالجة وتوزيع البيانات والمعلومات بصيغها المختلفة⁷⁴¹.

خاتمة الفصل الاول

يهدف البحث وباستخدام المنهج الوصفي التحليلي المقارن، دراسة تحديد الإطار القانوني للتشريعات فيما يخص شبكات التواصل الاجتماعي في المجتمع العربي والخليجي عامة، وسلطنة عمان خصوصاً. وطرح الاشكالية اعلاه واهم اهداف البحث واسئلته وحدود الدراسة وتناول اهم مصطلحات الدراسة وتعريفها.

الفصل الثاني: الإطار النظري والدراسات السابقة

تمهيد

ظهرت العديد من الدراسات والبحوث التي تناولت موضوع الاعلام وشبكات التواصل الاجتماعي وتأثيرها على المجتمع وما ينتج عنها من افعال إيجابا او سلبا، وعلاقتها بالتشريعات والقوانين، مع عدم إغفال ما تم نشرة من دراسات في هذا الجانب من وجهة النظر الغربية. سيتم ترتيب الدراسات حسب محاور البحث، مع تلخيصها في نهاية كل دراسة، ومن بين تلك الدراسات:

أولا/ **الدراسة الأولى**، المصمودي، مصطفى (1985) في كتابه (النظام الاعلامي الجديد) الذي صدر ضمن منشورات عالم المعرفة العدد 94 لشهر أكتوبر 1985.. وجاءت الدراسة بمقدمة وتسعة عشر فصل تناولت العديد من المواضيع التي تهتم الاعلام الجديد، وقبل ان ينتشر في المنطقة العربية الانترنت ومعه شبكات التواصل الاجتماعي، نبه فيه الى عدم استغلال الاعلام من خلال نقل المعلومة الزائفة غير الصحيحة الى الجمهور. كما أن أجهزتنا الإعلامية مدعوة في الوقت نفسه واجهة تلك التيارات المتطرفة التي تعبت بقيمتنا وتعتمد إلى تشويش العقول البريئة للمراهق من أبنائنا، فعليها مقاومة أولئك الذين يستعملون الدين الإسلامي مطية سياسية لإدخال الفوضى وعدم الاستقرار على مجتمعتنا والرجوع بنا إلى الوراء ، فيسلطون على الشباب إرهابا فكريا للزج به في متاهات التمرد والعصيان)⁷⁴².

ثانيا/ الدراسة الثانية - لوراء⁷⁴³، (2017) حيث درست التأثيرات الأمنية وما ينجم عنها من مخاطر ارهابية لشبكات التواصل في كتابها: بعنوان الشبكات الاجتماعية كجبهة جديدة للإرهاب، (*Social Networks as the New Frontier of Terrorism*) والمتألف من ستة

⁷³⁹ - امام، ابراهيم (1969). " الاعلام والاتصال بالجماهير " - مكتبة الدنجلو المصرية - ص 445

⁷⁴⁰ - صالح، مروة زين العابدين (2016) " الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية عبر الانترنت " مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، الطبعة الأولى، ص449.

⁷⁴¹ - المادة الأولى من قانون جرائم تقنية المعلومات، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 929.

⁷⁴² - المصمودي، (1985) (النظام الاعلامي الجديد)، عالم المعرفة، الكويت العدد 94، أكتوبر 1985، ص263

⁷⁴³ - D. Laura Seaife, *Social Networks as the New Frontier of Terrorism*, 2017, Routledge, Taylora@Francis Group, London and New York.

فصول. حيث قدمت بسرد تاريخي الإرهاب، وتنتقل في الفصل الثاني لمناقشة كيف استطاع الإرهابيون توظيف شبكات التواصل الاجتماعي، في جذب الكثير من المقاتلين ونشر الاستراتيجيات الإرهابية. يتطرق الفصل الثالث في الكتاب الى اليات التعامل مع الإرهاب الإلكتروني. افردت لورا فصلا ناقشت فيه التأثيرات الاجتماعية لشبكات التواصل الاجتماعي، وكيف استطاع الإرهابيون توظيفها لدعم نفوذهم، مما يعطي مؤشر تطور ومواكبة الحداثة للتنظيمات.

ثالثاً/ دراسة صالح⁷⁴⁴، مروة (2016) تطرقت فيه الى الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية عبر الانترنت، الصادر من مركز الدراسات العربية، الى الخطر الذي يهدد البيانات الشخصية للأفراد من حيث الحصول عليها وتداولها ومعالجتها. وأكدت بان التشريعات العربية قد اهملت البيئة التشريعية مقارنة بالتشريعات الأجنبية، ولم تؤمن الحماية القانونية على البيانات الشخصية عبر الانترنت. حاولت الدراسة تسليط الضوء على الخصوصية المعلوماتية واهميتها، ومخاطر التقنيات الحديثة عليها، وكيفية الحماية التي وفرتها مشروع قانون المعاملات الالكترونية لها.

رابعاً/ دراسة كابلن⁷⁴⁵، (2016) حيث ناقش في كتابة ارض الظلام: التاريخ السري للحرب السيبرانية، (*Dark Territory: The Secret History of Cyber War*). وتطرق كابلن الى القضايا السلبية لشبكات التواصل الاجتماعي وتأثيراتها الإرهابية. حيث سلط الضوء على تاريخ الولايات المتحدة في مواجهة التحديات الأمنية، وتطرق كابلن الى مستقبل الاستخدامات الإرهابية للمجال السيبراني.

خامساً/ دراسة الرشيد⁷⁴⁶ (2014) تناولت هذه الدراسة استخدامات شبكات التواصل الاجتماعي الالكترونية والإشباع المتحققة لطلبة جامعة السلطان قابوس، وهي دراسة ميدانية وفق المنهج المسح الإعلامي لعينة من طلبة الجامعة، تتألف الدراسة من مقدمة وثلاث فصول ثم الخاتمة، وبينت الدراسة الى ان اليوتيوب اكثر شبكات التواصل الاجتماعي استخداماً، يليه جوجل بلس ثم فيسبوك وتويتر، يعتمد عليها الباحثون للتواصل والحصول على الاخبار والمعلومات وممارسة حرية الرأي والتعبير. كما اكدت الدراسة على ان شبكات التواصل الاجتماعي أسهمت في تطوير أدوات التواصل والتفاعل بين افراد المجتمع، وافرزت نوع جديد من الاعلام يُعرف بالاعلام الجديد.

ملخص الدراسات السابقة

وبعد هذا الاستعراض للدراسات السابقة، سيتم استخلاص الدراسات مع التحليل الجزئي لنقاط الالتقاء والاختلاف بين الدراسات السابقة:

احتوت دراسة كل من لوراء، وكابلن، على العديد من ملامح الاخطار المستقبلية للمنظمات الإرهابية مستغلة الانفتاح الكبير والتطور التكنولوجي لوسائل الانترنت ومنها وسائل التواصل الاجتماعي، وركزت الدراسات على الاستخدامات المتوقعة من قبل المنظمات الإرهابية

⁷⁴⁴ - صالح، مروة زين العابدين (2016) "الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية عبر الانترنت " مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، الطبعة الأولى.

⁷⁴⁵ -فري، كابلن، (2016)، كتاب ارض الظلام: التاريخ السري للحرب السيبرانية، (*Dark Territory, the secret history of cyber war*)، الرابط

لملخص الكتاب على موقع اليوتيوب: <https://www.youtube.com/watch?v=PvvPmM3cHZ4>

⁷⁴⁶ - الرشيد، هلال بن علي (2014)، " استخدامات طلبة جامعة السلطان قابوس لشبكات التواصل الاجتماعي الالكترونية والإشباع المتحققة " رسالة ماجستير تخصص صحافة غير منشورة مقدمة الى كلية الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة السلطان قابوس، سلطنة عمان.

للمجال السيبراني، ومن بينها استخدام الشبكات العنكبوتية كمنصات إعلامية لبث المخططات والايديولوجيا الارهابية، وشراء التعاطف، بث الفتن والطائفية، والتي تؤثر على المجتمع الخليجي بحكم الانتشار المكثف للهواتف النقالة، وقوة شبكات الاتصالات في المنطقة وخاصة الخليجية. ونلاحظ انه من المتوقع وبحسب فرضية البحث (إذا لم يكن هناك قانون موحد للدول العربية من خلال اتفاقية تؤطر قانون الاعلام بمختلف انواعه، فان استغلال تلك التقنيات المعلوماتية من قبل الافراد والمنظمات قد تهدد حرية الافراد في المجتمع من جهة وتهدد كيان الدولة واستقرارها من جهة اخرى).

اما دراسة المصمودي فان الدراسة أعلاه أعطت معلومات عن دور الاعلام الجديد رغم قدم الدراسة ومع انها واكبت متغيرات التطور التقني، لكنها لم تتضمن تحديد الإطار القانوني المناسب في تشريعات وقوانين الدول العربية.

في دراسة صالح (2016) ركزت الباحثة على جانب تقني بإطار قانوني ولم تأخذ نماذج من قوانين عربية فيما يخص الإطار القانوني لوسائل التواصل الاجتماعي، أي اخذ جانب واحد هو البيانات الشخصية فقط.

ولم تتناول دراسة الرشيد (2014) أي جانب قانوني يهم شبكات التواصل الاجتماعي واليات اشتغالها وتأثيراتها على الطلبة باعتبارهم جزء من المجتمع. ابانت الدراسات السابقة عن جهد كبير لمؤلفيها حيث اتباع طرح الإشكالية واتباع المنهجية البحثية للوصول الى النتائج المتوخاة من الدراسة.

خاتمة فصل الدراسات السابقة

تطرقت الدراسات السابقة الى العديد من المحاور والتي تم الاستفادة منها في التحليل والمقارنة والربط بين الأفكار وتحليلها لإيجاد الحلول لمشكلة البحث، حيث ان تلك الدراسات توافقت ومحاور البحث اتفاقا واختلافا مما يعزز قدرة الاستفادة منها، هذا بالإضافة الى ان الدراسة ستتطرق بشي من التفصيل الى المحاور التي لم يتم تغطيتها، او ان بعض التشريعات القانونية تكون مفتوحة فتم توجيه التحليل النقدي لها.

الفصل الثالث: منهجية الدراسة وإجراءاتها

تمهيد يعد البحث من أحد حقول العلوم الإنسانية، ويشمل هذا الفصل على التعريف بطريقة البحث والمنهاج المستخدم، مع التطرق الى أدوات جمع المعلومات.

منهجية الدراسة

في دراسة هذا الموضوع تم اعتماد المنهاج الوصفي التحليلي المقارن، لبعض التشريعات القانونية وتحليلها مع التطرق إلى المنهج التاريخي لبيان نشأة وتطور القوانين في الدول العربية حول حرية الاعلام. يعود السبب في هذا الاختيار إلى أن موضوع البحث هو من الموضوعات المهمة حاضراً ومستقبلاً.

أدوات جمع وتحليل البيانات

- تحليل الدراسات السابقة، الكتب، والمقالات العلمية، والوثائق.
- تحليل بعض النصوص القانونية للتشريعات العربية حول حرية الاعلام وفيما يخص وسائل التواصل الاجتماعي.

مجتمع وعينة الدراسة

عينة الدراسة ستشمل بعض التشريعات القانونية (الدساتير) لدول معينة. اخذت للاعتبارات حجم ودور تلك الدول وتأثيرها في المجتمع العربي. وهو السبب الرئيسي للاختيار العينة.

الجوانب الأخلاقية

سيتم توثيق جميع المعلومات التي استخدمت من البحوث السابقة بطريقة علمية، ومراعاة ضوابط الاقتباس وتوثيقها في قائمة المراجع.

خاتمة الفصل الثالث، (منهجية الدراسة وإجراءاتها)

يعتبر البحث من حقول العلوم الإنسانية لذا فهو يعتمد بشكل رئيسي على المنهج الوصفي التحليلي، ويستخدم التشريعات والقوانين كنصوص إجرائية وكأدوات لجمع البيانات. اما مجتمع وعينة الدراسة ستكون من المجتمع العربي والخليجي وسلطنة عمان كنموذج.

الفصل الرابع: عرض نتائج البحث ومناقشتها

تمهيد:

يتناول هذا الفصل تفسير النتائج التي تم الحصول عليها، من خلال بعض التشريعات والقوانين، والوثائق، والتحليل والربط بين الأفكار للدراسات السابقة، مع التركيز على المعلومات التي سوف تثري البحث مع التعليل والمقارنة بينها في محاوله للوصول إلى تفسيراً لمشكلة البحث وتحليل فرضيات الدراسة، والخروج بجملة من الاستنتاجات والتوصيات. ومن اجل تحقيق اهداف البحث تم تقسيم البحث الى مبحثين وكل مبحث قسم الى ثلاثة مطالب رئيسة كما يلي:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لوسائل الاعلام وشبكات التواصل الاجتماعي في المجتمع العربي.

لم تكن تشريعات وقوانين الاعلام والصحافة واضحة الى غاية صدور الإعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948، وفي نشاطات منظمة اليونسكو، او الاتفاقية الدولية لسنة 1953، حول حق الرد ومشروع اتفاقية حرية الاعلام، أي لا يوجد نص صريح قبل ذلك يؤكد على حرية الاعلام والصحافة، وتعتبر الولايات المتحدة الامريكية لها الاسبقية في سن التشريعات القانونية المتعلقة بتقنية المعلومات، ومنها قانون حماية الحاسوب سنة 1984⁷⁴⁷.

تناول هذا المبحث التشريعات القانونية الدستورية لبعض الدول العربية (المطلب الأول) كنماذج كون البحث لا يتسع لحجم كل الدساتير والقوانين لتلك الدول. ثم التشريعات والقوانين في بعض دول المغرب العربي كتونس والجزائر والمغرب (المطلب الثاني)، وفي (المطلب الثالث) تناول التشريعات والقوانين في دول مجلس التعاون الخليجي (الكويت والامارات).

المطلب الأول: التشريعات العربية الدستورية والقانونية حول حرية الاعلام.

بقدر ما تنص قوانين الدول ودساتيرها على حرية الرأي والتعبير طبقاً للتشريعات والقوانين والمواثيق الدولية، ومنها الإعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عن الأمم المتحدة 10 ديسمبر 1948، والعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية لعام 1966. كما نصت عليها المادة

⁷⁴⁷ - صالح، مروة (2016) مرجع سابق، ص 421.

19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁷⁴⁸ (لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية). وبقدر ضرورة الالتزام بعدم مخالفة القواعد القانونية التي تمس أمن الدولة وحرية الأفراد الشخصية. فقد نصت غالبية دساتير وقوانين الدول العربية واحتوت على هذا النص، ووضعت في قانون العقوبات "قانون الجزاء" عقوبات لكل من ينتهك تلك الحقوق. وهنا سأضع لمحة عن بعض التشريعات والقوانين العربية حول حرية الإعلام وحرية الرأي والتعبير بمختلف وسائل الإعلام ومنها وسائل التواصل الاجتماعي.

القانون المصري:

- في دستور مصر لسنة 2014⁷⁴⁹ وفي باب الحريات العامة نصت المادة 57: "وللحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس. وللمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها، أو الاطلاع عليها، أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محددة،"

نص القانون المصري في المادة (65) منه على (لكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر). أما المادة (70) منه فنصت على أن (حرية الصحافة والطباعة والنشر الورقي والمرئي والمسموع والإلكتروني مكفولة).

القانون العراقي:

نص الدستور العراقي الدائم الصادر عام 2005⁷⁵⁰، الباب الثاني في الحقوق والحريات و في المادة (38) تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والآداب:

أولاً- حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل .

ثانياً - حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر .

كذلك ما جاء في نص المادة (40):

"حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والإلكترونية وغيرها مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها، أو الكشف عنها، إلا لضرورة قانونية وأمنية، وبقرار قضائي". أما في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل قد اعتبر بعض الجرائم التي تنشر في وسائل الإعلام. وإن مواقع التواصل الاجتماعي هي من الوسائل الإعلامية الحديثة في نشر الخبر أو المعلومة وإنما تدخل في مفهوم الوسائل الإعلامية في قانون العقوبات العراقي.

القانون السوداني:

- جاء في دستور السودان لسنة 2005⁷⁵¹، في الباب الثاني وثيقة الحقوق - حرية التعبير والإعلام وفي المادة 39 نصت في الفقرات:

⁷⁴⁸ - المطيري (2016) مرجع سابق ص116.

⁷⁴⁹ - الدستور المصري لسنة 2011.

⁷⁵⁰ - نص دستور جمهورية العراق لسنة 2005، من موقع الأمانة العامة لمجلس الوزراء العراقي الرابط

<http://www.cabinet.iq/PageViewer.aspx?id=2>

⁷⁵¹ - موقع وزارة العدل السودانية (<http://moj.gov.sd/posts/post/59>)

(1) لكل مواطن حق لا يُقيد في حرية التعبير وتلقي ونشر المعلومات والمطبوعات والوصول إلى الصحافة دون مساس بالنظام والسلامة والأخلاق العامة، وذلك وفقاً لما يحدده القانون.

(2) تكفل الدولة حرية الصحافة ووسائل الإعلام الأخرى وفقاً لما ينظمه القانون في مجتمع ديمقراطي.
(3) تلتزم كافة وسائل الإعلام بأخلاق المهنة وعدم إثارة الكراهية الدينية أو العرقية أو العنصرية أو الثقافية أو الدعوة للعنف أو الحرب حرية التجمع والتنظيم.

- اما القانون حول جرائم المعلوماتية ونظم ووسائط وشبكات المعلومات لسنة 2007، فقد جاء بالمادة (4) دخول المواقع وأنظمة المعلومات المملوكة للغير⁷⁵². ونصت على (كل من يدخل موقعاً أو نظام معلومات دون أن يكون مصرحاً له ويقوم:

أ- بالاطلاع عليه أو نسخه يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سنتين أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً.
ب- بإلغاء بيانات أو معلومات ملكاً للغير أو حذفها أو تدميرها أو افشائها أو إتلافها أو تغييرها أو إعادة نشرها أو تغيير تصاميم الموقع أو إلقائه أو شغل عنوانه، يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز أربع سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً.

كما أن الحياة الشخصية أخذت حظها من الحماية في القوانين الجنائية السوداني، فقد نصت المادة 166 من القانون الجنائي السوداني 1991م على الآتي: (من ينتهك خصوصية شخص بأن يطلع عليه في بيته دون إذنه أو يقوم دون وجه حق مشروع بالتصنت عليه أو بالاطلاع على رسائله أو اسراره يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز ستة أشهر أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً).

المطلب الثاني: التشريعات وقوانين الاعلام في دول المغرب العربي.

يعد القانون الفرنسي من اول القوانين التي اعتنت بجرائم التي تقع بواسطة الاعلام والصحافة وصدر قانون الصحافة الفرنسي بتاريخ 29 تموز/ يوليو 1881، الذي تطور الى قانون الاتصالات السمعية والبصرية في 29 تموز/ يوليو 1982 والمعدل بالقانون الصادر في 30 أيلول/ سبتمبر 1986، الخاص بحرية الاتصالات السمعية والبصرية، المطيري(2016)⁷⁵³. لذا فالسمة الغالبة لتشريعات وقوانين دول المغرب العربي حول قانون الاعلام هو تأثرها بقانون الاعلام والصحافة الفرنسي بحكم الاستعمار لتلك الدول ابان استعمارها من فرنسا، فجل القوانين (الجزائر 1830) و (تونس 1881) و (المغرب 1912) يلاحظ عليها التشابه في نصوص تلك القوانين⁷⁵⁴.

وعند استقلالها (المغرب 1956) و (تونس 1956) و (الجزائر 1962) الغت التشريعات الاستعمارية، ومن بينها قانون الاعلام والاتصال، قامت حكوماتها بوضع تشريعات جديدة منها (القانون المغربي في 15/11/1958) و (التشريع التونسي في 9/2/1956) اما (التشريع الجزائري فمر بمرحلتين الأولى (قانون 1962 ثم قانون 1973). وستتطرق عن تلك التشريعات والقوانين تباعاً:

⁷⁵² - قسم، إبراهيم (2013) شرح قانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة 2007 مقارناً بالقانون السعودي والاماراتي " دراسة منشورة على مدونة المؤلف الرابط http://ibrahimtahaa.blogspot.com/2013/07/2007_26.html.

⁷⁵³ - المطيري، فارس مناحي سعود (2016) "المسؤولية الجزائية عن جرائم النشر في التشريع الكويتي" مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3، ص 117.

⁷⁵⁴ - كريمي، علي " قوانين الاعلام المكتوب في دول المغرب العربي الواقع والتحديات " منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة، الرباط، المغرب 2011، ص 33.

أولاً: المملكة المغربية:

لعبت الظروف السياسية دوراً بارزاً في تقييد حرية الاعلام والتعبير، جراء الصراع بين الأحزاب والحركات السياسية والأنظمة الحاكمة، مثلاً (حالة المغرب في حكومة عبدالله إبراهيم "1958-1960) وحالة الاستثناء في المحاولتين الانقلابية الأولى 1971 والثانية 1972، واحداث 3 مارس 1973)⁷⁵⁵. على الرغم من صدور قانون الاعلام والتشريعات الخاصة بحرية الراي والتعبير المنصوص عليها في دستور الدولة 1972، ثم في عام 1975 كانت بداية قوية لتنظيم الاعلام في اتجاه التعددية، في سنة 2005 تم تحرير القطاع السمعي البصري بموجب قانون رقم 77.03 لسنة 2005، وفي ظل أجواء ثورات الربيع العربي صدر دستور المملكة المغربية بتاريخ 29 تموز /يوليو 2011 الذي نص في الباب الثاني الفصل 25 على ان (حرية الفكر والراي والتعبير مكفولة بكل اشكالها) وكذلك (حرية الابداع والنشر والعرض في مجالات الابداع الادبي والفني والبحث العلمي والتقني مضمونة)⁷⁵⁶. وكل المواد (26-27-28) من الفصل نفسه. التي ضمنت الحقوق حرية الراي والتعبير للأفراد والمجتمع.

ثانياً/ الجزائر:

حيث تم وضع قانون الاعلام سنة 1982، والضي يمنع على غير الدولة والحزب اصدار الصحف الإخبارية، بعد ان بمراحل تاريخية منذ الاستقلال فصدر قانون 1967 الذي يحدد نظام الصحافة المكتوبة، ثم النظام الأساسي للمهنة الصحفية سنة 1968 وبعده نظام النشر وحقوق المؤلف سنة 1973. ونص القانون الجنائي الجزائري حول حرية الاعلام والراي والتعبير في المادة (298) والمادة (299) على ان (المساس بشرف الأشخاص والى التحقير والتشهير، وخاصة الى السب والقذف، لكنه لم يحدد ذلك عن طريق الصحافة، وهو ما أكدته دستور عام 1989 عليه، ثم صدر قانون الاعلام في 3 فبراير 1990 تلاه دستور 1996 المعدل)⁷⁵⁷.

ثالثاً/ تونس:

في تونس صدر قانون الصحافة كمرسوم بتاريخ 9 فبراير 1956، الذي جاء متأثراً بالتشريع الفرنسي حيث نص في مادته الاولى على (حرية الصحافة والنشر)، وفي المادة (45) منه الغت مراسيم قانونية قيدت الصحافة المكتوبة في تونس فأصبحت صحافة غير ناطقة ومنها المرسوم 6 اب/اغسطس 1936، ومرسوم 15 أيلول/سبتمبر 1939، ومرسوم 9 اب/اغسطس 1944، ومرسوم 4 يناير 1945. وصدرت تشريعات متعاقبة منها قانون 1988 وقانون 1991، وقانون 1993. التي وضعت إطار قانوني لحرية الاعلام ووسائله المختلفة.

المطلب الثالث: التشريعات وقوانين الاعلام في دول مجلس التعاون الخليجي.

ان مواكبة القانون للتطورات التكنولوجية الحديثة له الأهمية الكبرى في تقليل مخاطر جرائم المعلوماتية والحد من تلك الجرائم، وقد شكل مؤتمر مكافحة الجرائم الالكترونية لدول مجلس التعاون الخليجي، المنعقد في أبو ظبي بتاريخ 18 حزيران/ يونيو 2007، منعطفاً كبيراً وخطوة هامة في ذلك، ارويحن (2013)⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ - كريمي، علي، المرجع السابق ص 36.

⁷⁵⁶ - العماري، زكريا "دستور المملكة المغربية 201" منشورات المركز الوطني للدراسات والعلوم القانونية، دار الفكر العربي، الرباط، المغرب 2011.ص33.

⁷⁵⁷ - كريمي علي المرجع السابق ص 37.

⁷⁵⁸ - ارويحن، عبدالرفيع (2013) "مكافحة جرائم اللكترونية، قراءة في مؤتمر أبو ظبي لدول مجلس التعاون الخليجي" مجلة قانون واعمال، المغرب العدد 3، ص61.

وقد تناول المؤتمر أنواع الجرائم الالكترونية ونستعرض البعض منها وهي :-

1- جرائم الأموال: وما يترتب عنها.

2- الجرائم السياسية: ويمكن تحديد اهم النقاط الخاصة بها وهي:

- أ- نشر أفكار وايدولوجيات تدعو للإرهاب والتعدي للسلطة الشرعية ومقاومتها للإطاحة بها.
- ب- التواصل عبر الانترنت واستعمال الرسائل المشفرة للتنسيق بين الجماعات الإرهابية واعداد العمليات الاجرامية.
- ت- التحريض على الكراهية والتعصب الديني والشتائم العنصرية.
- ث- نشر معلومات عن التطرف واستعمال العنف المنظم.

3-جرائم المعلوماتية: ومنها:

- أ- الاطلاع عبر الانترنت على المعطيات السرية للأشخاص او اقتحام بنك المعلومات الفردي.
- ب- القرصنة للبرمجيات واستخدام شبكة الانترنت بدون أداء او اذن مخول.
- ت- الهجوم على المواقع الالكترونية عبر الفيروسات.
- 4-جرائم ضد الأشخاص: ومنها:
- أ- نشر مقاطع ومشاهد او صور دون وجه حق كالتهديد بالقتل او التخويف والابتزاز.
- ب- التحريض على الدعارة (البغاء) او نشر صور عنف.
- ت- استغلال الأطفال والتغريض بهم لغرض الاعتداء الجنسي.
- ث- الترويج للمخدرات او نشر طرق ووصفات الانتحار واستعمال العنف.

وسنعالج موضوع التشريعات القانونية في دول مجلس التعاون الخليجي عبر القانون الكويتي والقانون الاماراتي كونهما نموذجاً،
الأول لقدمه في منطقة الخليج والثاني لحدثه.

أولاً/ القانون الكويتي: جاء في الدستور الكويتي الصادر بتاريخ 1961 من الباب الثالث (الحقوق والواجبات العامة) في نص المادة 36 (حرية الرأي والبحث العلمي مكفولة، ولكل انسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو غيرهما، وذلك وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون)⁷⁵⁹.

اما المادة (37) منه فنصت على ان (حرية الصحافة والطباعة والنشر مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون)⁷⁶⁰.

ثم صدر قانون المطبوعات والنشر الجديد رقم 3 لسنة 2006، حيث جاء في نص المادة الأولى منه نفس نص المادة 37 من الدستور أعلاه. ويعتبر قانون المطبوعات والنشر الكويتي رقم 3 الصادر لسنة 1961 أقدم قانون في دول الخليج⁷⁶¹. يقابل ذلك ان المشرع الكويتي

⁷⁵⁹ - القانون رقم 1 لسنة 1962 الخاص بالنظام الأساسي للحكم في الكويت (الدستور الكويتي) الرابط www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/kw/kw004ar.pdf

⁷⁶⁰ - نظام الحكم في دولة الكويت، البوابة الرسمية لدولة الكويت الرابط <https://www.e.gov.kw/sites/KGOArabic/Pages/HomePage.aspx>

⁷⁶¹ - المطيري (2016) المرجع السابق ص123.

أوجب ان تكون ممارسة حرية التعبير عن الرأي وفقاً للشروط التي أقرها قانون الجزاء الكويتي الصادر في سنة 1970، ومن هذه الشروط الا ان ينطوي النشر على أفعال القذف والسب والاهانة، اذ جرمت المواد (210-212) من قانون الجزاء هذه الأفعال، كما يشترط الا ينطوي النشر ما من شأنه ان يחדش الآداب العامة او يمس كرامة الأشخاص وحرّياتهم وفقاً للقانون رقم 3 لسنة 2006. ويمثل القانون الكويتي تحدياً في الوقت الحاضر لما يمثله من حراك داخل قبة مجلس الامة الكويتي بين تيارات أعضاء المجلس المختلفة حول مسألة حقوق الاعلام وحرية الرأي والتعبير.

ثانياً/ القانون الاماراتي:

صدر الدستور بتاريخ 2 ديسمبر 1971 بصورة مؤقتة وأقر بصورة دائمة في مايو 1996. وجاء في الباب الثالث منه حول الحقوق والحريات الواجبات والعامة ونصت المادة 30: من الدستور على ان (حرية الرأي والتعبير عنه بالقول والكتابة، وسائر وسائل التعبير مكفولة في حدود القانون). وجاء في المادة (31) ان (حرية المراسلات البريدية والبرقية وغيرها من وسائل الاتصال وسريتها مكفولة وفقاً للقانون)⁷⁶². ويتناول القانون الجنائي الإماراتي (قانون العقوبات او الجزاء) رقم 3 لسنة 2007م وفقاً لآخر التعديلات بالقانون رقم 34 لسنة 2005م وبالقانون رقم 52 لسنة 2006م.

ينص القانون الاتحادي رقم 2 الذي صدر في يوليو/تموز عام 2015، قد شدد على العقوبات بخصوص حرية الاعلام وحرية الرأي والتعبير بشكل غير واضح فجاءت العقوبة ب 5 سنوات على الأقل في السجن كعقوبة لأي شخص يرتكب عملاً قد يحرض على أي شكل من أشكال التمييز باستخدام أي وسيلة. والمادة 3 من القانون تقول إنه لا يمكن التذرع بحرية التعبير في الدفاع في القضايا المتعلقة بالأفعال أو البيانات بهدف "التحريض على ازدياد الأديان أو المساس بها".

اما قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 5 لسنة 2012، لم ينص صراحة على حرية الاعلام وحرية الرأي والتعبير، الا انه في المادة (10) منه التي نصت على تجريم المساس بشبكات المعلوماتية او الأنظمة المعلوماتية من ادخال الفيروسات، وعاقب الفاعل على ذلك بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم اماراتي، ولا تتجاوز ثلاثة مليون درهم اماراتي، التهامي⁷⁶³ (2016).

المبحث الثاني: الإجراءات والضوابط القانونية لسلطنة عمان في مكافحة انتهاكات وسائل التواصل الاجتماعي للحقوق

والحريات.

نتناول في هذا المبحث اهم التشريعات القانونية بسلطنة عمان وتم تقسيم المبحث الى ثلاث محاور ركز (المطلب الأول) على اهم التشريعات الدستورية في النظام الأساسي لسلطنة عمان، وفي (المطلب الثاني) تناول الابعاد القانونية لشبكات التواصل الاجتماعي في القوانين العمانية، اما (المطلب الثالث) فتناول اهم الإجراءات ومظاهر تجريم انتهاكات وسائل التواصل الاجتماعي بسلطنة عمان.

⁷⁶² - دستور الامارات العربية المتحدة (المجلس الوطني الاتحادي) موقع رابط

<https://www.almajles.gov.ae/AboutTheFNC/ConstitutionandSystems/Pages/Constitution.aspx>

⁷⁶³ - التهامي، سامح عبدالواحد (2016) " المسؤولية المدنية عن حرية النظم المعلوماتية عبر الانترنت " مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3، ص384.

المطلب الأول: التشريعات القانونية والدستورية للإعلام في سلطنة عمان.

تعتبر الدولة القانونية السمة الأولى للمجتمعات المعاصرة، التي يتم فيها تنظيم العلاقات والروابط بين أفرادها الذين ارتضوا العيش المشترك في ظل نظام قانوني يحقق الحق والعدالة. ويهدف الى تحقيق المصالح العامة والاهداف الجماعية والغايات المشتركة التي غايتها الرئيسية تحقيق اهداف المجتمع والحفاظ على امنه واستقراره افرادا وجماعات ومؤسسات، البوسعيدى (2008)⁷⁶⁴.

لان الدولة العصرية هي التي تجعل من حكم القانون أساسا لتقدمها وتطورها وتنمية المجتمع فيها، من خلال صيانة الحقوق والحريات الإنسانية، وتكريس قيم العدالة والمساواة وتكافل الفرص بين الافراد داخل المجتمع، الرشيد (2014)⁷⁶⁵. لذا فسلطنة عُمان عندما شرعت وسنت القوانين التي تنظم سير عمل الهيئات والمنظمات والمؤسسات المختلفة سواء ما تعلق منها في هيئة تقنية المعلومات او قانون مكافحة الإرهاب وغيرها، كان هدفها تنظيم المجتمع وتحقيق العدالة. تشير الدراسات الى ان اول تنظيم قضائي في السلطنة بدأ في عام 1920، حيث تم انشاء محكمتين تجارية ومدنية عدلية في كل من مسقط ومطرح، الا ان التطور الفعلي للقضاء في عُمان بدأ عام 1970، وفي عام 1996 توج النظام القضائي بصور النظام الأساسي للدولة (الدستور) وفق المرسوم السلطاني 101/96، الشكيلي (2006)⁷⁶⁶.

وفي عام 1999 توالى صدور العديد من التشريعات والقوانين التي تتعلق بالنظام القضائي في السلطنة، النعماني (2009)⁷⁶⁷، من بينها قوانين السلطة القضائية المرسوم السلطاني 90/99، والادعاء العام المرسوم السلطاني 92/99، ومحكمة القضاء الإداري المرسوم السلطاني 99/91، وقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المرسوم السلطاني 2011/12، قانون الجزاء العماني 7/74، قانون المعاملات المدنية المرسوم السلطاني (2013/29)، قانون الإجراءات الجزائية المرسوم السلطاني 97/99، وغيرها.

وفي كل القوانين اعلاه فان القواعد القانونية الدستورية للنظام الأساسي للسلطنة يسمو ويعلو على كل الاعمال القانونية الأخرى في الدولة، البوسعيدى (2008)⁷⁶⁸. وفي عام 1999 توالى صدور العديد من التشريعات والقوانين التي تتعلق بالنظام القضائي في السلطنة، الشكيلي (2006)⁷⁶⁹. واكد جلاله السلطان قابوس في خطابه بمناسبة العيد الوطني السابع والعشرين بتاريخ 18 نوفمبر 1997، على ان هذا النظام (يراعي الشرعية الدولية والالتزام بالمعاهدات والقوانين، وكل ذلك من شأنه ان يؤدي الى مزيد من التفاهم الواعي والتعاون البناء من اجل استقرار الامن والسلام وحيوع الطمأنينة والرخاء).

لقد حددت المادة (29) من النظام الأساسي للسلطنة الاطار القانوني لحرية التعبير ووسائل التعبير الأخرى وكذلك حرية وسائل الاتصال المختلفة، وحرية الصحافة والطباعة والنشر، بما لا يمس امن المواطن والدولة⁷⁷⁰.

⁷⁶⁴ - البوسعيدى، طارق بن هلال "2008" "تنظيم الرقابة الدستورية في سلطنة عمان، دراسة مقارنة" كلية الحقوق جامعة السلطان قابوس، ص299.

⁷⁶⁵ - الرشيد، سامي (2014) مصدر سابق.

⁷⁶⁶ - الشكيلي، سالم بن سلمان (2006)، "الوسيط في شرح النظام الأساسي العماني"، دار أجيال، مسقط سلطنة عمان، 2006، ص69.

⁷⁶⁷ - النعماني، حمد بن محمد بن راشد (2009) "الادعاء العام في سلطنة عمان وأثره في تحقيق العدالة الجنائية" رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، العربية السعودية، ص29.

⁷⁶⁸ - البوسعيدى، طارق بن هلال (2008) المرجع السابق ص5.

⁷⁶⁹ - الشكيلي، المرجع السابق ص69.

⁷⁷⁰ - النظام الأساسي لسلطنة عمان الصادر بالمرسوم السلطاني 101/1996.

حيث نصت المادة (29) منه على (حرية الرأي والتعبير عنه بالقول والكتابة وسائر وسائل التعبير مكفولة في حدود القانون).

اما المادة (30) من النظام الأساسي فقد نصت على (حرية المراسلات البريدية والبرقية والمخاطبات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال مصونة وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبتها أو تفتيشها أو إفشاء سريتها أو تأخيرها أو مصادرتها إلا في الحالات التي يبينها القانون وبالإجراءات المنصوص عليها فيه). أي أن المشرع العماني اعطى حرية للإفراد في ممارسة حياتهم الخاصة وانشطتهم الشخصية "المراسلات والاتصالات" تكون مصونة ومحفوظة، إلا أنه وضع قيوداً على تلك الحقوق عندما تتعارض مع القانون من خلال سوء استخدام الافراد لتلك الحقوق التي تهدد المجتمع وأمن الدولة وهو هنا يضمن سلامة المجتمع والدولة معاً.

كما نصت المادة (31) على (أن حرية الصحافة والطباعة والنشر مكفولة وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون). يتضح من المادة أعلاه أن التشريع أتاح للإفراد والمؤسسات الإعلامية العمل بكل حرية دون المساس بحرية الافراد الشخصية وأمن الدولة وبما لا يتعارض مع القوانين الأخرى.

المطلب الثاني: الأبعاد القانونية لشبكات التواصل الاجتماعي بسلطنة عمان.

يتمثل البعد القانوني من خلال العلاقة بين شبكات التواصل الاجتماعي المختلفة والقواعد القانونية التي هي علاقات تبادلية، حيث فرضت التطورات التكنولوجية المختلفة مواكبة التشريعات القانونية لها. لكن تكمن المشكلة في بعض جرائم تقنية المعلومات الخاصة بوسائل التواصل الاجتماعي مثلاً أنها تكون لأشخاص بأسماء وهمية مستعارة غير حقيقية، يصعب تحديد هوية مرتكبي تلك الجرائم. وربما تكون تلك الجرائم بين افراد من دول مختلفة لذا يقتضي تفعيل التعاون الدولي المشترك لمكافحتها، مختار (2015)⁷⁷¹.

يتطلب التعامل مع الجرائم الالكترونية وفق النصوص التشريعية والقانونية وكذلك تعزيز الوعي المعلوماتي لدى الافراد والمؤسسات، من خلال تأهيل الكوادر الوطنية، وبناء القدرات في كيفية التعامل مع الجريمة الالكترونية، وبالتعاون مع الأطراف الإقليمية والدولية، البداية (2013)⁷⁷². كما أن محاربة الشائعات التي تنشر على وسائل الاعلام ومنها شبكات التواصل الاجتماعي، و التوعية بالسياسات واللوائح المنظمة للاستخدامات شبكات التواصل الاجتماعي للمؤسسات العامة والخاصة للفرد⁷⁷³، لها دور بارز في حفظ حقوق الافراد وحماية الدولة من أي خلل قد يصيبهما. ولكل جريمة مقدمات أو بوادر للحدوث، ومن بوادر الابتزاز الإلكتروني يتم عبر اغراء الأشخاص بالعلاقات الودية وتبادل الصور ومقاطع الفيديو بعدها يتم تهديدهم وابتزازهم وذلك بنشر تلك الصور ومقاطع الفيديو الخاصة بهم⁷⁷⁴.

المطلب الثالث: الإجراءات القانونية لمكافحة جرائم الالكترونية بسلطنة عمان (مظاهر تجريم انتهاكات وسائل التواصل الاجتماعي في القوانين العمانية).

مع الزيادة في استخدام التكنولوجيا وتطور تقنيات التواصل الاجتماعي وما لها من تأثير على الافراد من خلال البيانات الشخصية المتداولة على الانترنت سواء الإعلامية منها أو الصحفية أو شبكات التواصل الاجتماعي والتي يتطلب لها الحماية القانونية من خلال

⁷⁷¹ - مختار، محمد (2015) "هل يمكن تجنب الدول مخاطر الهجمات الالكترونية" دار المعرفة القاهرة، ص.6.

⁷⁷² - البداينة، ذياب (2013) "الأمن وحرب المعلومات" دار الشروق، عمان الأردن، ص.26.

⁷⁷³ - الرشيد، هلال (2014) مصدر سابق، ص.71.

⁷⁷⁴ - حسين بن علي بن سالم السناني / رئيس اعدام عام (الابتزاز الإلكتروني وأثره على المجتمع) محاضرة من موقع وزارة الشؤون القانونية /

الرابط <http://www.mola.gov.om/newseventsdetails.aspx?#88>

التشريعات والقوانين، صالح (2016)⁷⁷⁵، واستطاعت سلطنة عمان من اصدار قوانين مهمة تنظم سير تلك الوسائل ووضعت قوانين جزائية لكل من يخالف القواعد القانونية مستغلا فسحة الحرية.

أصدر الادعاء العام بسلطنة عمان بيانا، الحارثي (٢٠١٤)، يؤكد فيه العمل على مراعاة حقوق الإعلاميين والكتاب والمبدعين والصحفيين، وحرية التعبير من ناحية، وما يقتضيه الحفاظ على المقومات الأساسية للمجتمع من ناحية أخرى، وجاء في نص البيان ما يلي (لقد تلاحظ الادعاء العام في الآونة الأخيرة تزايد وتيرة الكتابات المسيئة والدعوات التحريضية التي تصدر من بعض الأشخاص بحجة حرية التعبير عن الراي. في حين أن ذلك يمثل اعتداءً صارخاً على حرمة الحياة الخاصة للأفراد والتعدي عليهم بالسب والقذف، سواء كان ذلك في شخوصهم أو بمناسبة وظائفهم، ومع تنامي إطلاق الشائعات والتحريض على القيام بتصرفات سلبية تضر في نهاية المطاف بالوطن والمواطنين والمصالح الوطنية وفي الوقت الذي تعد فيه مثل هذه الأقوال والأفعال خروجاً على التعاليم الدينية الرفيعة والأعراف العريقة والأخلاق النبيلة التي تأصلت في المجتمع العماني. وترى عليها أبنائه فأنها تشكل وقائع تتنافى مع النظام العام والآداب. كما أنها مجرمة قانوناً أياً كانت الوسيلة التي تستخدم لهذا الغرض، مرئية كانت أو مقروءة أو مسموعة أو عبر وسائل الاتصالات وتقنية المعلومات، بما فيها المنتديات الإلكترونية ومواقع التواصل الاجتماعي). لذا حذر الادعاء العام على ضوء ذلك كافة المواطنين والمقيمين، أنه سيتخذ كافة الإجراءات القانونية المناسبة ضد من يقوم بمثل تلك الأقوال والأفعال، أو يروجها، أو يساعد عليها.

صدرت العديد من القوانين بهذا الصدد حيث وضع المشرع العماني عقوبات جزائية لكل مخالف يرتكب جرماً من جراء استخدامه للإنترنت وجميع الوسائل المتعلقة به، ومنها:

1- قانون تقنية المعلومات والجرائم الالكترونية المرسوم السلطاني 2001/12:

فقد نص الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم (12/2011) حيث نصت المادة (16) منه على (يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف ريال عماني ولا تزيد على خمسة آلاف ريال عماني كل من استخدم الشبكة العنكبوتية او وسائل تقنية المعلومات كالهواتف النقالة المزودة باله تصوير في الاعتداء...) المرسوم السلطاني (12/2011)⁷⁷⁶.

يلاحظ على المادة أعلاه انها جرمت من يقوم بنشر صور الآخرين دون تخويل مسبق في مواقع التواصل الاجتماعي عبر (الفيديو بوك او الواتساب، وتويتر والانسيتجرام وغيرها...).

2- قانون تنظيم الاتصالات المرسوم السلطاني رقم 2002/30:

فهو يجرم كل شخص يقوم بإرسال رسالة، بأي وسيلة من وسائل الاتصالات، تكون مخالفة للنظام العام او الآداب العامة او تسبب في الإضرار بسلامة أي شخص⁷⁷⁷. كما نصت عليه المادة (61) منه. اذ تنص العقوبة للمخالف لنص هذه المادة بالسجن مدة لا تزيد على سنة، وبغرامة لا تزيد على ألف ريال عماني او بإحدى هاتين العقوبتين. وقد تم تعديله بصور المرسوم السلطاني رقم 2008/59، حيث إعادة المادة أعلاه بعد ان حذفها ي رقم 2007/64. حيث نصت المادة بعد التعديل بنفس العقوبة أعلاه على فقرات ثلاث:

⁷⁷⁵ - صالح، مروءة زين العابدين، مرجع سابق ص13.

⁷⁷⁶ - قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم (12/2011).

⁷⁷⁷ - قانون تنظيم الاتصالات الصادر بالمرسوم السلطاني 2002/30 (المعدل بموجب المرسوم السلطاني 2007/64).

أولاً/ كل من يستخدم نظام أو أجهزة أو وسائل الاتصالات بقصد توجيه رسالة مع علمه بأنها غير صحيحة أو بأنها تتسبب في الإضرار بسلامة أي شخص أو بكفاءة أي خدمة.

ثانياً/ كل من يستخدم أجهزة أو وسائل الاتصالات في غير الحالات المصرح بها من الهيئة أو في حالات تأدية مهام وظيفية لدى المرخص له بقصد:

أ - الحصول على معلومات عن مضمون الرسالة أو عن مرسلها أو المرسل إليه إذا كان من يستخدم هذه الوسائل أو تلك الأجهزة أو من ينوب عنه غير مصرح له من الهيئة - لأسباب تشغيلية - بالحصول على تلك المعلومات.
ب - إفشاء سرية أي بيانات متعلقة بمضمون الرسالة أو بمرسلها أو بالمرسل إليه تكون قد وصلت إلى علمه بسبب استخدام هذه الوسائل أو تلك الأجهزة سواء من قبله أو من قبل أي شخص آخر وذلك باستثناء الحالات التي يجوز فيها إفشاء سرية تلك البيانات بالتطبيق لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر.

وفي جميع الحالات تضاعف العقوبة في حالة التكرار.

ثالثاً/ كل من يرسل بواسطة نظام أو أجهزة أو وسائل الاتصالات رسالة مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة مع علمه بذلك. 4- كل شخص طبيعي أو معنوي صاحب موقع أو مدير له أو المشرف عليه إذا حرض أو وافق على نشر الرسائل الواردة بالبند (3) من هذه المادة عن طريق شبكة الاتصالات أو ساعد عليه بعمل إيجابي أو سلبي.

وفي نفس القانون راعى المشرع حقوق وحرريات المواطن من خلال قانون تنظيم الاتصالات حيث نصت المادة (5) (يحظر مراقبة وسائل الاتصالات ومضمونها أو تفتيشها أو إفشاء سريتها أو تأخيرها أو مصادرتها أو اعتراضها أو استغلالها إلا بإذن مسبق من المحكمة المختصة، ما لم تنطو على إخلال بالنظام العام أو الآداب العامة أو اعتداء على حقوق الآخرين وذلك مع عدم الإخلال بقانون الإجراءات الجزائية المشار إليه).

أي أن مراسلات الأفراد مصادرة ومحفوظة إلا إذا خالفت أو اخلت بالنظام العام أو الآداب العامة أو مست حقوق الآخرين بأي وسيلة.

3- قانون المطبوعات والنشر الصادر وفق المرسوم السلطاني رقم 1984/49:

أما قانون المطبوعات والنشر الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (1984/49) فقد جاء بالمادة (26) : (يحظر نشر كل ما من شأنه المساس بسلامة الدولة أو أمنها الداخلي أو الخارجي وكل ما يتعلق بالأجهزة العسكرية والأمنية وأنظمتها ولوائحها الداخلية وأية وثائق أو معلومات أو أخبار أو اتصالات رسمية سرية سواء أكان النشر من خلال وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمقروءة أو من خلال استخدام الشبكة المعلوماتية أو وسيلة من وسائل تقنية المعلومات إلا بإذن من السلطات المختصة كما يحظر نشر نصوص الاتفاقيات أو المعاهدات التي تعقدها الحكومة قبل نشرها في الجريدة الرسمية).

ونصت المادة (30) (لا يجوز نشر الأخبار أو الصور أو التعليقات التي تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد. إلا إذا كان النشر تنفيذاً لحكم قضائي أو قرار إداري تقتضيه مصلحة عامة ويكون الترخيص بالنشر بقرار من وزير الإعلام).

كما جاء بالمادة (31) منه على انه (لا يجوز نشر ما من شأنه التحريض على ارتكاب الجرائم أو إثارة البغضاء أو إشاعة الفحشاء أو بث روح الشقاق بين افراد المجتمع). وتكون عقوبتها وفق المادة (35) السجن ثلاث سنوات، المعولي (2016)⁷⁷⁸. وان دل ذلك انما يدل على ان المشرع العماني كان واضحا وصريحا في نبذ جميع اشكال التطرف والتعصب وكل ما من شأنه اثارة الفتن وتفتيتي عضد الوحدة الوطنية من خلال استغلال حرية الاعلام والرأي والتعبير ومن خلال وسائل التواصل الاجتماعي.

اما المادة (32) فنصت (الا يجوز نشر أي خبر أو مقال أو صور أو مستند يكون قد صدر فيه أمر من وزير الإعلام بعدم النشر حتى تتم إجازته من نفس المصدر).

هذه المواد القانونية واضحة وصريحة ووضع المشرع العماني عقوبات رادعة لكل من يخالف تلك القوانين. في نص المادة (36) وحيث جاء فيها (كل مخالفة الأحكام المواد من (26-34) يعاقب مرتكبها بالحبس مدة لا تتجاوز "سنتين" أو بالغرامة التي لا تتجاوز "ألفي" ريال عماني، أو بالعقوبتين معا).

4- قانون مكافحة الإرهاب المعدل الصادر وفق المرسوم السلطاني رقم 2017/8:

اما قانون مكافحة الإرهاب المعدل بالمرسوم السلطاني رقم 2017/8 فذكر في المادة (15) منه (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من:

- أ- حاز بالذات أو بالواسطة أو أحرز محررات أو مطبوعات أو تسجيلات أيا كان نوعها تتضمن ترويجا أو تحبيذاً لارتكاب احدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إذا قام بتوزيعها ام كانت معدة للتوزيع، بشتى الوسائل.
- ب- حاز أو أحرز أي وسيلة من وسائل الطبع أو التسجيل أو العلانية استعملت أو اعدت للاستعمال ولو بصفة وقتية لطبع أو تسجيل أو إذاعة شيء مما ذكر في الفقرة (أ) من هذه المادة.

5- قانون الجزاء العماني:

جاء في المادة (2) من قانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 7/74، والمعدل بالمرسوم السلطاني رقم 2001/72، على (ان الاطلاع على محتوى هاتف الغير من دون وجه حق يجعل منه مرتكبا لجريمة تصل عقوبتها للسجن مدة ستة أشهر)⁷⁷⁹.

كما جاء في نص المادة (94) منه (إذا ارتكب عدة أشخاص متحدين جنائية أو جنحة، أو كانت الجنائية أو الجنحة تتكون من عدة أفعال فأتى كل واحد منهم فعال أو أكثر من الأفعال المكونة لها، يعتبرون جميعا شركاء فيها، ويعاقب كل واحد منهم بالعقوبة المعينة لها في القانون، كما لو كان فاعلا مستقلا. وإذا حصلت الجريمة بالكلام المنقول بالوسائل الآلية أو بالنشر، فيكون صاحب الكلام أو الكتابة والناشر شريكين معا، إلا إذا أثبت الأول أن النشر دون رضاه). في هذه المادة تم تحديد الفعل الجرمي لوسيلة النشر سواء بالكلام

⁷⁷⁸ - المعولي، سعود بن صالح (2016) "الفتنة الطائفية" مجلة المجتمع والقانون منشورات الادعاء العام مسقط سلطنة عمان، العدد 4 ص29.

⁷⁷⁹ - قانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 7/74، والمعدل بالمرسوم السلطاني رقم 2001/72.

او بالكتابة بين صاحب المنشور وشخص الناشر فكلاهما مذنب في الجرم الا إذا كان صاحب المنشور قد اثبت بان النشر كان من غير رضاه فهو غير مذنب. ويأتي اجتهاد المحكمة في تقدير ذلك.

اما المادة (130) مكرر فنصت على (معاقبة كل من روج ما يثير النعرات الدينية او المذهبية، او حرض عليها، او اثار شعور الكراهية، او البغضاء بين سكان البلاد) اذ يعاقب المخالف لنص هذه المادة بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات. لذا فالمرجع العماني كان حازماً وصارماً في الية تطبيق القانون بما ضمن حقوق الافراد من جهة والحفاظ على امن المجتمع والدولة من جهة ثانية.

خاتمة الفصل الرابع

يتضح من الدراسة ان التشريعات والقوانين التي تضعها الدول في تنظيم حرية الاعلام وللأفراد والمؤسسات تكون خاضعة لمعايير هدفها حماية وصيانة حرية الافراد وكذلك حماية الدولة وامنها من أي تهديد. لان تشريع القوانين وتطبيقها هو لردع كل من تسول له نفسه انتهاك حرية الآخرين واستغلال وسائل التواصل الاجتماعي لهذا الغرض. لهذا سعت الدولة ومؤسساتها والمنظمات المهمة والمتخصصة بهذا الموضوع الى القيام بحملات توعية بين مستخدمي وسائل التواصل الاجتماعي من مخاطر الممارسات الخاطئة ووضعهم في الإطار القانوني الصحيح لأنه يؤدي بهم الى عواقب وخيمة عند الجهل بتلك القوانين.

الفصل الخامس: الخاتمة

تمهيد: توصل البحث الى العديد من الاستنتاجات والتوصيات التي يمكن ان ايجازها كالآتي:

الاستنتاجات:

خلص البحث الى بعض الاستنتاجات أهمها:

- ان اغلب التشريعات والقوانين العربية حول الاعلام بمختلف انواعه ركزت على حرية الاعلام وحق الرأي والتعبير كعناوين بارزة، وبالمقابل كانت القوانين الجزائية قد ركزت على إنزال اشد العقوبات بالمخالفين، وليس التنظيم القانوني الذي هدفه عدم المساس بالخصوصية الشخصية للأفراد واحترام حرية اراءهم.
- بعض التشريعات القانونية لم تركز على الية تنظيم الاعلام الالكتروني، الانترنت، وسائل التواصل الاجتماعي، وكيفية الوصول الى المعلومة والحقيقة اتجاه أي قضية او حادثة او ازمة معينة، ويتم التركيز على الجوانب الأمنية والاستخبارية.
- كما ان اغلب التشريعات والقوانين الدستورية للدول العربية كافة حول حرية الاعلام الضامنة لحرية الراي والتعبير غير واضحة وكافية في سد الثغرات الخاصة بحرية الاعلام.
- كما ان بعض نصوص تلك التشريعات جاءت عامة غير محددة او قد احوالت تنظيم موضوع معين مرتبط بحقوق الافراد وحيرياتهم الى قوانين تصدر لاحقاً، الامر الذي يجعل مسألة تنظيم حقوق الافراد وحيرياتهم بيد السلطة التشريعية، وربما يتم تأخير اصدار تلك القوانين او لا يتم إصدارها أصلاً فتبقى معلقة او غامضة.

التوصيات

هناك الكثير من التوصيات والتي تهتم بتحسين المجتمع، من مخاطر سوء استخدام وسائل التواصل الاجتماعي نذكر منها:

- مراعاة الخصوصية الشخصية للإفراد واحترام حرياتهم وحرية الرأي والتعبير كما نصت عليها المواثيق الدولية، مع توضيح خطورة مخالفة الضوابط القانونية لتلك الخصوصيات والحريات سواء للفرد أو الدولة.
- تدريب وتأهيل الكوادر البشرية المختلفة الأمنية منها والإعلامية ووحدات خاصة، لمراقبة البنى الأساسية للاتصالات، لتحديد المخاطر المحتملة محليا وخارجيا.
- تأهيل الأجهزة الرقابية القضائية المختلفة، والشرطة القضائية لتتمكن من القيام بواجبها في ملاحقة ومحكمة المجرمين المخالفين لتلك القواعد.
- ضرورة إعادة صياغة بعض التشريعات ووضع قوانين مفصلة واضحة غير "غامضة أو مفتوحة" ملزمة لسد الثغرات وحل جميع الإشكاليات الناتجة من العلاقة بين المؤسسات الإعلامية والسلطات التنفيذية. وتواكب التطورات المتسارعة في تكنولوجيا المعلومات، وتجزم إساءة استخدام وسائل التواصل الاجتماعي.
- صياغة قانون دولي جديد موحد خاص بالإعلام والاعلام الالكتروني ينظم اليات عمل أدوات ووسائل الاعلام الجديد يضمن حقوق الافراد والحفاظ على امن الدولة واستقرارها، ويكون قابل لكل تطور تكنولوجي زماناً ومكاناً.

الخاتمة

تناول البحث قضية مهمة حول الاطار القانوني لوسائل التواصل الاجتماعي في المجتمع العربي والخليجي عموما وسلطنة عُمان خصوصا، بسبب التطور الهائل لتلك الوسائل ودورها في نشر الخبر والمعلومة وتأثيرها على الفرد والمجتمع والدولة على حد سواء، وقد تُستغل تلك الوسائل من الافراد أو المؤسسات أو من دول معادية لغرض زعزعة الامن والاستقرار لها وبالتالي هذا بالدولة ان تضع قوانين ضابطة لها تحدد الاطار القانوني للأعلام بأنواعه والمساحة التي يمكن لها التحرك ضمنها لضمان حرية الافراد وخصوصياتهم الشخصية وعدم المساس بها من جهة، وضمان امن واستقرار الدولة وحفظ امنها القومي من التنظيمات الإرهابية مستغلة تلك الوسائل الإعلامية المختلفة من جهة ثانية، كما ان البحث توصل الى صحة الفرضيات التي طرحها.

تطرق البحث لمعالجة الموضوع الى خمسة فصول رئيسية، تناول الفصل الأول التعريف بالبحث وأهدافه، أما الفصل الثاني فتطرق الى بعض من الدراسات السابقة والتي تم الاطلاع عليها لدواعي التحليل. أما الفصل الثالث أشار الى المنهجية المستخدمة والتي غلب عليها المنهاج الوصفي التحليلي. وعرض الفصل الرابع النتائج مع التحليل لقضية الموضوع، ودرس بشي من التفصيل بعض التشريعات القانونية في الدول العربية ودول مجلس التعاون الخليجي وسلطنة عُمان، واهم الإجراءات لمكافحة الجرائم الإلكترونية خاصة في وسائل التواصل الاجتماعي. اما الفصل الخامس "الخاتمة" فسرّد الاستنتاجات والتوصيات التي من شأنها ان تفيد الافراد والجهات الرسمية في الدول العربية ودول مجلس التعاون الخليجي ومنها سلطنة عمان.

انعقاد اتفاق التحكيم المصرفي وأثاره

✍ زينة سلام عباس العبيدي
المشرف أ.م.د. زياد طارق جاسم الراوي
كلية القانون جامعة الفلوجة

ملخص:

يعد اتفاق التحكيم المصرفي الأساس القانوني الذي يستند إليه أطراف العلاقة المصرفية في سبيل اللجوء إلى التحكيم، وهذا يتطلب توافر أركانه متمثلة بالتراضي بين أطرافه، فضلا عن المحل الذي تكون له خصوصية حتى يبرم الاتفاق صحيحا، والسبب وهو الباعث الدافع للجوء إلى التحكيم، كما يتطلب القانون أن يبرم الاتفاق من شخص تتوافر لديه الأهلية القانونية للتصرف في الحق محل النزاع، وأن يكون موضوع النزاع المصرفي مما يجوز خضوعه للتحكيم، وأخيرا الكتابة وهذه هي شروط صحة اتفاق التحكيم المصرفي، وإن إبرام الاتفاق مستوفيا لأركانه وشروط صحته لا يترتب أثارا مباشرة على المراكز القانونية لأطرافه، وإنما يترتب أثارا إجرائية تتمثل بمنعهم من اللجوء للقضاء ووجوب لجوئهم إلى التحكيم.

Abstract :

The banking arbitration agreement is the legal basis on which the parties to the banking relationship rely in order to resort to arbitration, and this requires the availability of its pillars represented by mutual consent between its parties, as well as the subject that has privacy until the agreement is valid, and the reason is the motivation for resorting to arbitration, as the law requires That the agreement is concluded by a person who has the legal capacity to act in the right in dispute, and that the subject of the banking dispute is something that can be subject to arbitration, and finally writing, and these are the conditions for the validity of the banking arbitration agreement, and that the conclusion of the agreement fulfills its principles and conditions for its validity does not entail direct effects on the legal positions of its parties Rather, it has procedural consequences that prevent them from resorting to the judiciary and their necessity to resort to arbitration..

مقدمة

أن اتفاق التحكيم المصرفي عقد كسائر العقود، وسواء كان شرطاً أم مشاركة، يستلزم لإبرامه توافر أركانه، بوجود تراخٍ بين أطرافه (المصرف والعميل) عن إرادة صحيحة وان تصدر تلك الإرادة ممن هو أهل للتصرف في الحق محل النزاع، وان يكون محله أو موضوعه من المسائل التي يجوز خضوعها للتحكيم، وان يكون في اللجوء إليه غاية مشروعة وهي السبب، لذا فان انعقاد اتفاق التحكيم المصرفي يتطلب وجود أركان العقد بشكل عام، كما يتطلب شروطاً يستلزمها القانون، وإذا ما ابرم الاتفاق مستوفياً أركانه وشروط صحته، فانه يرتب أثراً تتمثل في نزع الاختصاص من قضاء الدولة الذي هيأه القانون ورسم طريقه، وإناطته إلى قضاء اتفاقي ألا وهو التحكيم، كما قد يمتد اثره إلى غير أطرافه،

وعليه سنعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن بين كل من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 والمعدل، وقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وقانون التحكيم الإنكليزي لسنة 1996، وأخير قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولية لسنة 1985 المعدل سنة 2006. وبناء على ما تقدم فإننا سنقسم هذا البحث على مطلبين وفقاً للتقسيم الآتي:

المطلب الأول: أركان اتفاق التحكيم المصرفي وشروط صحته.

الفرع الأول: أركان اتفاق التحكيم المصرفي.

الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم المصرفي.

المطلب الثاني: آثار اتفاق التحكيم المصرفي ونطاقه.

الفرع الأول: آثار اتفاق التحكيم المصرفي.

الفرع الثاني: نطاق اتفاق التحكيم المصرفي.

المطلب الأول: أركان اتفاق التحكيم وشروط صحته

إن اتفاق التحكيم المصرفي، اتفاق بين طرفين على اللجوء للتحكيم بغية فض النزاعات التي نشأت بالفعل أو التي من الممكن أن تنشأ مستقبلاً فيما بينهم، بخصوص علاقة قانونية موضوعها عمل مصرفي⁽⁷⁸⁰⁾. وذلك يستوجب وجود تراخٍ عن إرادة صحيحة، كما انه لا بد من أن يكون محله موجوداً أو ممكناً، وله سبب مشروع، فضلاً عن شروط صحته والتي تتمثل بأهلية الشخص الذي يبرمه للتصرف بالحق موضوع النزاع، وقابلية النزاع في الخضوع للتحكيم إلى فضلاً عن وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً،

لذلك نقسم هذا **المطلب على فرعين**، نبين في **الأول** أركان اتفاق التحكيم المصرفي، ونعرض في **الثاني** شروط صحة اتفاق التحكيم المصرفي.

الفرع الأول: أركان اتفاق التحكيم المصرفي

يستلزم لانعقاد اتفاق التحكيم المصرفي أن يبرم بين أطرافه مستوفياً أركانه التي يتطلبها القانون ليرتب آثاره، التي تتمثل في كل من الرضا والمحل والسبب، وهذا ما سنبينه تباعاً.

(780) د. معتصم محمود إسماعيل، التحكيم في المنازعات المصرفية دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص25. بنفس المعنى د. محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2010، ص16.

أولا/ الرضا

يستلزم لانعقاد اتفاق التحكيم المصرفي تراضي طرفيه، شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر وذلك بصور إيجاب من أحدهما ليصادفه قبول من الآخر، ويكون ذلك عن إرادة خالية من عيوب الرضا، فضلا عن تطابق الإيجاب والقبول في اللجوء إلى التحكيم بقصد حسم النزاعات التي نشأت أو التي من الممكن أن تنشأ بينهما مستقبلا⁽⁷⁸¹⁾.

إذ لا بد من وجود التراضي أو ما يسمى بالإرادة العليا المشتركة لطرفي الاتفاق وبوجود تلك الإرادة يتحقق التراضي، فالرضا ركن لا يقوم الاتفاق من دونه وإن التعبير عن التراضي قد يكون صراحة لفضا أو كتابة أو بالإشارة المعهودة، أو بأي طريق لا يدع مجالا للشك في تراضي الأطراف، كما يمكن أن يكون التعبير عن الرضا ضمنا في حال اطراد الأطراف على إدراج اتفاق التحكيم في معاملاتهم، كما في حالة إبرام شخصين لعقد من العقود دون أن ينص على شرط التحكيم في ثناياه، فهنا يجوز القول بوجود اتفاق ضمني على التحكيم بسبب العمل بين الأطراف في نفس المجال واطرادهم على إدراج شرط التحكيم في عقودهم لفض المنازعات التي من الممكن أن تنشأ بينهما، أو تجديد العقد وعدم النص على شرط التحكيم سهوا من اطراف العقد⁽⁷⁸²⁾.

وإن الرضا في اتفاق التحكيم المصرفي لا يفترض، إذ لا بد من انصراف إرادة الطرفين إلى الركون للتحكيم لفض منازعاتهم بعيدا عن القضاء الوطني المختص بنظر المنازعة⁽⁷⁸³⁾، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها الحديثة بقولها: "(... اتفاق التحكيم شرطا كان أم مشارطة، هو عقد حقيقي له سائر شروط وأركان العقود عموما، والتراضي *consent* ركن لا يقوم بدونه اتفاق التحكيم، وجوهره تقابل إرادتين متطابقتين للطرفين الراغبين في اتخاذ التحكيم سبيلا لتسوية منازعاتهما، بعيدا عن قضاء الدولة صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات أيا كان نوعها وأيا كان أطرافها، فإذا عبر أحد الطرفين إيجابا *offer* عن رغبته في تسوية النزاع عن طريق التحكيم، فيلزم أن يكون قبول *acceptance* الطرف الآخر باتا ومنتجا في إحداث آثاره، حتى يمكن القول بوجود تطابق حقيقي بين إيجاب وقبول طرفي التحكيم على نحو لا يتطرق إليه أي شك أو احتمال أو جدل. ويتحقق التراضي على شرط التحكيم، بالمفاوضات التي تدور بين الطرفين حول بنود العقد الأصلي وشروطه ومن بينها شرط التحكيم -باعتباره عقداً مستقلاً داخل العقد الأصلي- وإثبات التراضي على ذلك كتابة والتوقيع عليه منهما... الخ)"⁽⁷⁸⁴⁾.

ثانيا/ المحل

لكل التزام محل ينصب عليه، ومحل الالتزام هو ما يلتزم به المدين، ويكون التزام المدين أما القيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل، أو نقل حق عيني⁽⁷⁸⁵⁾. وفي ذلك أشار المشرع العراقي إلى أنه لا بد لكل التزام ينشأ عن العقد من محل مضاف إليه قابل لحكمه

(781) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1992، ص 123.

(782) مصطفى ناطق صالح، التحكيم التجاري في المؤسسات المالية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل كلية الحقوق، 2017، ص 112-113.

(783) د. محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 294.

(784) حكم محكمة النقض المصرية، الدوائر التجارية، الطعن رقم 2698 لسنة 86 قضائية، الصادر بجلسة 2018/3/13، متاح على موقع محكمة النقض المصرية الرابط التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111379184&&ja=225087

تمت زيارته في 2020/8/16 الساعة 2:30 مساءً

(785) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون سنة نشر، ص 375.

(786)، ومحل اتفاق التحكيم موضوع المنازعات التي يشملها ذلك الاتفاق أو التي ينص على فضها عن طريق التحكيم، وفي حال كان الاتفاق على التحكيم بصورة شرط في العقد، فإن الأطراف وفي أغلب الأحيان لا يشيرون إلى موضوع معين في اتفاقهم، كأن يقال إن جميع الخلافات التي من الممكن أن تنشأ عن تنفيذ العقد تحل عن طريق التحكيم، أما في حالة الاتفاق على حل نزاع قائم بينهم (مشاركة تحكيم) ففي هذه الحالة فإن موضوع النزاع يكون واضحاً ومن الممكن أن يحدد بدقة، أو من دون تفصيل (787).

وتجدر الإشارة إلى أن التشريعات المقارنة أوجبت أن يحدد موضوع اتفاق التحكيم شرطاً كان أم مشاركة، وبالنسبة للشرط يكفي ذكر الموضوع في بيان الدعوى التي تقدم إلى المحكمين، وعلى أقل تقدير يحدد العقد الذي سيخضع للتحكيم، أما المشاركة فلا بد من تحديد النزاع باعتباره قائم بين الأطراف والا فإن مصير الاتفاق يكون البطلان (788).

وقضت محكمة النقض في مصر في ذلك، باقتصار ولاية المحكمين على ما انصرفت إليه إرادة المحتكمين، وفي حال تجاوزت هيئة التحكيم ذلك، فإن قضائها سيكون حينها على غير المحل الذي وجد من أجله الاتفاق، وإن الاختصاص الأصيل سيكون حينها لقضاء الدولة (789). إذن لا بد لحسن صياغة اتفاق التحكيم المصرفي، شرطاً كان أم مشاركة من تحديد العقد محل النزاع في شرط التحكيم، وتحديد المنازعات التي سيخضعها الأطراف للتحكيم في مشاركة التحكيم، وذلك باعتبار أن اللجوء إلى التحكيم يعد خروجاً عن الأصل وهو الخضوع للقضاء المختص في الدولة، مما يستدعي تحديد المسائل التي سيخضعها أطراف الاتفاق للتحكيم ومن ثم يحدد وفقاً لذلك نطاق سلطة المحكم للفصل في النزاع.

ثالثاً/السبب

إن اتفاق التحكيم المصرفي ليكون صحيحاً، فإنه لا بد من أن يكون له سبب مشروع والا كان باطلاً، وباعتبار اتفاق التحكيم عقد كسائر العقود فإنه لا بد من أن يكون له سبب مشروع ولو لم يذكر في الاتفاق والا طاله البطلان (790) والسبب الظاهر في أي اتفاق تحكيمي هو رغبة أطراف ذلك الاتفاق في حسم النزاعات القائمة أو التي من المحتمل قيامها عن طريق التحكيم (791).

وهو سبب مشروع باعتبار أن التحكيم وسيلة أتاح المشرع للأشخاص اللجوء إليها لفض منازعاتهم، ما لم يرقم دليل على خلاف ذلك، ولم تشر غالبية التشريعات للسبب، وبذلك تطبق بشأنه القواعد العامة (792).

(786) المادة (127) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

(787) د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص 126-127.

(788) المادة (2/10) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 المعدل، والمادة (1445) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية رقم 81/500 الصادر في 12/5/1981 المعدل سنة 2011.

(789) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 88 لسنة 73 قضائية، الدوائر التجارية- جلسة 2010/2/9، منشور على موقعها الإلكتروني على الرابط التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111131119&&ja=154520

تمت زيارته بتاريخ 2020/5/14 الساعة 4:15 مساءً

(790) المادة (1/132) من القانون المدني العراقي.

(791) د. أكرم ياملكي، التحكيم التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، 2019، ص 65.

(792) د. مصطفى صالح ناطق، نظام التحكيم التجاري في المؤسسات المالية المصرفية (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2018، ص 168.

وتطبيقاً لما تقدم فانه يكفي مجرد اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم المصرفي فيكون ظاهر الإرادة أن سبب اتفاقهم على التحكيم يكمن في رغبتهم بالخضوع إلى قضاء التحكيم دون قضاء الدولة ما لم يثبت الطرف المدعي خلاف ذلك⁽⁷⁹³⁾.

الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم المصرفي

تنقسم شروط اتفاق التحكيم المصرفي إلى شروط موضوعية، تتمثل بالأهلية وقابلية النزاع المصرفي في الخضوع للتحكيم، وشروط شكلية تتمثل بالكتابة وهذا ما سنبينه تباعاً:

أولاً: الشروط الموضوعية

1- الأهلية:

إن مجرد تراخي أطراف اتفاق التحكيم (المصرف والعميل) لا يكفي لإبرامه، إذ يجب أن يصدر ممن يتمتع بالأهلية اللازمة للتصرف بالحق محل النزاع، وأن مسألة تمتع أطراف اتفاق التحكيم المصرفي بالأهلية اللازمة لإبرامه يتوقف عليها صحة أو بطلان ذلك الاتفاق، ومن الممكن تثار تلك المسألة عند طلب تنفيذ القرار التحكيمي أو أثناء رفع دعوى أمام القضاء، عن نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيمي، لذا لا بد من تحديد الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم المصرفي، سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي. وذلك بأن اتفاق التحكيم المصرفي من الممكن أن يبرم بين شخص طبيعي وآخر معنوي أو بين شخصين معنويين، وكما بينا عند تعريفنا للتحكيم المصرفي، فإنه لا بد ممن أن يكون المصرف طرف في ذلك الاتفاق وذلك بأن للمصرف وحده ممارسة العمل المصرفي. كما يستلزم ذلك بيان إمكانية إبرام اتفاق التحكيم نيابة عن الشخص الطبيعي وتمثيلاً للشخص المعنوي، فضلاً عن مناقشة القانون الواجب التطبيق على الأهلية في الاتفاق الذي يكون أحد طرفيه أجنبياً.

إن المشرع في قانون المرافعات المدنية العراقية أشار إلى أن التحكيم لا يصح إلا لمن له أهلية التصرف في حقوقه⁽⁷⁹⁴⁾. كما نص المشرع في قانون التحكيم المصري على انه لا يجوز للشخص سواء كان طبيعياً أو اعتبارياً أن يبرم اتفاق تحكيمياً ما لم يكن أهلاً للتصرف في حقوقه⁽⁷⁹⁵⁾. لذا فإن الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم المصرفي هي أهلية الشخص للتصرف في الحق محل النزاع، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وبمعنى آخر، فإن الأهلية اللازمة هنا هي أهلية الأداء وهي أهلية الشخص لمباشرة العمل القانوني على وجه يعتد به⁽⁷⁹⁶⁾. وفيما يخص الشخص الطبيعي، فإن الأصل أن كل شخص أهل للتعاقد، ما لم يحد القانون من أهليته أو يقرر انعدامها⁽⁷⁹⁷⁾، وذلك ما لم يعتريه عارض من عوارض الأهلية⁽⁷⁹⁸⁾ أو عيب من عيوب الإرادة وهي الإكراه والغلط والتغريب مع الغبن، والاستغلال⁽⁷⁹⁹⁾. وسنرشد في القانون العراقي ثمانية عشر سنة⁽⁸⁰⁰⁾.

⁽⁷⁹³⁾ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 463 وما بعدها.

⁽⁷⁹⁴⁾ المادة (254) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

⁽⁷⁹⁵⁾ المادة (11) من قانون التحكيم المصري.

⁽⁷⁹⁶⁾ د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية، بغداد، 2010، ص 64.

⁽⁷⁹⁷⁾ المادة (93) من القانون المدني العراقي.

⁽⁷⁹⁸⁾ وهي بالنسبة للشخص الطبيعي العته والجنون والسفه وذو الغفلة. تناولها القانون المدني العراقي في المواد (107-110).

⁽⁷⁹⁹⁾ تناولها القانون المدني العراقي في المواد (112-125).

⁽⁸⁰⁰⁾ المادة (106) من القانون المدني العراقي.

وبالنسبة للشخص المعنوي، نلاحظ بأن المشرع العراقي لم يشير في القواعد القانونية الواردة في قانون المرافعات التي تنظم التحكيم، إلى إمكانية اتفاق الشخص المعنوي على التحكيم، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني نلاحظ بأنها أشارت إلى أن لكل شخص معنوي أهلية أداء وفقاً لما ينص عليه عقد إنشائه بموجب القانون⁽⁸⁰¹⁾ كما أن له حق التقاضي⁽⁸⁰²⁾. وإذا كان من أشخاص القانون العام فإنه يخضع لقانون تأسيسه، أما إذا كان من أشخاص القانون الخاص فإنه يخضع لعقد إنشائه⁽⁸⁰³⁾.

وفيما إذا كان أحد أطراف اتفاق التحكيم أجنبياً، فإن النظم القانونية على مستوى العالم انقسمت إلى اتجاهين لتحديد أهليته: إذ يتخذ الاتجاه الأول جنسية الشخص الأجنبي كضابط إسناد لتحديد أهليته، وهذا هو اتجاه الدول ذات النظم اللاتينية، متمثلة بالأخص بالقانون الفرنسي، وغالب النظم القانونية العربية ومن ضمنها قانوننا الوطني، بينما يعتمد الاتجاه الثاني موطن الشخص كمعيار لتحديد أهليته، كما هو الحال في النظم الأنجلو-سكسونية متمثلة بالقانونين الإنكليزي والأمريكي⁽⁸⁰⁴⁾.

وبالرجوع إلى قاعدة التنازع في القانون المدني العراقي، نرى بأن القانون الواجب التطبيق فيما يخص أهلية الشخص الطبيعي الأجنبي، هو قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته⁽⁸⁰⁵⁾. ولكن ذلك الحكم لا يجري على إطلاقه، ففي حال كان الأجنبي ناقص الأهلية وأبرم عقداً يدور حول تصرف مالي في العراق وتترتب آثاره فيه، وكان نقص أهليته راجع إلى سبب لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه، فإنه يعتبر حينها كامل الأهلية بصدد ذلك التصرف⁽⁸⁰⁶⁾.

وبالنسبة لأهلية الشخص المعنوي، فإننا سنفصل القول في ذلك بالنسبة للمصرف من جهة، والشخص المعنوي من جهة أخرى، وسبب ذلك أن القانون فرض شروطاً معينة ليكون المصرف أهلاً لممارسة العمل المصرفي، مما يستتبع إمكانية إبرامه لاتفاق تحكيم مصرفي باستيفائه لتلك الشروط. وبالنسبة للأهلية اللازمة للمصرف ووفقاً لقانون المصارف العراقي، فإنه لا بد لمن يرغب بممارسة النشاط المصرفي أن يكون شخصاً يحمل تصريحاً لمباشرة الأعمال المصرفية⁽⁸⁰⁷⁾، ومن ثم أشار نفس القانون إلى أن ذلك الترخيص لا يجوز إصداره إلا للشركات التي تأخذ شكل هيئة اعتبارية وفقاً للقوانين العراقية⁽⁸⁰⁸⁾، ويكون البنك المركزي العراقي هو الجهة المختصة بمنح الترخيص⁽⁸⁰⁹⁾. والقانون الذي تخضع له المصارف الوطنية حيث التأسيس هو قانون الشركات العراقي⁽⁸¹⁰⁾، وبموجب ذلك القانون وقبل تعديله فإن المصرف يجب أن يأخذ شكل شركة مساهمة⁽⁸¹¹⁾. إلا أنه بعد التعديل صار للمصرف أن يأخذ شكل أي شركة من الشركات التي نص عليها القانون.

⁽⁸⁰¹⁾ المادة (4/48) من القانون المدني العراقي.

⁽⁸⁰²⁾ المادة (5/48) من القانون المدني العراقي.

⁽⁸⁰³⁾ د. أكرم ياملكي، مصدر سابق، ص 45.

⁽⁸⁰⁴⁾ د. فوزي محمد سامي، مصدر سابق، ص 117. وبنفس المعنى د. أكرم ياملكي، مصدر سابق، ص 47.

⁽⁸⁰⁵⁾ المادة (1/18) من القانون المدني العراقي.

⁽⁸⁰⁶⁾ المادة (2/18) من القانون المدني العراقي.

⁽⁸⁰⁷⁾ المادة (1) من قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004.

⁽⁸⁰⁸⁾ الفقرة (3) من المادة (4) من قانون المصارف العراقي.

⁽⁸⁰⁹⁾ المادة (1/4-ط) من قانون البنك المركزي العراقي رقم (56) لسنة 2004.

⁽⁸¹⁰⁾ قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل وفق امر سلطة الاحتلال بالرقم 2004/64.

⁽⁸¹¹⁾ وذلك في المادة (10) من قانون الشركات العراقي التي تم تعليق العمل بفقرتها الأولى وتعديل الفقرة ثانياً التي كانت تنص على وجوب أن يأخذ المصرف شكل شركة مساهمة. وبعد التعديل اقتصر الأمر على أن تتخذ كل من شركات التأمين والاستثمار شكل شركة مساهمة مما يعني أن للمصرف اتخاذ أي شكل من أشكال الشركات التي نص عليها القانون انقضى الذكر.

أما في الوقت الحاضر فإن دليل العمل الرقابي الصادر عن البنك المركزي العراقي، أشار إلى أن المصرف ليمنح ترخيصاً لممارسة العمل المصرفي، فانه يجب أن يتخذ شكل شركة مساهمة لا تقل نسبة الأسهم الاسمية فيها عن 30% من مجموع أسهمه⁽⁸¹²⁾.

وفيما يخص فروع المصارف الأجنبية، لم يحدد القانون اتخاذها شكلاً معيناً لغرض منح الترخيص، لكنه أوجب أن تكون خاضعة لرقابة شاملة من قبل السلطة الرقابية في البلد الذي يكون فيه المركز الرئيسي للمصرف الأجنبي⁽⁸¹³⁾. فضلاً على وجوب أن يقدم فرع المصرف الأجنبي في العراق، تعهداً من قبل الجهة التي تشرف على المصرف الأم في البلد الذي يقع فيه المركز الرئيسي لذلك المصرف، بالالتزام بدفع كافة الودائع والمستحقات التي من الممكن أن تترتب في ذمة الفرع من قبل إدارة المركز⁽⁸¹⁴⁾.

وبالنسبة إلى الأشخاص المعنوية الأجنبية، فإن القانون الواجب التطبيق عليها فيما يخص الأهلية، هو قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي والفعلي، إلا إذا كان يباشر نشاطه الرئيسي في العراق، فإن القانون الواجب التطبيق على نظامه القانوني سيكون حينها هو القانون العراقي⁽⁸¹⁵⁾. ونفس الحكم ممكن أن ينطبق على الشكل الذي يجب أن يتخذه المصرف الأجنبي الذي يمارس نشاطه في العراق.

إذن وفقاً لما تقدم وعلى المستوى الوطني، لا يكفي مجرد اتخاذ المصرف شكل شركة مساهمة ليكون أهلاً لإبرام اتفاق التحكيم، إذ يجب أن يحصل على ترخيص من البنك المركزي العراقي لممارسة الأعمال المصرفية، مما يستتبع إمكانية إبرام من يمثله اتفاق تحكيم مصرفي. وتجدر الإشارة إلى أنه قد لا يكفي للشخص الذي يبرم اتفاقاً تحكيمياً بأن يكون كامل الأهلية، لكن يجب أن تكون لديه سلطة إبرام الاتفاق في حال كان ممثلاً أو وكيلاً لشخص طبيعي أو معنوي، وبذلك لا يكفي لإبرام اتفاق التحكيم نيابة، مجرد وكالة بالخصوص⁽⁸¹⁶⁾، أو وكالة عامة مطلقة⁽⁸¹⁷⁾ وإنما لا بد من وجود تفويض خاص بإمكانية اللجوء للتحكيم منصوص عليه في الوكالة⁽⁸¹⁸⁾، وبذلك يجب الانتباه إلى أن الوكيل في عقد مصرفي قد تكون له سلطة التوقيع على العقد المصرفي دون سلطة الاتفاق على التحكيم المدرج بصورة شرط ضمن بنود ذلك العقد، مما قد يفضي أما بطلان الاتفاق أو إجازته لاحقاً من قبل الأصل.

وفيما يخص الشخص المعنوي لا بد من يكون له ممثل عن إرادته⁽⁸¹⁹⁾، ويكون المدير المفوض هو الشخص المخول بإبرام اتفاق التحكيم في الشركات التي لا يكون لها مجلس إدارة، أما في الشركة المساهمة يكون رئيس مجلس الإدارة هو المفوض بتوقيع اتفاق

⁽⁸¹²⁾ الضوابط الرقابية الصادرة عن البنك المركزي العراقي/ دائرة مراقبة الصيرفة، بالعدد 136/2/9 بتاريخ 2019/4/1. متاح على الرابط التالي: <https://cbi.iq/static/uploads/up/file-156154015777189.pdf>

تمت زيارته بتاريخ 2020/8/5 الساعة 7:50 مساءً

⁽⁸¹³⁾ المادة (4/4) من قانون المصارف العراقي.

⁽⁸¹⁴⁾ المادة (1/رابعاً-ج) الضوابط الرقابية الصادرة عن البنك المركزي العراقي/ دائرة مراقبة الصيرفة، بالعدد 136/2/9 بتاريخ 2019/4/1، مصدر سابق.

⁽⁸¹⁵⁾ المادة (2و1/49) من القانون المدني العراقي.

⁽⁸¹⁶⁾ تنص المادة (1/52) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه: (الوكالة بالخصوص تخول الوكيل ممارسة الأعمال والإجراءات التي تحفظ حق موكله ورفع الدعاوى والمرافعة فيها حتى ختامها ومراجعة طرق الطعن القانونية ما لم ينص مسند الوكالة على خلاف ذلك أو لم يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً).

⁽⁸¹⁷⁾ ينظر في ذلك نص المادة (2/52) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

⁽⁸¹⁸⁾ د. احمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 409.

⁽⁸¹⁹⁾ المادة (1/48) من القانون المدني العراقي.

التحكيم، وذلك وفقا لعقد الشركة أو بموجب عقد أو اتفاق لاحق، وحسب الأحوال يكون على الشخص المفوض بالتوقيع المحافظة على مصلحة الشركة⁽⁸²⁰⁾.

2- قابلية النزاع المصرفي للتحكيم

يتمثل التزام الأطراف في اتفاق التحكيم المصرفي باللجوء إلى التحكيم دون قضاء الدولة، ومحل ذلك الالتزام عقد مصرفي، مما يستتبع وجوب أن يكون ذلك المحل مما يجوز فيه الصلح⁽⁸²¹⁾. والتساؤل الذي يثار بهذه المناسبة هو مدى قابلية هذه النزاعات في الخضوع للتحكيم؟

وللإجابة على هذا التساؤل، نلاحظ أنه قد تقرر فيما سبق وفقا للقواعد القانونية في قانون المرافعات العراقي أن التحكيم لا يجوز إلا في المسائل التي تقبل الصلح⁽⁸²²⁾، وبالرجوع إلى قواعد القانون المدني التي نظمت الصلح، يتبين إنها أشارت إلى أن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب، لكنه يجوز في المسائل المالية التي تنشأ عن الحالة الشخصية أو ارتكاب جريمة ما⁽⁸²³⁾. وان المشرع العراقي لم يعرف النظام العام، شأنه في ذلك شأن اغلب القوانين، واكتفى بالنص على بعض المسائل التي تعتبر أحكامها من النظام العام، مما لا يجوز معه الاتفاق على مخالفتها كما في الأحكام التي تتعلق بالأحوال الشخصية فيما يخص الميراث والأهلية والإجراءات التي تخص التصرف في الوقف والعقار والتسعين الجبري وغيرها⁽⁸²⁴⁾.

ويتبين من فحوى الفقرة (2) من المادة (704) أن المشرع يقصد بالمسائل المتعلقة بالنظام العام سواء فيما يخص الحالة الشخصية لتعلقها بالحل والحرمة والأهلية مما لا يجوز التصالح عليها، وفيما يخص الجرائم لتعلق الأحكام الخاصة بها بمصلحة عليا من مصالح المجتمع، وأنه أجاز التصالح على الحقوق المالية التي من الممكن أن تترتب عليها. وهذا أيضا ما توكده في ثناياها المادة (2/130) من قانوننا المدني، بإشارتها إلى أن الأحكام الخاصة بالأهلية والميراث والتسعين الجبري وغيرها تعتبر من النظام العام وبالتالي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها.

ويقصد بالنظام العام بصورة عامة بأنه مجموعة القواعد القانونية التي يكون الغاية منها تحقيق المصالح العامة على صعد مختلفة قد تكون اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية لتعلقها بالمصلحة العليا التي تسمو على مصلحة الأفراد مما يوجب عليهم مراعاتها ومن ثم لا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها⁽⁸²⁵⁾. يتبين لنا من خلال التعريف السابق أن فكرة النظام العام فكرة مرنة عصية على التحديد، وهي فكرة قد تسود على أصعدة مختلفة قد تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، كما أن ما يعتبر من النظام العام في بلد ما قد لا يعتبر كذلك في بلد غيره، أضف إلى ذلك إن ما يعد من النظام العام في زمان معين قد لا يعد كذلك في زمان مضى أو في المستقبل ضمن حدود بلد الواحد.

⁽⁸²⁰⁾ مصطفى ناطق صالح، التحكيم التجاري في المؤسسات المالية دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 118.

⁽⁸²¹⁾ إذ ينص عجز المادة (254) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه: (لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح...).

⁽⁸²²⁾ المادة (254) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969. تقابله المادة (11) من قانون التحكيم المصري.

⁽⁸²³⁾ المادة (2/704) من القانون المدني العراقي. تقابله المادة (551) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

⁽⁸²⁴⁾ المادة (2/130) من القانون المدني العراقي.

⁽⁸²⁵⁾ د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ص 213.

فضلا عما قد ينتج من تأثير متبادل بين صعيد من الأصعدة السابق ذكرها على غيرها، كما هو الحال في الدول ذات النظم الاشتراكية أو الفردية، فإن الأنظمة السياسية التي تعتنق المذهب الاشتراكي تميل دائما إلى تبني الاقتصاد الموجه وتترجم ذلك من خلال قوانينها التجارية أو الاقتصادية كما هو الحال عليه في العراق⁽⁸²⁶⁾، بينما نرى الدول التي تعتنق المذهب الفردي تميل إلى تضيق نطاق النظام العام⁽⁸²⁷⁾. وفي إيضاح مفهوم النظام العام، أشار حكم المحكمة الاتحادية العليا في العراق إلى أنه إذا ما أريد تحديد مخالفة تصرف ما للنظام العام، فيجب حينها الرجوع إلى كافة التشريعات، وفي حالة غياب النص القانوني فإن الأمر يقتضي الرجوع للقضاء ليقرر ما إذا كان تصرف ما مخالفا للنظام العام من عدمه وفقا للقواعد المجتمعية التي توافق عليها الأفراد في زمان ومكان معينين⁽⁸²⁸⁾.

إذن بناء على ما تقدم يتبين لنا أن النظام العام يمثل القيم العليا في مجتمع ما سواء على المستوى السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي، وهو بذلك يختلف عن مفهوم القواعد الأمرة التي يقصد بها القواعد القانونية التي يجب على الأشخاص احترامها، مما يستتبع عدم جواز الاتفاق على مخالفتها أو الاتفاق على استبعادها⁽⁸²⁹⁾. وإذا ما كانت القواعد التي تحكم العمليات المصرفية في القانون التجاري لتنظم علاقة قانونية بين الأشخاص ولا يمتد أثرها إلى الصالح العام، فإننا نرى أن لا ضير من استبعادها ما دامت لا تتعلق بالنظام العام.

ويتضح ذلك من خلال النصوص القانونية في قانون المرافعات التي أوجبت على المحكمين الالتزام بالإجراءات المقررة في قانون المرافعات ومن ثم أجازت لهم عدم الالتزام بهذه الإجراءات في حال اتفاق الأطراف على إعفاء المحكمين من التقيد بها⁽⁸³⁰⁾. كما أشارت هذه القواعد إلى إعفاء المحكمين من التقيد بقواعد القانون سواء الإجرائية والموضوعية في حال تفويضهم بالصلح باستثناء ما تعلق منها بالنظام العام⁽⁸³¹⁾. ومن الأمور التي لا يجوز إخضاعها للتحكيم المنازعات التي يكون فيها مخالفة للتشريعات الخاصة بالصرف الأجنبي، والسعر جبري والتشريعات التي تحرم المنافسة غير المشروعة. وبناء على ما تقدم فإننا نرى إمكانية اتفاق الأطراف على إخضاع منازعاتهم بخصوص عقد مصرفي إلى التحكيم لعدم تعلقها بالنظام العام، وذلك بأن العمل المصرفي حق مالي يجوز التصالح عليه، وباعتبار أن هيئة التحكيم وبموجب ما تقدم من قواعد قانونية لن تهمل تطبيق القواعد التي تتعلق بالنظام العام عند الفصل بالنزاع، حتى وإن فوضت بالصلح والا فإن مصير حكمها البطلان مما قد يرتب على المحكمين مسؤولية تجاه المحتكمين.

ثانياً: الشروط الشكلية (الكتابة)

أشارت المادة (252) من قانون المرافعات المدنية العراقي إلى أن اتفاق التحكيم لا يثبت إلا كتابة، ومثل هذا الاتجاه تبناه المشرع المصري في المادة (501) من قانون المرافعات الملغاة⁽⁸³²⁾، وانقسمت التشريعات من حيث اعتبار الكتابة شرطاً لإثبات اتفاق التحكيم أم

⁽⁸²⁶⁾ ويبدو ذلك واضحا من نص المادة (1/الفقرة ثانيا) إضافة لما نصت عليه الأسباب الموجبة في قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.

⁽⁸²⁷⁾ د. غالب علي الداوودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج 1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية، دون سنة نشر، ص 146.

⁽⁸²⁸⁾ الحكم رقم 63/اتحادية/2012 الصادر من المحكمة الاتحادية العليا في العراق منشور على الرابط التالي:

<https://www.iraqfsc.iq/krarat/2/2012/63.pdf>

تمت زيارته في 2020/9/16 الساعة 4:15 مساءً

⁽⁸²⁹⁾ د. عبد الباقي البكري و زهير البشير، مصدر سابق، ص 211.

⁽⁸³⁰⁾ المادة (1/265) من قانون المرافعات المدنية العراقية.

⁽⁸³¹⁾ المادة (2/265) من قانون المرافعات المدنية العراقية.

⁽⁸³²⁾ ألغيت المواد (501-513) بالقانون رقم 27 لسنة 1994 النافذ والخاص بالتحكيم.

شرطاً للانعقاد إلى اتجاهين كما سنعرض، ويرى جانب من الفقه⁽⁸³³⁾ بأن الكتابة تمثل ركن الشكل في اتفاق التحكيم أي ركن للانعقاد، وأن ما ذهب إليه البعض في تفسيرهم لعبارة (لا يثبت) التي وردت سواء في قانون المرافعات المدنية العراقي أو في قوانين أخرى⁽⁸³⁴⁾ تعني بأن الكتابة شرط للإثبات وليست ركناً للانعقاد، تحميل للنص على غير محمله، وأن عبارة لا يثبت المأخوذة عن الفرنسية *ne peut être constaté* (لا يمكن تحقيقه) أو (لا يمكن إقامته) وليس لا يمكن إثباته أو لا يمكن إقامة الدليل عليه". والترجمة من الفرنسية إلى العربية لا تكفي كبرهان في رأينا، وإنما يجب أن تدعم بقرارات قضائية على المستوى الوطني وهو ما لم نستطيع الحصول عليه، لكن الواقع العملي ومتطلبات الاعتراف بالقرار التحكيمي تفرض ذلك، فمن ناحية الواقع العملي لا يخفى بأن العقد المصرفي على سبيل المثال يبرم بين الموظف المختص والعميل، مما يثير التساؤل حول كيفية إثباته في حال لم يكن مكتوباً؟ إذ اشترط القانون لإثبات ما وجب إثباته كتابة بطرق الإثبات الأخرى في حال فقدان السند الكتابي أو وجود مانع مادي أو أدبي حال دون وجود الكتابة⁽⁸³⁵⁾ وهذا امر لا يمكن القول به، ونرى بأنه لا مناص من وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، أما من ناحية متطلبات الاعتراف بالقرار التحكيمي، وما يسند رأينا أن المادة (271) من قانون المرافعات العراقي أشارت على أنه يجب تسليم نسخة من قرار التحكيم مع اصل الاتفاق إلى المحكمة لتصديقه، وبموجب ذلك فإنه لا مناص من كتابة الاتفاق ليتسنى للمحكمة التأكد من أن المحكمين قد فصلوا في الموضوع طبقاً لاتفاق التحكيم، خاصة وأن التحكيم يعد استثناء على الأصل ألا وهو الخضوع للقضاء العام للدولة. وبذلك نهيب بالمشروع العراقي أن يعدل نص المادة بأن ينص على أن الكتابة شرط لانعقاد اتفاق التحكيم لما لها من أهمية في منع اللبس عند تفسير النص وضمان حقوق أطراف الاتفاق.

بينما نص المشروع في قانون التحكيم المصري على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا طاله البطلان، كما بين الكيفية التي يمكن من خلالها إفراغ الشكل الكتابي، وذلك بأن يكون بصورة محرر موقع من قبل الأطراف أو بشكل رسائل أو برقيات أو أي من وسائل الاتصال المكتوبة⁽⁸³⁶⁾. وبذلك المثابة تكون الكتابة شرطاً لصحة الاتفاق لا لإثباته ولا تتطلب الرسمية.

كما أشار المشروع الفرنسي في المادة (1443) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي إلى مسألة الشكل في التحكيم الداخلي إذ أوجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، سواء كان مدرجاً في العقد أو في مستند يحيل إليه والا كان الاتفاق باطلاً⁽⁸³⁷⁾. كما أوجب في المادة (1447) من نفس القانون على وجوب أن يكون شرط التحكيم ثابتاً بالكتابة والا طاله البطلان⁽⁸³⁸⁾.

⁽⁸³³⁾ د. أكرم ياملكي، التحكيم التجاري، مصدر سابق، ص 66 وما بعدها.

⁽⁸³⁴⁾ المادة (252) من قانون المرافعات المدنية العراقي، والمادة (509) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري لسنة 1953، والمادة (742) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1953 ولكن بعبارة (لا تثبت مشاركة التحكيم إلا بالكتابة)، كما نص عليه المشروع البحريني في الفقرة (2) من المادة (233) من قانون المرافعات المدنية لسنة 1994.

⁽⁸³⁵⁾ المادة (18) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل.

⁽⁸³⁶⁾ تنص المادة (12) من قانون التحكيم المصري على ما يلي: (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً. ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقع الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة).

⁽⁸³⁷⁾ Article 1443

A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.

⁽⁸³⁸⁾ Article 1447

كما أشار قانون التحكيم الإنكليزي إلى كتابة اتفاق التحكيم، وذلك في المادة (5) منه بفقراتها الست ولم يستلزم توقيع الأطراف عليه أو أن تكون الكتابة بوسيلة معينة.

وعلى مستوى الاتفاقيات الدولية، أكدت اتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في الفقرة (1) من المادة الثانية على اعتراف الدول المتعاقدة باتفاق التحكيم المكتوب وبينت في الفقرة (2) من نفس المادة بأن مصطلح الاتفاق المكتوب يشمل شرط التحكيم أو أي اتفاق تحكيمي موقع من أطرافه كتابة اتفاق التحكيم على ولو كان وارداً في الرسائل أو البرقيات المتبادلة بينهم. وهذا ما تبنته قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (2/7) إذ أوجبت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً أيضاً. وهذا أيضاً ما أكدته اتفاقية عمان العربية لسنة 1987 الخاصة بالتحكيم التجاري، إذ أشارت في المادة (1/ط) بأن المقصود باتفاق التحكيم بأنه اتفاق الأطراف عليه كتابة سواء كان الاتفاق قبل أو بعد نشوء النزاع. ثم نصت على أن يكون الخضوع للتحكيم بإدراج الشرط في العقود المبرمة بين الأطراف وذلك في المادة (1/3) منها.

المطلب الثاني: آثار اتفاق التحكيم المصرفي ونطاقه

يترتب على انعقاد اتفاق التحكيم المصرفي آثاراً إجرائية بالنسبة لأطرافه، وهو امتناعهم عن اللجوء إلى القضاء المختص أصلاً بنظر خصومتهم وهذا هو الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، كما يجلب هذا الاتفاق الاختصاص إلى قضاء اتفاقي اختاره الأطراف وهو قضاء التحكيم وهذا هو الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، وإن اتفاق التحكيم كعقد له أثر نسبي وهو نطاق تأثيره إذ أن الأصل أنه لا يمتد لغير أطرافه، لذا نقسم هذا المطلب على فرعين، نناقش في الفرع الأول الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم المصرفي، ونبين في الفرع الثاني نطاق اتفاق التحكيم المصرفي.

الفرع الأول: الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم

نتناول في هذا الفرع الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم المصرفي والتي تتمثل في الأثر السلبي والإيجابي في اتفاق التحكيم وعلى المنوال التالي:

أولاً: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم المصرفي

يقصد بالأثر السلبي (الأثر المانع) لاتفاق التحكيم، التزام أطرافه بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة المختص أصلاً بنظر خصومتهم، إذ لا يجوز لطرف من الأطراف اللجوء إلى القضاء بإرادة منفردة، وإنما يستلزم ذلك تنازل الطرف الآخر عن اتفاق التحكيم صراحة أو ضمناً، كما يتضمن هذا الأثر التزام قضاء الدولة بعدم نظر النزاع المطروح أمامه في حال دفع الطرف الذي أقيمت الدعوى بمواجهته بوجود اتفاق تحكيمي قبل الدخول في الدعوى⁽⁸³⁹⁾.

يتبين مما سبق عرضه أن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم المصرفي يلزم الأطراف بمجرد اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم، وفي ذلك أشار المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية العراقي إلى عدم جواز رفع دعوى من قبل الخصوم أمام القضاء في حال وجود اتفاق تحكيمي فيما بينهم، وفي حال قيام أحد الأطراف برفع دعوى بخصوص النزاع القائم بينهم دون اعتداد بشرط التحكيم، وعدم اعتراض

Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite.

(839) د. احمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مصدر سابق، ص 146.

الطرف الآخر من الجلسة الأولى، ففي هذه الحالة يعد شرط التحكيم لاغياً، وتستمر المحكمة المختصة بنظر الدعوى، أما إذا اعترض الطرف الذي أقيمت الدعوى بمواجهته، فتعتبر الدعوى مستأخرة حتى صدور القرار التحكيمي⁽⁸⁴⁰⁾.

ويتضح من موقف المشرع العراقي انه لم يتطرق إلى وجوب تأكد المحكمة من وجود أو صحة اتفاق التحكيم، وفي حال كان الاتفاق باطلا وهل تستمر المحكمة بنظر الدعوى أم لا؟ كما انه لم يعالج مسألة إمكانية البدء بإجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها عند رفع الدعوى أمام المحكمة. ونهيب بالمشرع العراقي إلى النص على أن للمحكمة في حال تبين لها بطلان اتفاق التحكيم أن تمضي للفصل في النزاع، وذلك في حال لم تباشر هيئة التحكيم بنظر النزاع. وان رفع دعوى من أحد الأطراف في موضوع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، لا يترتب عليه وقف أو عدم الاستمرار بالتحكيم. على الرغم من إشارة المشرع في قانون المرافعات المدنية العراقي على استمرار هيئة التحكيم في الفصل في النزاع إذا قدم أحد طرفي اتفاق التحكيم مستنداته ولم يقدمها الطرف الآخر في الوقت المحدد⁽⁸⁴¹⁾.

ونرى من الأجدر أن ينص المشرع صراحة على استمرار هيئة التحكيم في الفصل في النزاع معنا للمماطلة التي قد يتقصدها أحد طرفيه لإطالة أمد التحكيم، وفي حالة عدم دفع المدعى عليه أمام القضاء بوجود اتفاق التحكيم فحينها يكون للمدعي الاحتجاج على هيئة التحكيم والطرف الآخر بوقف الإجراءات بموجب القرار الصادر من المحكمة المختصة.

بينما يلاحظ أن التشريعات المقارنة كما في قانون التحكيم المصري فانه أشار إلى أن رفع الدعوى أمام القضاء ودفع المدعى عليه بوجود اتفاق التحكيم يوجب على المحكمة أن تحكم بعدم القبول، ولا يحول رفع الدعوى دون بدء إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها، بل ذهب إلى إمكانية إصدار الحكم التحكيمي حتى وان أقيمت دعوى أمام القضاء العام حول نفس النزاع⁽⁸⁴²⁾. وحسن ما فعل المشرع المصري، ذلك انه اغلق باب المماطلة والتهرب على الخصوم في حال لجوئهم للقضاء بنية إطالة أمد النزاع، وهذا ما تتحقق معه الغاية المرجوة من اللجوء إلى التحكيم تحقيقاً لسرعة الفصل في المنازعات.

وهو حكم مقارب لما قضت به المادة (2/8) من قانون الأونسيترال لسنة 1985. وان عدم نص المشرع على مسألة قيام المحكمة بالتأكد من صحة الاتفاق، وهو برأينا امر ممكن أن تقوم به المحكمة، خاصة وان الأصول القانونية لقانون التحكيم المصري استسقت معظم قواعدها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 وقد نص هذا القانون على وجوب أن يكون الاتفاق صحيحاً⁽⁸⁴³⁾. وهو نفس الحكم الذي نصت عليه اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية وذلك في الفقرة الثالثة المادة ثانياً.

كما أشار المشرع في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي إلى انه في حال رفع نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم إلى قضاء الدولة، لا يجوز للمحكمة أن تعلن عدم اختصاصها من تلقاء نفسها، وميز في ذلك بين حالتين: الأولى، إذا كان النزاع قد عرض على هيئة التحكيم فلا

⁽⁸⁴⁰⁾ المادة (253/ بفقراتها 1 و3) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

⁽⁸⁴¹⁾ إذ تنص المادة (266) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أن: (يفصل المحكمون في النزاع على أساس عقد التحكيم أو شرطه والمستندات وما يقدمه الخصوم لهم وعلى المحكمين أن يحددوا لهم مدة لتقديم لوائحهم ومستنداتهم ويجوز لهم الفصل في النزاع بناء على الطلبات المقدمة والمستندات من جانب واحد اذا تخلف الطرف الأخر عن تقديم ما لديه من أوجه الدفاع في المدة المحددة)

⁽⁸⁴²⁾ المادة (13/2) من قانون التحكيم المصري.

⁽⁸⁴³⁾ تنص المادة (1/8) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بأن: (على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة ابرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، اذا طلب منها ذلك احد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه).

يكون حينها للمحكمة التأكد من صحة أو بطلان الاتفاق، والحالة الثانية إذا لم يكن النزاع معروضا على هيئة التحكيم فيكون حينها للمحكمة المختصة أن تنظر في صحة اتفاق التحكيم من عدمه وفي حال كان الاتفاق ظاهر البطلان ينعقد حينها الاختصاص لتلك المحكمة⁽⁸⁴⁴⁾.

ونرى في الحكم الذي أورده المشرع الفرنسي فائدة تعضد من مزايا التحكيم، إذ أن نصه صراحة على تأكد المحكمة من صحة اتفاق التحكيم حماية للأطراف المختصين، وذلك بأن لجوئهم للتحكيم عن اتفاق باطل قد يفضي إلى عدم الاعتراف أو إمكانية الطعن بقرار التحكيم عند طلب تصديقه من الجهة المختصة، مما يؤدي إلى ضياع الوقت والجهد والنفقات هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أنه أكد على مبدأ مهم وهو فصل هيئة التحكيم في صحة الاتفاق إذا ما كان معروضا عليها فعلا، وهو ما يسمى مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي سنتطرق إليه عند تناولنا للأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم.

ومن الجدير بالذكر أن اتفاق أطراف العقد المصرفي على اللجوء للتحكيم لا يسلب القضاء ولاية النظر في موضوع الاتفاق بشكل دائم إذ يكون للأطراف العدول عن اتفاقهم في اللجوء إلى التحكيم، كما يكون لهم اللجوء إلى القضاء للحكم في مسألة تتعلق بعقدهم لم يخضعوها للتحكيم⁽⁸⁴⁵⁾، كما أن التجاء أحد طرفي التحكيم للقضاء في موضوع معين يشمل الاتفاق لا يعد تنازلا عن اتفاق التحكيم ككل، وإنما يقتصر ذلك على موضوع الدعوى التي طرحت أمام القضاء⁽⁸⁴⁶⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن ولاية القضاء لا تحجب بصورة مطلقة إذ يبقى للأطراف اللجوء إليه للفصل فيما لا يدخل ضمن اختصاص هيئة التحكيم من مواضيع، كما يكون للمحكمة المختصة بنظر المنازعة تعيين المحكمين في حال اختلاف الخصوم بصدد ذلك⁽⁸⁴⁷⁾، والنظر في مسألة طلب رد المحكم⁽⁸⁴⁸⁾، ومن أوجه تدخل القضاء في سير عملية التحكيم أن للأطراف اللجوء للمحكمة المختصة في حال لم يفصل المحكمون في النزاع ضمن المدة المحددة أو تعذر تقديم قرارهم لسبب قهر، فيكون لأطراف الاتفاق اللجوء للمحكمة لإضافة مدة جديدة أو لتفصل في منازعتهم أو تعيين محكمين آخرين للحكم⁽⁸⁴⁹⁾، فضلا عن أن القضاء العام يكون هو المختص في نظر المسائل الأولية التي لا تكون ضمن ولاية المحكمين وإجراءات التحقيق كالطعن بالتزوير⁽⁸⁵⁰⁾، وما قد يقتضيه الأمر للفصل بالنزاع كالإنايات القضائية والإجراءات التي تترتب على تخلف الشهود⁽⁸⁵¹⁾، وتصديق القرار التحكيمي⁽⁸⁵²⁾ والتي يكون بموجبها للمحكمة المختصة تصديق

Article 1448⁽⁸⁴⁴⁾

Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.

⁽⁸⁴⁵⁾ د. احمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص228.

⁽⁸⁴⁶⁾ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص89.

⁽⁸⁴⁷⁾ المادة (1/255) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

⁽⁸⁴⁸⁾ المادة (2/261) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

⁽⁸⁴⁹⁾ المادة (263) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

⁽⁸⁵⁰⁾ المادة (268) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

⁽⁸⁵¹⁾ المادة (269) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

⁽⁸⁵²⁾ المادة (1/272) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

قرار المحكمين أو إبطاله كلياً أو جزئياً وإعادته للمحكمين لغرض إصلاحه أو أن تفصل المحكمة بنفسها في الموضوع إذا كان صالحاً للفصل فيه⁽⁸⁵³⁾.

ثانياً: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم المصرفي

إن الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم المصرفي يتمثل في التزام أطرافه بعرض نزاعهم موضوع اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم دون المحكمة المختصة بنظر ذلك النزاع، للفصل فيه بحكم ملزم⁽⁸⁵⁴⁾ وبذلك فإنه لا بد من قضاء بديل يحل محله، وهو قضاء خاص اتفاقي يختاره الأطراف ومقتضى ثبوت الاختصاص لهذا القضاء (قضاء التحكيم) يتمثل ببدء الأطراف باتخاذ إجراءات التحكيم ابتداءً من تسلم المدعى عليه طلب التحكيم الذي يقدمه المدعي، ثم شروع أطراف الاتفاق بتشكيل هيئة التحكيم وما يستتبعها من الاتفاق على الإجراءات الواجب اتباعها، ومباشرة الهيئة بالبت في وجود وصحة اتفاق التحكيم ثم مسالة اختصاصها وتلقي بيان الدعوى من المحتكم وغيرها من الإجراءات...⁽⁸⁵⁵⁾.

ويعد الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم من المظاهر التي تميز هذا الاتفاق بوصفه عقد تنطبق عليه القواعد العامة عن باقي العقود، إذ لا تترتب أي مسؤولية على مخالفة أحد الأطراف للاتفاق بلجوءه للقضاء، وإن كل ما على الطرف الآخر القيام به هو التمسك باتفاق بالتحكيم عن طريق الدفع بوجوده، ما دام اتفاقهم صحيحاً ليجبر الطرف الآخر على اللجوء للتحكيم⁽⁸⁵⁶⁾.

وأن ثبوت الاختصاص لقضاء التحكيم، يفضي إلى أن تبت هيئة التحكيم في مدى اختصاصها بنظر النزاع الذي أبرم بخصوصه اتفاق التحكيم، أي اختصاص هيئة التحكيم بنظر اختصاصها أو مبدأ الاختصاص بالاختصاص⁽⁸⁵⁷⁾، وذلك أن من المتوقع أن يشير أحد أطراف اتفاق التحكيم رغبة منه في التنصل عن التزاماته لعرقلة إجراءات التحكيم مسالة عدم اختصاص هيئة التحكيم أو بطلان اتفاق التحكيم.

ونرى بأن المشرع العراقي لم يعالج هذه المسألة صراحة، مما قد يفضي إلى إطالة أمد النزاع في حال قيام أحد الأطراف بإقامة دعوى بطلان اتفاق التحكيم أمام المحكمة المختصة، ومن الأفضل أن يؤكد المشرع على اختصاص هيئة التحكيم للبت في اختصاصها، خاصة أن القانون أجاز اللجوء إلى نظام التحكيم باعتباره قضاء اتفاقي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأطراف هم من يختاروا محكميهم ولهم ردهم في حال استجد ما يشير حفيظتهم، وأن القانون أجاز للأطراف الطعن بالقرار بعد صدوره بسبب بطلان الاتفاق أو خروج الهيئة التحكيمية عن حدود الاتفاق⁽⁸⁵⁸⁾، ومن الأفضل تقنين ذلك المبدأ الذي أخذت به التشريعات المقارنة إذ نص عليه قانون التحكيم المصري في المادة (1/22) حيث مكن لهيئة التحكيم الفصل في اختصاصها، وهو نفس الحكم الذي تناولته المادة (1/16) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

⁽⁸⁵³⁾ المادة (274) من قانون المرافعات المدنية العراقية.

⁽⁸⁵⁴⁾ د. محمود السيد عمر التحوي، مصدر سابق، ص 195.

⁽⁸⁵⁵⁾ د. احمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 300-301.

⁽⁸⁵⁶⁾ د. احمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 28.

⁽⁸⁵⁷⁾ د. احمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مصدر سابق، ص 561.

⁽⁸⁵⁸⁾ المادة (1/273) من قانون المرافعات المدنية العراقية.

وهذا ما اخذ به المشرع الفرنسي في المادة (1465) من قانون الإجراءات المدنية، كما أقره المشرع الإنكليزي في المادة (1/30) من قانون التحكيم لسنة 1996. إلا أنه مكن للأطراف من الاتفاق على خضوع مسألة الاختصاص للقضاء، وذلك حال اتفاقهم على عدم اختصاص هيئة التحكيم للنظر في اختصاصها.

وفقاً لما تقدم، نرى أن الاتفاق على التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة لا يترتب عليه قطع التقادم أو بدء سريان الفوائد فيما يخص الحق موضوع التحكيم، إذ لا بد من تقديم طلب التحكيم من قبل أحد الأطراف أمام المحكمين بوصفه مطالبة قضائية.

الفرع الثاني: نطاق اتفاق التحكيم المصرفي

يقصد بنطاق اتفاق التحكيم، أثر ذلك الاتفاق من حيث الأشخاص أو بتعبير آخر نسبة الاتفاق من حيث الأشخاص، والمستقر عليه فقها وقضاء وتشريعاً، أن اتفاق التحكيم على أي صورة كان لا يلزم إلا أطرافه⁽⁸⁵⁹⁾. وذلك أن اتفاق التحكيم يبقى استثناء على الأصل، وأنه وكما بينا عقد رضائي، فإن إرادة الأطراف هي التي توجده وتحدد نطاقه، مما يستتبع عدم إمكانية إلزام شخص بالتحكيم رغماً عنه، وهذا هو الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، الذي يفرض إلى عدم إمكانية الاحتجاج به إلا على الشخص الذي ارتضاه وقبل به، إذ أن اتفاق التحكيم لا يلزم غير أطرافه كما لا يخول حق للغير باللجوء إليه، شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر⁽⁸⁶⁰⁾.

وهذا ما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني⁽⁸⁶¹⁾ إذ أن أثر العقد لا ينصرف إلا للمتعاقدين وخلفهم العام، ما لم تكن طبيعة التعامل أو العقد لا تسمح بانتقال الأثر أو بنص القانون، وكذلك في حال إنشاء العقد لالتزامات تتصل بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، فحينها يمكن انتقال الحقوق أو الالتزامات معه، بشرط أن تكون من مستلزمات ذلك الشيء وأن يكون الخلف الخاص على علم بها قـت انتقال الشيء إليه.

ومن الأمثلة على انتقال أثر اتفاق التحكيم المصرفي إلى الخلف العام، نسوق حالة اتفاق المصرف وعميله على الخضوع للتحكيم حول عقد الاعتماد للسحب على المكشوف⁽⁸⁶²⁾، إذ ينقضي هذا العقد بوفاة المستفيد أو انتهاء شخصيته إذا كان شخصاً معنوياً، ومع ذلك فإن أثر اتفاق التحكيم المبرم بين المصرف وعميله المستفيد من الاعتماد ينتقل إلى الخلف العام تطبيقاً لمبدأ أثر اتفاق التحكيم.

كما قد يمتد اتفاق التحكيم المصرفي إلى الخلف العام، في حال اندماج شركة موقعة على اتفاق التحكيم المصرفي مع شركة أخرى، إذ يمتد اتفاق التحكيم إلى الشركة الدامجة كونها خلفاً عاماً للشركة التي اندمجت معها⁽⁸⁶³⁾.

أما في العمليات المصرفية ثلاثية الأطراف، فإننا سنبين الحالات التي من الممكن أن يثار بشأنها مسألة امتداد اتفاق التحكيم المصرفي ومدى إلزام الغير به، ونناقش ذلك في خطاب الضمان بوصفه أحد العمليات المصرفية التي قننها المشرع العراقي⁽⁸⁶⁴⁾، ولكونه يعد

⁽⁸⁵⁹⁾ د. احمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم مفهومه-أركانه وشروطه-نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص270.

⁽⁸⁶⁰⁾ د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص161.

⁽⁸⁶¹⁾ المادة (142/الفقرة 2و1) من القانون المدني العراقي.

⁽⁸⁶²⁾ إذ تنص المادة (271) من قانون التجارة العراقي على أنه: (ينقضي الاعتماد بوفاة المستفيد أو فقده لأهليته أو الحكم عليه بالإعسار أو بانتهاء شخصية المستفيد إذا كان شخصاً معنوياً).

⁽⁸⁶³⁾ د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص164.

⁽⁸⁶⁴⁾ نظم قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 أحكام خطاب الضمان في المواد (287-293).

من ضمن الأعمال الأكثر انتشاراً في مجال التعاملات⁽⁸⁶⁵⁾ وهو من العقود ثلاثية الأطراف⁽⁸⁶⁶⁾، وهم المصرف مصدر خطاب الضمان والعميل (الآمر) والمستفيد من الخطاب. ومن المبادئ القانونية التي تميز خطاب الضمان، هو مبدأ استقلاله والذي بموجبه لا يجوز للمصرف أن يتمسك بالدفع التي للعميل في مواجهة المستفيد، فهو التزام أصيل بذمة المصرف تجاه المستفيد لا يوقف تنفيذه أي معارضة من قبل العميل⁽⁸⁶⁷⁾، وهذا ما اخذ به المشرع العراقي في المادة (290) إذ أشار إلى عدم جواز رفض المصرف الأداء للمستفيد من خطاب الضمان بسبب علاقة بين المصرف وعميله أو الأمر، كما انه لم يجيز امتناع المصرف عن التسديد لسبب يتعلق بعلاقة الأمر بالمستفيد.

وتتعدد العقود التي تنظم العلاقة بين أطرافه، إذ يوجد العقد الأساس ويقصد به العقد الأصلي المبرم بين العميل الأمر والمستفيد وهو العقد الذي أصدر خطاب الضمان بمناسبته وقد يكون عقد توريد أو مقاوله أو أي عقد آخر حسب الأحوال، والذي يشترط فيه المستفيد من ضمن بنوده على العميل الأمر تقديم الأخير تعهد من المصرف لضمان حسن تنفيذ ذلك العقد⁽⁸⁶⁸⁾. كما يوجد عقد أو طلب إصدار خطاب الضمان الذي يبرم بين العميل الأمر والمصرف تنظم فيه مسألة إصدار الخطاب ومدته ومقدار العمولات والتأمينات وغيرها من الشروط اللازمة⁽⁸⁶⁹⁾. وبذلك يثار التساؤل حول مدى إمكانية الاحتجاج باتفاق التحكيم المبرم بين العميل والمستفيد في العقد الأساس وهو أمر ممكن حدوثه⁽⁸⁷⁰⁾، وذلك في حال قام المستفيد بتقديم طلب للمصرف لتسييل مبلغ خطاب الضمان، فيحتج العميل بوجود اتفاق تحكيم بينه وبين المستفيد، ليطالب المصرف بعدم تنفيذ الطلب إلى حين البت في النزاع؟

يتفق الفقه على عدم إمكانية احتجاج العميل تجاه المصرف لإيقاف دفع مبلغ الخطاب للمستفيد وفقاً للآراء التي سنعرضها، لكن يثور الخلاف حول الأساس القانوني لعدم إمكانية الاحتجاج هل هو الأثر النسبي لاتفاق التحكيم باعتبار المصرف من الغير، أم مبدأ استقلال خطاب الضمان عن علاقة المصرف بالأمر أو بالمستفيد؟ إذ يرى جانب من الفقه⁽⁸⁷¹⁾، بأن استقلال خطاب الضمان عن أي علاقة أخرى سواء بين العميل والمستفيد أو بين المصرف وعميله، هي الأساس القانوني لعدم إمكانية الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد بعقد الأساس في مواجهة المستفيد.

بينما ذهب جانب من الفقه⁽⁸⁷²⁾ - وهو ما نؤيده- إلى أن الأساس القانوني الذي يفضي إلى عدم إمكانية احتجاج العميل بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس، يستمد قوته من شرط التحكيم، إذ يرى هذا الجانب من الفقه بأن اتفاق التحكيم وكما بينا سابقاً

⁽⁸⁶⁵⁾ د. علي البارودي و د. محمد فريد العريني، القانون التجاري (العقود التجارية والعمليات المصرفية وفقاً لأحكام قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999)، دار الجامعة الجديدة، مصر- الإسكندرية، 2011، ص 349.

⁽⁸⁶⁶⁾ وذلك وفقاً للمادة 287 من قانون التجارة العراقي إذ عرف بانها: (خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله).

⁽⁸⁶⁷⁾ د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 421.

⁽⁸⁶⁸⁾ د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 322.

⁽⁸⁶⁹⁾ د. هاني دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، 2013، ص 275.

⁽⁸⁷⁰⁾ أ.م أسيل باقر جاسم، اثر التحكيم على خطاب الضمان (دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي، العدد الأول، السنة الخامسة، ص 189.

⁽⁸⁷¹⁾ د. احمد الزيادات، د. إبراهيم العموش، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية، دار وائل للنشر، ط2، عمان، 1996، ص 142. نقلا عن أ.م.

أسيل باقر جاسم، مصدر سابق، ص 190.

⁽⁸⁷²⁾ د. سميرة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري الدولي وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، 2012، ص 87. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم الكتاب الثاني، التحكيم في الكفالة وخطابات الضمان، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 82. نقلا

تحكمه القواعد العامة التي تطبق على سائر العقود، وهي قاعدة الأثر النسبي للعقد، والتي بموجبها لا يمكن القول بامتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه، وهم كل من العميل الأمر والمستفيد، وذلك بأن الطرفان هما اللذان أبرما عقد الأساس المتضمن شرطاً للتحكيم، ومن ثم لا يجوز للعميل التمسك بشرط التحكيم الذي عرض بموجبه نزاعهم بمناسبة عقد الأساس على هيئة التحكيم، مما يفضي إلى اعتبار أن المصرف لم يكن طرفاً في عقد الأساس وبالتالي لا يمكن الاحتجاج به في مواجهته.

إلا أن جانب من الفقه⁽⁸⁷³⁾ يرى في حالة اتفاق طرفي العقد الأساس العميل الأمر والمستفيد على الخضوع للتحكيم واشتراط العميل الأمر على المستفيد بعدم المطالبة بمبلغ خطاب الضمان إلى حين صدور قرار التحكيم، ونقض المستفيد لهذا الاتفاق يمكن أن يعتبر غشاً منه يؤدي إلى تجميد قيمة خطاب الضمان لدى المصرف حتى صدور قرار هيئة التحكيم، وذلك يتطلب من العميل الأمر أن يثبت ذلك الغش الذي سيفضي بالتالي إلى سقوط الاستقلال بين عقد الأساس وخطاب الضمان وذلك استناداً إلى قاعدة "أن الغش يفسد كل شيء" على أساس أن الغش يسقط الاستقلال بين العقد الأساس وخطاب الضمان.

إلا أننا نرى بأن مجرد إثبات الغش بالاستناد إلى اتفاق التحكيم لا يكفي كحجة يرتكن إليها العميل الأمر لطلب تجميد مبلغ خطاب الضمان، ومن ثم يجب يقدم العميل الأمر طلب تجميد مبلغ الخطاب إلى القضاء المستعجل، وهو من اختصاص محكمة البداية⁽⁸⁷⁴⁾.

إذ لا تتيح قواعد التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي قيام هيئة التحكيم باتخاذ الإجراءات التحفظية⁽⁸⁷⁵⁾، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن المصرف ليس طرفاً في اتفاق التحكيم أو عقد الأساس، وبالتالي لا يمكن إخضاعه للأوامر الصادرة من هيئة التحكيم التي تنظر نزاع أطراف عقد الأساس. ومن الجدير بالذكر مناقشة المادة (292) من قانون التجارة العراقي والتي بموجب حكمها، يحل المصرف محل المستفيد في مواجهة الأمر، وذلك بعد دفعه مبلغ خطاب الضمان للأول، وحكم هذا المادة نفس حكم المادة (2/1033) من القانون المدني العراقي الخاصة بالكفالة.

ووفقاً لحكم هذه المادة يكون حق المصرف بالرجوع على الأمر بحكم القانون، باعتباره دائن موفي عن المستفيد، ويكون له حينها أما اللجوء للتحكيم أو اتخاذ الدعوى الشخصية كطريق قانوني للرجوع على الأمر⁽⁸⁷⁶⁾، وذلك بعد صدور حكم التحكيم.

وتجدر الإشارة إلى اتفاق المصرف والعميل الأمر على التحكيم في عقد إصدار خطاب الضمان لا تؤثر على حق المستفيد في المطالبة بمبلغ الضمان، وذلك لنسبية أثر شرط التحكيم فضلاً عن استقلال العلاقة بين الأطراف في خطاب الضمان وهم المصرف والمستفيد عن عقد إصدار خطاب الضمان.

عن د. معتمد محمود إسماعيل، مصدر سابق، ص332. بهاء الدين رمضان محمد بطيخ، التحكيم في منازعات البنوك، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس كلية الحقوق، 2011، ص357.

(873) د. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم الكتاب الثاني، التحكيم في الكفالة وخطابات الضمان، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص86. نقلنا عن بهاء الدين رمضان محمد، مصدر سابق ص 359-360.

(874) المادة (33) من قانون المرافعات المدنية العراقي نجد أنها تنص على أنه: (تختص محكمة البداية بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق ...).

(875) المادة (268) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(876) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص192-193.

الخاتمة: بعد عرضنا لموضوع بحثنا المتواضع توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، والتي نبينها تباعاً كما يلي:

أولاً/ النتائج:

1. يستلزم لحسن صياغة اتفاق التحكيم المصرفي، شرطاً كان أم مشاركة أن يتم تحديد العقد محل النزاع في حالة شرط التحكيم، وتحديد المنازعات التي سيخضعها الأطراف للتحكيم في مشاركة التحكيم كان يحدد أن تكون فيما يخص إبرام العقد أو تفسيره أو تنفيذه، وذلك باعتبار أن اللجوء إلى التحكيم يعد خروجاً عن الأصل وهو الخضوع للقضاء المختص في الدولة، مما يستدعي تحديد المسائل التي سيخضعها أطراف الاتفاق للتحكيم ومن ثم يحدد وفقاً لذلك نطاق سلطة المحكم للفصل في النزاع.
2. على المستوى الوطني، لا يكفي مجرد اتخاذ المصرف شكل شركة مساهمة ليكون أهلاً لإبرام اتفاق التحكيم، إذ يجب أن يحصل على ترخيص من البنك المركزي العراقي لممارسة الأعمال المصرفية، مما يستتبع إمكانية إبرام من يمثله اتفاق تحكيم مصرفي، وعلى المستوى الدولي يستلزم أن يستوفي المصرف الشروط التي نصة عليها الضوابط الصادرة من البنك المركزي العراقي، وذلك لأن لا يجوز لأي شخص ممارسة الأعمال المصرفية ما لم يكن مرخصاً من البنك المركزي العراقي.
3. إمكانية اتفاق الأطراف على إخضاع منازعاتهم بخصوص عقد مصرفي إلى التحكيم لعدم تعلقها بالنظام العام، وذلك بأن العمل المصرفي حق مالي يجوز التصالح عليه، وباعتبار أن هيئة التحكيم وبموجب ما تقدم من قواعد قانونية لن تهمل تطبيق القواعد التي تتعلق بالنظام العام عند الفصل بالنزاع، حتى وإن فوضت بالصلح والا فإن مصير حكمها البطلان مما قد يرتب على المحكمين مسؤولية تجاه المحتكمين، وذلك بأن لا يخالف قواعد التسعير أو الفوائد التي ينص القانون على عدم تجاوز حدها الأعلى.
4. إن اتفاق التحكيم المصرفي لا يرتب أثراً مباشراً على المراكز القانونية لأطرافه، وإنما يرتب أثراً إجرائية تتمثل بامتناع أطرافه عن اللجوء إلى القضاء بخصوص النزاع موضوع اتفاق التحكيم، وهذا هو الأثر السلبي لاتفاق التحكيم المصرفي، كما يجب على الأطراف وفقاً لاتفاق التحكيم المصرفي أن يقوموا باتخاذ الإجراءات اللازمة في سبيل البدء بالتحكيم وهذا هو الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم.
5. أن الاتفاق على التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة لا يترتب عليه قطع التقادم أو بدء سريان الفوائد فيما يخص الحق موضوع التحكيم، إذ لا بد من تقديم طلب التحكيم من قبل أحد الأطراف أمام المحكمين بوصفه مطالبة قضائية.
6. إن إثبات الغش بالاستناد إلى اتفاق التحكيم لا يكفي كحجة يرتكن إليها العميل الأمر لطلب تجميد مبلغ خطاب الضمان، ومن ثم يجب يقدم العميل الأمر طلب تجميد مبلغ الخطاب إلى القضاء المستعجل، وهو من اختصاص محكمة البداية.

ثانياً/ التوصيات:

1. نظر لأهمية التحكيم وباعتباره طريقاً استثنائياً للتقاضي وأسوة بالتشريعات المقارنة، فإننا نهيب بالمشروع العراقي إلى أن ينص على وجوب كتابة اتفاق التحكيم المصرفي بوصفه شرط لصحة الاتفاق وليس للإثبات.
2. نهيب بالمشروع العراقي أن يقنن مبدأ الاختصاص حتى يتسنى لهيئة التحكيم أو المحكم الفصل في اختصاصه وذلك لمنع الأطراف من الماطلة في حال الطعن بصحة الاتفاق أو الاعتراض على اختصاص هيئة التحكيم للفصل في موضوع النزاع، وذلك أسوة بالتشريعات المقارنة.

المصادر

أولا/ الكتب

1. د. معتمد محمود إسماعيل، التحكيم في المنازعات المصرفية دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
2. د. محمد صالح علي العوادي، التحكيم في المعاملات المصرفية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2010.
3. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1992.
4. د. محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
5. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دون سنة نشر.
6. د. أكرم ياملكي، التحكيم التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، 2019.
7. د. مصطفى صالح ناطق، نظام التحكيم التجاري في المؤسسات المالية المصرفية (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ط الأولى، 2018.
8. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء 1، الطبعة 4، المكتبة القانونية، بغداد، 2010.
9. د. احمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.
10. د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة نشر.
11. د. غالب علي الداوودي و د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية، دون سنة نشر.
12. د. احمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
13. د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007.
14. د. احمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
15. د. احمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
16. د. احمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم مفهومه-أركانه وشروطه-نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
17. د. علي البارودي و د. محمد فريد العريني، القانون التجاري (العقود التجارية والعمليات المصرفية وفقا لأحكام قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999)، دار الجامعة الجديدة، مصر-الإسكندرية، 2011.
18. د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
19. د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
20. د. هاني دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، 2013.
21. د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري الدولي وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، 2012.
22. د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.

ثانيا/ الرسائل والأطاريح

1. مصطفى ناطق صالح، التحكيم التجاري في المؤسسات المالية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل كلية الحقوق، 2017.
2. بهاء الدين رمضان محمد بطيخ، التحكيم في منازعات البنوك، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس كلية الحقوق، 2011.

ثالثا/ البحوث

1. أسيل باقر جاسم، أثر التحكيم على خطاب الضمان (دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي، العدد الأول، السنة الخامسة.

رابعا/ القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
2. قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 المعدل.
3. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم 81/500 الصادر في 12/5/1981 المعدل سنة 2011.

4. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
5. قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004.
6. قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.
7. قانون البنك المركزي العراقي رقم (56) لسنة 2004.
8. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
9. قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.
10. قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل.
11. قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 المعدل سنة 2006.
12. قانون التحكيم الإنكليزي لسنة 1996.
13. اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.
14. اتفاقية عمان العربية لسنة 1987 الخاصة بالتحكيم التجاري.
15. الضوابط الرقابية الصادرة عن البنك المركزي العراقي / دائرة مراقبة-الصيرفة، بالعدد 136/2/9 بتاريخ 2019/4/1. منشور على الموقع الرسمي للبنك المركزي العراقي ومتاح على الرابط التالي:

<https://cbi.iq/static/uploads/up/file-156154015777189.pdf>

خامسا/ القرارات القضائية

16. حكم محكمة النقض المصرية، الدوائر التجارية، الطعن رقم 2698 لسنة 86 قضائية، الصادر بجلسته 2018/3/13، متاح على موقع محكمة النقض المصرية الرابط التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111379184&&ja=225087

17. محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 88 لسنة 73 قضائية، الدوائر التجارية-جلسته 2010/2/9، منشور على موقعها الإلكتروني على الرابط التالي:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111131119&&ja=154520

18. الحكم رقم 63/اتحادية/2012 الصادر من المحكمة الاتحادية العليا في العراق منشور على الرابط التالي:

<https://www.iraqfsc.iq/krarat/2/2012/63.pdf>

أثر العلاقة السببية في جريمة القتل العمد (دراسة مقارنة مع أحكام القانون القطري والفقه الإسلامي)

✍ غادة عيسى الدوسري

باحثة في القانون، -قطر

ملخص:

تعتبر العلاقة السببية من أهم العناصر في الركن المادي في الجريمة، والتي يترتب في حال قيامها أن تقوم المسؤولية للجاني مرتكب الفعل الإجرامي، فهذا البحث يدور حول مسألة الأثر المترتب على العلاقة السببية بين الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية في جريمة القتل العمد، وبيان أحكام العلاقة السببية وما نظمه المشرع القطري في قانون العقوبات في جريمة القتل العمد، وعقد مقارنة بينها وبين ما اتجه إليه الفقه الإسلامي وبالتحديد كل مذهب من المذاهب الأربعة وهما (الحنفي، الحنبلي، الشافعي، المالكي)، وقد خلص البحث إلى وجود بعض أوجه الشبه والاختلاف بين موقف المشرع القطري حول العلاقة السببية في جريمة القتل العمد مع بعض المذاهب الأربعة، في أحكام الأثر المترتب على العلاقة السببية، كالمذهب المالكي والذي لم يأخذ بالعلاقة السببية الملائمة، وذلك على عكس جمهور الفقهاء والمشرع القطري الذين يأخذون بالعلاقة السببية الملائمة والمنتجة.

Abstract :

The causal relationship is one of the most important elements in the physical element of the crime, which, if it entails the responsibility of the perpetrator of the criminal act, this research plays a role on the question of the causal relationship between the criminal act and the criminal result in murder, the statement of the provisions of the causal relationship and the regulations of the Qatari legislator in the penal code in the crime of murder, and a comparison between them and the approach of Islamic jurisprudence and specifically each of the four doctrines (Hanafi, Hambali, Al-Maliki), al-Maliki concluded, al-Maliki concluded, and al-Maliki concluded, Research into the existence of some similarities and differences between the position of the Qatari legislator on the causal relationship of murder with some of the four doctrines, in the provisions of the effect of causal relationship, such as the Maliki doctrine, which did not take the appropriate causal relationship, unlike the majority of jurists and Qatari legislators who take the appropriate and productive causal relationship..

المقدمة

القتل العمد هو ما يتعمد الجاني فيه إزهاق روح المجني عليه ويقترب به الفعل المزهق لروح المجني عليه بنية قتله بأي أداة، ويعتبر من أكبر الكبائر ومن أعظم الجرائم وحرمة الشريعة الإسلامية وحددت عقوبته في نصوص القرآن والسنة، باعتبار أنها قد عنيت بالنفس عناية تعد فائقة فقد شرعت من الأحكام ما يجلب المصالح وما يدفع المفاسد فقد قال تعالى في سورة الإسراء في الآية 33 (وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ) **الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ** (١).

وأركان جريمة القتل العمد في الشريعة الإسلامية تعد ثلاثة وهي اشتراط أن يكون المجني عليه آدمياً وأن القتل يكون نتيجة لفعل الجاني كما أن يقصد الجاني إحداث الوفاة. كما أن المشرع القطري. وقد نظم جريمة القتل العمد في قانون العقوبات رقم 11 لسنة 2004 في المواد 300-314، وقد اشترط لقيام المسؤولية الجنائية للجاني نتيجة مادية وهي إزهاق روح المجني عليه، فيجب أن يرتبط السلوك للجاني فيها بالنتيجة الإجرامية من خلال توافر رابطة سببية تجمعهم، إلى جانب الشروط المفترضة وهي أن يكون المحل للاعتداء في الجريمة إنسان حي وأن يكون المرتكب للفعل إنسان آخر، وألا يتحد القاتل والمقتول. فتعد علاقة السببية شرط لاكتمال الركن المادي للجريمة فهي تربط بين الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية، فلها أهمية تكمن في أنها تعد عامل حاسم في إضفاء المسؤولية الجنائية على مرتكب الجريمة في حالة ثبوت توافرها، ولا تثير فكرة العلاقة السببية أي إشكالية في حالة وجود سلوك إجرامي وحيد ترتب عليه إحداث النتيجة الإجرامية ولكن تثار المشكلة عندما تتواجد أسباب وعوامل متعددة سواء كانت سابقة أو لاحقة أو معاصرة تتضافر مع السلوك الإجرامي للجاني ترتب عليها إحداث النتيجة الإجرامية، فيثار تساؤل حول مدى قيام العلاقة السببية بين الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية بالرغم من تواجد أسباب أخرى ساهمت في حدوث النتيجة الإجرامية، سيتم في هذا البحث التطرق إلى مفهوم علاقة السببية وأثر حالة تعدد العوامل والأسباب مع فعل الجاني في المسؤولية الجنائية، وسيقتصر في المقارنة على جريمة القتل العمد، نظراً لأهمية هذه الجريمة وما يوجد من اختلاف فقهي حول الإشكالية المتعلقة برابطة السببية عند تعدد العوامل المسببة للنتيجة الإجرامية في كلا من الفقه الإسلامي والفقه القانوني مع المقارنة مع موقف المشرع القطري وما أخذ به.

أهمية البحث:

تعد علاقة السببية من أحد أهم عناصر الركن المادي للجريمة والتي يمكن بناء عليها أن تنسب النتيجة الإجرامية إلى الفعل الإجرامي، وبناء على ذلك تقوم المسؤولية الجنائية لمرتكب الفعل الإجرامي، كما تجدر الإشارة إلى أن موضوع البحث يشكل أهمية خاصة لتعلقه بالقانون القطري؛ نظراً لقلة عدد المراجع التي قد تناولته.

تساؤلات البحث:

ماهي علاقة السببية؟

ما هو موقف المشرع القطري من نظريات السببية؟

ما هو تأثير انقطاع العلاقة السببية على المسؤولية الجنائية؟

ما هو مفهوم العلاقة السببية لدى الفقه الإسلامي؟

هل يوجد اختلاف بين الأحكام المتعلقة بالعلاقة السببية بين الفقه الإسلامي والقانون القطري؟

كل تلك التساؤلات سيتم الإجابة عليها من خلال ما تم استعراضه في هذا البحث.

منهج البحث:

تم اعتماد المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة برابطة السببية الواردة في قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004 القطري مع الفقه الإسلامي وما ذهب إليه كل مذهب من المذاهب الأربعة وهم (الحنفي، الحنبلي، الشافعي، المالكي) بالنسبة لمفهوم العلاقة السببية والآثار المترتبة عليها في المسؤولية الجنائية عند تعدد العوامل المسببة لنتيجة الإجرامية، مع بيان أوجه الشبه والاختلاف حول الأحكام المتعلقة بها.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في الحالة التي تتوافر فيها أسباب وعوامل متعددة مع الفعل الإجرامي للجاني ساهمت في إحداث النتيجة الإجرامية، فيثار تساؤل حول مدى قيام العلاقة السببية بين الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية بالرغم من تواجد أسباب أخرى قد ساهمت في حدوث النتيجة الإجرامية، فهل علاقة السببية تظل قائمة بين الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية ويكون الجاني مسؤولاً جنائياً، أم أنها تنتفي بسبب هذه العوامل والأسباب ويعتبر غير مسؤول جنائياً، وما هو موقف القانون القطري والفقه الإسلامي من هذا الأمر.

أهداف البحث:

- 1- توضيح مفهوم العلاقة السببية مع بيان النظريات الفقهية القانونية الأكثر شيوعاً التي تناولتها.
- 2- بيان موقف الفقه الإسلامي حول نظرية السببية.
- 3- بيان موقف المشرع القطري من نظرية العلاقة السببية وما أخذ به من نظرية.
- 4- بيان أثر تعدد العوامل المسببة لنتيجة الإجرامية على المسؤولية الجنائية في كلا من القانون القطري والفقه الإسلامي.

سيتم تقسيم خطة البحث كما يلي:

المبحث الأول: ماهية علاقة السببية.

المطلب الأول: العلاقة السببية في جريمة القتل

المطلب الثاني: اتجاه الفقهاء الأربعة في السببية

المبحث الثاني: أثر قيام العلاقة السببية في المسؤولية الجنائية عند تعدد العوامل

المطلب الأول: أثر قيام العلاقة السببية في المسؤولية الجنائية عند تعدد العوامل عند الفقهاء

المطلب الثاني: أثر قيام العلاقة السببية في المسؤولية الجنائية عند تعدد العوامل في قطر

المبحث الأول: ماهية العلاقة السببية

تعتبر علاقة السببية من أحد عناصر الركن المادي للجريمة والتي يشترط لتمام الركن المادي في الجريمة توافرها، فلتتحقق الجريمة التامة يجب أن يكون الفعل الإجرامي السبب في حدوث النتيجة الإجرامية؛ فهي تربط بين العناصر المتعلقة بالركن المادي وإذا انتفت هذه الرابطة، فلا يتحقق الركن المادي للجريمة⁸⁷⁷. فإذا لم يتوافر إلا سبب واحد من الأسباب التي تعد قانونية؛ فالأمر يكون سهلاً في

⁸⁷⁷ عمرو الوقاد، قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الأولى، كلية الشرطة، الدوحة-قطر، 2016، ص73.

تحديد مسؤولية الفاعل الذي قام بارتكاب الجريمة والمتسبب في حدوث النتيجة الإجرامية⁸⁷⁸. ولكن قد تتعدد الأسباب في بعض الأحيان ويساهم بعض منها بنصيب في التسبب في حدوث النتيجة الإجرامية المتمثلة في وفاة المجني عليه، ويثار التساؤل حول مسؤولية الفاعل ومدى قيام أو انقطاع العلاقة السببية بين النشاط والنتيجة الإجرامية⁸⁷⁹. سيتم فيما يلي بيان مفهوم علاقة السببية من خلال النظريات الفقهية القانونية السائدة في تحديد توافر العلاقة السببية بين الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية. من خلال مطلب أول يتعلق بمفهوم العلاقة السببية في جريمة القتل وأهم النظريات الشائعة المتعلقة بها وموقف القانون القطري من تلك النظريات، والمطلب الثاني حول اتجاه السببية عند الفقهاء الأربعة (الحنبلي/ الشافعي/ الحنفي/ المالكي).

المطلب الأول: العلاقة السببية في جريمة القتل

يجب في جريمة القتل باعتبارها من جرائم الضرر، أن يكون النشاط الاجرامي مرتبط برابطة سببية، ويكون فعل الاعتداء الذي صدر من الجاني السبب في حدوث الوفاة للمجني عليه، وقد يتظاهر سلوك الجاني السلبي أو الإيجابي بعض العوامل الأخرى، وتساهم في إحداث الوفاة للجاني والتي تعد النتيجة الاجرامية في جريمة القتل⁸⁸⁰. فلا يمكن القول بأن سلوك الجاني هو السبب الوحيد في حدوث النتيجة الاجرامية المتمثلة في وفاة المجني عليه، تنقسم هذه العوامل التي تسهم مع نشاط الجاني في حدوث الوفاة بالرجوع الى وقت توافرها إلى عوامل تعتبر سابقة على النشاط الاجرامي، وعوامل معاصرة لنشاط الجاني، وعوامل تعد لاحقة على النشاط الاجرامي للجاني، فتثور في هذه الحالات إشكالية حول تأثير مسؤولية الجاني في جريمة القتل باعتبار أنه قد حدثت عوامل أخرى مع نشاط الجاني الإجرامي⁸⁸¹. ولقد تعددت واختلفت النظريات لدى الفقه القانوني المتعلقة بالعلاقة السببية في تحديد مدى توافر أو عدم توافر العلاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، فتم عمل قواعد من قبلهم في حالة تداخل عوامل أخرى مع فعل الجاني ترتب عليها حدوث النتيجة الإجرامية، يوجد بها ضوابط وقواعد تعالج مسألة تعدد العوامل التي ترتب عليها حدوث النتيجة الاجرامية، ومن أبرز تلك النظريات نظرية تعادل الأسباب ونظرية السببية الملائمة ونظرية السبب القوي⁸⁸². سيتم بيانها فيما يلي مع بيان موقف المشرع القطري من تلك النظريات.

الفرع الأول: النظريات السائدة في العلاقة السببية

أولاً: نظرية تعادل الأسباب:

تذهب هذه النظرية إلى المساواة بين الأسباب المختلفة التي قد ساهمت في إحداث النتيجة الإجرامية سواء كانت تلك الأسباب تعد مألوفة أو غير مألوفة وسواء قد ارتكبت بفعل الإنسان أو من فعل الطبيعة⁸⁸³. فإذا كانت هناك أسباب عديدة تسببت في حدوث النتيجة الاجرامية ومن بين تلك الأسباب السلوك الإنساني، فهذا السلوك يعتبر كافياً لتوافر وقيام علاقة السببية للنتيجة المترتبة عليه ولو توافرت أسباب أخرى غير مألوفة قد ساهمت في حدوث النتيجة الإجرامية للجريمة، أما في حالة عدم مساهمة السلوك الإنساني في إحداث

⁸⁷⁸ الدكتور غنام محمد غنام، الدكتور بشير سعد زغلول، شرح قانون العقوبات القطري القسم العام (نظرية الجريمة- نظرية الجزاء)، الطبعة الثانية، 2019، ص110.

⁸⁷⁹ المرجع السابق، ص111.

⁸⁸⁰ الدكتور سامي الرواشدة، الدكتور احمد سمير، شرح قانون العقوبات القطري القسم الخاص، 2016، جامعة قطر، الدوحة - قطر، ص72.

⁸⁸¹ المرجع السابق، ص73.

⁸⁸² الدكتور غنام محمد غنام، الدكتور بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص111.

⁸⁸³ الدكتور عمرو الوقاد، المرجع السابق، ص74.

النتيجة الإجرامية، فتتقطع علاقة السببية بين السلوك والنتيجة والمسؤولية الجنائية تنتفي لمرتكب القتل⁸⁸⁴. وإذا أسهم مع فعل الجاني في جريمة القتل عوامل أخرى ترتب عليها حدوث وفاة المجني عليه، فعلاقة السببية تظل قائمة بين الفعل للجاني والنتيجة الإجرامية المتمثلة في الوفاة، ولو أن مساهمة الفعل للجاني في إحداث النتيجة الإجرامية يعد محدوداً للغاية بالمقارنة مع العوامل الأخرى⁸⁸⁵. أما في حالة ما إذا كان النشاط الإجرامي للجاني لم يسهم في إحداث الوفاة بالرغم من جسامته، بحيث ان الوفاة كانت ستحدث حتما بالرغم من وجوده، فعلاقة السببية تتقطع بين النشاط والوفاة وتتوقف عند حد الشروع⁸⁸⁶. هذه النظرية قد تعرضت لانتقادات عديدة من أبرزها بأنها قد وسعت من نطاق التجريم؛ فأصبح مرتكب السلوك الإجرامي مسؤولاً من الناحية الجنائية في أغلب الأحوال التي يتم تداخل بها أسباب أخرى سواء كانت مألوفة أو غير مألوفة⁸⁸⁷.

ثانياً: نظرية السبب المباشر أو الفعال:

يقصد بهذه النظرية أن يتم الاعتداد بالسبب الذي يعد أكثر فعالية في تحقيق النتيجة الإجرامية، فإذا ما وجد أكثر من سبب وكان يوجد بينهم سبب أقوى من الآخر بحيث كان كافياً لإحداث النتيجة الإجرامية بذاتها، فعلاقة السببية تقوم بين الفعل الذي ارتكبه وبين النتيجة الإجرامية⁸⁸⁸. فالسببية وفقاً لهذا الاتجاه تستوجب أن يتواجد اتصال مادي مباشر فيما بين الفعل والنتيجة المترتبة بشكل ينفي تدخل العوامل الأخرى، بحيث أنه بتدخلها سينقطع الاتصال المباشر بين أول فعل والنتيجة المترتبة النهائية، بالتالي عدم إمكانية القوب بتوافر العلاقة السببية بينهما، بل إنما رابطة السببية بالنسبة لهذه النظرية تنشأ بين الفعل الأخير والمباشر للنتيجة⁸⁸⁹. وقد تم توجيه العديد من الانتقادات لهذه النظرية؛ باعتبار أنها قد توسعت في نطاق التجريم في بعض الأحيان وقد ضيقت من نطاق السبب الفعال فتوسع من نطاق التجريم⁸⁹⁰.

ثالثاً: نظرية السببية الملائمة:

تعنى هذه النظرية أن يتم اعتبار الفعل الإجرامي سبباً في حدوث النتيجة الإجرامية مادام أنه هو ملائم وكاف لحدوث النتيجة الإجرامية وفقاً للمجرى العادي للأمر حتى وأن تداخلت معها عوامل وأسباب أخرى طالما أنها كانت مألوفة ومتوقعة⁸⁹¹. فإذا ما تداخلت أسباب أخرى ساهمت في إحداث النتيجة الإجرامية مع السبب الملئم وكانت هذه الأسباب مألوفة الحدوث وفقاً للمجرى العادي للأمر؛ فأنها لا تقوم بقطع علاقة السببية ويعتبر السبب الملئم مرتبطاً بعلاقة السببية مع النتيجة الإجرامية، وعلى عكس ذلك فإذا كانت الأسباب غير مألوفة وشاذة فتقطع العلاقة السببية⁸⁹².

⁸⁸⁴ المرجع السابق، ص 74.

⁸⁸⁵ الدكتور سامي الرواشدة، الدكتور احمد سمير، المرجع السابق، ص 74.

⁸⁸⁶ المرجع السابق، ص 75.

⁸⁸⁷ المرجع السابق، ص 75.

⁸⁸⁸ الدكتور غنام محمد غنام، الدكتور بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 112.

⁸⁸⁹ حنان جلاب، 2006، السببية في جناية القتل "دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري"، رسالة ماجستير، جامعة

الحاج لخضر- باتنة، الجزائر، ص 54.

⁸⁹⁰ عمرو الوقاد، المرجع السابق، ص 75.

⁸⁹¹ المرجع السابق، ص 76.

⁸⁹² الدكتور غنام محمد غنام، الدكتور بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 136.

الفرع الثاني: موقف المشرع القطري من نظريات السببية

لم يرد تعريف بصريح النص من قبل المشرع القطري لعلاقة السببية ولكن قد تبنى المشرع القطري في المادة 27 من قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004 نظرية السببية الملائمة أو الكافية في ربط الفعل الإجرامي بالنتيجة الإجرامية. فتنص المادة على أنه " لا يسأل الشخص عن جريمة لم تكن نتيجة لنشاطه الإجرامي، غير أنه يسأل عن الجريمة ولو كان قد أسهم مع نشاطه الإجرامي في إحداثها سبب آخر سابق أو معاصر أو لاحق عليه، متى كان هذا السبب متوقعاً أو محتملاً وفقاً للسير العادي للأمر. وأما إذا كان هذا السبب وحده كافياً لإحداث نتيجة الجريمة، فلا يسأل الشخص في هذه الحالة إلا عن الفعل الذي ارتكبه. " . فوفقاً لما ورد في نص المادة الوارد أعلاه أن علاقة السببية تقوم بين السلوك الإجرامي وبين النتيجة الإجرامية ما دام كان هذا السلوك هو السبب الملائم لحدوث النتيجة الإجرامية، حتى لو تم تداخل أسباب أخرى سواء كانت معاصرة أو سابقة أو حتى لو كانت لاحقة للسلوك الإجرامي طالما كانت هذه الأسباب من الأسباب المألوفة أو المتوقعة⁸⁹³. بالإضافة إلى أن المشرع القطري قد نص بشكل صريح في المادة سالفه الذكر على أنه من الممكن أن تنتفي تلك الأسباب المألوفة أو التي تعد متوقعة لنتيجة الإجرامية، وذلك إذا كانت تلك الأسباب المتوقعة تكفي في حد ذاتها لحدوث النتيجة الإجرامية.⁸⁹⁴

المطلب الثاني اتجاه الفقهاء الأربعة في السببية

يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية علاقة السببية بأنها الرباط الرابط بين السبب بالمسبب والعلّة بالمعلول.⁸⁹⁵ كما أطلق الفقهاء السبب في المقابل للمباشرة، وقد فرقوا بينهما، فيقسمون العلاقة بين الأفعال المرتكبة ونتائجها إلى مباشرة وتسبباً مع الاختلاف في مسؤولية كل منهما. فالفقهاء ينظرون لسبب بنفس المدلول وهو ما يؤدي إلى الحكم لا بنفسه إنما بالواسطة، أي الحكم لم يحصل بذلك السبب بل حصل عند توافره مع اختلافهم في المسؤولية للمباشرة⁸⁹⁶. ولا يوجد في الفقه الإسلامي نظرية عامة تقوم بتحديد معيار بشكل محدد لعلاقة السببية، بل قام الفقهاء في الفقه الإسلامي بإيراد قواعد تعتبر جزئية لحل المشاكل التي تتعلق بالعلاقة السببية في جرائم متنوعة⁸⁹⁷. وعلاقة السببية تختلف باختلاف في السبب ونوعه وعدده واختلاف النتيجة والطريقة التي وقعت بها، فقد يكون فعل الوفاة ناتج عن مجموعة من العوامل إلى جانب فعل الجاني العمدي والتي يصعب تحديد أيهم أدّى إلى وقوعها⁸⁹⁸. سيتم فيما يلي سيتم بيان الاتجاهات لسببية في كل من المذاهب الأربعة فيما يتعلق بجريمة القتل العمد فيما يلي:

أولاً: الحنفية:

فمفهوم السبب عند الأحناف هو ما كان بين السبب وبين المسبب عامل آخر، فيكون تأثير السبب في النتيجة الإجرامية بهذا العامل وليس بطريق المباشرة، فالحنفية يربطون تعريف السبب بالقصد، فإذا ما كان فعل القتل مباشراً مثلاً فهو يعتبر عمد، أما إذا كان لا يحمل

⁸⁹³ عمرو الوقاد، المرجع السابق، ص 77.

⁸⁹⁴ المرجع السابق، ص 77.

⁸⁹⁵ الدكتور أحمد عبد السلام الأشهب، 2005، علاقة السببية في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الإنسانية والتطبيقية، الجامعة الأسمرية الإسلامية زليتن، العدد الرابع، ص 58.

⁸⁹⁶ حنان جلاب، المرجع السابق، ص 47.

⁸⁹⁷ الدكتور محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي "الجريمة، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية من إصدارات كلية الحقوق، الإسكندرية، 2018، ص 396.

⁸⁹⁸ حنان جلاب، المرجع السابق، ص 40.

صفة العمد فهو يتعبر تسببا، كالذي يقوم بحفر بئر ويموت من وقع فيه؛ فيكون متسببا وليس مباشرا، فالحفر يعد سببا، والوفاة قد حصلت بسبب السقوط⁸⁹⁹.

ثانياً: المالكية:

يعرف المالكية السبب بأنه ما يترتب الهلاك عنده إذا كان السبب هو المؤدي لوقوع ذلك الفعل بتلك العلة، فهو ما يؤدي إلى الحكم بواسطة، وهي كما في العلة في المفهوم الأصولي⁹⁰⁰. فتكون السببية قائمة بين فعل الجاني والنتيجة الإجرامية، طالما أنها تولدت عن فعله حتى لو أنه قد تخللها عوامل أخرى، كان على الجاني أن يتوقعها أو كان التوقع لها مجزوماً به وذلك حسب المجرى العادي للأمور وما يقضى به العرف⁹⁰¹.

ثالثاً: الشافعية والحنابلة:

يرى الشافعية السبب بأنه هو ما أفضى إلى الحكم بواسطة أو بوسائط، كأن يقوم شخص بوضع شخص آخر في سبب في زبية، وإذا قام بأكله السبع، فالذي قام بوضعه يكون ضامناً، باعتبار بأنه تسبب في موته مع أنه لم يباشر ذلك بنفسه، فالشافعية والحنابلة يرون بأن كل فعل يغلب على الظن في تحقق الهلاك وكان ولو لم بشكل مباشر، فهو سبب ويعبر عن الفاعل بالمتسبب⁹⁰².

المبحث الثاني أثر قيام العلاقة السببية في المسؤولية الجنائية عند تعدد العوامل

تعتبر جناية القتل العمد من الجرائم التي تعد ذات النتيجة، فلكي يكون الشخص مسؤولاً جنائياً عنها لا بد أن الفعل الإجرامي الذي قام بارتكابه والنتيجة التي ترتبت عنه أن تتوافر علاقة السببية بين فعل الجاني والنتيجة الإجرامية التي يعاقب عليها القانون⁹⁰³. أما في حالة انعدام أو قيام ثم انقطاع العلاقة السببية قبل تحقق النتيجة الإجرامية، سواء كان ذلك الانقطاع طبعياً أو بفعل شخص، فالجاني يسأل عن فعله فقط ولا يسأل عن النتيجة الإجرامية إذا كان فعله لم يسببها، ولا يقطع هذه السببية أن يتم اشتراك عدة عوامل أخرى مع فعل الجاني في إحداث النتيجة الإجرامية، سواء أكانت تلك العوامل من فعل شخص آخر أو سببها حالة المجني عليه الطبيعية أو الصحية⁹⁰⁴. فيما يلي سيتم بيان الأثر على قيام علاقة السببية عند تعدد العوامل وتظاferها مع سلوك الجاني في إحداث النتيجة الإجرامية المتمثلة في الوفاة ومدى قيام المسؤولية الجنائية أو عدمها من خلال التعرض لموقف المشرع القطري حيال ذلك الأمر، والتعرض لموقف الفقه الإسلامي الذي اهتم بشكل كبير بموضوع الرابطة السببية، والتي تم دراسة ومعالجة مواضيعها بشكل دقيق وموضوعي في أبواب الجنايات والضمانات، وكذلك بيان أوجه الاختلافات حول وجهات النظر بين الفقهاء الأربعة حول السببية وقيامها والآثار المترتبة عليها من المسؤولية الجنائية.

⁸⁹⁹ المرجع السابق، ص46.

⁹⁰⁰ المرجع السابق، ص46.

⁹⁰¹ المرجع السابق، ص145.

⁹⁰² المرجع السابق، ص140.

⁹⁰³ الدكتور أحمد عبد السلام الأشهب، المرجع السابق، ص58.

⁹⁰⁴ المرجع السابق، ص58.

المطلب الأول أثر قيام علاقة السببية على المسؤولية الجنائية عند تعدد العوامل عند الفقهاء

لقد سار الفقه الإسلامي وفق دستور القرآن الكريم والسنة النبوية، فقد تطلب لمسألة الجاني عن النتيجة الإجرامية أن يكون هناك إسناداً مادياً يربط بين سلوك الفاعل والنتيجة الإجرامية، فلا توجد مسؤولية بغير إسناد مادي، وذلك لأن الله عز وجل لا يحاسب نفساً إلا ما كسبت فيقول الله عز وجل في سورة المدثر في الآية 38 (كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ)، أي أنها معتقلة بعلمها في يوم الحساب، فمن المبادئ الجوهرية في المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية هي شخصية المسؤولية⁹⁰⁵. فالمسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي يتحملها الإنسان تبعاً أو نتيجة لأفعاله المحرمة والتي قد أتاها مدركاً لمعانيها والنتائج لها، فالذي يأتي فعلاً مدركاً بأنه محرم شرعاً وعالمًا بنتائجه مع رضاه، يسأل عن تلك النتائج⁹⁰⁶. ولقد اختلفت وجهات النظر في المذاهب الفقهية الأربعة (الحنبلي، المالكي، الشافعي، الحنفي) فيما يتعلق بالسببية وقيامها والآثار المترتبة عليها عند توافر عدة عوامل إلى جانب فعل الجاني ترتب عنها نتيجة إجرامية وهي الوفاة. فيرى الأحناف بأنه لكي تقوم العلاقة السببية بين فعل الجاني والنتيجة الإجرامية، لا بد أن يكون فعل الجاني هو السبب الوحيد الذي ينتج عن النتيجة الإجرامية أي الوفاة، أما إذا تداخلت أسباب وعوامل أخرى مع فعله، وكان من شأنها أن تنفي مسؤوليته فهنا لا يمكن أن تقوم علاقة السببية، على أن يكون التدخل لهذه العوامل حسب سير الأمور العادي ووفقاً للعرف⁹⁰⁷. فالحنفية لا يقيمون السببية بين الفعل الذي ارتكبه الجاني والنتيجة الإجرامية في حالة تدخل بعض العوامل الأخرى، إلا إذا ما أمكن أن تتم إضافة هذه العوامل إلى فعله، أو ما يسمى بإضافة العلة إلى السبب، كأنها تعتبر تولدت عنه⁹⁰⁸. فمن يقوم بضرب شخص ضربة تعد خفيفة ثم توفي بعدها، فوفقاً وحسب سير الأمور العادي أن الضربة التي تعد خفيفة غير قاتلة ولا تدل على نية القتل، والوفاة حصلت بسبب عامل آخر مثل مرض المجني عليه أو مرضه هو الذي يعتبر السبب المباشر في حدوث نتيجة الوفاة⁹⁰⁹. فالحنفية يعتبرون في العديد من الفروع الفقهية أن النتيجة النهائية تتحصل من العلة وليس من السبب، كما أن قيام السببية بين فعل الجاني والوفاة في حالة تعدد العوامل يقيد ذلك عنصرين، وهو أن تكون العلة بفعل الإنسان اختيارياً، وأن تكون منفصلة العلة عن السبب وغير ناتجة عنه⁹¹⁰.

أن القول بأن السببية المباشرة تقوم بين الفعل المتمثل في القتل والوفاة لضحية، قد يؤدي إلى إفلات الجاني مرتكب الجريمة من المسؤولية التي تكون على نحو لا يتناسب مع العدوان الذي قام به، فالقتل بالسبب لا يستوجب الكفارة ولا كذلك القصاص عند الأحناف، وإنما يستوجب الدية فقط، ويؤدي ذلك إلى ترتب أخلال بالعنصر المتعلق بالتناسب في العقوبة، إن ما اتجه إليه الأحناف يشير إلى نوعاً ما إلى اتجاه السببية المباشرة التي تم تبنيها في بعض من التشريعات المقارنة الوضعية في الدول الأخرى، إلا أن ما ذهب إليه الحنفية يبرره نظرهم بالعمد ووسيلته والمسؤولية عنه، فيتبين لنا أن الأحناف يضيّقون من صورة العمد، فهم اعتبروا القتل العمد الموجب للقصاص هو ما تم بالمباشرة فقط، وبالتالي فإن العلاقة السببية تنقطع ولا تقوم إذا كان الجاني متسبباً وبين النهائية وفقاً لما يراه الأحناف⁹¹¹.

⁹⁰⁵ مجيد خضر أحمد السبعولي، نظرية السببية في القانون الجنائي: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المصري وقوانين عربية وأجنبية بمنظور جنائي فلسفي، الطبعة الأولى المركز القومي للإصدارات القانونية، 2014، القاهرة، ص 18.

⁹⁰⁶ حنان جلاب، المرجع السابق، ص 65.

⁹⁰⁷ المرجع السابق، ص 59.

⁹⁰⁸ المرجع السابق، ص 60.

⁹⁰⁹ المرجع السابق، ص 59.

⁹¹⁰ المرجع السابق، ص 145.

⁹¹¹ المرجع السابق، ص 60.

فالأحناف يأخذون بالسببية المباشرة لأنهم ينسبون الضرر للعلّة وليس إلى السبب إذا ما وجدت العلّة، لأنهم يقصرون القتل بشكل عمدي على المباشرة بدون التسبب، على خلاف جمهور الفقهاء الآخرين وهم (المالكية، الشافعية، والحنابلة) فيأخذون بالسببية الملائمة والمنتجة، ويوسعون فيما يتعلق بنطاق القتل إلى مباشرة وإلى سبب، وإن كان المذهب المالكي يعتبر قيام السببية هو بمجرد أن يكون الفعل للجاني كافياً وملائماً لحدوث النتيجة الإجرامية والتي يعتبرها الشافعية والحنابلة في غلبة الظن، ومرجع الاختلاف هو اختلافهم في الوسيلة للعمد والظروف للمجني عليه والآلة التي تم استعمالها⁹¹².

أما المالكية يرون بأنه تقوم علاقة السببية بين الفعل المتمثل في القتل والنتيجة الإجرامية الوفاة، بالنظر إلى ما جرت عليه العادات والواقع العملي والعرف، فتعد السببية قائمة بين الفعل للجاني والنتيجة، طالما أنها قد ترتبت عن فعله حتى ولو أنه قد تخللها عوامل أخرى، كان على الجاني توقعها أو أن توقعها حسب المجرى العادي للأمر مجزوماً به، فمذهب المالكية يرى عدم اشتراط أن يكون فعل الجاني هو العامل المباشر إلى إحداث الوفاة، بل يكفي أن يكون فعله كافياً بذاته لتحقيق النتيجة الإجرامية وهي الوفاة، حتى لو تداخلت عوامل وأسباب أخرى، ولا يشترط أن يعلم الجاني بهذه النتائج والعوامل ويكفي أن يتوقعها، فالفاعل يكون ملتزم بجميع ما ينتج عن ذلك السبب من المصالح أو المفاسد، وإن جهل بعض تفاصيل ذلك⁹¹³. فينظر المالكية إلى السببية على أساس ما يتوقعه الجاني من عوامل ونتائج ترتبت عن فعله، بحسب السير العادي للأمر وما يتوقعه الرجل العادي في ظروف الذي قام بالفعل. إضافة إلى أنهم يقيمون العلاقة السببية بناء على ما يصدر من الجاني من أفعال، سواء أكانت مباشرة أو تمت بالتسبب، طالما كانت تلك العوامل التي قد تداخلت مع فعله ليس من شأنها أن تقطع وتنفي العلاقة السببية بينه وبين النتيجة المتحققة⁹¹⁴.

فالذي يقوم بتقديم طعام مسموم لشخص لا يعلم به وتناوله وحدثت الوفاة، ففعل الجاني هنا يعد ملائماً ومناسب وكافي لحدوث النتيجة الإجرامية، ولا يمكن أن يتم القول بأن السبب للوفاة هو تناول السم وليس تقديمه⁹¹⁵. فهم يأخذون بالسبب الملائم والكافي لترتب وإحداث النتيجة الإجرامية وهذا ما اتجهت إليه نظرية السببية الملائمة أو المناسبة والتي أخذ بها المشرع القطري من خلال ما نص عليه من المادة 27 من قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004؛ وهو أن يتم النظر إلى النتائج المحتملة بحسب السير العادي للأمر وما يميل إليه عرف الناس وعاداتهم. أما بالنسبة للشافعية والحنابلة فيقترب ما ذهب إليه كلا منهم إلى حد ما إلى ما ذهب إليه المالكية، فالسببية تعتبر قائمة بين السلوك العمدي والنتيجة التي تعتبر نهائية، كلما كان من المحتمل أو أن يغلب على الظن أن هذا السلوك هو من شأنه أن يؤدي لإحداث النتيجة، حتى ولو أن تداخلت معه عوامل أخرى، فلا يشترطون استقلال السبب عن النتيجة، فإذا تعددت العوامل للوفاة إلى جانب فعل الجاني، فإنه ينظر إلى العامل الأقوى في إحداث الضرر، لا للعامل الذي يعد مباشر، وبالتالي فإن مسؤولية الضرر تقع على الذي قام بالسبب وليس صاحب العلّة، ويمكن أن يكون العامل المباشر هو أقوى عامل في إحداث النتيجة، ففي هذه الحالة لا يتم الأخذ بالعوامل الأخرى أن كان من بينهم سلوك الجاني⁹¹⁶.

⁹¹² المرجع السابق، ص 60.

⁹¹³ المرجع السابق، ص 146.

⁹¹⁴ المرجع السابق، ص 145.

⁹¹⁵ المرجع السابق، ص 61.

⁹¹⁶ المرجع السابق، ص 63.

فيعتقد كلا من الشافعية والحنابلة بعنصر التوقع في مسألة قيام السببية وإن كانوا قد يأخذون بغلبة الظن تحقق أو حصول ضرر من السلوك الذي قام به الجاني، بمعنى أنه إذا ما كان يغلب على الظن أن يؤدي إلى الوفاة حتى لو تداخلت عوامل أخرى، فالسببية تكون قائمة، أما في حالة لم يغلب على الظن أن يحصل ذلك فقد يمكن أن تكون تلك العوامل تعد الأقوى في حصول الضرر⁹¹⁷. والشافعية والحنابلة نرى بأنهم يقيمون العلاقة السببية بناء على غلبة الظن وهو ما يكون مألوف ومعتاد به بين الناس في إسناد النتائج إلى الأسباب المتعلقة بها، فهم بذلك يذهبون بالاقتراب إلى ما يذهبون إليه المالكية في هذا الشأن، كما أنه وفقاً لنظرتهم هذه فيتجهون إلى اتجاه السببية المنتجة التي تتطور إلى اتجاه السببية الملائمة والمناسبة، فيلاحظ بأنهم يأخذون بالسبب الأقوى في إحداث الضرر، وبالتالي عندما تتخلل عوامل أخرى بين الفعل للجاني والنتيجة المترتبة، وكان أثر تلك يعد أقوى من الفعل الذي ارتكبه الجاني في إحداث الضرر فإنها تقطع علاقة السببية، وإن اعتدوا في قيام السببية عن طريق المباشرة والتسبب، فإنهم يختلفون في المسؤولية للأفعال إن كان يغلب الظن بها بالموت⁹¹⁸.

المطلب الثاني أثر قيام العلاقة السببية على المسؤولية الجنائية عند تعدد العوامل في قطر

تمت الإشارة فيما سبق بأنه وفقاً لما ورد في نص المادة 27 من قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004، قد أخذ المشرع القطري بنظرية السببية الملائمة في ربط الفعل الإجرامي مع النتيجة الإجرامية. فعلاقة السببية تكون قائمة بين الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية ما دام ذلك السلوك المرتكب يعتبر سبباً ملائماً في إحداث النتيجة الإجرامية حتى وأن تداخلت أسباب أخرى سواء كانت سابقة أو معاصرة أو تعد لاحقة للسلوك الإجرامي طالما أن هذه الأسباب كانت مألوفة أو وقعة، كذلك تمت الإشارة في المادة سالفة الذكر على إمكانية انتفاء الأسباب التي تعد مألوفة أو متوقعة لنتيجة الإجرامية، في حالة إذا كانت الأسباب المتوقعة تعد كافية لحدوث النتيجة الإجرامية⁹¹⁹.

بناء على ذلك فتعد علاقة السببية شرط لتوافر قيام المسؤولية الجنائية، باعتبار بأنها رابط الصلة بين الفعل والنتيجة الإجرامية المتمثلة في الوفاة والتي يكتمل بها الركن المادي للجريمة لأنها أحد عناصره، ويترتب في حالة انتفاء علاقة السببية وعدم قيامها بسبب تظافر مع نشاط الجاني عوامل شاذة، اقتصار مسؤولية الذي قام بارتكاب الفعل الإجرامي على الشروع⁹²⁰. كما أن تقدير مسألة قيام أو انقطاع العلاقة السببية يعتبر من المسائل الموضوعية والتي يترك في تقديرها إلى محكمة الموضوع، فالقاضي في محكمة الموضوع له سلطة تقديرية في ذلك الأمر⁹²¹. فيقدر القاضي توافر علاقة السببية بمعياري يعتبر موضوعي قوامه الشخص العادي، أي أنه الشخص الذي يتكون السواد الأعظم منه من الأشخاص في المجتمع والذي يتمتع بإمكانيات من الذكاء والحيطة إلى وكذلك الحذر، بغض النظر إذا كان الجاني توقعها بالفعل أو لا⁹²². ففي حالة ثبوت قيام العلاقة السببية بين فعل الجاني والنتيجة الإجرامية المتمثلة في الوفاة يتم معاقبة الجاني على جريمة القتل العمد وفقاً لما تم النص عليه من عقوبات في قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004 في المواد 300 إلى 314 والتي قد بينت العقوبة المترتبة على جريمة القتل بالنسبة للجاني.

⁹¹⁷ المرجع السابق، ص 62.

⁹¹⁸ المرجع السابق، ص 66.

⁹¹⁹ عمرو الوقاد، المرجع السابق، ص 77.

⁹²⁰ عبد الناصر عبدالعزيز علي السن، المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء: دراسة مقارنة دار الفكر والقانون، المنصورة- مصر، 2014، ص 129.

⁹²¹ الدكتور غنام محمد غنام، الدكتور بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 122.

⁹²² الدكتور احمد سمير، الدكتور سامي الرواشدة، ص 78.

بالإضافة إلى أن محكمة الموضوع تلتزم في أحكامها بالإدانة أن تتحقق وتثبت من توافر العلاقة السببية في الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية المترتبة من خلال بيان أسباب سائغة في الحكم، وإلا كان الحكم قاصراً لعيب التسيب، أما في حالة انتفاء العلاقة السببية فيتم الحكم ببراءة المتهم من المسؤولية عن النتيجة الإجرامية والتي لم تتوافر فيما بينها وبين الفعل الذي ارتكبه العلاقة السببية، إلا أن ذلك لا يمنع أن تتم مساءلته عن نتيجة تعد أخرى توافرت تلك العلاقة بين فعله وبينها⁹²³. كما قد قرر القضاء القطري في العديد أحكامه واجتهاداته بالعلاقة السببية وأكد تطبيق نظرية السببية الملائمة حيث قامت محكمة التمييز القطرية بأنها " العلاقة المادية التي تبدأ بالفعل الذي اقترفه الجاني وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه توقعه من نتائج مألوفة لفعله إذا كان قد اتاه عمدا...".⁹²⁴ كما تم التأكيد في حكم آخر على تطبيق نظرية السببية الملائمة " ..وحيث إنه من المقرر إذا كان السبب الرئيسي في وفاة المجني عليه هو الإصابة التي أحدثها الجاني، فإنه مسؤولاً عن جريمة الضرب المفضي الى الموت ولو كان بالمجني عليه أمراض ساعدت على الوفاة، ذلك أن المتهم هو يتحمل المسؤولية عن ما كان في مقدوره أو ما يكون من واجبة توقع حصوله من نتائج، فإذا كان فعل المتهم العامل الأول في حدوث النتيجة التي وقعت ولم تكن لتقع لولا ذلك الفعل، فيسأل عنها ولو كانت توجد عوامل أخرى ساعدت عليها كضعف صحة المجني عليه أو وجود أمراض".⁹²⁵

الخاتمة

النتائج

- 1- مشكلة العلاقة السببية كإشكالية قضائية وقانونية تظهر عند تعدد عوامل الوفاة، بحيث فعل الجاني يتداخل معه بعض العوامل الأخرى في حدوث النتيجة الإجرامية وهي الوفاة، وقام الفقهاء على إثر ذلك بوضع العديد من النظريات من أجل المساهمة في وضع معيار لضبط تلك العلاقة.
- 2- الأحناف يأخذون بالسببية المباشرة باعتبار أنهم ينسبون الضرر للعلة وليس إلى السبب إذا تواجدت العلة، لأنهم يقصرون القتل العمد فقط على المباشرة دون التسبب.
- 3- جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، يأخذون بالسببية الملائمة والمنتجة، ويوسعون النطاق في القتل إلى مباشرة وإلى سبب، وإن كان المذهب المالكي يعتبر قيام السببية مجرد أن يكون الفعل للجاني كافي وملائم لإحداث النتيجة الإجرامية والتي اعتبرها الشافعية والحنابلة في غلبة الظن، وهذا الاختلاف بسبب وسيلة العمد وظروف المجني عليه والآلة التي تم استخدامها.
- 4- أن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بقيام السببية والمعيار الذي يحددها، هو أنه لا يشترط لكي تقوم السببية أن يكون الفعل للجاني هو السبب الوحيد ومباشر في حدوث النتيجة الإجرامية، بل يكفي أن يكون فعال ويكفي بذاته في إحداثها، فيمكن أن يكون الفعل للجاني هو السبب في الوفاة وحدة، أو ان الوفاة قد نشأت عنه وتوجد أسباب أخرى تولدت عن الفعل هذا أو كانت تعد خارجة عنه.

⁹²³ المرجع السابق، ص 129.

⁹²⁴ المرجع السابق، ص 78.

⁹²⁵ محكمة التمييز القطرية، المواد الجنائية، الطعن رقم 407 لسنة 2014، بتاريخ 7 يوليو 2014.

5-المشرع القطري تبنى نظرية السببية الملائمة في نص المادة 27 من قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004، وهو يقترب إلى حد ما إلى ما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه الإسلامي في معيار السبب الملائم وصلاحيته في ضبط العلاقة السببية عندما تتعدد أسباب الوفاة.

6-الجناية في الفقه الإسلامي تعني الجريمة بغض النظر عن جسامتها والتي في القانون القطري تعتبر نوع من أنواع الجرائم التي تكون درجة جسامتها كبيرة مثل القتل العمد.

7- تقدير مدى توافر علاقة السببية بين الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية هي مسألة يقدرها قاضي الموضوع في محكمة الموضوع.

8- في دولة قطر يجب تسبب الأحكام القضائية في المسائل الجنائية من خلال بيان مدى توافر العلاقة السببية في جريمة القتل العمد، وإلا كان الحكم القضائي مشيياً بالقصور في التسبيب.

التوصيات:

1-نوصى المشرع القطري بإيراد تعريف محدد بشكل صريح في قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004 بشأن علاقة السببية، نظراً لعدم وجود نص على ذلك التعريف.

2- نوصى المشرع القطري بأن بالحرص عند إجراء أي تعديلات تتعلق بموضوع رابطة السببية الرجوع للفقه الإسلامي والمعايير التي حددها، نظراً لأنه قد عالج العديد من المسائل التي تتعلق بهذا الأمر.

المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب

- الدكتور/عبد الناصر عبدالعزيز علي السن، المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء: دراسة مقارنة دار الفكر والقانون، المنصورة- مصر، 2014.
- الدكتور/عمرو الوقاد، قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الأولى، كلية الشرطة، الدوحة-قطر، 2016.
- الدكتور/غنام محمد غنام، الدكتور بشير سعد زغلول، شرح قانون العقوبات القطري القسم العام (نظرية الجريمة- نظرية الجزاء)، الطبعة الثانية، 2019.
- الدكتور سامي الرواشدة، الدكتور احمد سمير، شرح قانون العقوبات القطري القسم الخاص، جامعة قطر، الدوحة -قطر، 2016.
- الدكتور عبد الناصر عبدالعزيز علي السن، المسؤولية الجنائية للقائمين بأعمال البناء: دراسة مقارنة دار الفكر والقانون، المنصورة- مصر، 2014.
- الدكتور/ محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي "الجريمة، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية من إصدارات كلية الحقوق، الإسكندرية، 2018.
- مجيد خضر أحمد السبعوي، نظرية السببية في القانون الجنائي: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المصري وقوانين عربية وأجنبية بمنظور جنائي فلسفي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.

ثانياً: المجالات العلمية:

- الدكتور أحمد عبد السلام الأشهب، 2005، علاقة السببية في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الإنسانية والتطبيقية، الجامعة الأسمرية الإسلامية زليتن، العدد الرابع.

ثالثاً: الدراسات السابقة

- حنان جلاب، 2006، السببية في جنائية القتل "دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري"، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر- باتنة، الجزائر.

رابعاً: التشريعات

- قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004.

خامساً: الأحكام القضائية

- محكمة التمييز القطرية، المواد الجنائية، الطعن رقم 407 لسنة 2014، بتاريخ 7 يوليو 2014.

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN I^{er}

www.Droitetentreprise.com



محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية

Les services Publics : Principes et Exceptions face au Coronavirus

Saidi Cheikh

Enseignant d'université

Résumé :

Le service public a constitué à travers l'histoire des pays et les regroupements humains une réalité sociale et institutionnelle, il en reste ainsi, à travers tous les temps et dans tous les lieux et les conjonctures que traversent les pays, comme il est le cas pour la conjoncture actuelle causée par la crise sanitaire mondiale qui frappe le monde depuis la fin de l'année 2019

En réalité, si la vie des services publics trouve son existence autour des principes classiques qui les régissent, à savoir l'égalité, la continuité et l'adaptation, la crise sanitaire a met ces services face à un défis relatif à la validité de ces principes. Cette question, nous impose, en tant que juriste, de discuter à travers cet article l'efficacité de ce qui a été toujours vu comme des règles constantes dans le monde des services publics.

ملخص

أعتبرت المرافق العامة عبر تاريخ الدول والتجمعات الإنسانية حقيقة إجتماعية ومؤسسية، لتبقى كذلك عبر مختلف الأزمات والأمكنة وفي كل الظروف التي تجتازها الدول، كما هو الشأن للظرف الحالي الناتج عن الأزمة الصحية التي تضرب العالم منذ أواخر سنة 2019.

في واقع الأمر إذا كانت حياة المرافق العامة تتواجد من خلال المبادئ الكلاسيكية التي تحكمها والمتمثلة في المساواة، الإستمرارية والتكيف فإن الأزمة الصحية وضعت هذه المرافق أمام صلاحية مبادئها، وهي مسألة فرضت علينا كرجال قانون مناقشة ما بدى لمدة طويلة كقواعد ثابتة في عالم المرافق العامة.

Introduction

A l'instar de tout les pays du monde, l'Algérie a connu, juste après son indépendance du colonisateur français en 1962, l'existence de ses propres services publics⁽⁹²⁶⁾. Ces services ont été adaptés selon ses choix politiques, et à chaque fois, que des mutations l'exige. C'était le cas de la restructuration de son secteur public économique durant les années quatre vingt ou même avant conformément à la vocation de son régime politique inspirée de l'idéologie socialiste exprimée d'une manière claire dans les deux premières décennies, dans la charte nationale en 1976. Une charte considérée comme un document suprême qui se plaçait à la tête du principe de la hiérarchie des normes y compris la constitution. Cette charte a couronné toutes les chartes sectorielles connues dans le pays durant la période 1963 jusqu'à 1988, date des émeutes d'octobre qui ont secoués le pays

⁹²⁶ -Par le biais de la loi du 31-12-1962, l'Algérie avait prorogé la législation française à l'exception de ce qui s'oppose à la souveraineté nationale, ce qui a conduit à l'adoption du concept français du droit administratif avec une spécificité algérienne qui se caractérise par l'adoption d'un seul système juridictionnel qui connaît deux litiges qui s'opposent. C'est ce qui a été consacré réellement par le code de procédures civiles.

causant l'effondrement du socialisme. Ces émeutes se sont pris ultérieurement comme assise de toutes les reformes entamées en Algérie.

À partir de ce qui précède, il est clair que deux phases importantes caractérisent l'histoire du service public en Algérie depuis son indépendance. Elles peuvent être récapitulées comme suit :

A-La première phase : Que l'on peut appeler phase d'idéologisation du service public. Elle s'étend de l'année 1962 jusqu'à 1989⁽⁹²⁷⁾, c'était une phase orientée vers un projet de développement autocentré ou « développementiste ». Elle se caractérisait, aussi, par une prégnance de l'Etat et l'administration sur l'économie et une répression des mécanismes du marché, ainsi que par une rupture avec tout ce qui paraît d'origine capitaliste⁽⁹²⁸⁾. Il était donc normal, lors de cette phase, de traduire son aspect idéologique par plusieurs chartes⁽⁹²⁹⁾, et ce depuis 1965, puisque le service public était considéré comme support et un moyen juridique, politique, économique et sociale pour la mise en œuvre des objectifs du socialisme au profit de la population. Ce qui signifie à la fois la protection des valeurs de la révolution algérienne et la consécration des aspirations de son peuple, notamment la fameuse devise « par le peuple et pour le peuple ».

L'autogestion des différents services publics, durant cette phase, constituait la pierre angulaire du socialisme algérien où l'entreprise autogérée était la seule forme possible de faire apparaître la notion du service public en Algérie⁽⁹³⁰⁾.

B-La deuxième phase : C'est une phase qui débute avec l'adoption d'une nouvelle constitution qui est celle de 1989. Une constitution qui a revu tous les fondements de l'Etat algérien, en annonçant l'ouverture du champs politique, économique et médiatique⁽⁹³¹⁾ du pays après des décennies de commandement de l'Etat et ses instances par un régime politique totalitaire sous l'égide d'un parti unique dans une ressemblance totale aux des régime des pays de l'Est.

À l'inverse de sa précédente, cette phase se caractérise par un rapprochement claire de certaines valeurs du modèle libérale, notamment celui du pays colonisateur, à l'image des pays qui ont constitués des colonies françaises⁽⁹³²⁾, et ce par la créations de deux ordres de juridictions séparés

⁹²⁷ -l'Algérie a connu à travers son histoire notamment depuis son indépendance plusieurs chartes parmi lesquelles on peut citer :

-La charte d'Alger (1964) qui représente l'ensemble des textes adoptés par le premier congrès du Front Libération Nationale (du 16 au 22 avril 1964),

-La charte de 1976 : constitue l'ensemble de textes proposés par le conseil de la révolution, cette charte traite de différents aspects de de la vie politique du pays. Elle (la charte) développe aussi une vision historique des fondements de la nouvelle société algérienne postcoloniale, en faisant référence aux idéologies sur lesquelles doit reposer la nation et l'état algérien, notamment le socialisme et l'Islam. Cette charte fut l'objet d'une révision en 1986, suite aux différentes revendications exprimées au sein du parti unique, et ce jusqu'à la disparition de cette charte suite à l'adoption de la constitution de 1989.

⁹²⁸ -Fatiha Talahite, reformes et transformation économiques en Algérie, Economies et Fiances, Doctorat d'Etat, Université Paris13, 2010.

⁹²⁹ - l'Algérie a connu à travers son histoire après son indépendance plusieurs chartes parmi lesquelles on peut citer :

-La charte d'Alger (1964) qui représente l'ensemble des textes adoptés par le premier congrès du Front Libération Nationale (du 16 au 22 avril 1964),

-La charte de 1976 : constitue l'ensemble de textes proposés par le conseil de la révolution, cette charte traite de différents aspects de la vie politique du pays. Elle (charte) développe aussi une vision historique des fondements de la nouvelle société algérienne postcoloniale, en faisant référence aux idéologies sur lesquelles doit reposer la nation et l'état algérien, notamment le socialisme et l'Islam. Cette charte était l'objet d'une révision en 1986, suite aux différentes revendications exprimées au sein du parti unique, et ce jusqu'à la disparition de cette charte suite aux contestations populaire et l'adoption de la constitution de 1989.

⁹³⁰ -Damien Helie, l'autogestion industrielle en Algérie, Revue des mondes musulmans et de la méditerranée, 1969, P.6. Voir aussi : Georges S.Vlachos, Institutions Administratives et Economiques en Algérie Tome 2, Alger, SNED, 1973, P.306.

⁹³¹ -Parution de la nouvelle Constitution algériennes de 1989, cette dernière a été adoptée par référendum le 23 février 1989 après les événements du 5 octobre 1988. Puis elle a été suspendue après l'arrêt du processus électoral après le 11-01-1992, suite à la démission du Président de la République et la dissolution de l'Assemblée Populaire Nationale. Le pays entrait alors dans une situation exceptionnelle qui de 10 ans où l'Etat algérien pris des mesures exceptionnelles pour garantir sa survie et la continuité de ses services publics.

⁹³² -La constitution du 23 février 1989 garantissait les droits fondamentaux des citoyens algériens (liberté d'expression, d'opinion, d'association, liberté religieuse, liberté de la presse). Cette constitution instaurait un régime parlementaire composé de deux chambres (parlement monocaméral composé de : Assemblée Populaire Nationale et Conseil de la Nation. Cette constitution reconnaissait aussi

(⁹³³) civil et administratif suite à l'adoption en 1996 d'une quatrième constitution dans la vie du pays depuis 1962 (⁹³⁴).

Si ces mutations ont facilement trouvées leur chemin sur le plan théorique, leur mise en œuvre sur le terrain était prématurément interrompu suite à l'arrêt du premier processus électoral pluraliste suivi d'une crise sécuritaire qui a frappé le pays à cause de l'annulation du premier tour des élections législative organisé le 26 décembre 1991 dont il était vainqueur un parti islamiste avec 188 au parlement algérien.

Lors de la susdite crise qui a duré une décennie, le service public s'est vu presque perdre son identité, voire son existence, à cause des frappes terroristes dont ils étaient l'objet toutes les institutions de l'Etat à travers le pays de la part des groupes islamistes armés comme riposte à l'annulation des élections et la dissolution de toutes les assemblées populaires représentatives au niveau local.

Avec le à la stabilité qu'a connu pays au début des années deux mille et le retour au processus institutionnels, la situation du service public faisait appel à une nécessité de sa réhabilitation structurelle et fonctionnelle. Après avoir diagnostiqué la situation des différents services publics le rapport de la réforme de l'Etat établit le mois de juillet 2002 a reflété cette question. Seize ans plus tard, la création d'un observatoire national du service public en 2016 venait de s'inscrire clairement dans cette vision.

2-Notion de service public :

Quoi que sa naissance (⁹³⁵) au début fût imprécise (⁹³⁶), ce concept à caractères idéologique est devenu par la suite la pierre angulaire du droit administratif (⁹³⁷) dans le système juridique et juridictionnel français et par la suite dans les pays qui l'ont adopté.

Le service public peut être défini (⁹³⁸) comme une activité d'intérêt général, prise en charge d'une manière directe ou indirecte par une personne publique morale, comme l'Etat ou ses démembrements, notamment les personnes morales territoriales dites parfois collectivités locales (⁹³⁹) ou toute institution publique à caractère administratif, et ce afin de réaliser un but d'utilité publique.

A l'heure actuelle deux catégories de services publics s'imposent, les services publics administratifs SPA ou EPA, et les services publics industriels et commerciaux SPIC ou EPIC, chacun de ses services a ses propres règles de gestion et de fonctionnement.

À l'occasion de la discussion de sa gestion deux grands modes de gestion du service public sont évoqués. Soit le mode gestion directe qui trouve son existence lorsque le service public est exécuté

d'une manière claire l'indépendance du pouvoir judiciaire (cour suprême, conseil supérieur de la magistrature) et la propriété privée et le multipartisme.

⁹³³-La France connaît l'existence de deux juridictions séparées : l'[ordre administratif](#) avec l'application des règles de droit spécifiques, cependant la cour de cassation se trouve au sommet de l'ordre judiciaire ordinaire. L'existence de ces deux ordres de juridictions distincts est le produit de l'histoire de la révolution française pour empêcher le [juge judiciaire](#) de s'immiscer dans les questions de l'[administration](#) et ce conformément à la fameuse loi **des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire**.

⁹³⁴-La notion de service public a été employée pour la première fois par la jurisprudence en France dans l'arrêt Blanco le 8 février 1873. La parution de cette notion et sa définition ont été exprimée d'une manière claire dans les arrêts Terrier (CE, 6 février 1903) et Thérond (CE, 5 mars 1910). M. Long / P. Weil / Braibant P. Delvolvé / B. Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12^e Edition, Dalloz, 1999, Paris cedex 14, Pages : 69 et 130.

⁹³⁵-C'est ce qu'on peut le remarquer clairement à partir de l'arrêt d'Agnès Blanco, que le service public devient le critère absolu et définitif pour la détermination de la juridiction compétente. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Op.cit. P.1 et suite.

⁹³⁶- Kedrouci Sabah, Administration et performance, le cas de l'administration algérienne, Mémoire de magister, Université de Tlemcen, Faculté des Sciences Economiques et de Gestion, 2009-2010, P.42

⁹³⁷-plusieurs pays ont adopté le système français à l'inverse d'autres pays qui ont adopté le système anglo-saxon qui se caractérise par une seule juridiction qui voit les affaires civiles et administratives.

⁹³⁸-7-Manuel Delmare, Ibid., P. 182.

⁹³⁹- les collectivités locales en Algérie sont les communes et les wilayas.

en régie par la personne publique à la quelle il est attribué, ou lorsqu'il est individualisé, mais qu'elle exerce un contrôle sur son exécution similaire à celui exercé sur ses propres services. Soit la dévolution du service public, lorsque la puissance publique confie la gestion du service public, notamment à un organisme privé de manière unilatérale par le biais d'une loi ou d'un contrat de délégation de service public ⁽⁹⁴⁰⁾.

A -Fondements du service public :

Sur le plan conceptuel et académique la notion du service public désigne deux conceptions:

a-Le service public est une mission (conception matérielle) ⁽⁹⁴¹⁾:

Selon cette conception le service public désigne l'activité assumée par une collectivité publique, cependant, il faut noter que cette conception a la primauté en ce sens. Pour qu'on puisse être devant un service public, il faut et suffit que l'activité assumée – à l'échelle local ou national - doive constituer une activité d'intérêt général dont les pouvoirs publics (centraux ou locaux) ont entendu faire un service public.

b- Le service public est une organisation ⁽⁹⁴²⁾ :

Sur ce plan, le service public est une organisation formée d'agents et de moyens matériels destinées à accomplir certaines missions, au sein d'une administration (ex: le service public de la santé publique).

De ce fait, toute discussion relative au service public fait appel à trois critères:

1-Critère matériel : satisfaire un intérêt général de la société quelque soit le domaine (santé, sport, éducation...),

2-Critère organique : la présence d'une personne morale pour gérer un service public, quelque soit cette personne l'Etat ou ses démembrements territoriales ou à caractère technique comme les services des travaux publics, ou de la formation (enseignement supérieure ou éducation nationale ...),

3- Critère juridique : Activité qui exige des clauses particulières et exorbitantes du droit commun , c'est le cas des marchés publics où le service public contractant opte pour l'application des dispositions du droit public à la l'inverse de ce qui est suivi dans les contrat privés où les accords et les conventions doivent être respectés conformément à la locution latine « pacta sunt servanda » qui traduit la force obligatoire et exécutoire des conventions des contractants et constitue un principe de droit des obligations en droit privé .

Cependant, il y a lieu de noter, aussi, que les trois critères ont évolué :

-Le critère matériel a connu une extension pour contenir différentes activités comme le théâtre ou certaines activités nouvellement parues comme la protection de l'environnement ...,

- Le critère organique, lui aussi, a évolué puisqu'on parle de sa dilution, parce qu'à l'origine, la gestion du service public était confiée à l'administration alors que cette dernière peut assumer des activités relevant de l'initiative privée et elle peut faire appel à des règles de droit privé quand elle voit impossible le recours aux règles exorbitantes. Mais il est reconnu aussi à des organismes privés la possibilité d'avoir en charge des services publics selon des cahiers de charges.

⁹⁴⁰ -Ce mode de gestion du service public est censé avoir été consacré dans un arrêt du Tribunal des Conflits du 22 janvier 1921 soc. Commerciale de l'Ouest africain, connu aussi sous le nom « Bac d'Eloka », Serge Velly, L'essentiel du cours, Droit administratif, 2^e édition 1999, Librairie Vuibert, Paris cedex 13, p.56.

⁹⁴¹ -Serge velly, Op cit., P. 52

⁹⁴² - Serge velly, Ibid., P.52

Pour consacrer l'idée de gérer un service public par un organisme privé la jurisprudence, notamment en France, a reconnue cette possibilité dans plusieurs arrêts (⁹⁴³), tout en dégageant, aussi, trois critères pour rendre cette gestion possible (⁹⁴⁴).

Les critères dégagés sont :

- La mission du service public doit être d'intérêt général non lucratif même si le concessionnaire ouvre, dans certains cas, droit à la possibilité de percevoir des taxes,
- L'organisme privé doit disposer de prérogatives de puissance publique,
- Un contrôle périodique doit être effectué par les pouvoirs publics (⁹⁴⁵).

B-Finalités du service public :

Depuis son existence sur le plan juridique et juridictionnel en 1873, les finalités du service public, en tant qu'entité pluridisciplinaire ont été distinguées par des finalités multiples, à savoir :

a- La finalité de préservation de l'ordre public (⁹⁴⁶) et de la régulation (la défense nationale, la justice, l'état civil et les ordres professionnels),

b- Services publics ayant pour but la protection sociale et sanitaire (sécurité sociale, prestations publiques hospitalières),

c- Services publics ayant pour but la satisfaction des besoins de la population dans le domaine éducatif (enseignement en plusieurs paliers, service public audiovisuel...),

d- services publics ayant pour finalités des besoins économiques de la société avec deux fameuses distinctions au sein de ce type de service connu sous le nom service public à caractère industriel et commercial (EPIC).

3-Principes du service public (les lois de Rolland):

A travers son historique, depuis son existence par la jurisprudence, ainsi que l'évolution qu'a connue la mission de l'Etat dans plusieurs domaines, une constatation remarquable peut être faite au niveau des principes qui gèrent le service public. Cette constatation fait ressortir deux types de principes applicables à tous les services publics et principes d'application variable (⁹⁴⁷).

A-Principes applicables à tous les services publics (principes classiques):

Il s'agit des principes suivants :

a-Le principe de continuité et ses exceptions :

1-Le principe : De valeur constitutionnelle (décision 79-105 CC du 25 juillet 1979), la continuité du service public signifie que ce dernier doit s'exercer de manière continue sans interruption (⁹⁴⁸), puisque son but se constitue principalement autour de la satisfaction permanente de l'intérêt général.

⁹⁴³ -Serge Velly, Op.cit..56.

⁹⁴⁴ - Il s'agit notamment des arrêts suivants :

-Caisse primaire « Aide et protection », CE, 13 mai 1938,

-Montpeurt, CE, 13juillet 1942,

-Bouguen, CE, 2avril 1923. Pour plus de détails voir : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Op.cit, pages : 332, 347 et 357.

⁹⁴⁵ -Site de la Revue générale du Droit, RJD) , CE, 28juin 1963, Nancy, site visité le 10-09-2020.

⁹⁴⁶ - <http://cindy.nicolas.over-blog.com/2014/10/droit-administratif-la-notion-de-service-public.html>.visite du site le 2 novembre 2016 à 22h18mn.

⁹⁴⁷ - Norbert Foulquier, Frédéric Rolin, CONSTITUTION ET SERVICE PUBLIC , P.2 article disponible sur le site : <https://www.cairn.info/revue-nouveaux-cahiers-conseil-constitutionnel-2012-4-page-21.htm>.site visité le 12-09-2020 à 14.00mn.

⁹⁴⁸ -Serge velly , Op.cit. .P.51

Cette dernière exige aussi, la permanence des services publics essentiels dans l'Etat, et ce pour le maintien de la paix sociale et la préservation de la stabilité de la société. C'est le cas, à titre d'exemple, des services de sécurité (police), les services de la santé publique (hôpitaux et centres de santé), les services de communication, les services à caractère technique (électricité, gaz, eau...), etc. Cette continuité implique que tout service doive fonctionner régulièrement et continuellement en fonction des besoins sociaux ⁽⁹⁴⁹⁾.

Cette continuité s'impose également dans les circonstances exceptionnelles durant lesquelles les autorités publiques peuvent édicter des règlements indépendamment de l'existence d'une loi. Cette jurisprudence vise justement à garantir la continuité des services publics (« veiller à ce qu'à toute époque les services publics(...) soient en état de fonctionner. De même, l'autorité de police administrative peut prendre des mesures justifiées par la protection de l'ordre public et qui ne seraient pas justifiées en dehors de cette situation particulière » ⁽⁹⁵⁰⁾).

Cependant le principe de continuité peut avoir des exceptions et des limites, c'est le cas de la théorie de la force majeure, comme le cas du Covid-19 ⁽⁹⁵¹⁾.

2- Exception faite par l'impact du Covid-19 sur le principe de continuité :

Lors des cas exceptionnels semblable à la force majeure que traverse le monde, à cause du covid-19, le principe de continuité se voit concilier d'autres mesures administratives prise par les autorités de police administrative pour réorganiser le fonctionnement des services publics afin de limiter notamment l'accueil de leurs usagers dans le cadre de la lutte contre cette pandémie. À cette fin, certains services publics locaux ou nationaux non indispensables peuvent avoir leur personnel réduit en vu de le protéger, c'est le cas de ce qui a été décidé en Algérie par des dispositions réglementaires, notamment celles prévues à l'article 6 du Décret exécutif n° 20-69 qui stipule : « Il est mis en congé exceptionnel rémunéré, pour la période prévue à l'article 2 cité ci-dessus ⁽⁹⁵²⁾, au moins 50 % des effectifs de chaque institution et administration publique. Sont exclus de la mesure prévue à l'article 6 ci-dessus, les personnels indiqués : les personnels de santé quel que soit l'employeur, les personnels relevant de la direction générale de la sûreté nationale, les personnels relevant de la direction générale de la protection civile, les personnels relevant de la direction générale des douanes, les personnels relevant de la direction générale de l'administration pénitentiaire, les personnels relevant de la direction générale des transmissions nationales, les personnels de contrôle de la qualité et de la répression des fraudes, les personnels relevant de l'autorité vétérinaire, les personnels relevant de l'autorité phytosanitaire, les personnels affectés aux missions d'hygiène et de nettoyage, les personnels affectés aux missions de surveillance et de gardiennage. Toutefois, les autorités compétentes dont relèvent les

⁹⁴⁹ -Serge Velly Ibid, P.52

⁹⁵⁰ - CE, 29, juin 1918, Hyriés

⁹⁵¹ -Décision de la 6^e ch., 12 mars 2020, n° 20/01098) : Les faits : La cour d'appel de Colmar vient de statuer sur la qualification de force majeure de l'épidémie de COVID -19. Saisie à propos de la rétention administrative d'une personne frappée par cette mesure, elle n'a pas pu le faire en sa présence. En effet, cette dernière avait été en contact avec des personnels susceptibles d'être infectées par le virus COVID -19. Aussi la cour relève-t-elle que : « ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. G. à l'audience de ce jour revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles, vu le délai imposé pour statuer et le fait que, dans ce délai, il ne sera pas possible de s'assurer de l'absence de risque de contagion et de disposer d'une escorte autorisée à conduire M. G. à De plus, le CRA de Geispolheim a indiqué ne pas disposer de matériel permettant d'entendre M. G. dans le cadre d'une visioconférence, ce dont il résulte qu'une telle solution n'est pas non plus envisageable pour cette audience ».

Cette décision qui qualifie le risque de contagion par le COVID -19 de force majeure est très intéressante à la fois dans le contexte de l'épidémie (pandémie) actuelle et la caractérisation de la force majeure. La cour rappelle ainsi les éléments caractéristiques de cette cause d'exonération totale : extérieure, imprévisible et irrésistible. En outre et surtout, les conseillers ont insisté sur l'impossibilité d'escorter la personne ou de l'entendre en visioconférence dans le délai imparti ; cela justifie son absence à l'audience ; ces éléments manifestent le caractère irrésistible de l'événement : il n'est pas possible de prendre des mesures pour y remédier. Cet arrêt fournit une occasion opportune de rappeler les conditions pour opposer l'exonération pour force majeure et l'appliquer à l'épidémie de COVID -19.

⁹⁵² -L'article 2 du décret exécutif n° 20-69 du 26 Rajab 1441 correspondant au 21 mars 2020 relatif aux mesures de prévention et de lutte contre la propagation du Coronavirus (COVID-19) stipule que les mesures objet du présent décret sont applicables à l'ensemble du territoire national pour une période de quatorze (14) jours. Elles peuvent être, au besoin, levées ou reconduites dans les mêmes formes.

personnels exclus de cette mesure, peuvent autoriser la mise en congé exceptionnel des effectifs administratifs.

Peuvent également être exclus de la mesure prévue ci-dessus, par décision de l'autorité compétente, les personnels indispensables à la continuité des services publics vitaux ⁽⁹⁵³⁾.

D'autres services peuvent avoir leurs activités suspendues comme il le prévoit l'art 3 du décret précité : « Les activités de transport de personnes, citées ci-dessous, sont suspendues durant la période indiquée à l'article 2 ci-dessus : les services aériens de transport public de passagers sur le réseau domestique ; les transports routiers sur toutes les liaisons : urbains et suburbains – intercommunaux - inter-wilayas ; le transport ferroviaire de voyageurs le transport guidé : métro, tramway, transport par câble ; le transport par taxi collectif. Est exclue de cette mesure, l'activité de transport des personnels. Cependant selon l'article 4 du même décret toujours : « sans préjudice des dispositions de l'article 3 ci-dessus, le ministre chargé des transports ainsi que le wali territorialement compétent, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, d'organiser le transport des personnes pour assurer la continuité du service public et le maintien des activités vitales, au niveau des services exclus des dispositions du présent décret énumérés à l'article 7 ci-dessous ; des institutions et administrations publiques ; des entités économiques et services financiers. En tout état de cause, l'organisation du transport doit être effectuée dans le strict respect des prescriptions préventives contre la propagation du Coronavirus (COVID-19) édictées par les services compétents de la santé publique.

Selon l'article 5 d'autres services peuvent être carrément fermés devant le public dans les grandes villes, durant la période indiquée à l'article 2 ci-dessus, il s'agit des débits de boissons, les établissements et espaces de loisirs, de divertissement, de spectacle..., à l'exception de ceux assurant la livraison à domicile. La mesure de fermeture peut être étendue à d'autres activités et à d'autres localités, par arrêté du wali territorialement compétent. Les mesures de fermeture peuvent toucher d'autres services (les bibliothèques, centres culturels, piscines, complexes sportifs ... airs de jeux établissements en plein air ...)⁽⁹⁵⁴⁾.

En revanche, certains services publics vitaux ne nécessitant pas l'accueil de leurs usagers doivent rester ouverts pour assurer leurs missions d'une manière continue (eau potable, assainissement, énergie et ordures ménagères), l'état civil à l'exception des mariages en Algérie où plusieurs walis on instruit les présidents d'APC afin de suspendre la délivrance des actes de mariages dans le cadre de la lutte contre le coronavirus (covid-19)⁽⁹⁵⁵⁾. La décision intervient dans le but de mettre un terme aux fêtes de mariage qui constituent un facteur aggravant la propagation de la pandémie.

Toujours, dans le cadre de la conciliation, les institutions et administrations publiques peuvent prendre toute mesure encourageant le travail à distance dans le respect des lois et règlements en vigueur. Les dispositions de cette conciliation sont prévues dans le cadre juridique régissant ce qui est appelé le télétravail. En France l'[article L.1222-9 du code du travail](#) définit le télétravail comme « toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication » (ordinateurs fixes et portables, Internet, téléphonie mobile, tablette, fax, etc.). Le salarié (ou l'agent) qui effectue du télétravail est qualifié de « télétravailleur » ⁽⁹⁵⁶⁾. En Algérie, selon les dispositions du décret 20-69, les institutions et

⁹⁵³ -Art 7 du décret

⁹⁵⁴ -Cabinet Cloix&Mendes Gil –site visité le 06-09-2020 à12.00

⁹⁵⁵ -[Arezki Benali](#), Lutte contre le covid-19 : des walis suspendent la délivrance des actes de mariage. Algérie Eco. Site visité le 09-09-2020 à 23h .00mn.

⁹⁵⁶ -l'art L.1222 du code du travail français

administrations publiques peuvent prendre toute mesure encourageant le travail à distance dans le respect des lois et règlements en vigueur ⁽⁹⁵⁷⁾.

b– Principe d'égalité devant le service public et ses exceptions :

1-Le principe :

L'un des principes les plus souvent cités des services publics est le principe d'égalité des administrés devant le service public. Ce principe constitue un principe général du droit et l'une des valeurs de l'état de droit ⁽⁹⁵⁸⁾.

Conformément à ce principe, lui aussi à valeur constitutionnelle, aucune distinction n'est faite entre les usagers du service public, quant à l'accès comme au service rendu lui-même, ses usagers se trouvent sur le même pied d'égalité devant les charges et les prestations présentées ou exercées par le service public. Il ne peut donc exister aucune discrimination au sein d'un service public (exigence de neutralité et d'impartialité). Tous les usagers qui se trouvent dans la même situation objective peuvent réclamer les mêmes avantages ⁽⁹⁵⁹⁾, soit qu'il s'agisse d'un SPA ou d'un SPIC ; il ne peut exister de systèmes préférentiels ⁽⁹⁶⁰⁾.

Le juge administratif sanctionne les discriminations pratiquées dans les services publics (inégalités de traitement, discriminations tarifaires,... etc). Néanmoins, l'application uniforme de règles égalitaires ne doit pas avoir pour effet d'accroître les inégalités sociales. En effet, les prix fixés par le service public pour bénéficier de ses prestations ne doivent pas être les mêmes pour tout les usagers ; les plus démunis doivent bénéficier de tarifs avantageux pour que l'égalité face aux services publics soit garantie. Ainsi, les services publics doivent adapter leur offre à chaque usager pour garantir l'égalité de tous.

2-Exceptions :

Vu la crise sanitaires exceptionnelle qui frappe le monde, le principe d'égalité se trouve affecté par la volonté des autorités publiques de faire assurer en premier lieu le principe précédent, c'est à dire la continuité, au moyen des outils numérique en accélérant l'usage de ce dernier. En effet, cette démarche n'est pas neutre pour l'effectivité du principe d'égalité dans son sens cité précédemment, puisque des effets peuvent être en résulter comme suit :

Primo : l'égalité d'accès aux services publics est remise en cause par l'existence d'un fossé numérique ⁽⁹⁶¹⁾ ou ce qui est appelé parfois fracture numérique qui est à la fois sociale et géographique. Sociale, étant donné que l'illectronisme ⁽⁹⁶²⁾ peut constituer un obstacle devant le principe d'égalité, car certains usagers ne sont pas internautes. À cette question s'ajoute aussi des discussions sur l'absence des moyens (ordinateurs, tablettes ou même des smartphones) chez ces mêmes usagers, ce qui constitue une préoccupation majeure. Géographique, car l'égalité d'accès au service public devient relativisée par la présence de certains territoires ou zones où la couverture du réseau internet est absente ou parfois perturbée, ce qui signifie l'exclusion des usagers de ces zones dites blanches des

⁹⁵⁷ - l'art 9 du décret 20-69.

⁹⁵⁸ - André Delaabadère, traité de droit administratif, librairie générale de droit et de jurisprudence, sixième édition, 20 et 24, rue Soufflot, Paris 1973, P.619

⁹⁵⁹ - Le monde diplomatique.fr site visité le 25-08-2020 à 11

⁹⁶⁰ - André Delaabadère, traité de droit administratif, librairie générale de droit et de jurisprudence, quatrième édition, 20, rue Soufflot, Paris, 1967, P.573

⁹⁶¹ - Elie Michel, le fossé numérique. L'internet, facteur de nouvelles inégalités § Problèmes politiques et sociaux, la documentation française n 861, août 2001, p.32

⁹⁶² - Vincent Annequin, la numérisation du service public dans la lutte contre le coronavirus. Revue d'administration /droit-administratif/la-numerisation-du-service-public-dans-la-lutte-contre-

services publics qui deviennent entièrement numérisés à cause de la crise sanitaire ⁽⁹⁶³⁾. On peut citer à titre d'exemple certaines régions en Algérie, notamment celles dites zones d'ombre.

Secundo ⁽⁹⁶⁴⁾: Pour faire face aux effets de cette crise sanitaire, certaines prestations sont vues totalement numérisées, c'est le cas du service public de l'enseignement, notamment celui du supérieur. Cette question pose un problème de conformité au regard de l'évolution de la jurisprudence administrative, notamment en France. Par son arrêt en date du 27 novembre 2019, CIMADE, LDH, GISTI, SYNDICATS DES AVOCATS EN France, le conseil d'Etat déclare que la saisine de l'administration par voie électronique est un droit et non une obligation ⁽⁹⁶⁵⁾. Toutefois, cet arrêt précise immédiatement que ce droit peut être écarté » lorsqu'y font obstacles des considérations tenant à l'ordre public, la défense et la sécurité nationale ou la bonne administration ou lorsque les présences personnelle du demandeur est nécessaire. Conséquemment il semblerait que l'état d'urgence résultant de la propagation du covid-19 peut s'inscrire dans ces exceptions, ce qui rend légal le fonctionnement des services publics dont les prestations sont numérisées ⁽⁹⁶⁶⁾. Bien entendu que la légalité de cette numérisation forcée ne signifie pas pour autant que le principe en sorte grandi ⁽⁹⁶⁷⁾, puisque par ces mesures prise, la continuité paraît comme un principe primordial au détriment du principe d'égalité et sa constitutionnalité.

c- Le principe de mutabilité ou d'adaptation et ces exceptions :

1-Le principe :

Le service public doit toujours avoir la capacité de s'adapter non seulement aux changements décidés par les pouvoirs publics pour répondre aux exigences de l'intérêt général dans des situations ordinaire, mais il doit, aussi, faire preuve, de cette capacité dans les situations exceptionnelles. C'est le cas dans cette crise sanitaire sans précédent qui nécessite une adaptation qualitative, afin de satisfaire au mieux l'intérêt général. Cette idée justifie des compétences administratives d'intervention unilatérale de grande envergure qui, la encore ne sont pas limitées aux seuls services publics administratifs, notamment ceux qui sont sous la main de l'administration sous forme de régie, même si les autres services ne sont pas écarté de cette nécessité d'adaptation, puisque sur ce fondement repose la nature partiellement réglementaire du cahier des charges de la concession des services publics industriels et commerciaux ⁽⁹⁶⁸⁾.

2-Exceptions :

Si la numérisation du fonctionnement des services publics n'est pas la conséquence de la situation exceptionnelle qu'a causé la pandémie, puisque cette numérisation a précédé l'apparition de la crise, cette dernière a poussé les personnes publiques comme les personnes privées à généraliser les usages numériques quand il s'agit de leurs activités nécessitant pas une présence physique de leurs agents ⁽⁹⁶⁹⁾. C'est le cas des cours en ligne qui se sont multipliés jusqu'à devenir la modalité par défaut de certains services publics, à l'image du service public de l'enseignement supérieur en France comme en Algérie via la plate forme moodle.

Par son contenu précédent, le principe de mutabilité (adaptation) est marqué par d'importantes conséquences sur les parties de ce service :

⁹⁶³ - Vincent Annequin. Ibid.

⁹⁶⁴ - Vincent Annequin. Ibid.

⁹⁶⁵ - <http://conseil-etat.fr/arianweb/CE/analyse/2019-1127//422516>

⁹⁶⁶ - Vincent Annequin Ibid.

⁹⁶⁷ - Vincent Annequin Ibid.

⁹⁶⁸ - Vincent Annequin Ibid.

⁹⁶⁹ - Vincent Annequin Ibid.

-Les usagers du service n'ont aucun droit de maintenir à un moment donné des situations statutaires ou réglementaire qui les arrangent vis-à-vis le service public, non plus qu'au maintien du service public ⁽⁹⁷⁰⁾. De ce fait, à notre avis, les mesures d'adaptation prise dans le cadre de la lutte contre la propagation du covid-19 peuvent ne pas être l'objet d'un contentieux devant les juridictions du moment qu'il n'existe aucun droit pour les usagers au maintien d'un service public (CE, 6 avril, Tupin). Ces derniers ne peuvent on plus se réclamer d'un droit au maintien de l'état des règles d'organisation du service public: CE, 2 octobre 1985, Jeissou de Sem du Pont Saint Nazaire contre Saint Brévin. Cependant ce principe ne les prive pas comme les agents publics de tous droits. En effet, les usagers ont droit à un « fonctionnement normal du service » conformément aux règles prédéfinies: CE, 25 juin 1969, Vincent. Les agents quant à eux ont droit à l'application exacte de leur statut tant qu'il n'est pas modifié.

L'Administration peut ainsi toujours, au nom de l'intérêt général, cesser même l'exploitation d'un service si celui-ci ne correspond plus aux exigences de l'intérêt général ⁽⁹⁷¹⁾.

-Ce principe implique, aussi que le service public puisse en permanence s'adapter aux nécessités changeantes de l'intérêt général. Ainsi, les agents de services publics ne peuvent jamais opposer à l'administration un droit acquis au maintien de leur statut: CE, 4 mai 1960, Jaffray. Mais aussi s'agissant des dispositions relatives à leur rémunération: CE, 11 octobre 1995, Institut géographique national. Compte tenu de ce qui vient être cité, devant les défis auxquels les autorités publiques se trouvent confronter à cause de la crise covid-19, ces dernières ont procédé à la détermination des services essentiels à maintenir en période de confinement, en distinguant les missions gérées à distance, de celles qui peuvent être s'exercer sur le terrain, puis organiser la reprise d'activité en veillant à la protection des personnels et des usagers⁽⁹⁷²⁾.

B- Principes d'application variable:

Ces principes sont le résultat de la distinction entre les services publics administratifs (SPA) et les services publics commerciaux et industriels (SPIC).

a- Premièrement : principes relatifs aux services publics administratifs :

Ces principes se présentent sous forme de différents rapports qui concernent les usagers du service public avec ce dernier comme suit :

-les usagers :

L'utilisateur du service public administratif se trouve dans une situation régulière à caractère réglementaire régit par le droit public. On ne parle plus de contrat entre l'utilisateur et le service public, de ce fait les conditions d'être bénéficiaire des prestations présentées par le service public à caractère administratif sont déterminées dans toutes les circonstances, d'une manière unilatérale, par l'Administration gestionnaire du service. Exception est faite dans certaines situations où on trouve parfois un usager dans une situation à caractère purement contractuelle. C'est le cas par exemple de la gestion d'un service public par un organisme privé ou l'utilisateur est lié au service public par un acte de droit privé.

- Les agents du service public :

Les agents du service public ont normalement la qualité d'agents publics, quand ce dernier est géré par une personne morale publique qu'elle que soit, l'Etat ou ses collectivités locales ou ses autres

⁹⁷⁰ - CE, 27 janvier 1961 Vannier : suppression de certaines émissions de TV.

⁹⁷¹ - Manuel Delmare, Opcit, P.193.

⁹⁷² - Portail de la fonction publique territoriale en Ile & Vilaine (maintenir le service public face à la crise covid-19), site visité le 25- 08- 2020.

démembrements à caractère administratifs. Les agents dont leur relation avec ce service est permanente ont la qualité de fonctionnaires titulaires et ceux dont la relation est pour une période déterminée suite à des dispositions contractuelles sont des agents contractuels.

-les tiers :

Les tiers représentent une catégorie de personnes qui ont un statut vis-à-vis le service public sans avoir la qualité des usagers ni des agents de ce service. Cette catégorie est constituée de fournisseurs ou des prestataires de services qui ont une relation avec la personne publique morale ou privé à laquelle la gestion du service est confiée. Le contrat régissant cette situation est un contrat de droit public même quand il s'agit d'une personne privée en cas de mandat s'il porte directement sur l'exécution du service ou s'il contient des clauses exorbitantes.

b- Deuxièmement : Principes relatifs à la gestion des services publics à caractère industriel et commercial :

Conformément à leur vocation, ce type de services publics est régi d'une manière générale par les dispositions du droit privé sans l'exclusion des règles de droit public ⁽⁹⁷³⁾.

-Les usagers du service public :

Le contrat est la forme selon laquelle l'utilisateur se trouve vis-à-vis ce type de service public. C'est un contrat régi par le droit privé, le recours aux dispositions du droit public est écarté pour toute procédure qui vise son annulation.

- Les agents :

En ce qui concerne la situation des agents et le droit applicable, ainsi que les principes qui régissent les agents du service, une distinction est faite entre deux situations.

1-ère situation :

Cette situation est la situation générale qui caractérise ce service public, elle se traduit par l'application du droit privé pour ces agents quand il est géré par une personne de droit privé.

2-ème situation :

Dans le cas où le service public est géré par une personne publique morale, ses cadres dirigeants sont considérés comme des agents publics. Il s'agit dans la plus part des cas du directeur et le comptable.

- Les tiers :

La situation de cette catégorie vis-à-vis le service public, est une situation contractuelle. On distingue entre deux types de contrats, un contrat administratif, d'une part, et d'un contrat de droit privé, d'autre part. On est devant le premier type de contrat quand ce dernier porte sur l'exécution du service ou ce contrat contient une clause exorbitante du droit privé ⁽⁹⁷⁴⁾.

Conclusion et recommandations:

Ce qu'on peut retenir comme conclusion réelle à la fin de ce papier et on le recommande, surtout pour l'Algérie, c'est que le service public reste un support durable incontesté, vu son rôle lié à celui de l'Etat dans toutes les conjonctures. Car il est prouvé qu'un pays qui veut se développer n'a d'autre

alternative que d'utiliser le procédé de service public de manière extensive quelque soient ses types et ses appellation.

Pour ce qui est le cas en Algérie, je pense que la crise sanitaire actuelle représente une opportunité pour le pays afin que ses services publics doivent faire preuve de leur existence en changeant leurs mécanismes de fonctionnement organisé en monopole qui nous rappelle toujours de la phase d'idéologisation. Un monopole qui reste derrière l'échec enregistré dans le passage d'une manière claire d'une gestion dirigée à une gestion libérale. C'est un constat qu'on le partage avec M.C.Belmihoub qui décrit dans un de ces analyses : « ...le service public a été organisé en monopole public soit sous la forme d'une gestion directe par l'administration, soit sous la forme d'établissement public exploitant un monopole réglementé».

La question de la réhabilitation du service public peut voir le jour, du moment qu'elle a constitué une des finalités pour lesquelles l'observatoire national a été créé.

A ce titre, l'observatoire devient le premier concerné par la proposition des règles et mesures tendant à l'amélioration de l'organisation et du bon fonctionnement du service public durant cette crise, afin de garantir une adaptation adéquate qui lui permet d'accompagner l'évolution de sa propagation. Cette finalité ne peut être réalisée, à notre avis, que par les missions ont été confiées à cet observatoire conformément à l'art 4 du décret portant sa création, à savoir :

A-En matière d'accès aux services publics :

A ce titre, l'observatoire peut étudier et proposer toute mesure tendant notamment à :

- la promotion et la protection des droits des usagers et l'équité dans l'accès au service public, surtout les services qui se trouvent concernés en premier lieu par la lutte contre la pandémie ;
- faire élaborer toutes études, appréciations, indicateurs ,statistiques et informations de nature à promouvoir les actions destinées à l'améliorations de la qualité des prestations présentées par service public lors de cette crise ;
- faire impulser et encourager la participation des usagers ainsi que celle de la société civile dans l'amélioration de ces prestations ;

B-En matière d'adaptation du service public:

Dans ce cadre, le service public se trouve dans l'obligation d'accomplir les missions suivantes :

- favoriser le développement de la généralisation de la numérisation par l'introduction des nouvelles technologies de l'information et de la communication pour préserver et garantir l'effectivité des principes précédents au profit de tout les usagers ;
- favoriser la mise en place des systèmes et procédures efficaces de communication en vue d'assurer l'information des usagers sur les prestations des services publics durant cette crise, et ce à travers l'amélioration de leur accès à l'information et de recueillir leurs opinions, suggestions et de répondre à leurs doléances.

C-En matière de rapports entre usagers et agents du service public :

Dans ce cadre l'observatoire est appelé de contribuer à l'instauration du professionnalisme et l'éthique dans les services publics par l'adoption de toute mesure de nature à :

- faire améliorer les conditions de travail des agents du service public dans le cadre cette crise ;
- Susciter et maintenir la confiance entre les agents du service public et ses usagers ;
- favoriser du principe d'humanisation dans les rapports entre les agents du service public et les usagers ;
- promouvoir les valeurs morales inhérentes aux activités des agents du service public ;
- faire promouvoir la culture de la performance et du mérite personnel des agents du service public.

Bibliographie :

- La charte nationale 1976.
- Constitution 19 76.
- Constitution 1989.
- Constitution 19 96.

Lois :

- Loi n° 62-157, du 31 décembre 1962, portant reconduction jusqu'à nouvel ordre, de la législation en vigueur au 31 décembre 1962.
- Loi des 16 et 24 août 1790 est une [loi française](#) adoptée par l'[Assemblée nationale constituante](#) le [16 août 1790](#).

Code :

- code du travail français

Décrets :

- Décret présidentiel n16-03 du 05-01-2016, portant créations de l'observatoire national du service public.(Onsp)
- Décret exécutif n° 20-69 du 26 Rajab 1441 correspondant au 21 mars 2020 relatif aux mesures de prévention et de lutte contre la propagation du Coronavirus (COVID-19).

Thèses :

- Fatiha Talahite, reformes et transformation économiques en Algérie, Economies et Finances, Doctorat d'Etat, **Université Paris 13, 2010.**

Livres :

- André Delaubadère , traité de droit administratif , librairie générale de droit et de jurisprudence, quatrième édition, 20, rue Soufflot, Paris, 1967.
- André Delaubadère , traité de droit administratif , librairie générale de droit et de jurisprudence, sixième édition , 20et24, rue Soufflot, Paris 1973.
- Georges S.Vlachos, Institutions Administratives et Economiques en Algérie .Tome 2, Alger, SNED, 1973.
- P. Weil /Braibant P.Delvolvé /B.Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative. 12 Edition. Dalloz.1999, paris cedex 14.
- Manuel Delmare, Droit administratif, Ellipses Edition Marketing S.A, 2009 ,32 rue Bague 75740 Paris cedex 15.

Revue :

- Elie .Michel, le fossé numérique. L'internet, facteur de nouvelles inégalité § Problèmes politiques et sociaux, la documentation française n 861, aout 2001.
- Site de la Revue Générale du Droit (RJD) , visité le 10-09-2020.
- Vincent Annequin, , la numérisation du service public dans la lutte contre le coronavirus de la Revue des Droits et des Libertés Fondamentaux, Revuedlf.com /droit-administratif:/la numérisation – du-service-public-dans –la-lutte-contre- coronavirus. Visite du site le 28-08-2020
- jacques Hardy Le service public en question. IEP de Rennes, Centre de Recherches Administratives et Politiques, CRAP.CNRS. .Revue POLITIQUES ET MANAGEMENT, Volume 14, n 3, septembre 1996. Institut de Management Public -1996

Arrêts:

- CE,6 février 1903, Terrier
- CE, 5mars 1910, Thérond
- CE, 13juillet 1942,Caisse primaire « Aide et protection », -Montpeurt,
- CE,29, juin 1918, Hyriés)

- CE, 4 mai 1960, Jaffray.
- CE, 11 octobre 1995, Institut géographique national.
- CE, 2 octobre 1985, Jeissou de Sem du Pont Saint Nazaire contre Saint Brévin.
- CE, 27 janvier 1961, Vannier
- CE, 25 juin 1969, Vincent
- CE, 2avril 1923, Bouguen.

Sites d'internet visités :

- Algérie Eco, Benali, Lutte contre la covid-19 : des walis suspendent la délivrance des actes de mariage .. Site visité le 09-09-2020 à 23h .00mn
- <http://cindy.nicolas.over-blog.com/2014/10/droit-administratif-la-notion-de-service-public.html>.visite du site le 2 novembre 2016 à 22h18mn.
- Cabinet Cloix&Mendes Gil –site visité le 06-09-2020 à12.00
- Le monde diplomatoque.fr site visié le 25-08-2020 à 11.
- <http://cindy.nicolas.over-blog.com/2014/10/droit-administratif-la-notion-de-service-public.html>.visite du site le 10 novembre 2020 à 22h18mn.Vuibert, Paris cedex 13
- <http://conseil-etat.fr/arianweb/CE/analyse/2019-1127//422516>
- Portail de la fonction publique territoriale en Ille &Vilaine(maintenir leservice public face à la crise covid-19), site visité le 25- 08-2020.
- <http://www.wikiterritorial.cnfpt.fr/> le17-11-2016 à 17 h.
- <https://www.cairn.info/revue-nouveaux-cahiers-conseil-constitutionnel-2012-4-page-21.htm>.site visitéle 12-09-2020 à 14.00mn.

Décisions judiciaires :

- Décision de la 6^e Ch., 12 mars 2020, n° 20/01098) de la cour d'appel d de Colmar.

Les Actions de Priorité en Droit Marocain

Zineb Fassi Fihri

USMBA-FSJESF

Résumé :

Les Actions de Priorité au Maroc ou de Préférence en France sont inspirées des « preferred shares » du Droit américain, les actions de priorité visent à répondre aux besoins du monde des affaires et particulièrement des opérations de - capital investissement-, Les actions de préférence-priorité peuvent être émises dans des sociétés par actions telles que les SA ou les SAS mais pas dans les SARL.

Abstract :

Priority Shares in Morocco or Preference Shares in France are inspired by “preferred shares” under American law, priority shares aim to meet the needs of the business world and in particular “private equity” operations. can be issued in joint stock companies such as anonymous society , simplified anonymous company but not limited liability company.

Les Actions de Priorité au Maroc ou de Préférence en France sont inspirées des « preferred shares » du Droit américain, les actions de priorité visent à répondre aux besoins du monde des affaires et particulièrement des opérations de « capital investissement »⁹⁷⁵.

On prend l'article 262 de la loi 17-95 modifiée et complétée par la loi 20-05 et 78-12 et 20-19 : il peut être crée des actions de priorité jouissant d'avantages par rapport à toutes autres actions en parallèle, on trouve article L. 228-11 du code de commerce français (ordonnance du 24 juin 2004 modifiée et complétée par l'ordonnance du 31 juillet 2014) : il peut être crée des actions de préférence avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature à titre temporaire ou permanent.

Les actions de priorités confèrent à son titulaire des avantages particuliers par rapport à une action ordinaire⁹⁷⁶.

Ces actions sont émises par les sociétés qui ont du mal à trouver des capitaux et offrent des titres avec des privilèges et un dividende payable dès lors qu'il y a bénéfice distribuable, pour rassurer et compenser le risque supplémentaire couru par le souscripteur. Ces titres sont plutôt émis dans le cadre de montage⁹⁷⁷ financiers particuliers.⁹⁷⁸.

⁹⁷⁵ Bruno pichard, quels droits pour les actionnaires de préférences, droit des sociétés, les petites affiches .21 juin 2005, n° 15, pp10.

⁹⁷⁶ - Elles peuvent bénéficier d'un pourcentage de bénéfice supérieur, à capital égal.
- Elles peuvent garantir un dividende fixe au-dessus du dividende normalement distribué mais ne peut garantir un intérêt complètement fixe.

- Elles peuvent bénéficier d'un dividende précipitaire, c'est à dire fixé et payé avant toute distribution au action ordinaire et même si ces dernières en sont privées.

- Elles peuvent aussi bénéficier d'un dividende cumulatif, c'est à dire qui permet de réclamer, lors d'un exercice bénéficiaire, de toucher des dividendes précipitaires non distribués lors des précédents exercices déficitaires.

- Elles peuvent aussi être attachées à un droit de vote double.

⁹⁷⁷ Par exemple lors d'une fusion.

⁹⁷⁸ http://www.comprendrelabourse.com/Marche_Action/Typologie/act_deprio.htm

Dans les groupes de sociétés, les actions de référence permettent d'offrir aux différents types d'actionnaires -groupe familial, investisseurs, minoritaires -des titres adaptés à leurs attentes. Elles peuvent aussi conférer des droits dans la société mère ou la filiale de la société émettrice.

En pratique, les droits attachés aux actions de préférence sont complétés et précisés dans un pacte d'actionnaires, ce qui permet de garantir la confidentialité et l'efficacité des opérations. Cela permet en outre de créer différentes catégories d'actionnaires et de mettre en place certains mécanismes avantageux, notamment dans le cadre d'une levée de fonds.

Les actions de préférence-priorité peuvent être émises dans des sociétés par actions telles que les SA ou les SAS mais pas dans les SARL.

Globalement il s'agit d'actions « avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire. Leur existence est publique et mentionnée dans les Statuts de la société.

I- Faut-il introduire les actions de préférence en Droit Marocain ?

1- Les Caractéristiques communes

Les Droits privilégiés sont :

Droits financiers-Ils peuvent consister notamment :

Un droit à un dividende précipitaire ou prioritaire, versé par préférence aux actions ordinaires ; ce dividende peut également être cumulatif une part du boni de liquidation majorée ou payée en priorité sur les autres actionnaires ⁽⁹⁷⁹⁾.

Droits politiques-Ils peuvent consister notamment en : un droit d'information renforcé ; un droit de demander une mission particulière ; la soumission de la réalisation de certaines opérations déterminées à la consultation préalable des porteurs de ces actions.

-Le respect des dispositions relatives au droit de vote :

La création des actions de priorité ou de préférence ne doit pas faire échec aux principes selon lesquels : -le droit de vote attaché aux actions est proportionnel à la qualité du capital qu'elles représentent, chaque action donne droit à une voix au moins et à deux voix au plus⁹⁸⁰.

-La protection des droits des porteurs :

La décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs aux actions de priorité ou de préférence n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie.

2 -Intérêt des actions de préférences

Les actions de préférence peuvent présenter divers avantages, qu'on peut les énumérer de la sorte :

-Des droits particuliers plus étendus :

Les droits particuliers peuvent également être constitutifs d'obligations et de restriction ; les droits ne sont pas nécessairement « des avantages » et les droits particuliers peuvent être exercés dans la société émettrice elle-même ou dans une autre société du groupe, la contrôlant à plus de 50% ou qui sont contrôlées par elle à plus de 50 %, dès lors que l'émission de ces actions aura été autorisée par les assemblées d'actionnaires des sociétés intéressées ⁽⁹⁸¹⁾.

⁹⁷⁹ -Courret et H.le nabasque. Valeurs mobilières N° 524.

⁹⁸⁰ UGCC, ARTEMIS, Les Valeurs Mobilières , 2006.

⁹⁸¹ Op.cit. bruno pichard, Quels droits pour les actionnaires de références, droit des sociétés, les petites affiches, 21 juin 2005 n 15, p18

-Un droit de vote aménageable :

Le droit de vote peut être aménagé ou suspendu pour une durée déterminée ou déterminable ou supprimé.

Mais les sociétés ne peuvent, à peine de nullité de l'émission, émettre des actions de préférence sans droit de vote au-delà du $\frac{1}{4}$ du capital social pour les sociétés cotées et de la $\frac{1}{2}$ du capital social pour les sociétés non cotées ⁽⁹⁸²⁾.

-Une protection des porteurs d'actions renforcée :

Les porteurs d'actions de préférences, constitués en assemblée spéciale, ont la possibilité de désigner un commissaire aux comptes pour vérifier le respect des droits particuliers attachés à ces acteurs. Il établit un rapport spécial qui est diffusé aux porteurs à l'occasion d'une assemblée spéciale ⁽⁹⁸³⁾.

Il peut y avoir une protection renforcée dans l'hypothèse de certaines opérations.

En Cas de modification ou d'amortissement du capital : l'assemblée générale extraordinaire détermine les incidences de ces opérations sur les droits des porteurs des actions de préférence. Ces incidences peuvent également être constatée dans les statuts.

En Cas des fusions et du scission : les actions de préférence peuvent être échangées contre des actions de sociétés bénéficiaires du transfert de patrimoine comportant des droits particuliers équivalents, ou selon une parité d'échange spécifique en tenant compte des droits particuliers abandonnés.

En l'absence d'échange contre des actions conférant des droits particuliers équivalents, la fusion ou la scission est soumise à l'approbation de l'assemblée spéciale.

Lorsque les actions de préférence sont inscrites aux négociations sur un marché réglementé, elles peuvent rachetées ou remboursées, à l'initiative de la société ou du porteur, si le marché n'est pas liquide, dans les conditions prévues par les statuts.

Il convient de rappeler que les titulaires d'actions de préférence doivent par la suite faire partie d'une assemblée spéciale. Cette assemblée permet de protéger les porteurs de ce type d'actions car toute modification des actions de préférence doit, en principe, être validée par cette assemblée spéciale des porteurs d'actions de préférence ⁹⁸⁴.

Leur mise en place – au stade la création de la société ou à l'occasion d'une levée de fonds ultérieure doit respecter un formalisme particulier, par exemple : « *L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires est seule compétente pour décider l'émission* » des actions de préférence.

Il semble que les actions de préférences, une fois introduites au Maroc vont susciter une polémique, les sociétés marocaines ne sont pas habituées à octroyer à leurs actionnaires de telles privilèges et de dividendes.

En aurait vivement apprécié, que l'arsenal juridique marocain avec cette loi qui a modifiée et complétée la loi 17-95 sur les valeurs mobilières aurait pu introduire dans ces nouvelles dispositions les avantages des actions de préférences qui auraient pu constituer une grande modernisation pour le

⁹⁸²-Defoucaud, Actions de préférence : vers un renforcement du régime des valeurs mobilières, les Echos, 8 oct, 2001.

⁹⁸³ - ordonnance 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières modifiée et complétée en 2014.

⁹⁸⁴ <https://www.reclax-avocats.com/fr/fiches-pratiques/cat-1-societe/14-quels-sont-les-avantages-des-actions-de-preference>.

traitement des valeurs mobilières ; une telle option va octroyer une grande protection aux actionnaires marocaines et des privilèges en leur faveur et surtout l'attraction des investisseurs.

II - Quels sont ces droits attachés aux actions de préférence ?

La création des actions de préférence suppose donc l'existence dans les statuts d'une clause précisant quels droits spécifiques peuvent être attachés à ces actions⁹⁸⁵.

A -La Nature des droits attachés aux actions de préférence

Peuvent être créées des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent. Il s'agit des droits de vote, des droits particuliers, exercice des droits dans une société que l'émettrice.

1-Des droits de vote

La formule selon laquelle le droit de vote peut être aménagé semble laisser une grande liberté, plusieurs règles réduisent ces facultés d'aménagement, le droit de vote doit être optionnel à la quotité de capital que les actions représentent, chaque action donnant droit à une voix au moins, le nombre de voix ne peut être limité que si la limitation est imposée à toutes les catégories d'actions. Il ne paraît pas possible d'accorder des droits de vote sans lien avec la quotité de capital que les actions de préférence représentent ni de plafonner le droit de vote, sauf à plafonner aussi celui des actions ordinaires.

Il ne semble pas non plus possible d'accorder un droit de veto compte tenu notamment du principe de souveraineté des assemblées générales et du caractère d'ordre public des dispositions relatives aux majorités dans ces assemblées.

En Droit marocain, il est en revanche possible d'accorder aux actions de préférence un droit de vote double mais multiple puisque l'article 252 L 17-95 modifiée et complétée par L 20-05, L 78-12,20-19, semble visait que le vote double. Rien n'est stipulé davantage. En droit français, la nécessité d'accorder les actions de préférence -dans le respect de l'article L 225-123 du code de commerce n'implique pas l'interdiction d'accorder un droit de vote double aux seules actions de préférence⁹⁸⁶.

On trouve des actions de préférence à un vote double puisque l'article L 225-123 du code de commerce ne vise que le vote double. Il convient alors de respecter les conditions générales posées par cet article, actions entièrement libérées dont le propriétaire justifie d'une inscription nominative depuis au moins deux ans. Il en résulte qu'en cas d'émission de telles actions, le droit de vote double ne pourra pas être exercé avant deux ans. En cas de conversions d'actions existantes, le délai de détention déjà couru doit pouvoir être pris en compte par analogie avec les règles prévues en cas de fusion ou de scission de la société⁹⁸⁷.

2-Des droits particuliers

Parmi ces droits figurent, les droits pécuniaires que la pratique avait développés pour les actions de priorité, dividende prioritaire ou précipitaire par rapport aux actions ordinaires, dividende cumulatif⁹⁸⁸, dividende progressif ou dégressif, suivant les résultats de la société⁹⁸⁹.

⁹⁸⁵ Le droit de vote des actions de préférence peut être organisée de manière souple, il peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable, suspendu pour une durée déterminée ou déterminable ou supprimé. En outre la nature des droits des droits vote n'est pas imposée.

⁹⁸⁶ Sur la limitation du nombre d'actions de préférence sans droit de vote.

Des lors que les dispositions ci-dessus sont respectées, la loi autorise, l'aménagement du droit de vote, ainsi il est possible par exemple de limiter le droit de vote des titulaires d'actions de préférences à certains types de décisions seulement, d'exiger d'eux la possession des actions pendant une durée déterminée avant de leur accorder le droit de vote.

⁹⁸⁷ Francis Lefevre, les groupes de sociétés .2014, juridique, Fiscal, social, réf 1262, pp 132.

⁹⁸⁸ C'est à dire prélevé sur les bénéfices ultérieurs lorsque les bénéfices d'une année ne permettent pas de le servir.

⁹⁸⁹ Francis Lefèvre, les groupe de sociétés ,2006, pp133.

Le dividende versé aux titulaires d'actions de préférence peut être payé en titres de capital, selon les modalités fixées par l'assemblée générale extraordinaire ou par les statuts. Compte tenu des termes ainsi employés, il ne nous paraît pas interdit d'attribuer comme dividende soit des actions ordinaires, soit des actions de préférence. En revanche, il demeure interdit de prévoir l'octroi d'un intérêt fixe en l'absence de bénéfice.

Il n'est pas non plus de prévoir que les actions de préférence donneront droit, en cas d'augmentation de capital par incorporation de réserves l'attribution gratuite d'un nombre d'actions supérieurs à celui résultant du prorata de leurs droits dans le capital ancien.

La pratique avait développée, essentiellement en faveur des sociétés de capital -risque titulaires d'actions privilégiées, l'octroi des droits non-pécuniaires qui peuvent désormais être accordées aux titulaires d'actions de préférence, information financière renforcée, droit de faire procéder périodiquement à un audit, attribution de sièges dans les organes de gestion ou de contrôle.

Le droit de préférence peut aussi porter sur la limitation des clauses d'agrément à certaines actions seulement, ou sur l'octroi d'un droit de préemption réservée à un ou quelques actionnaires, ou encore sur la possibilité d'obtenir le rachat des actions⁹⁹⁰.

Compte tenu du caractère très général de la formule -droits particuliers de toute nature, les sociétés devraient pouvoir accorder aux titulaires d'actions de préférence bien d'autres droits, tels qu'avantages en nature, conditions préférentielles de vente, l'imagination risque toutefois d'être bridée par le nécessaire respect de l'ensemble des réglementations en vigueur et, notamment, du droit économique et du droit social, ainsi bien entendu que par l'obligation de ne pas porter atteinte à l'intérêt social de l'émettrice et de se conformer à son objet social.

Les statuts peuvent aussi sortir les actions de préférence d'obligations particulières -agrément et préemption en cas de cession-.

3-Exercice des droits dans une autre société que l'émettrice

Sur autorisation de l'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés concernées, les droits particuliers peuvent exercées dans la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital de l'émettrice ou dans la société dont l'émettrice possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital⁹⁹¹.

Cette disposition paraît imposer que la condition de lien majoritaire qu'elle prévoit soit respectée pendant toute la durée de vie des actions en cause et il a été affirmée qu'en cas de disparition de ce lien la faculté d'exercer des droits dans la société autre que l'émettrice des actions de préférence devienne caduque.

Les sociétés émettrices peuvent même accorder aux titulaires d'actions de préférence des droits extra-pécuniaires variées dans d'autres sociétés contrôlées à 50 %, droit d'information, droit de consultation lors de certaines décisions. Rien ne semble empêcher que des actions de préférence

⁹⁹⁰Précisions, comme en matière de pactes d'actionnaires, la fourniture de renseignements visés -situation comptable trimestrielle, états financiers prévisionnels, projet de budget, plan d'investissement, rapport écrit trimestriel sur l'exécution des prévisions budgétaires et d'investissement, doit être mise à la charge des dirigeants sociaux. Elle ne serait imposée aux commissaires aux comptes qui ne disposent pratiquement d'aucune liberté pour informer les actionnaires en dehors des prescriptions légales puisque la loi leur impose le secret professionnel sur les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions.c.com.art.L 822-15,Memonto sociétés commerciales n 77910-.Pour les mêmes raisons, il convient de confier à un expert autre que le commissaire aux comptes les missions de contrôle comptable que les titulaires d'actions de préférence seraient autorisées à faire pratiquer.

Dans les SA, la faculté de prévoir une majorité renforcée au conseil d'administration, par exemple, majorité nécessitant l'accord du titulaire d'actions de préférence -paraît conforme à la loi puisque les décisions de cet organe sont prises -à la majorité des membres présents ou représentés, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte-.

⁹⁹¹ C.com,art.L 228-13,al 1.droit français

confèrent certains droits dans une société ,et d'autres dans une autre ⁹⁹². Il est donc opportun que les statuts ,lorsqu' ils définissent la nature des droits conférés par les actions de préférence, précisent expressément quels droits s'exercent dans quelles sociétés.

En revanche, le droit de vote aux assemblées des actionnaires d'une société autre que la société émettrice ne nous paraît pas pouvoir être conférée aux titulaires des actions de préférence.

B-Emission des actions de priorité

Les actions de préférence peuvent être émises lors de la constitution de la société ou en cours d'existence⁹⁹³.

Sur les modalités de protection des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital en cas de création d'actions de préférence entraînant une modification de règles de répartition des bénéfices ou un amortissement du capital ⁹⁹⁴.

Sur la nécessité de réunir une assemblée spéciale si l'émission des actions de préférences entraîne une modification des droits attachés à une catégorie d'actions⁹⁹⁵.

Que ce soit de la constitution de la société ou en cours d'existence, si les actions sont émises au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignées, leur création donne lieu à l'application des dispositions relatives aux avantages particuliers. Toutefois, lorsque l'émission porte sur des actions de préférence relevant d'une catégorie déjà créée l'évaluation des avantages particuliers qui en résultent est faite dans le rapport spécial établi par les commissaires aux comptes.

-Limitation du nombre d'actions de préférence sans droit de vote

Les actions de préférences sans droit de vote ne peuvent pas représenter :

-Plus du quart du capital social des sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé.

-Plus que la moitié du capital social des autres sociétés.

Pour le calcul de ces quotités, il est tenu compte des actions à dividende prioritaire sans droit de vote et des certificats d'investissements existants. Toutefois, l'application de cette disposition ne fait pas obstacle au maintien des droits titulaires de titres existants.

-Décision d'émission en cours de vie sociale

Le capital social peut être augmenté par émission d'actions de préférence.

L'AGE des actionnaires ⁹⁹⁶ est seule compétente pour décider l'émission des actions de préférence au vu d'un rapport spécial des commissaires aux comptes. Elle peut toutefois déléguer son pouvoir de décision ou celui de fixer les modalités de l'émission.

Dans son rapport spécial, le commissaire aux comptes doit donner son avis sur l'augmentation de capital envisagé, les caractéristiques des actions émises et l'incidence de l'opération sur la situation des titulaires de titres de capital et de valeurs mobilières donnant accès au capital.

S'il y a une augmentation de capital, l'émission des actions de préférence doit aussi faire l'objet d'un rapport des organes de gestion. Ce rapport doit indiquer les caractéristiques des actions émises et

⁹⁹² Par exemple, Droit à une information financière renforcée dans la société émettrice et dividendes de la filiale.

⁹⁹³ Op.cit., Francis Lefèvre, les groupe de sociétés ,2006, pp 135.

⁹⁹⁴ Memento sociétés commerciales n 74360 s et 74520 s.

⁹⁹⁵ Memento sociétés commerciales n 48710.

⁹⁹⁶ Ou le cas échéant, la collectivité des associés dans les SAS.

préciser l'incidence de l'opération sur la situation des titulaires des titres de capital et des valeurs mobilières donnant accès au capital⁹⁹⁷.

En cas d'émission d'actions de préférence conférant des droits particuliers dans une société autre que la société émettrice, l'émission doit être autorisée par la collectivité des associés ou l'AGE de la société appelée à émettre des actions de préférence et par celle de la société au sein de laquelle les droits sont exercés. Les commissaires aux comptes des sociétés intéressées doivent établir un rapport spécial.

Le rapport des organes de gestion de la société émettrice des actions de préférence doit, nous semble-t-il expliciter la justification pour la société en cause des droits conférés par les actions de préférence dans une tierce société. L'établissement d'un rapport des organes de gestion de la société dans laquelle les droits seront exercés ne soit pas expressément imposé, il est opportun que ces organes de gestion donnent aux actionnaires des informations suffisantes pour ceux-ci puissent prendre leurs décisions au cours de l'AGE en pleine connaissance de cause. si l'émission est réalisé au profit des actionnaires nommément désignés, la procédure des avantages particuliers doit en outre être respectée.

L'émission d'actions de préférence est autorisée même lorsque la société a émis auparavant des valeurs mobilières donnant accès au capital.

La création d'actions de préférence en cours de vie sociale peut aussi résulter de la conversion d'actions ordinaires.

C-Conversion et rachat des actions de préférence

Les actions de préférence peuvent être rachetées par la société ou converties en actions ordinaires ou en actions de préférence d'une autre catégorie.

Lorsque la collectivité des associés ou l'assemblée générale extraordinaire se prononce sur l'inscription dans les statuts des modalités de conversion ou de rachat, ainsi que les modalités selon lesquelles les rapports du conseil d'administration⁹⁹⁸ et du commissaire aux comptes qui doit donner son avis sur ces modalités, sont mis à la disposition des associés et des actionnaires, l'ensemble de ces indications doit être portée dans les statuts.

Les critères d'appréciation de l'absence de liquidité de marché des actions de préférence admises aux négociations sur un marché réglementé justifiant leur rachat ou leur remboursement.

II- Comment mettre en place les actions de priorité dans les sociétés commerciales ?

Les actions de priorité peuvent être utilisées uniquement dans les sociétés par actions, c'est-à-dire [les SAS](#) (Sociétés par Actions Simplifiées), [les SA](#) (Sociétés Anonymes) et les SCA (Sociétés en Commandite par Actions).

Il est impossible de mettre en place ce type de titres en [SARL](#), dont le capital est obligatoirement réparti en parts sociales de même catégorie.

Comme nous le verrons ci-dessous, l'éventail de possibilité au niveau du droit de vote est plus large lorsque les actions de préférence sont utilisées dans une SAS.

Comment peuvent être utilisées les actions de priorité -préférence ?

⁹⁹⁷ Ibid., Francis Lefèvre, les groupe de sociétés, 2006, pp137.

⁹⁹⁸ Ou du directoire ou des dirigeants.

Les actions de préférence⁹⁹⁹ peuvent être utilisées à la fois pour attribuer des avantages patrimoniaux et extra-patrimoniaux.

Il est tout d'abord possible de créer des actions de préférence auxquelles on attribue un droit de vote modifié. Il peut s'agir d'actions :

- Sans droit de vote, à condition que ces titres ne représentant pas plus de la moitié du capital social pour les sociétés non cotées,
- Ou avec un droit de vote supérieur à celui attaché aux actions ordinaires, comme un droit de vote double, voire multiple uniquement dans les SAS.

Le droit de vote attaché aux actions de préférence peut être supprimé de manière temporaire ou définitive.

Ensuite, les actions de préférence peuvent bénéficier de droits financiers privilégiés, notamment en matière de droit aux bénéfices. Il peut s'agir d'actions¹⁰⁰⁰.

Comment mettre en place les actions de préférence ?

Dès lors que les actions de préférence sont émises au profit d'un ou de plusieurs actionnaires désignés, il faut obligatoirement respecter la procédure dite des avantages particuliers¹⁰⁰¹.

Les statuts de la société doivent indiquer l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers ainsi que la nature de ceux-ci. Un rapport spécial doit être établi par les commissaires aux comptes de la société, sauf si l'opération est effectuée lors de la constitution d'une SAS.

⁹⁹⁹ Les actions de préférence sont des titres qui se distinguent des actions ordinaires par les prérogatives qui y sont attachées.

Ces actions peuvent conférer à leurs détenteurs des droits particuliers à plusieurs niveaux, notamment en matière de droit de vote (suppression du droit de vote, droit de vote double, voire droit de vote multiple en SAS) et de droit au bénéfice (quote-part supérieure de dividende, dividende prioritaire, superdividende...).

• ¹⁰⁰⁰ Avec un droit à un dividende prioritaire, ces actions auront ainsi le droit de prélever en premier un dividende. Les autres actions auront droit à un dividende uniquement sur le solde du bénéfice distribuable après imputation du dividende prioritaire ;

• Avec un droit à un dividende d'un montant supérieur à celui attribué aux autres actions ;

• Avec un droit correspondant à un pourcentage du résultat distribuable...

Plusieurs possibilités sont imaginables, le tout étant de respecter ces limites :

• L'interdiction des pactes léonins, qui consistent à priver un actionnaire de tout droit au bénéfice ;

• L'interdiction de distribuer des dividendes en l'absence de bénéfice distribuable,

• L'interdiction de prévoir un intérêt fixe sur le résultat (clauses d'intérêts fixes).

Les avantages patrimoniaux peuvent également prendre d'autres formes, avec notamment :

• Un droit privilégié au boni de liquidation,

• Un droit de rachat prioritaire,

• Un droit au remboursement prioritaire du montant nominal,

• Ou encore un droit d'amortissement prioritaire en cas d'amortissement du capital social.

Enfin, plusieurs autres avantages peuvent être attachés aux actions de préférence, comme par exemple :

• Un droit d'information renforcé,

• Un droit de communication particulier et privilégié sur certaines opérations,

• Un droit de céder les actions en dehors de toute procédure d'agrément ou de préemption,

• Un droit de représentation dans certains organes de la société, tel qu'un conseil d'administration par exemple.

¹⁰⁰¹ En cas d'émission d'actions de préférence dès la constitution, celles-ci doivent figurer dans les statuts. Les associés d'une SAS ne sont plus tenus, depuis le 21 juillet 2019, de faire évaluer les avantages particuliers conférés à certains d'entre eux. Dans les autres formes juridiques, l'intervention d'un commissaire aux apports est requise.

En cas d'émission en cours de vie sociale, une décision des actionnaires, sous la forme extraordinaire en SA ou dans les conditions prévues statutairement en SAS, est nécessaire. Le ou les intéressés ne peuvent pas prendre part au vote. Un rapport du conseil d'administration ou du directoire dans les SA, ainsi qu'un rapport par un commissaire aux apports sur les avantages particuliers sont obligatoires. Les statuts doivent être mis à jour.

Les détenteurs d'actions de préférence pourront demander au commissaire aux comptes de la société d'établir un rapport spécial sur le respect des droits particuliers attachés aux actions de préférence.

Enfin, sur décision des associés et suivant les modalités prévues dans les statuts, les actions de préférence peuvent être ultérieurement transformées en actions ordinaires ou en actions d'une autre catégorie.

Augmentation du capital social par la création des actions de préférences

Le pouvoir stratégique des actions de préférences dans les sociétés par actions, la création d'une catégorie d'actions de préférence, c'est-à-dire l'inscription dans les statuts des droits particuliers attachés à cette catégorie d'actions de préférence, peut intervenir lors de la constitution de la société ou à tout moment au cours de son existence¹⁰⁰².

Au cours de la vie de la société, la création de telles actions de préférence, doivent suivre une certaine procédure¹⁰⁰³.

L'emploi des termes « droits particuliers » n'exclut pas que les actions de préférence soient également assorties d'obligations particulières et/ou qu'elles fassent l'objet de restrictions, telles que la suppression du droit de vote « Émission d'actions de préférence réservées à des actionnaires nommément désignés - Actions de préférence comportant moins de droits que les actions ordinaires¹⁰⁰⁴.

Droit de vote double dans les SA et SCA les SAS :

Un droit de vote double de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité de capital social qu'elles représentent, peut être attribué, par les statuts, à toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il sera justifié d'une inscription nominative, depuis deux ans au moins, au nom du même actionnaire. En revanche, dans les SA et SCA, il n'est pas possible de créer des actions à droit de vote multiple en dehors du droit de vote double, même en passant par le régime des actions de préférence.

Droit de vote double/multiple dans les SAS :

Dans les sociétés par action simplifiée, il est possible de créer des actions à droits de vote multiples, mais il ne s'agit pas d'actions de préférence¹⁰⁰⁵.

Le choix de la création de telles actions dotées de pouvoirs pouvant, répondre à des choix stratégiques, à effet dilutif ou sans effet dilutif. Le [commissaire aux comptes](#) a un rôle majeur que la

¹⁰⁰² <https://www.khadiri.com/blog/21/augmentation-du-capital-social-par-la-creation-des-actions-de-preferences>

¹⁰⁰³ Décision du conseil d'administration, du directoire, ou du Président d'une SAS

- Rapport particulier du [commissaire aux comptes](#), et/ou un [commissaire aux avantages particuliers](#)

- Approbation de l'assemblée générale extraordinaire.

¹⁰⁰⁴ Exemple de droits particuliers rattachés à des actions de priorité :

- limiter le droit de vote des actions de préférence à certains types de décisions (approbation des comptes, affectation des résultats, modification des statuts, etc.)

- exiger des porteurs d'actions de préférence la détention de leurs actions pendant une certaine durée avant de leur accorder le droit de vote (clause de stage)

- subordonner l'exercice du droit de vote à certaines conditions (réalisation, par la société, d'un chiffre d'affaires annuel supérieur à un certain montant, etc.).

¹⁰⁰⁵ Voici encore des exemples des actions « traçantes »,

- des actions qui donnent droit à un dividende en fonction des résultats d'une des branches d'activité du groupe

- dividende cumulatif, déterminé ou déterminable, progressif ou dégressif, certain ou conditionnel

- attribution prioritaire du boni de liquidation ou à une répartition inégalitaire de celui-ci

- attribution d'actions de préférence en cas d'émissions gratuites d'autres valeurs mobilières

- amortissement prioritaire des actions de préférence en cas d'amortissement du capital

- attribution prioritaire d'un actif

- l'institution d'un quorum spécial afin que l'organe compétent ne puisse délibérer valablement sans la présence de tout ou partie des membres représentant les porteurs d'actions de préférence ;

- l'attribution aux membres représentant les porteurs d'actions de préférence d'un droit de veto sur certaines décisions

loi, lui confère, celui de veuille à l'équité et l'égalité des actionnaires, à l'occasion des opérations d'augmentation du capital. Son intervention est requise dans la plupart des cas, afin d'émettre son [rapport](#), en vue de l'approbation de telles opérations par l'AGE¹⁰⁰⁶.

En France, La loi relative à la croissance et la transformation des entreprises du 22 mai 2019, dite « loi PACTE »¹⁰⁰⁷, a pour objectif de lever les freins à la création et à la croissance des entreprises tout en les sensibilisant aux enjeux sociétaux. Elle couvre quasiment la totalité des branches du Droit, et notamment le Droit des sociétés, le Droit des affaires et le Droit social.

Actions de préférence à droit de vote multiple

La loi PACTE permet aux sociétés par actions non cotées de créer des actions de préférence à droit de vote multiple (double ou plus) sans exigence sur le délai de détention des actions.

Auparavant, la possibilité d'accorder un droit de vote double n'était ouverte qu'aux actions libérées et inscrites au nominatif depuis au moins deux ans¹⁰⁰⁸.

Le Rachat des actions de préférence

En France, l'article 100 vient favoriser le développement des actions de préférence "rachetables". La loi vient permettre, pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le rachat des actions de préférence, non plus seulement à l'initiative exclusive de la société mais également à l'initiative conjointe de la société et de l'actionnaire détenteur des actions de préférence, voire seulement à l'initiative de ce dernier.

Concernant les autres sociétés, dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation ou sur un marché réglementé, le rachat est possible s'il est prévu par les statuts de la société. Ces derniers devront prévoir, avant toute souscription, les modalités de rachat, s'il peut s'effectuer à l'initiative exclusive de la société, du détenteur ou par une initiative conjointe entre la société et le détenteur.

Ce rachat n'était possible auparavant qu'à la seule initiative de la société.

Les actions de préférence sont parfois utilisées au sein de sociétés cotées ou non-cotées. Elles présentent par nature des caractéristiques particulières, et ont un impact sur les rapports entre actionnaires¹⁰⁰⁹.

Droits spécifiques liés aux actions de préférence

Les actions de préférence accordent des droits spécifiques à leur détenteurs et dérogent ainsi au principe général de proportionnalité entre les actionnaires. Il existe de très nombreuses applications possibles mais ces droits sont globalement de plusieurs sortes :

Droits de vote modifiés

¹⁰⁰⁶ www.khadiri.com

¹⁰⁰⁷ Une des mesures de la loi PACTE a modernisé et assoupli le régime juridique des actions de préférence. Les actions de préférence sont des catégories d'actions qui offrent des prérogatives distinctes des actions ordinaires à son titulaire, elles offrent ainsi un avantage pécuniaire (tel qu'un dividende majoré) au détenteur. Le texte vient modifier plusieurs articles du Code de commerce, concernant les actions de préférence. En résumé, l'article 100 de la loi prévoit un dispositif assoupli, pour les actions émises à compter de la loi. Les entreprises concernées par cet article sont les Sociétés Anonymes (SA) et les Sociétés en Commandite par Actions (SCA). La loi permet à ces sociétés, dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation ou sur un marché réglementé de pouvoir créer une action de préférence avec un droit multiple.

¹⁰⁰⁸ <https://www.myformality.com/fiches-conseils/127-la-loi-pacte-les-actions-de-preference>

¹⁰⁰⁹ Elles ont notamment été couramment utilisées dans le cadre des levées de fonds dites « ISF ». Focus sur les tenants et aboutissants de ces actions particulières.

Les actions de préférence peuvent ainsi accorder des droits de vote augmentés¹⁰¹⁰.

Droits financiers privilégiés

Par exemple concernant le droit aux bénéfices. On pourra ainsi envisager un droit à un dividende prioritaire, ou à un « super » dividende. On ne pourra cependant pas priver les actionnaires ordinaires de tout droit au bénéfice, ou décider d'une distribution en l'absence de bénéfice distribuables. Il peut également s'agir d'un droit privilégié au boni de liquidation ou d'un droit de rachat prioritaire. Ainsi en cas de cession de la société, les détenteurs d'actions de préférence pourront avoir un accès privilégié au solde disponible issu de la cession¹⁰¹¹.

-Autres Droits et avantages :

Les modalités précises des droits attaché à chaque type d'action sont encadrées par les [Statuts](#) et le [Pacte d'Actionnaires](#).

Impact concret des actions de préférence

Les actions de préférence peuvent être utilisées dans le cadre de levées de fonds afin de différencier les droits entre les actionnaires historiques et les nouveaux investisseurs.

A titre non exhaustif, les actions de préférence peuvent accorder certains avantages en termes de gouvernance (droit à être représenté au Conseil d'Administration par exemple) ou droit de regard ou de veto sur certaines décisions. Elles peuvent également permettre à leur détenteur de s'affranchir de certaines contraintes en cas de cession (droit de préemption par exemple) ou bien de disposer d'un droit renforcé à l'information dans le cadre du « reporting » et de l'information délivrée aux actionnaires.

Entrée de nouveaux investisseurs via des actions de préférence

Ainsi les nouveaux investisseurs, qui démontrent par leur participation à une augmentation de capital un intérêt pour la société, et seront même prêts à la valoriser en payant une « prime d'émission » sur chaque action nouvellement émise, peuvent vouloir par ailleurs introduire certains mécanismes de protection. Ils espèrent certes profiter en tant qu'actionnaire d'un développement ultérieur et d'une valorisation de la société et réaliser une plus-value à la revente. Mais étant donné un prix par action parfois beaucoup plus élevé que celui des autres actionnaires, ils vont vouloir être prioritaire sur certains flux financier ou boni de liquidation, ou bien être en mesure de contrôler certaines décisions.

¹⁰¹⁰ (Par exemple un droit de vote double par rapport aux actions ordinaires).

¹⁰¹¹ (Calculé généralement après apurement des différentes dettes éventuelles de la société).

La Commission Paritaire d'Hygiène et de Sécurité (CPHS) entre le cadre juridique Algérien et l'approche pratique

 **BELAMEIRI Asseri**

Laboratoire Droit de Travail et L'emploi
Faculté de Droit et des sciences politiques
Université de Mostaganem

Résumé :

La Commission Paritaire d'Hygiène et de Sécurité, est l'un des acteurs internes de l'entreprise, qui est mandée d'une mission importante dans la prévention des différents risques professionnels auxquels les travailleurs sont ou peuvent être exposés. Cette dernière, lors de l'exécution des attributions qui lui sont dévolues auxquelles peuvent être confrontées à plusieurs contraintes qui pourraient empêcher son travail. Par conséquent, cette étude visera à éclairer le sujet de la CPHS en se basant sur les textes juridiques qui lui sont liés ainsi que sa mise en pratique au niveau des entreprises .

Mots clés : CPHS -CHSU – Prévention - Hygiène- risque -travailleurs.

Abstract:

The joint health and safety committee is one of the internal organs of the company, which has an important mission in preventing the various occupational risks to which workers are or may be exposed, the latter during execution of their attributions in particular, the preventive and / or consultative prerogatives which are assigned to it can be coincided with several constraints which prevent the work of the JHSC. Consequently, this study will aim to shed light on the subject of the JHSC and based on the legal texts relating to said commission as well as the practical part at the level of companies.

Keys words: JHSC -Prevention - safety- risk – workers.

الملخص:

خول المشرع الجزائري للجنة المتساوية الأعضاء للوقاية الصحية والأمن عدة صلاحيات باعتبارها طرفا فاعلا في المؤسسة من خلال دورها في حفظ صحة وسلامة العمال من مختلف الاخطار المهنية التي يمكن أن يتعرضون لها خلال تأدية مهامهم، إلا أنه وانا ممارسة هجنة لمهامها المنوطة بها قانونا، يمكن أن تواجهها عدة صعوبات تؤدي إلى عرقلة السير الحسن لهذه الأخيرة.

لذلك ركزنا من خلال هذه الدراسة على تسليط الضوء على دور لجنة الوقاية الصحية والأمن محاولين إبراز ومناقشة أهم النصوص القانونية المتعلقة بها ومدى تطبيقها من قبل المؤسسات.

الكلمات المفتاحية: ل.م.و.أ - السلامة - الخطر - العمال.

Introduction :

Pour l'entreprise, assurer une bonne qualité de vie au travail répond à la fois à un devoir social vis-à-vis des salariés et à un besoin économique, garantissant sa croissance, sa rentabilité et sa productivité.

Aussi, et afin d'assurer la croissance de la performance économique de l'entreprise, étant au cœur de ses enjeux, une bonne qualité de vie au travail de ses salariés est donc indispensable¹⁰¹².

Dans nos sociétés modernes, la mise en œuvre d'une politique « hygiène, sécurité » est devenue nécessaire tant les enjeux sont multiples.¹⁰¹³ L'intérêt à l'hygiène et à la sécurité s'est fortement accru au sein des entreprises, tout d'abord par l'application plus stricte des textes juridiques notamment, la loi 90-11 relative à la relation du travail, qui considère l'hygiène et la sécurité parmi les droits fondamentaux des travailleurs,¹⁰¹⁴ du fait que la préservation de l'intégrité physique des salariés et, de leur sécurité, relève de la responsabilité du chef d'entreprise.

En vertu de garantir le respect des différentes exigences et dispositions en la matière, le législateur Algérien a mis en place des organes¹⁰¹⁵ internes, qui surveillent et suivent les aspects liés à l'hygiène et à la sécurité en milieu professionnel. Parmi ces organes, nous retrouvons la Commission Paritaire d'Hygiène et de Sécurité, dont l'obligation de sa mise en place selon l'article 23 de la loi 88-07 du 26 janvier 1988 relative à l'hygiène, la sécurité et à la médecine du travail¹⁰¹⁶.

Nous nous efforcerons dans notre présent article à présenter cette dite commission CPHS comme étant un des acteurs de la prévention des risques et de la sécurité en milieu de travail, en essayant de répondre au mieux à ces deux questions :

- **Quel est le cadre juridique et réglementaire de la CPHS ?**
- **Quelle est son efficacité ?**

Pour mener à bien ce travail, la démarche méthodologique adoptée s'articule autour des deux (02) sections suivantes :

Section 01 : Composition et attributions de la CPHS.

Section 02 : Gestion des réunions de la CPHS et documents requis.

¹⁰¹² - OIT, rapport de commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, une mondialisation :

Créer des opportunités pour tout , première édition 2004.P.15.

¹⁰¹³ - AIT AHMED Ourida, cours d'hygiène , sécurité et environnement ,département chimie physique , faculté de chimie , université des sciences et de technologie d'Oran MB , 2017-2018 , P.04.

¹⁰¹⁴ - Art 05 Alinéa 04 de la loi 90-11 du 21 Avril 1990 relative à la relation du travail, modifié et complété, JO N°25 du 25 Avril 1990, P. 448.

¹⁰¹⁵ - Les organes internes sont : « le service d'hygiène et de sécurité de l'entreprise, le service de la médecine du travail, les préposés d'hygiène et de sécurité ».

¹⁰¹⁶ - « Des commissions paritaires d'hygiène et de sécurité sont instituées obligatoirement, sous réserve des dispositions prévues au 2ème alinéa de l'article 25 ci-dessous, au sein de chaque organisme employeur occupant plus de neuf (9) travailleurs dont la relation de travail est à durée indéterminée. En application de la législation relative à la participation des travailleurs.

Nonobstant les dispositions relatives à l'alinéa 1ci-dessus, l'organisme employeur, occupant plus de neuf (9) travailleurs dont la relation de travail est à durée déterminée, doit obligatoirement désigner un préposé permanent à l'hygiène et à la sécurité, assisté de deux travailleurs les plus qualifiés en la matière.

Dans les unités et établissements occupant neuf(9) travailleurs et moins, un préposé à l'hygiène et à la sécurité est désigné par le chef de l'unité ou de l'établissement.

Les membres des commissions paritaires d'hygiène et de sécurité, et les préposés à l'hygiène et à la sécurité, doivent bénéficier d'actions de formation pratiques et appropriées », Art 23 de la loi 88-07 du 26 janvier 1988 relative à l'hygiène, la sécurité et à la médecine du travail, JO sans numéro du 27 janvier 1988, P.87.

Section 01 : Composition et attributions de la CPHS

La création de la CPHS est rendue obligatoire par la loi, instaurée par le décret exécutif n°05- 09 du 08 janvier 2005, relatif aux commissions paritaires et aux préposés à l'hygiène et à la sécurité, de sorte que chaque organisme employeur employant plus de neuf (09) travailleurs dont la relation de travail est à durée indéterminée est tenu de mettre en place une commission dite C.P.H.S entreprise.

Egalement, lorsque l'entreprise est composée de plusieurs unités, il est institué au sein de chacune d'elles une (C.P.H.S.U) dite d'unité.

Pour atteindre notre objectif à propos de cette section nous avons scindé en deux points :

- Etude de la composition de la CPHS selon la réglementation en vigueur et l'aspect pratique ;
- Les attributions de la CPHS.

I. La composition de la CPHS :

La composition des commissions soient-elles d'Unités ou d'Entreprise sont paritaires et composées comme suit :

Au niveau de l'unité, la commission (CPHSU)¹⁰¹⁷ est composée comme suit :

- Deux (02) membres représentant la direction de l'Unité¹⁰¹⁸ (représentant de l'employeur)
- Deux (02) membres représentant les travailleurs de l'unité.

Au niveau de l'entreprise, la commission est composée comme suit :

- Trois (3) membres représentant la direction de l'entreprise ;
- Trois (3) membres représentant les travailleurs de l'entreprise.

Les membres représentants les travailleurs au sein des commissions d'entreprise ou d'unité sont désignés par la structure syndicale la plus représentative, ou à défaut, par le comité de participation.

Dans le cas où il n'existe ni structure syndicale, ni comité de participation, les représentants des travailleurs seront élus par le collectif des travailleurs.¹⁰¹⁹

Les membres de ces commissions doivent être installés par l'employeur¹⁰²⁰ via une décision écrite portant désignation des membres de la CPHS.

Les obligations légales citées ci-dessous montrent l'intérêt du législateur en la matière :

¹⁰¹⁷ - **CPHSU** : c'est l'abréviation de la commission paritaire d'hygiène et de sécurité d'unité, la notion « d'unité » appartenait à législation des années 1990/1980, elle n'a pas été reprise par la législation du travail promulguée en 1990, qui lui a substitué la notion de « lieu de travail », elle est réintroduite par ce décret exécutif, alors même qu'elle n'est plus utilisée par la législation du travail dans laquelle elle vient s'insérer, voir MOHAMMED NASR EDDINE Kouriche, droit du travail (les transformations du droit algérien du travail entre statut et contrat - détermination des conditions de travail une déréglementation sélective -), tom 02, office des publications universitaires, P.21.

¹⁰¹⁸ - L'unité est une subdivision de l'entreprise elle regroupe l'ensemble des bureaux, des installations de production etc, qui concourent à l'exercice d'une activité économique par exemple, une unité d'activité économique pourrait être la combinaison de toutes les parties d'une entreprise de production des hydrocarbures qui produisent du gaz, pétrole. d'urée au sein de la même entreprise le cas de l'entreprise SONATRACH au niveau de la zone industrielle d'Arzew on trouve des déferents complexes GNL/1Z - GNL2/Z - GNL3/Z ces complexes sont des unités rattachées à l'entreprise SONATRACH (Direction Général), aussi il est important de noter que cette zone classée zone de risque majeur conformément au décret exécutif N° 06-162 du 17 mai 2006 déclarant la zone industrielle d'Arzew zone à risques majeurs, JO N° 33 du 21 mars 2006.

¹⁰¹⁹ - Art 09 décret exécutif N° 05- 09 du 08 janvier 2005 relatif aux commissions paritaires et aux préposés à l'hygiène et à la sécurité, JO N°04 du 05 janvier 2005, P 18.

¹⁰²⁰ - D E 05-09, Art 10, Op cit, P 22.

1. La présidence de la commission CPHSE ou CPHSU, est confiée exclusivement au premier responsable ou un représentant dûment désigné et mandaté par le premier responsable, afin de veiller sur les conditions de travail en matière de santé et de sécurité des travailleurs¹⁰²¹ et de suivre les décisions prises ;
2. Le secrétariat de la CPHS , est assuré par un travailleur ayant une qualification en matière d'hygiène et de sécurité assurant ainsi sa compréhension des débats et des termes techniques dans le domaine HSE , ce qui lui permettra de rédiger avec précision les procès- verbaux lors des réunions tenues. La mission du secrétariat de la CPHS porte également sur l'exécution d'autres tâches telles que l'élaboration des convocations pour les réunions ...etc¹⁰²² ;
3. L'éventuelle participation, à titre consultatif, du responsable du service d'hygiène et de sécurité¹⁰²³ aux réunions de la CPHS en qualité de conseiller. il sera appelé à :

3.1. Elaborer des plans annuels et pluriannuels en matière de prévention des risques professionnels, d'hygiène et de sécurité, conjointement avec la CPHSE ;

3.2. Assister la CPHSE dans les requêtes sur les accidents ou incidents ayant révélé ou entraîné des conséquences graves ;

3.3. Elaborer en liaison avec la commission paritaire d'hygiène et de sécurité des programmes annuels et pluriannuels en matière de formation et de perfectionnement du l'ensemble du personnel, notamment des nouvelles recrues.

4. La participation du médecin du travail¹⁰²⁴ de l'entreprise aux réunions de la CPHS. Il met à la disposition de l'employeur et des partenaires sociaux toute son expertise acquise lors de ses actions en milieu du travail et de ses investigations effectuées dans le cadre des visites médicales.

Cependant, la CPHS peut faire appel lors de l'exécution de ses missions d'inspections sur les lieux de travail, et à titre consultatif, à toute personne qualifiée ou organisme compétent en matière d'hygiène, de sécurité et de médecine du travail¹⁰²⁵ (expert HSE, accompagnateur HSE, inspecteur du travail, chercheur en matière HSE Etc.) .

La réglementation ne prévoit pas la désignation des membres suppléants et aucune condition particulière à remplir pour pouvoir être désigné à la CPHS.

Tout salarié de l'entreprise peut devenir membre de la commission paritaire d'hygiène et de sécurité qu'il soit syndiqué ou non.¹⁰²⁶

Les deux parties devront travailler en parfaite coordination et entretenir une relation guidée par la mise en place des meilleures conditions en matière de santé et de sécurité, il est appelé à :

¹⁰²¹ - D E 05-09, Art. 11, « Les commissions d'unité et les commissions d'entreprise sont présidées par le responsable de l'organisme employeur ou son représentant dûment mandaté », Op cit, P 22.

¹⁰²² - Ibid ,Art 16 « le secrétariat de la commission d'unité et le secrétariat de la commission de l'entreprise sont assurés par un travailleurs ayant une qualification en matière d'hygiène et de sécurité , il est désigné par le responsable de l'organisme employeur»,P.18.

¹⁰²³ - D E N°05-11 Art 9 et 14,Op cit , P 22.

¹⁰²⁴ - Art 06 : « Est considéré comme médecin habilité à exercer la médecine du travail..... tout médecin titulaire d'un diplôme de spécialité de médecine du travail et autorisé à exercer à titre privé » Décret exécutif N° 93-120 du 15/05/1993 Relatif à l'organisation de la médecine du travail, JO N° 33 du 19 Mai 1993, P.08.

¹⁰²⁵ - D E 05-09 , art 14 , Op cit , P. 18.

¹⁰²⁶ - Dossier comité hygiène, sécurité et conditions de travail (CHSCT) 2018 ,INRS ,retrouvez ce dossier sur le site de l'INRS : www.inrs.fr/demarche/chst.html, consulté le 31-10-2019 à 15 h :15, P.05.

Toutefois, les membres de la CPHS doivent bénéficier d'une formation appropriée d'une durée de cinq (05) jours au maximum pendant l'exercice de leur mandat.

En cas de renouvellement de mandat, la formation est également renouvelée. Elle consiste en une actualisation des connaissances et un perfectionnement, ayant un caractère plus spécialisé, tenant compte de l'expérience acquise au cours du mandat écoulé.

La formation dispensée dans ce cas constitue un complément à celle organisée et sa durée ne peut être inférieure à cinq (05) jours.¹⁰²⁷

Cette formation a pour objet :

- De développer leur aptitude à déceler à mesurer les risques professionnels et leur capacité d'analyse des conditions de travail ;
- De les initier aux méthodes et procédés à mettre en œuvre pour prévenir les risques professionnels et améliorer les conditions de travail.¹⁰²⁸

II. Les attributions de la CPHS :

Pour l'exercice de ses prérogatives définies par la réglementation, la CPHS dispose d'un certain nombre de pouvoirs en matière d'observation, de mise en œuvre des dispositions relatives à l'hygiène et la sécurité, d'analyse des situations de travail et de propositions en matière de prévention¹⁰²⁹.

Concernant les commissions d'Unités, elles ont pour attributions :

- S'assurer de l'application des prescriptions législatives et réglementaires en vigueur, en matière d'hygiène et de sécurité ;
- Suggérer les améliorations jugées nécessaires. A ce titre, elles sont associées à toute initiative portant notamment sur les méthodes et procédés de travail les plus sûrs, le choix et l'adaptation du matériel, de l'appareillage et de l'outillage indispensables aux travaux exécutés, et l'aménagement des postes de travail ;
- Procéder à toute enquête, suite à chaque accident de travail ou maladie professionnelle grave, aux fins de prévention ;
- Contribuer à l'information des travailleurs, ainsi qu'à la formation et au perfectionnement du personnel concerné en matière de prévention des risques professionnels. A ce titre, elles veillent et participent à l'information des nouvelles recrues, des travailleurs affectés à de nouvelles tâches ou dans de nouveaux ateliers, au sujet des risques auxquels ils peuvent être exposés et des moyens de s'en protéger ;
- Développer le sens du risque professionnel et l'esprit de sécurité au sein des travailleurs ;
- Etablir des statistiques relatives aux accidents de travail et maladies professionnelles ;
- D'établir un rapport annuel d'activités. Une copie de ce rapport est transmise au responsable de l'organisme employeur, à la commission d'entreprise ainsi qu'à l'inspecteur de travail territorialement compétent.

¹⁰²⁷- Articles 21 et 22 du Décret exécutif n° 02-427 du 7 décembre 2002 relatif aux conditions d'organisation de l'instruction, de l'information et de la formation des travailleurs dans le domaine de la prévention des risques professionnels, JO N° 82 du 11 décembre 2002, PP 16.17.

¹⁰²⁸ - Ibid , P.07.

¹⁰²⁹- Thomas COUTROT , Le rôle des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en France, une analyse empirique , Ministère du travail ,travail et emploi en ligne , 117 janvier-mars 2019 ,Open édition journals , Edition électronique , mis en ligne le 30 mars , consulté le 30 avril 2019 , URL : <http://journals.openedition.org/travailemloi/4108;DOI:10.4000/travailemloi.4108,site> consulté le 31/10/2019 à 10h :00, P.25.

-Elaborer un programme de formation et de perfectionnement des équipes chargées des services d'incendie et de sauvetage et veillent à l'observation des consignes prescrites¹⁰³⁰.

Les commissions d'unité procèdent à l'inspection des lieux de travail, en évaluant les résultats, en vue de s'assurer :

- De l'existence de bonnes conditions d'hygiène et de salubrité ;
- Du respect et de l'application des prescriptions réglementaires en matière de contrôles périodiques et de vérification des machines, installations et autres appareils ;
- Du bon entretien et du bon usage des dispositifs de protection¹⁰³¹.

Les commissions d'unité reçoivent, de l'organisme employeur, les informations, ainsi que les moyens, matériels nécessaires à l'exercice de leurs missions et sont associés à toute enquête menée à la suite de chaque accident de travail ou de chaque maladie professionnelle. Les conclusions de cette enquête son communiquées, dans un délai ne dépassant pas les quarante- huit (48) heures, par l'organisme employeur, à l'inspecteur du travail territorialement compétent.

En ce qui concerne la commission d'entreprise, elle est chargée de :

- Coordonner et d'orienter les activités des commissions d'unité ;
- Participer à l'élaboration de la politique générale de l'organisme employeur en matière d'hygiène et de sécurité ;
- Examiner et /ou de participer à l'élaboration, au suivi, et au contrôle des programmes annuels et/ou pluriannuels de prévention des risques professionnels établis au sein de l'organisme employeur ;
- Organiser des séminaires, rencontres et stages à l'intention des membres des commissions d'unité;
- Réunir toute information et toute documentation de nature à contribuer au développement et au renforcement de l'hygiène, de la sécurité et de la médecine du travail dans les unités ;
- Etablir des statistiques sur les accidents du travail et les maladies professionnelles au niveau de l'entreprise ;
- Etablir un rapport annuel d'activités¹⁰³².

Section 02 : Gestion des réunions de la CPHS et documents requis

Dans cette section, nous exposerons la manière de mener des réunions de la CPHS, en s'appuyant sur les points juridiques les plus importants, ainsi que sur l'exploitation des expériences pratiques en matière de conduite des réunions de la CPHS (1), puis nous examinerons les documents juridiques contraignants de la CPHS (2) .

I. Déroulement des Réunions de la CPHS

Les commissions d'unité se réunissent au moins une fois par mois, celles d'entreprise se réunissent au moins une fois par trimestre.

De même les deux commissions sont appelées à se réunir sur :

¹⁰³⁰ - Zahir BATACHE, le grand manuel du droit du travail en pratique, Berti éditons, Alger 2018, P .543.

¹⁰³¹ - D E 05-09 , art 03 .04 , Op cit, P.17.

¹⁰³² - D E 05-09 ,Art 08 , P.17.

- Convocation de leur président, à la suite de tout accident de travail grave ou incident technique majeur ;
- Demande des membres représentant les travailleurs ;
- Demande du médecin du travail ;
- Initiative de leur président.

Le secrétaire de la commission élabore un planning annuel prévisionnel des réunions ordinaire qui comporte les dates des réunions en tenant compte des délais fixées par le législateur, et l'ordre du jour à l'effet de chaque réunion pour préparer au préalable les informations portant sur l'objet de chaque réunion.

Le planning est examiné et approuvé par tous les membres puis, transmis à toutes les personnes concernées dans l'entreprise (la structure HSE, médecin du travail etc).

Les réunions des commissions se tiennent sur les lieux de travail dans un local approprié, le temps de présence aux réunions pendant les heures de travail, ainsi que celui consacré aux tâches individuelles confiées par ces commissions, est rémunéré comme temps de travail.

Il convient de noter que généralement dans les entreprises, tous les membres de la CPHS, désignées en qualités de membres représentants de l'employeur sont des cadres supérieurs, ce qui conduit généralement à ajourner les réunions pour d'autres obligations affectant de manière négative la continuité des séances et les prises de décisions.

La CPHS reçoit de l'employeur les informations qui lui sont nécessaires pour l'exercice de ses missions ainsi que les moyens nécessaires à la préparation et à l'organisation des réunions et aux déplacements imposés par les enquêtes ou inspections¹⁰³³.

II. Documents requis par la réglementation en la matière

La tenue des réunions de la CPHS est conditionnée par la mise en place des documents juridiques suivants :

1. Règlement intérieur de la CPHS :

Les règles de fonctionnement de la CPHS, sont fixées dans le règlement intérieur établi dans les huit (8) jours qui suivent leur installation.¹⁰³⁴

Néanmoins, et en examinant des règlements intérieurs de certaines commissions, nous avons constaté la reprise du texte réglementaire 05-09 cité précédemment, à l'exception du cas d'absentéisme et les modalités de traitement de cette disposition.

Un autre point a été soulevé durant notre étude est le fait que le règlement intérieur a été élaboré par la structure juridique et non pas, par la CPHS comme le stipule la réglementation. La structure Juridique intervient dans le processus en cas de sa pour disposer d'une assistance dans le but afin d'éviter un non-respect de la réglementation.

2. Procès- verbale des réunions :

Chaque réunion tenue par la CPHS est sanctionnée par un procès-verbal, qui doit comporter l'objet de la réunion, les débats tenus et les décisions prises lors de cette dite réunion.

¹⁰³³ - Dossier comité hygiène, sécurité et conditions de travail (CHSCT) 2018, Op cit , P. 11.

¹⁰³⁴ - Art 21, décret exécutif N° 05- 09 du 08 janvier 2005 relatif aux commissions paritaires et aux préposés à l'hygiène et à la sécurité, JO N°04 du 05 janvier 2005, P 23.

Ces décisions sont reportées sur un plan d'action qui sera suivi par le responsable du service d'hygiène et de sécurité en milieu du travail de l'entreprise,¹⁰³⁵ assurant ainsi la levée des écarts, les constats, les recommandations de la CPHS, et garantissant la mise en conformité à la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité, et des normes techniques en la matière.

3. Le rapport annuel :

La CPHS, est obligée d'élaborer d'un rapport d'activité qui est soumis en interne à l'employeur (le premier responsable de l'entreprise selon la nature juridique de la société), si la commission est présidée par un représentant de l'employeur dûment mandaté d'une part, d'autre part, le rapport en question sera remis en externe de l'entreprise à l'inspection du travail territorialement compétente.

En outre, vu que ce dernier n'est pas typique et ses éléments ne sont pas prévus par la réglementation en vigueur. L'employeur est libre d'inclure dans ce rapport les informations qu'il juge exploitables et utiles.

Toutefois, nous avons constatés que certains rapports annuels comportent ce qui suit :

- Des statistiques relatives aux accidents du travail et les maladies professionnelles enregistrées et survenues durant l'année avec une analyse ;
- Des décisions importantes prises en particulier celles qui concernent l'amélioration continue dans le domaine de la santé et sécurité au travail ;
- Des taux d'avancement des visites périodiques de la médecine du travail ;
- Les constats des inspections des lieux de travail effectuées par la CPHS durant l'année précédente.....etc .

Il convient également de préciser que la transmission d'une copie de ce rapport au premier responsable de l'entreprise a pour objectif d'évaluer les différents travaux réalisés par les membres de la CPHS, et son efficacité et sa performance. Il permet également de décider du maintien ou de la modification de la composition de la commission pour un meilleur fonctionnement.

4. le registre d'hygiène et de sécurité et de médecine du travail :

En application de l'article 20 du décret exécutif N° 05-09 suscité, qui stipule que « les procès-verbaux des réunions des commissions soit CPHS-CPHSU, ainsi que les rapports établis sont consignés sur le registre d'hygiène et de sécurité et de médecine du travail , ce registre et celui des accidents du travail et les statistiques y afférentes, sont tenus à la disposition de l'inspecteur du travail territorialement compétent , ainsi qu'à tout corps d'inspection et de contrôle légalement habilité ».

L'employeur doit au préalable présenter le registre à l'inspection du travail territorialement compétente pour être coté et paraphé¹⁰³⁶. La durée de conservation de ce dernier est fixée à dix (10) années à partir de la date de leur clôture¹⁰³⁷.

Ce registre est considéré comme l'un des registres et livres exigés dans le cadre du décret exécutif n° 96-98 du 06 mars 1996 déterminant la liste et le contenu des livres et registres spéciaux obligatoires pour les employeurs notamment l'article 10 qui prévoit que ce registre doit être comprendre :

¹⁰³⁵- l'organisme employeur crée obligatoirement un service d'hygiène et de sécurité lorsque son personnel dépasse les cinquante travailleurs ou l'activité relève de l'industrie toutes branches confondues , le secteur du bâtiment, les travaux publics et l'hydraulique , placé sous le contrôle et la responsabilité d'un personnel ayant les qualifications et l'expérience requises en matière d'hygiène et de sécurité , ce service est rattaché au chef de l'entreprise ou de l'unité , voir Leila BORSALI HAMDAN , Droit du travail ,Manuel Pédagogique (Emploi-Relations collectives de travail) , Berti Editions , Alger 2014,P. 405.

¹⁰³⁶ - Art 15 du Décret exécutif N°96-98 du 06 mars 1996 déterminant la liste et le contenu des livres et registres spéciaux obligatoires pour les employeurs, JO N °17 du 13 mars 1996,P13.

¹⁰³⁷ -Ibid, P13.

- Les observations et avis des membres de la commission d'hygiène et de sécurité, des préposés à l'hygiène et à la sécurité, du médecin du travail ou de tout travailleur, relatifs aux manquements graves pour la santé et la sécurité des travailleurs que ces derniers auraient observés en matière de respect des règles inhérentes aux normes d'hygiène et de sécurité en milieu de travail ainsi que les recommandations formulées en ce qui concerne l'amélioration des conditions de travail ;

-Les démarches engagées par les représentants des travailleurs auprès de l'employeur en ce qui concerne l'application des dispositions légales et réglementaires en matière d'hygiène• de sécurité et de médecine du travail ;

-Les compte-rendu des accidents du travail graves ou mortels survenus sur les lieux de travail et les cas de maladies professionnelles ainsi que les mesures préconisées en la matière.

Conclusion :

A la lumière de ce qui précède, les commissions paritaires d'hygiène et de sécurité constituent le cadre idéal à l'organisme pour la prévention et la gestion des risques professionnels dans l'entreprise.

La participation de tous les acteurs de la prévention des risques professionnels est le gage de la réussite de la politique menée dans ce cadre par l'entreprise.

Concernant les liens entre expositions aux risques professionnels et la présence de la CPHS, plusieurs hypothèses peuvent être avancées, l'une d'elle est :

L'omniprésence de risques au sein de l'entreprise était un élément précurseur dans la mise en place d'une CPHS et principalement par l'importance des expositions à ces dangers obligeant ainsi l'entreprise à respecter la réglementation en la matière, par souci premièrement de santé de ses salariés et par crainte de se voir infliger des sanctions et pénalités financières par les autorités compétentes.

L'organisation de la prévention des risques professionnels est une exigence légale et réglementaire pour chaque organisme employeur, il doit respecter et appliquer ses obligations en la matière en mettant en place et en œuvre les moyens humains et matériels nécessaires et de manière exhaustive pour sa réalisation.

Durant notre recherche académique et pratique il a été constaté ce qui suit :

- La CPHS est un lieu de discussion, de concertation, d'étude, force de proposition et de contrôle ;
- La CPHS est un instrument de dialogue institué aux divers échelons de l'entreprise,
- La CPHS est un élément très important dans l'organisation de la sécurité et de la prévention dans l'entreprise.

Liste Bibliographique :**1-Textes légaux :**

1-la loi 88-07 du 26 janvier 1988 relative à l'hygiène, la sécurité et à la médecine du travail, JO sans numéro du 27 janvier 1988, P.87.

2-loi 90-11 du 21 Avril 1990 relative à la relation du travail, modifié et complété, JO N°25 du 25 Avril

1990, P. 448.

3-Décret exécutif N° 93-120 du 15/05/1993 Relatif à l'organisation de la médecine du travail, JO N° 33 du 19 Mai 1993, P08

4-Décret exécutif N°96-98 du 06 mars 1996 déterminant la liste et le contenu des livres et registres spéciaux obligatoires pour les employeurs, JO N°17 du 13 mars 1996.

5-Décret exécutif n° 02-427 du 7 décembre 2002 relatif aux conditions d'organisation de l'instruction, de l'information et de la formation des travailleurs dans le domaine de la prévention des risques professionnels, JO N° 82 du 11 décembre 2002, PP 16.17.

6-décret exécutif N° 05- 09 du 08 janvier 2005 relatif aux commissions paritaires et aux préposés à l'hygiène et à la sécurité, JO N°04 du 05 janvier 2005

7-Décret exécutif N° 05- 09 du 08 janvier 2005 relatif aux commissions paritaires et aux préposés à l'hygiène et à la sécurité, JO N°04 du 05 janvier 2005, P 18.

8- Décret exécutif N° 06-162 du 17 mai 2006 déclarant la zone industrielle d'Arzew zone à risques majeurs, JO N° 33 du 21 mars 2006 .

2 Ouvrages :

1-AIT AHMED Ourida, cours d'hygiène, sécurité et environnement ,département chimie physique , faculté de chimie , université des sciences et de technologie d'oran MB , 2017-2018.

2-Leila BORSALI HAMDAN , Droit du travail ,Manuel Pédagogique (Emploi-Relations collectives de travail), Berti Editions , Alger 2014.

3-MOHAMMED NASR EDDINE Kouriche, droit du travail (les transformations du droit algérien du travail entre statut et contrat - détermination des conditions de travail une déréglementation sélective) tom 02 ,office des publications universitaires , P.21.

4-Thomas COUTROT , Le rôle des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en France, une analyse empirique , Ministère du travail ,travail et emploi en ligne , 117 janvier-mars 2019 ,Open édition journals , Edition électronique , mis en ligne le 30 mars , consulté le 30 avril 2019.

5-Zahir BATACHE, le grand manuel du droit du travail en pratique, Berti éditons, Alger 2018.

3-Rapports et publications officielles :

OIT, rapport de commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, Une mondialisation : Créer des opportunités pour tout .première édition 2004.

4-web graphie :

1-Dossier comité hygiène, sécurité et conditions de travail (CHSCT) 2018 ,INRS ,retrouvez ce dossier sur le site de l'INRS : www.inrs.fr/demarche/chst.html, consulté le 31-10-2019 .

2- Thomas COUTROT , Le rôle des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en France, une analyse empirique , Ministère du travail ,travail et emploi en ligne , 117 janvier-mars 2019 ,Open édition journals , Edition électronique , mis en ligne le 30 mars , consulté le 30 avril 2019 , URL : <http://journals.openedition.org/travailemloi/4108:DOI:10.4000/travailemloi.4108>,site consulté le 31/10/2019.

IMPACT DES BANQUES ISLAMQUES SUR LA CROISSANCE ECONOMIQUE AU MAROC A L'ERE DU COVID-19

 **Meryame Sahi**

Doctorante-chercheur à la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

Université Sidi Mohammed Ben Abdellah -Fès - Maroc

Laboratoire de Coordination des Etudes et des Recherches en Analyses et Prévisions Economiques (CERAPE)

Résumé :

La pandémie du coronavirus (COVID-19) a causé un brusque ralentissement de l'économie mondiale dans différents secteurs d'activités notamment l'économie marocaine et plus précisément le secteur bancaire qui a joué un rôle colossal pour atténuer les effets de la crise. Le Maroc qui a pris un peu de retard pour bénéficier des avantages de la finance islamique qui représente un nouveau mode de financement basé sur les fondements de l'islam en interdisant l'intérêt et favorisant le partage des pertes et profit . La banque centrale marocaine a choisi de diversifier son offre bancaire et d'adopter ce type de banque « islamique ». Elle a décidé de le baptiser ce segment bancaire sous le nom de «banques participatives» en souhaitant qu'elles représentent un enrichissement de l'économie par l'augmentation du taux de bancarisation des citoyens et de la croissance de l'économie marocaine.

Le présent article s'intéresse au rôle de la finance participative dans la stimulation des répercussions économiques de la pandémie du COVID-19 et les Mesures financières d'atténuation pour une bonne reprise.

Mots clés : finance participative, banques conventionnelles marocaines, conséquences COVID-19, propositions de reprise.

Abstract:

The coronavirus pandemic (COVID-19) caused an abrupt slowdown in the world economy in various sectors of activity, notably the Moroccan economy and more specifically the banking sector which played a colossal role in mitigating the effects of the crisis. Morocco which has lagged a little behind in order to benefit from the advantages of Islamic finance which represents a new mode of financing based on the foundations of Islam by prohibiting interest and favoring the sharing of profits and losses. The Moroccan central bank has chosen to diversify its banking offer and to adopt this type of "Islamic" bank. It decided to baptize this banking segment under the name of "participative banks" hoping that they represent an enrichment of the economy by the increase in the rate of banking of the citizens and the growth of the Moroccan economy.

This article examines the role of crowdfunding in stimulating the economic impact of the COVID-19 pandemic and Financial Mitigation Measures for a Good Recovery.

Keywords: Crowdfunding, conventional Moroccan banks, COVID-19 consequences, takeover proposals.

Introduction :

La finance islamique a connu, ces derniers temps, un essor remarquable au détriment de la finance classique et ce grâce à sa résistance à la crise financière que vive le monde depuis 2008. La base de ce succès revient, essentiellement, à ses fondements religieux et ses régulateurs moraux.

La finance islamique est apparue comme un nouveau mode de financement qui va permettre à l'individu et à la société de se développer en respectant les principes de base de l'islam, en particulier l'interdiction de l'intérêt et le partage des pertes et des profits entre la banque et l'entrepreneur. Elle tend à instituer une relation équitable entre les droits de l'individu et ceux de la société en établissant l'harmonie, par l'élimination des intérêts contradictoires. L'élimination de l'intérêt se base sur les valeurs de justice, de rendement, de stabilité et de croissance.

La finance islamique comporte en conséquence deux types de produits :

- Des produits, qui sont la reprise de pratiques anciennes, basés sur le principe du partage des pertes et profits, ils constituent l'originalité du système,
- Des produits nouveaux quasiment identiques à ceux offerts par les banques classiques, sauf que la rémunération de la banque n'est pas basée sur l'intérêt mais sur une marge qui permettent aux banques islamiques de ne pas être marginalisées au sein du système financier international.

Le Maroc est parmi les derniers pays de la zone MENA qui s'est lancé dans l'aventure de la finance islamique on voulant être très vigilant dans son cadre législative et fiscal et en même temps s'assurer du respect de ces fondements et protéger en priorité son capital réputationnels, condition sine qua non de son succès futur .

La crise sanitaire causée par la pandémie COVID-19 touche tous les compartiments de l'économie nationale notamment le secteur bancaire et des mesures fortes, salutaires sont à prendre dès la fin de la pandémie pour pouvoir redémarrer la machine économique. **Des réflexions se posent néanmoins ;** est-ce que la finance participative a contribué au développement de l'économie marocaine au cours de la pandémie COVID-19 ? Est-ce que ce secteur a respecté ses principes et promesses ou bien il était juste un acteur passif comme le prétendent ses détracteurs ?

Le présent papier est divisé en deux axes : après une présentation brève de l'historique des banques islamiques au Maroc et Le rôle de la finance participative dans la stimulation des répercussions économiques de la pandémie du **COVID-19**, nous verrons dans un deuxième point les **mesures financières d'atténuation pour une bonne reprise.**

I. Les banques participatives au Maroc

L'histoire de la finance islamique dite aussi participative au Maroc est très récente par rapport à celle du système bancaire classique, et peut être résumé à nos jours, en quatre principaux moments :

- Une tentative engouée de WFABANK en 1985

Le premier projet de création d'une banque islamique marocaine remonte à 1985, quand les équipes de WAFABANK avaient étudié tous les contours du dossier, les études juridiques et de marché étant ficelés. Le premier ministre, avait donné son accord sur le principe, Bank Al Maghreb fut aussi saisie par écrit et tout était prêt. Le premier jour de la campagne de communication, le gouverneur de Bank AL Maghreb, à l'époque, surprenait la banque en demandant le report de l'opération à une date indéterminée. Chose qui laisse entendre qu'on ne voulait de déséquilibrer le système bancaire en causant une ruée vers les agences de WAFABANK. Depuis, aucun projet ne fut discuté dans ce sens.

- Le lancement des produits altératifs en 2007

L'an 2007 représente un point de départ, après plusieurs décennies de résistance au système financier islamique, Bank Al-Maghreb a finalement cédé aux différentes pressions, et a donné son feu vert pour la commercialisation des instruments de financement islamique au Maroc en juillet 2007.

➤ Le projet de loi sur les banques participatives en 2012

En juillet 2012, la première version du projet de loi 103-12 sur les banques participatives a été présentée par le gouvernement marocain. Après une série de discussions et un long parcours d'étude dans la première chambre, cette dernière a adopté ledit projet de loi, le 25 juin 2014, avant l'émission d'un avis favorable sur le même projet par la chambre des conseillers le 22 octobre 2014

➤ Le lancement effectif des banques participatives en 2017

La loi n° 103.12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés introduit les banques participatives dans le code bancaire à travers la mise en place de nouveaux fondements reposant sur les principes de partage des gains et des pertes, en faisant appel exclusivement au Conseil Supérieur des Oulémas pour donner ses avis de conformité.

Le texte pose le cadre réglementaire pour la création, le fonctionnement et les activités de banques participatives et définit les points concernant le domaine d'application, les dépôts et les produits commercialisés par ces dernières. Il prévoit par ailleurs la mise en place d'un comité d'audit chargé, entre autres, d'identifier et de prévenir les risques de non-conformité de leurs opérations aux avis du Conseil Supérieur des Oulémas (CSO)¹⁰³⁸.

La loi n° 103.12¹⁰³⁹ s'applique aux établissements de crédit et organismes assimilés : banques, sociétés de financement, établissements de paiement, associations de microcrédit, banques offshore, compagnies financières, la CDG – Caisse de dépôt et de gestion et la Caisse centrale de garantie.

Bank Al-Maghrib, la Banque Centrale marocaine, a publié le 2 janvier 2017 un communiqué du Comité des Établissements de Crédit relatif à l'agrément pour l'exercice de l'activité bancaire participative. Toutes les banques marocaines candidates ont obtenu leur agrément, presque toutes ayant choisi de se lancer en partenariat avec un leader international de la finance islamique. Les banques participatives ci-après ont obtenu leur agrément et démarré leur exploitation courant 2017 :

- Umnia Bank
- BTI Bank (Bank Al Tamwil wal Inmaa)
- Bank Al Yousr
- Bank Assafa

¹⁰³⁸ Le Conseil supérieur des Oulémas, créé par le dahir n°1.80.270 du 3 jomada II 1401(08 avril 1981) et réorganisé conformément aux dispositions du dahir n°1.03.300 du 2 rabii I 1425(22 avril 2004) est placé sous la Haute Tutelle de Sa Majesté . Le Conseil supérieur des Oulémas est dirigé par **M.Mohammed Yssek**. Le Maroc a fait admettre la création d'un comité légitime central unique, issu du conseil supérieur des oulémas et appelé comité légitime (charii), pour la finance participative. Ce comité est composé d'un coordinateur et de neuf membres des oulémas et légistes reconnus par leurs compétences et vastes connaissances des dispositions de la loi islamique et ses fonds.

La mission de ce comité est d'exprimer une opinion sur la conformité des produits financiers participatifs offerts par les banques participatives et les modèles de contrats liés à ces produits avec les dispositions de la loi islamique et ses fonds.

¹⁰³⁹ La nouvelle loi n° 103-12 est publiée au bulletin officiel du 22 janvier 2015 (Édition en arabe) et B.O du 5 mars 2015 (Édition de traduction officielle).

Il s'agit de la loi qui intègre les banques islamiques dans l'économie nationale par l'instauration d'un cadre législatif (art. 54 au 70) régissant l'activité de ces banques qui sont maintenant désignées officiellement par les banques participatives.

Selon le texte de la loi 103-12, les banques participatives sont les personnes morales régies depuis le 22 janvier 2015, date de la publication au bulletin officiel, par les dispositions de la loi n° 103.12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés et qui exerceront :

- les activités visées aux articles 55 et 58,
- les opérations commerciales, financières et d'investissements, après avis conforme du Conseil supérieur des Oulémas,
- la réception du public des dépôts d'investissement dont la rémunération est liée aux résultats des investissements convenus avec la clientèle.

- [Al Akhdar Bank](#)

Le Comité des Établissements de Crédit a également émis un avis favorable pour autoriser trois banques à ouvrir des fenêtres participatives (agences ou guichets spécialisés Islamic Window) pour offrir à leur clientèle des produits bancaires participatifs. Il s'agit de :

- BMCI – Najmah
- Crédit du Maroc – Arreda
- Société Générale – Dar Al-Amane

Chronologie de l'évolution du système bancaire islamique au Maroc	
Année	Événement
1985	Demandes d'établissement de banques islamiques soumises à Bank Al-Maghrib par des groupes internationaux
1991	Demande de Wafa Bank pour l'ouverture d'une « fenêtre » islamique 2007 Les banques conventionnelles autorisées à commercialiser à travers des « fenêtres » islamiques un ensemble limité de produits « alternatifs »
2009	Adaptation du volet fiscal relatif au produit Murabaha (impôt sur le revenu, TVA et droits d'enregistrement)
2010	Le 13 mai Dar Assafa, filiale d'Attijariwafa Bank, obtient l'autorisation de Bank Al-Maghrib pour offrir des produits « alternatifs » basés sur le contrat Murabaha
2011	La Banque Marocaine du Commerce Extérieur (BMCE) et la Banque Populaire (BP) commercialisent des produits Murabaha sur le marché français ; - QIIB entame des discussions avec le Premier ministre marocain pour l'établissement d'une banque et d'une compagnie d'assurances islamiques
2012	Projet de nouvelle loi bancaire réformant la précédente et prévoyant notamment l'autorisation de l'établissement de banques et de « fenêtres » islamiques
2013	Bank Al Maghrib prévoit la mise en place d'un Comité central de conformité à la charia - Faisal Islamic Bank discute avec le gouvernement marocain leur projet d'ouverture de la première banque participative au Maroc - QNB Group signe un Mémoire d'entente avec Attijariwafa Bank - Élargissement de l'assiette des actifs titrisables aux actifs corporels, mobiliers et immobiliers, ce qui est de nature à encourager les émissions de sukks
2014	26 novembre adoption définitive de la nouvelle loi bancaire par le parlement
2015	Dahir n° 1.14.193 promulguant la loi n° 103.12, publié au bulletin officiel du 22janv. 2015 - Dahir n° 1.15.02 relatif à la création et aux prérogatives de la Commission charia dédiée aux activités de la finance participative au Maroc.
2017	Lancement des premières banques participatives au Maroc avec la commercialisation de produits dits alternatifs.

Source : adapté de « 2014 Islamic finance country report » et mise à jour par l'auteur .

II. *L'impact du secteur bancaire sur l'économie marocaine durant la crise sanitaire du COVID-19*

La Banque Centrale a agi de concert avec les autorités budgétaires mais également les acteurs du secteur privé pour apporter une réponse au choc économique. En injectant massivement des liquidités, Bank Al Maghreb visait au premier chef un soutien au crédit bancaire et donc à la demande des ménages et entreprises spécialement les TPE. Ensuite, cette politique entraîne des effets de second tour sur les entreprises qui, en se dotant de fonds, couvrent leurs besoins de trésorerie et assurent, tant bien que mal, le maintien de leur activité ainsi que celle de leurs fournisseurs. La baisse du taux directeur a pour objectif d'augmenter le niveau de liquidité des banques et d'en répercuter la baisse sur les taux débiteurs appliqués aux secteurs non financiers et aux ménages.

En agissant ainsi, la banque centrale apporte un bol d'air frais aux entreprises en diminuant le coût de financement de leur trésorerie, particulièrement utile pour les TPE et par ailleurs, en misant sur une hausse de la demande de crédit, elle cherche à éviter le spectre de la déflation. Au niveau externe, la conjoncture internationale, qui entre dans le cadre analytique actuel de Bank Al Maghrib¹⁰⁴⁰, pèsera également sur l'évolution des prix et la parité du dirham. Les changements au niveau de la politique de change, de concert avec le ministère de l'Economie, des Finances et de la Réforme de l'Administration¹⁰⁴¹ renforcent l'arsenal d'actions de BAM pour minimiser l'impact sur l'objectif de stabilité des prix. Ainsi, à l'issue du dernier conseil de Bank Al Maghreb, le Wali a annoncé une baisse du taux directeur de 25 points de base à 2%. Il a également été prévu des mesures prudentielles visant à tripler les capacités de refinancement des banques par le biais d'opérations d'open market et de swap de changes, l'élargissement de la liste des collatéraux éligible pour ces opérations, l'allongement des maturités des opérations de refinancement ainsi que l'élargissement des programmes dédiés aux TPE pour leurs crédits de fonctionnement. Ces mesures économiques prises en urgence ont été actées avec un objectif clair des autorités de répondre à la détresse sociale posée par la progression de la pandémie du COVID-19.

En effet, la perte d'emploi et les faillites d'entreprises engendrent la précarité et aggravent la situation des plus démunis. Dans cette riposte sociale, l'Etat a déployé l'ensemble de son arsenal afin de bien identifier les personnes concernées et cibler ses aides dans un souci d'efficacité du remède administré.

III. *Les mesures de relance post COVID-19*

Le dispositif de solidarité mis en place par l'état marocaine pour stimuler les conséquences de la crise sanitaire du COVID-19 a confirmé le rôle primordiale du secteur bancaire dans l'économie marocaine en sa qualité de principale source de financement de l'économie et par conséquent de croissance et de création d'emplois.

Plusieurs mesures et innovations que ce soit au niveau produit ou bien technologie ont été mise en place par les banques conventionnelles et participatives sous la direction du groupement professionnel des banques du Maroc (GPBM) et **BANK MAGHREB** pour soutenir les ménages et les entreprises impactés par les conséquences de la pandémie.

1- *Financement conventionnelle :*

➤ *Cas du Groupe Crédit Agricole du Maroc (CAM) :*

¹⁰⁴⁰ <http://www.bkam.ma/Politique-monetaire/Cadre-d-analyse-et-de-prevision/Dispositif-analytique>

¹⁰⁴¹ <https://www.finances.gov.ma/Publication/depf/2020/Notedeconjoncture280.pdf>

Dans le cadre de son approche volontariste et solidaire de soutien à l'économie nationale, le groupe crédit agricole du Maroc (CAM)¹⁰⁴² a lancé un dispositif de relance économique post-COVID 19. Cette relance économique a pour objectif d'accompagner les entreprises pour leur permettre de redémarrer ou de poursuivre leurs activités à travers deux produits destinés aux entreprises dans le milieu urbain qu'en milieu rural pour soulager leur trésorerie.

Il s'agit de :

- CAM Relance : c'est un crédit à moyen long terme qui cible l'ensemble des entreprises impactées par la crise du COVID 19, destiné au financement des besoins en fonds de roulement des entreprises réalisant un chiffre d'affaires supérieurs à 10 MDH.
- CAM Relance TPE : c'est un crédit à moyen long terme destiné aux entreprises de petite taille, personnes morales ou physiques (y compris les commerçants, les artisans, les coopératives et les professions libérales) réalisant un chiffre d'affaires ne dépassent pas 10 MDH.

Les deux produits sont proposés jusqu'à fin décembre 2020 avec des conditions avantageuses : un taux d'intérêt bonifié, un Remboursement pouvant s'étaler sur 7 ans dont 2ans de différé, une quotité de garantie pouvant atteindre 90% pour le produit « Relance » et 95% pour le produit « Relance TPE », et un plafond du crédit corrélé au CA de l'entreprise, allant de 10 KDH à 100 MDH.

➤ **Cas du Groupe BMCE (BANK OF AFRICA)**

Pour mieux appréhender les effets de la crise et son impact sur l'économie nationale, BANK OF AFRICA¹⁰⁴³ s'est mobilisé pour aider ses clients à surmonter les difficultés engendrées par la crise sanitaire du COVID-19, et met en place le « Crédit RELANCE » pour accompagner ses clients dans la reprise de leur activité destiné principalement au financement du fonds de roulement des Entreprises plafonné à 100 MDH avec un taux de financement de 4% et un remboursement étalé sur 7 ans avec différé pouvant atteindre 2 ans.

Garanti par la Caisse Centrale de Garantie à hauteur de 80 à 95%, selon le chiffre d'affaires de l'entreprise, le « Crédit RELANCE » est destiné à couvrir les besoins en fonds de roulement avec au moins 50% du Crédit dédié au règlement des fournisseurs. D'autres besoins peuvent être financés par le Crédit Relance, notamment les charges du personnel, charges sociales, charges fiscales, loyers, charges d'énergie, frais d'entretien, droits de douane...

BANK OF AFRICA poursuit ses efforts pour accompagner ses clients dans le dépassement de la situation exceptionnelle due au Covid-19 en encourageant l'utilisation des cartes monétiques sans contact et en offrant 10.000 cartes Opale.

En adéquation avec les recommandations de l'OMS, BANK OF AFRICA encourage le paiement par carte à travers l'utilisation des cartes sans contact, ce qui constitue un geste barrière efficace pour se prémunir contre le risque de propagation du virus COVID-19.

En appui à la décision de l'Office des Changes qui cible les résidents marocains actuellement bloqués à l'étranger après la fermeture des frontières, BANK OF AFRICA met à la disposition de ses clients un canal simple pour activer la dotation touristique exceptionnelle dont la contre-valeur est plafonnée à **20.000 dhs** par personne physique majeure.

Tenant compte du contexte actuel et afin de soutenir ses Entreprises et spécialement les TPME clientes dans la continuité de leur activité, BANK OF AFRICA a mis en place une série de mesures

¹⁰⁴² <https://www.creditagricole.ma/fr>

¹⁰⁴³ <https://www.bankofafrica.ma/fr/particuliers>

dédiées, notamment le «Découvert Oxygène » et la gratuité des opérations effectuées sur le canal digital.

Le « Découvert Oxygène » permet aux entreprises impactées par la crise, opérant dans tous secteurs confondus, de financer jusqu'à 3 mois de charges courantes plafonnées à 20 MDH pour les entreprises ayant des engagements et 5 MDH pour celles n'ayant pas de crédit et ce pour permettre aux entreprises d'assurer le paiement de leurs charges courantes telles que :

- Les salaires du personnel ;
- Les redevances locatives au titre des locaux exploités par l'entreprise ;
- Les frais généraux, comme assurances, entretien... ;
- Les factures d'eau, électricité, énergie, télécom... ;
- Les achats nécessaires et prioritaires... ;
- Le paiement des fournisseurs de biens et services indispensables et prioritaires pour les entreprises.

En effet, dans le but d'accompagner les acteurs de l'économie marocaine dans cette conjoncture exceptionnelle et de contribuer à la préservation de l'emploi, BANK OF AFRICA a également proposé à ses entreprises clientes le report des échéances des crédits moyen et long termes jusqu'au 30 juin 2020 sans frais ni pénalités de retard ; ainsi que de nouvelles lignes spécifiques de crédit pour les besoins non couverts par Damane Oxygène.

Ainsi, en phase avec sa démarche d'innovation et les nouveaux usages du mobile, BANK OF AFRICA met ses solutions de banque à distance, pratiques et sécurisées, à la disposition de sa clientèle pour effectuer ses opérations bancaires de manière simple et rapide à travers **BMCE Direct Entreprise** et **Business Online**.

Une offre exclusive a été mise en place sur ces deux plateformes, elle consiste en ce qui suit :

- Gratuité des virements et mises à disposition, initiés sur BMCE Direct Entreprise
- Gratuité des Frais de dossier pour Crédit import, Transferts Emis et Remises à l'Export, effectués via Business Online

Une offre exclusive a été mise en place sur ces deux plateformes, elle consiste en ce qui suit :

- **Gratuité des opérations de virement et de mises à disposition, initiées sur BMCE Direct**
- **Gratuité du transfert d'argent et des retraits sans carte, effectués via Dabapay**

➤ *Cas de CIH BANK plan anti-crise*

Pour le groupe CIH Bank le plan de continuité d'activité durant la pandémie du **COVID-19** est :

- Protection des employés avec 50% d'effectif seulement et mise en place du télétravail ;
- Report des prêts Fogarim (Marocain à revenu irrégulier et modeste) pour les mensualités de mars , avril, mai, et juin 2020.
- Octroi du mécanisme de garantie Damane Oxygène

Après Damane Oxygène, le dispositif [Damane Relance](#) pour accompagner la relance de l'économie sera déployé dans les prochains jours. Dans ce cadre, le CIH annonce prendre toutes les mesures nécessaires pour déployer ces nouvelles solutions de financement «Relance TPE» et «Damane Relance» à travers :

- La mobilisation de ses chargés d'affaires professionnels pour informer et prendre en charge les dossiers dans les meilleurs délais.

- Le déploiement d'actions de communication directe auprès de la clientèle de professionnels et d'entreprises pour les informer de façon proactive de ce nouveau mécanisme.
- La mobilisation du Centre de Relation Clientèle pour répondre aux interrogations de la clientèle à distance et sur des plages horaires élargies.

L'offre que va proposer le CIH dans les prochains jours est articulée autour de plusieurs points.

- **Damane Relance TPE**

Il s'agit d'un crédit moyen terme dédié au financement du besoin en fonds de roulement des entreprises de moins de 10 millions de dirhams de chiffre d'affaires impactés par la crise Covid-19. Le prêt est plafonné à 1 million de dirhams et est remboursable sur une durée de sept ans dont deux ans maximum de différé. Les entreprises peuvent opter pour un remboursement mensuel ou trimestriel. Ces prêts sont couverts par la garantie de la CCG à hauteur de 95%.

- **Damane Relance PME et grandes entreprises**

Les PME et les entreprises de plus grande taille pourront bénéficier de ligne de crédit de 100 millions de dirhams maximum sur sept ans avec un différé de deux ans maximum également. Ces crédits serviront au financement du besoin en fonds de roulement. Comme les TPE, les PME et les grandes entreprises ont le choix entre des échéances mensuelles ou trimestrielles. Les crédits destinés à la relance sont assortis d'un taux bonifié. La garantie de la CCG couvre 90 % du crédit en principal pour les entreprises dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas 200 millions de dirhams et 85 % du crédit en principal pour les entreprises réalisant un chiffre d'affaires compris entre 200 et 500 millions de dirhams. Pour toutes les autres au-delà de ces chiffres, la garantie couvre 80 % du crédit.

➤ Cas de Attijari wafa Bank :

Dans le cadre de soutien initiées par le gouvernement marocain pour la gestion de crise due à la pandémie COVID-19 le groupe Attijari¹⁰⁴⁴ accompagne ses clients marocains résidents bloqués à l'étranger par l'octroie d'une dotation touristique exceptionnelle dont la contre valeur est plafonnée à 20000dh par personne physique majeure. Cette dotation exceptionnelle est remise sous forme de chargement de la carte RIHLA ou chargement du compte en devise.

- Report d'échéance de crédit pour tous ces clients particulier, professionnels, TPE et entreprise.
- Création d'une plate forme WEB qui permet d'effectuer les virements de masse à distance pour le paiement des salaires et fournisseurs des entreprises.
- Crédit oxygène
- Crédit auto-entrepreneur
- Offre relance dont « crédit relance » adossé au fond de garantie de la CCG.

2 - Financement participatives :

Le Ministre de l'économie, des finances et de la réforme de l'administration¹⁰⁴⁵ a procédé à la signature des conventions de gestion permettant la mise en place des fonds de garantie participatifs destinés à faciliter l'accès à l'offre de financement des banques et des fenêtres participatives.

Les banques participatives disposent désormais d'un appui à l'instar des banques conventionnelles, pour leur permettre de poursuivre et renforcer davantage l'accompagnement et le financement des ménages et des entreprises.

¹⁰⁴⁴ <https://www.attijariwafabank.com/fr>

¹⁰⁴⁵ <https://www.finances.gov.ma/fr/Pages/detail-actualite.aspx?fiche=5062>

Rappelons que le lancement du système de facilitation d'accès aux financements participatifs fait suite à l'avis de conformité du Conseil Supérieur des Oulémas. L'offre d'appui participative, qui est gérée par « Sanad Tamwil » - la fenêtre participative de la CCG¹⁰⁴⁶, porte sur différents mécanismes d'intervention en faveur des entreprises et des particuliers :

- **DAMANE ISKANE** : fonds de Garantie des financements accordés par les banques et fenêtres participatives en faveur des particuliers pour l'accès à la propriété ;
- **DAMANE MOUQAWALA** : fonds de Garantie des financements accordés par les banques et fenêtres participatives en faveur des TPME

Ainsi, ce système, qui confirme l'engagement de l'Etat pour la promotion du marché des financements participatifs, constituera un renfort pour soutenir et diversifier les modes de financement aussi bien des entreprises que des ménages, et ainsi contribuer à la relance de notre économie.

Ces dispositifs ont été généraliser par toutes les fenêtres et banques participatives du Maroc notamment Bank AL YOUSSEER, Bank SAFAE, UMNIA Bank, Bank AL AKHDAR.

	Date de lancement	Nombre d'agences	Dépôts		Financements		PNB	Résultat net
			Encours	Parts de marché	Encours	Parts de marché		
Bank Assafa	juil-17	32	639	59%	1200	61%	6	-63,7
Umnia Bank	juil-17	20	288	27%	524	26%	5	-13,3
Bank Al Yousser	août-17	6	44,3	4%	162,2	8%	2,3	-23,6
Al Akhdar Bank	oct-17	8	83,3	8%	80,8	4%	0,661	-16,5
BTI Bank	déc-17	5	28,8	3%	15,6	1%	-0,4	-36,6
Totaux		71	1083,4	-	1982,6	-	13,56	-153,7

Source: « Banques Participatives », Journal de la Finance Islamique, Chiffres en MDH de 2017

IV. Recommandations de développement des banques participatives marocaines :

Une économie émergente comme celle du Maroc, a besoin du support des financements à long et à moyen terme de la finance islamique dans le cadre de relance de la croissance économique post COVID-19 surtout que la loi de finance de 2020 a institué quatre mesures pour passer à l'action :

- La mise en place d'une première nationale pour un meilleur équilibre dans la relation entre l'administration fiscale et les contribuables via l'institution d'un cadre légal au débat oral et contradictoire entre l'Administration et le contribuable vérifié, après la clôture de la vérification des agents et avant la notification du redressement, et ce, dans le cadre du renforcement des garanties accordées aux contribuables.

¹⁰⁴⁶ La Caisse centrale de garantie (CCG) est un établissement financier public, assimilé à un établissement de crédit en vertu de la loi bancaire. La CCG est chargée d'une mission d'intérêt général qui consiste, entre autres, à partager les risques avec les acteurs du secteur financier pour faciliter l'accès au financement. La CCG contribue à donner une impulsion à l'initiative privée en encourageant la création, le développement et la modernisation des entreprises. Son intervention en faveur des entreprises s'effectue à travers la garantie, le cofinancement et le financement du haut du bilan.

➤ L'inspiration de la Loi de Finances 2020 des recommandations des Assises Nationales sur la Fiscalité, organisée les 03 et 04 mai 2019. A ce titre, les principales recommandations consacrées dans la LF pour l'année 2020 sont traduites à travers un nombre de mesures dont :

- Le réaménagement progressif du taux de l'impôt sur les sociétés ;
- L'Intégration de l'économie informelle ;
- L'atténuation du contrôle fiscal des opérations de restructuration du tissu économique ;
- La révision de certaines conditions fiscales pour dynamiser l'épargne longue ;
- Le renforcement des garanties des contribuables notamment celles relatives au contrôle fiscal.

➤ La conception d'un package performant et opérationnel pour les PME, TPE et Start up qui imposent aujourd'hui de nouveaux modèles, de nouveaux usages et une nouvelle lecture du risque et de la performance. Ainsi, pour un soutien concret à ces acteurs, la Loi de Finances 2020 a créé un Fonds d'Appui au Financement de l'Entrepreneuriat doté, d'une enveloppe de 6 milliards de DHS sur les 3 ans avec une contribution tripartite : ETAT/BAM/GPBM. Ce Fonds aura pour missions :

- De faciliter l'octroi des prêts bancaires notamment dans les secteurs de l'export en général et pour sur le continent africain en particulier, à travers des mécanismes de garantie et de capital investissement
- De mettre en cohérence tous les mécanismes que l'Etat mis à disposition de ce type d'acteur;
- D'apporter l'assistance technique nécessaire aux porteurs de projets ;

A titre d'illustration, nous présentons quelques possibilités de contribution des banques participatives dans des secteurs jugés prioritaires pour le Maroc surtout avec la crise sanitaire :

• **Le secteur Agricole au Maroc génère 14 % du PIB. Le taux de croissance du pays est fortement corrélé à celui de la production agricole. L'agriculture demeure le premier pourvoyeur d'emplois du pays. Plus de 40 % de la population vivent de ce secteur.** Le gouvernement marocain, a lancé en avril 2008 le « **Plan Maroc Vert** » (PMV) pour **but de replacer l'agriculture au rang des premières priorités du pays pour les dix ans à venir et Objectifs de faire de l'agriculture un secteur performant apte à être un moteur de l'économie toute entière, lutter contre la pauvreté et maintenir une population importante en milieu rural.** Génération Green est la nouvelle stratégie agricole marocaine de 2020 qui vient poursuivre le chemin entrepris lors du Plan Maroc Vert. Trois axes principaux se dégagent pour ce nouveau plan agricole:

- la création d'un nouveau modèle basé sur une approche participative
- la gestion et le développement des espaces forestiers
- la promotion et la modernisation des métiers forestiers
- Enfin, la réforme institutionnelle du secteur à travers la création de deux agences et la qualification des ressources humaines

L'utilisation des modes de financement islamiques de type moucharaka, moudaraba, ijara et salam, parfaitement appropriés au secteur agricole et par conséquent constituent un très bon complément aux financements traditionnels. De plus, la finance islamique propose des modes spécifiques au secteur, notamment : la mouzaraa, la mousaqate et la mougharassa.

• le secteur de la pêche maritime au Maroc a connu des avancées notoires avec la mise en place du plan « HALIEUTIS 2020 »¹⁰⁴⁷ qui a pour objectif d'atteindre un PIB de près de 21,9 milliards de dirhams à l'horizon 2020 ; multiplier le CA des exportations pour atteindre 3,1 milliards de dh; dépasser

¹⁰⁴⁷ <http://www.onp.ma/>

en 2020 les 1,6 million de tonnes de poisson débarqué, et faire évoluer la consommation de poisson au Maroc de 12 à 16 kg/hab/an. La mise en œuvre de tels projets de développement nécessite des lourdes levées de fonds qui pourront se faire en recourant aux instruments de la finance islamique dans la mesure où les modes de financement de type moucharaka, moudaraba, ijara ou istisnaa pourront être appropriés là-dessus.

- Secteur Immobilier : Les données disponibles à fin avril 2020 font état d'un financement de l'ordre de 8,50 milliards de dirhams, en amélioration de 55,2%. L'offre du financement participatif dédié à l'immobilier a été éteinte, notamment avec le lancement de deux instruments de garantie par la fenêtre participative de la CCG «Sanad Tamwil». Citons dans ce sens «Fogarim Iskane», dont la quotité de garantie varie de 70 à 80%, et qui cible les populations à revenu modeste ou irrégulier, dans l'optique de leur permettre l'acquisition d'un logement ou d'un terrain et/ou sa construction. Le deuxième projet, «Fogaloge Iskane», est destiné à la garantie des financements participatifs en faveur des ménages de la classe moyenne et des Marocains résidant à l'étranger (MRE), avec une quotité variant entre 50 et 80%. Rappelons que sous leur forme classique, les produits Fogarim et Fogaloge sont en déclin. En conclue que le financement participatif était d'un réel support pour la relance de ce secteur.

- Secteur touristique a subi une réelle crise durant la pandémie du covid-19 ; le plan touristique « Vision 2020 » visait le doublement des arrivées touristiques pour atteindre 18 millions touristes et le positionnement du Maroc parmi les destinations touristiques les plus attractives en Afrique mais après la fermeture de l'espace aériens et le confinement qui a duré plus de trois mois l'état est grave alors qu'il était prévue la création de nouveaux sites touristiques qui s'ajouteront aux deux pôles internationaux Marrakech et Agadir. Le développement du secteur immobilier résiduel et touristique apparaît donc comme un bon support pour l'utilisation des modes de financement de type ijara et istisnaa qui peuvent être « titrisés » en émettant des sukuk sur le marché financier, facilitant ainsi la levée des fonds nécessaires pour la mise en œuvre des objectifs escomptés et récupérer le retard causé par la crise sanitaire.

- Secteur Industriel : Les plans « Emergence I et II » visent le développement du secteur industriel à travers la mise en place des plateformes industrielles intégrées en proposant des offres immobilières intégrées et variées selon les secteurs d'activités, des offres de services spécifiques aux activités à implanter ainsi qu'une connectivité aux pôles urbains. Ces plateformes nécessiteront des lourds investissements et peuvent être un support des modes de financement islamiques de type ijara et istisnaa. Aussi bien que la moucharaka et la moudaraba (et/ou les sukuk) afin de mobiliser les fonds nécessaires (surtout de l'étranger, les pays du Golfe notamment).

- Secteur énergétique :

Au titre du premier trimestre de l'année 2020, les principaux indicateurs traduisant la conjoncture énergétique¹⁰⁴⁸ au Maroc discernent les tendances d'évolution suivantes :

- Une baisse de la facture énergétique nette au rythme annuel de 3,4% ;
- Une régression de la redevance du transit de gaz naturel à travers le gazoduc Maghreb Europe (GME) de 63,6%, en cadence annuelle ;
- Un recul de l'approvisionnement en gaz naturel (importations + redevance en nature) de 27,3%, en variation annuelle ;
- Un affermissement modéré de l'énergie nette appelée de 1,9%, en évolution annuelle ;
- Une diminution de la production d'électricité issue de sources renouvelables de 12,9%, en contribuant ainsi à la production totale d'électricité d'environ 17,6% contre 19,6% comme part enregistrée un an auparavant ;

¹⁰⁴⁸ Note -de -conjoncture -mai 2020

- En termes d'énergie électrique injectée dans le réseau, l'ONEE a couvert 20,9% de cette énergie à fin mars 2020. De leur part, la production des concessionnaires a représenté 70,4% et les importations ont contribué de 1,7% à cette énergie injectée ;
- Un affermissement des ventes de l'électricité de l'ONEE(+2,9%), résultant d'une hausse des ventes destinées aux clients MT (+8,8%) et aux clients de la BT (+5,5%) contre une légère baisse des ventes attribuées aux distributeurs (-0,4%) qui accaparent 42,7% du total des ventes, ainsi que celles livrées aux clients THT-HT (-2,8%) ;
- Un léger rétrécissement de la consommation des combustibles dans les centrales thermiques, soit -1,4%, en glissement annuel.

La forte dépendance énergétique du Maroc pèse lourdement sur sa balance de paiement et sur le budget alloué à la caisse de compensation. C'est pour cette raison que le Maroc a mis en place une stratégie de développement des énergies renouvelables comme une alternative qui atténuera sa dépendance et allégera ses déficits enregistrés. Une telle stratégie sollicitera de lourdes levées de fonds dans un secteur où les budgets d'investissements sont colossaux. Le financement islamique de type Istisnaa, Moucharaka, Ijara et Moudaraba peut bel et bien être un très bon support qui facilitera la mobilisation des fonds nécessaires surtout à travers l'émission des sukuks sur le marché financier en sollicitant à la fois les investisseurs nationaux et étrangers.

Conclusion :

Le but de cet article est de présenter le rôle de la finance participative dans la stimulation des répercussions économiques de la pandémie du COVID-19 au Maroc, en plus d'y présenter les mesures financières d'atténuation pour une bonne reprise. Une première conclusion est que les banques participatives ont eux aussi joué un rôle remarquable en preuve de solidarité dans cette crise sanitaire avec leurs confrères classiques.

Les banques islamiques ont été créées avec beaucoup d'enthousiasme et d'ardeur. Leurs missions initiales ont conduit à les considérer comme les acteurs économiques d'un système alternatif. Après plusieurs décennies de fonctionnement, elles se sont développées et leur pérennité économique ne semble pas menacée. Cependant, les opinions divergent sur le point de savoir si elles ont progressé dans la réalisation de leurs missions. La question se pose même de savoir quelle est leur véritable nature.

Le Maroc avait choisi une approche prudente et progressif pour intégrer la finance islamique. Le lancement en 2017 était bien réussi et même surprenant au niveau du chiffre même si l'écosystème du système financier n'est pas complet puisque l'assurance takaful est toujours en cours de négociation et même au niveau fiscalité l'image n'est pas encore claire. Mais pour y parvenir, il appelle toutes les parties prenantes (Banque centrale, banques, régulateur, universitaires...etc.) à tirer dans la même direction. Si tout le monde s'accorde sur le fort potentiel de la finance participative dans le marché marocain, certaines faiblesses pourraient entraver son développement. Parmi celles-ci, citons le manque de capital humain formé et spécialisé dans la finance islamique et le manque de connaissance de la part du public des services et des produits de financement islamique. Des mesures d'accompagnement et de soutien sont nécessaires pour permettre aux banques islamiques de jouer leur rôle dans le développement économique et la prospection sociale, à côté des banques conventionnelles qui peuvent à leur tour proposer des produits similaires à ceux des banques participatives, ce qui rend la concurrence plus rude. Tous ces efforts, ont pour finalité de rendre le Maroc une plateforme de cette industrie sur le plan régional.

Bibliographie :

- 1) Les déterminants du risque de liquidité dans les banques islamiques : cas de la région MENA
Ameni Ghenimia, *, MOHAMED ALI BRAHIM OMRIA
- 2) Des limites de la finance conventionnelle a l'émergence de la finance alternative .TRARI
MEDJAOUI HOSSIN
- 3) Finance islamique : Fondements Mécanismes et apports .Youssef El Hazzaoui
- 4) La finance islamique et le développement économique et social : « quelles perspectives ? »
actes du deuxième colloque international
- 5) La finance islamique au Maroc : les voies de la normalisation Omar El kettani
- 6) Des limites de la finance conventionnelle a l'émergence de la finance alternative .TRARI
MEDJAOUI HOSSIN
- 7) Financement bancaire islamique : une solution éthique à la crise financière hamza.h,
GUERMAZI BOUASSIDA La revue des sciences de gestion 2012
- 8) La finance islamique : principes fondamentaux et apports potentiels dans le financement de la
croissance et du développement, Araar
- 9) JOURNAL OF ISLAMIC BANKING AND FINANCE 2014
- 10) La perception des produits participatifs islamiques à base PPP par les entreprises Marocaines
: cas de la région Souss Massa
- 11) Rapport annuel de Banque Al-Maghreb, 2010 .
- 12) Rapport de Thomson Reuters en partenariat avec Al Maali Consulting Group « la finance
islamique, une réelle opportunité pour le Maroc.

Les dispositions de la cession du contrat de crédit-bail en droit émirien

 **Omar Fares**

Professeur associé de droit commercial

*Un membre du corps professoral du City University College of Ajman
Emirats Arabes Unis*

Résumé :

Dans cette recherche, nous avons présenté les dispositions relatives à la cession du contrat de crédit-bail contenues dans les articles 11 et 14 de la loi n ° 8 de 2018 sur le crédit-bail des EAU, et il nous est apparu clairement que ces dispositions étaient déficientes et contradictoires. La cession à un contrat formel est également un contrat formel, et que le contrat de crédit-bail est basé sur La considération personnelle du bailleur envers le locataire uniquement, c'est la raison pour laquelle la loi stipulait le consentement préalablement écrit du bailleur pour renoncer le locataire du contrat à des tiers pour le faire valoir contre lui, alors qu'il suffisait d'obliger le bailleur à notifier au locataire la validité après avoir cédé le contrat lui-même à d'autres pour exécuter cette cession contre lui, tandis que la cession Dans les deux cas, elle ne peut être exécutée contre des tiers qu'à compter de la date de son graffiti au registre spécial. En ce qui concerne les effets de la cession du contrat de crédit-bail, si cette cession intervient de la part du locataire, le nouveau locataire prend sa place dans tous les droits et obligations découlant du contrat, et le locataire d'origine quitte la relation contractuelle à compter de la date de l'approbation de la cession par le bailleur, sauf s'il est convenu avec lui d'assurer la mise en œuvre du second locataire pour ses obligations. Si la cession du contrat est intervenue par le bailleur, alors le nouveau bailleur le remplace par tous les droits et obligations découlant du contrat, et le bailleur d'origine est réputé se retirer de la relation contractuelle à compter de la date à laquelle le locataire est avisé de la cession, à condition que cette cession ne porte pas atteinte aux droits et garanties de ce dernier. Au terme de cette étude, le chercheur est parvenu à un certain nombre de constatations et de recommandations concentrées sur la nécessité de reformer les dispositions relatives à la cession du contrat de crédit-bail, afin d'être plus précises et détaillées.

Mots clés : le contrat de crédit-bail - la cession du contrat par le preneur - la cession du contrat par le bailleur - la validité de la cession – l'invocation de la cession - les effets de la cession.

ملخص

عرضنا في هذا البحث أحكام التنازل عن عقد التأجير التمويلي الواردة في المادتين 11 و14 من قانون التأجير التمويلي الإماراتي رقم 8 لعام 2018، وقد تبين لنا أن هذه الأحكام جاءت قاصرة ومتناقضة، فالتنازل عن عقد شكلي هو أيضاً عقد شكلي، وإن عقد التأجير التمويلي يقوم على الاعتبار الشخصي من جانب المؤجر تجاه المستأجر فقط، ولذلك اشترط القانون موافقة المؤجر الكتابية المسبقة على تنازل المستأجر عن العقد إلى الغير لنفاذه في مواجهته، بينما اكتفى بإلزام المؤجر بإخطار المستأجر لنفاذ بعد تنازله عن العقد ذاته إلى الغير لنفاذه هذا التنازل بمواجهته، في حين أن التنازل في الحالتين لا ينفذ في مواجهة الغير إلا من تاريخ تأشير في السجل الخاص. وبخصوص آثار التنازل عن عقد التأجير التمويلي، إذا حصل هذا التنازل من جانب المستأجر فإن المستأجر الجديد يحل محله في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، ويخرج المستأجر الأصلي من العلاقة العقدية من تاريخ موافقة المؤجر على التنازل إلا إذا تم الاتفاق معه على ضمان تنفيذ المستأجر الثاني لالتزاماته. أما إذا حصل التنازل عن العقد من طرف المؤجر فإن المؤجر الجديد يحل محله في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، ويعتبر المؤجر الأصلي منسحباً من العلاقة العقدية بدءاً من تاريخ إخطار المستأجر بالتنازل، على ألا يخل هذا التنازل بحقوق هذا الأخير وضماناته. وفي ختام هذه الدراسة توصل الباحث إلى عدد من النتائج والتوصيات تمحورت حول ضرورة إعادة صياغة الأحكام الخاصة بالتنازل عن عقد التأجير التمويلي، لتصبح أكثر دقة وتفصيلاً.

الكلمات الدالة: عقد التأجير التمويلي - تنازل المستأجر عن العقد - تنازل المؤجر عن العقد - صحة التنازل - نفاذ التنازل

- آثار التنازل.

Introduction

Le contrat de crédit-bail représente un mode de financement nouveau et innovant¹⁰⁴⁹, il permet aux entreprises commerciales d'obtenir des actifs productifs à faible coût, et sans avoir à payer leur pleine valeur, ni de fournir des garanties personnelles ou en nature à l'institution de financement, car les actifs à acquérir sont les mêmes que la garantie d'approbation de cette institution pour financer l'entreprise bénéficiaire et la conclusion du contrat mentionné¹⁰⁵⁰. Le crédit-bail est d'abord apparu dans les pays qui suivent le système anglo-saxon, puis après la Seconde Guerre mondiale il s'est déplacé dans tous les pays du monde, y compris les pays appliquant le système latin¹⁰⁵¹. Il repose sur l'idée d'accepter le bailleur (une institution financière) pour financer l'achat du preneur (l'entreprise bénéficiaire) pour des biens meubles ou immobiliers (les actifs productifs), en échange du paiement par ce dernier d'une redevance périodique couvrant le prix de l'objet du contrat avec dépenses et rendements, à condition que le substitut aux garanties en nature et personnelles dont l'établissement financier a habituellement besoin pour approuver l'octroi du financement soit sa possession de ces fonds pendant toute la période d'exécution du contrat, avec la possibilité de transférer sa propriété au preneur, dans le cas où il s'engage à exécuter toutes les clauses du contrat jusqu'à sa fin¹⁰⁵².

Une loi a récemment été promulguée aux Emirats Arabes Unis concernant le contrat de crédit-bail, qui est la loi fédérale n° 8 de 2018. Par cette loi, le législateur émirien a tenté de réglementer ce contrat dans toutes ses étapes, à partir de sa conclusion, en passant par les obligations de ses parties et leurs

¹⁰⁴⁹ عقيل مجيد كاظم السعدي، عقد الإيجار التمويلي (الليزنج)، مجلة أهل البيت، العدد 8، جامعة أهل البيت عليهم السلام، كربلاء، 2009، ص 94.

¹⁰⁵⁰ دانا حمه باقي عبد القادر، عقد التأجير التمويلي: مفهومه وطبيعته القانونية، مجلة الرافدين، المجلد 14، العدد 51، 2011، ص 56.

¹⁰⁵¹ Henri Ader, Le crédit-bail immobilier en droit français contemporain, Revue général du droit, Vol. 12, N. 2, 1981, p. 475. (<https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1981-v12-n2-rgd04541/1059412ar.pdf>)

¹⁰⁵² Claude Gilbert, La nature et l'intérêt du crédit-bail en informatique, Les Cahiers de droit, Vol. 29, N. 3, 1988, p. 816. (<https://www.erudit.org/en/journals/cd/1988-v29-n3-cd3776/042911ar.pdf>)

responsabilités, et se terminant par sa résiliation et le sort du bien loué soumis au contrat. Selon le premier article de la loi précitée, le contrat de crédit-bail est un contrat par lequel le bailleur (l'institution de financement) acquérait le bien dans le but de le louer et le loue au preneur (l'entreprise bénéficiaire) pour une durée déterminée, tout en lui accordant le droit de choisir de devenir propriétaire du bien loué à la fin du contrat. Il ressort de cette définition juridique du contrat que la garantie par l'institution de financement de l'engagement du bénéficiaire à payer le loyer, qui représente la tranche du prêt ainsi que les dépenses et avantages, conserve la propriété du bien loué pendant la durée du bail, ce qui lui permet de récupérer le bien en cas de cessation du paiement du loyer par l'entreprise bénéficiaire pour quelque raison que ce soit, et puis le vendre et récupérer ses droits¹⁰⁵³.

Il est vrai que le contrat de crédit-bail a été réglementé aux Émirats arabes unis dans le cadre d'une loi spéciale, qui est la loi précitée sur le crédit-bail. Cependant, on se demande : en l'absence de texte dans cette loi, à quelle loi se réfère-t-on ? Revenons-nous à la théorie générale du contrat ou aux règles générales de l'un des contrats nommés dans la loi sur les transactions civiles ? Et aux dispositions de quel contrat en particulier ? La doctrine diffère quant à la nature juridique du contrat de crédit-bail. Certains pensent que le contrat de crédit-bail n'est qu'un prêt dans lequel la propriété du bien acheté par l'argent du prêt à titre de garantie est transférée au prêteur, et si l'emprunteur paie tous les versements auxquels il s'est engagé, il a le droit de posséder ce bien, sachant que l'acquisition du bien par le preneur, reste seulement un choix entre ses mains¹⁰⁵⁴. D'autres ont qualifié le contrat comme vente en plusieurs fois dont le vendeur conservait la propriété du bien vendu pour assurer l'engagement de l'acheteur à payer tous les acomptes, et quand il paie le dernier acompte, la propriété du bien vendu lui est transféré par force de loi, et ce n'est pas ce qui se passe dans le crédit-bail car il doit déclarer la volonté de l'entreprise bénéficiaire d'accepter la propriété, objet du contrat¹⁰⁵⁵.

En effet, la majorité des opinions sur la nature juridique du contrat de crédit-bail se sont concentrées autour d'une idée considérant ce contrat d'un caractère particulier et complexe, et composé de plusieurs contrats¹⁰⁵⁶, mais le contrat de location en particulier est la composante la plus importante de ce contrat. Cela a incité certains - et nous sommes parmi eux - à envisager la qualification la plus proche du contrat de crédit-bail est un contrat de location, car le contenu de ces deux contrats est similaire, en ce sens qu'ils visent à permettre au preneur d'utiliser le bien loué appartenant au bailleur pendant une période déterminée et moyennant des frais déterminés¹⁰⁵⁷. Si quelqu'un s'oppose à la qualification du contrat de crédit-bail comme un contrat de location, parce que les deux contrats diffèrent par rapport à certaines des obligations découlant des parties, et les options disponibles pour le preneur à la fin du contrat de crédit-bail sans le contrat de location ordinaire et ainsi de suite¹⁰⁵⁸, il est possible - à notre avis - de le considérer comme une forme particulière du contrat de location ordinaire, il n'est qu'un financement par « voie de location¹⁰⁵⁹ ». Pour cette raison, le législateur émirien et un grand nombre de législateurs nationaux ont eu tendance à l'appeler « un contrat de crédit-bail ». En conséquence, nous recommandons qu'en l'absence de texte dans la loi sur le crédit-bail concernant la plupart des obligations de location des parties lors de la mise en œuvre du contrat de crédit-bail, il soit nécessaire de se référer d'abord aux règles générales du contrat de location, puis aux dispositions générales du contrat dans la loi sur les transactions civiles¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵³ هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي: دراسة نقدية للقانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 1994، ص 135.

¹⁰⁵⁴ Mario Giovanoti, Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique, librairies techniques, paris, 1980, p. 464.

¹⁰⁵⁵ Jean Derruppé, Droit commercial, Cours de Maîtrise, Université de Bordeaux, 1982, p. 272.

¹⁰⁵⁶ حسن علي الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد 5، الجزء 4، جمادى الأولى، 1409، ص 107؛ عقيل مجيد كاظم السعدي، مرجع سابق، ص 104؛ آدم نوح علي القضاة وموسى مصطفى القضاة، واجبات المستأجر والمؤجر وحقوقهما في التأجير التمويلي: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة دراسات: علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، العدد 1، الجامعة الأردنية، عمان، 2016، ص 245.

¹⁰⁵⁷ فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1998، ص 47.

¹⁰⁵⁸ دانا حمه باقي عبد القادر، مرجع سابق، ص 79.

¹⁰⁵⁹ وما يدعم رأينا تعريف التأجير التمويلي الذي ورد في المادة 2 من قانون اليونيدروا النموذجي للتأجير التمويلي لعام 2008: "التأجير التمويلي هو عقد إيجار مع أو بدون خيار شراء كل أو جزء من الأصل...".

¹⁰⁶⁰ Regardez dans ce sens : Amel Taiebi, Les aspects juridiques du contrat de crédit-bail en droit comparé, Mémoire de Magister en droit comparé des affaires, Université d'Oran en Algérie, 2011, p. 12.

Le problématique de la recherche : Concernant l'objet de l'étude, l'une des parties au contrat de crédit-bail - le locataire ou le bailleur - peut décider de céder le contrat à des tiers pendant la durée de la relation de location pour quelque raison que ce soit, car il est possible pour le locataire de recourir à la cession du contrat dans le but de vendre l'intégralité de son entreprise avec les machines louées par voie du crédit-bail. Il est possible aussi que le bailleur - c'est-à-dire l'institution de financement - trouve dans la cession du contrat de crédit-bail une bonne affaire pour "liquider le prêt" qu'il a accordé à l'entreprise bénéficiaire, c'est-à-dire pour récupérer autant que possible le reste du montant du prêt avec les intérêts et les frais pour lever le volume de la liquidité de l'argent qu'il a¹⁰⁶¹. Donc, quelles sont les dispositions soumises à la cession d'un contrat de crédit-bail ? Le législateur des EAU a tenté de mettre en place des dispositions de cession du contrat de crédit-bail par les articles 11 et 14 de la loi sur le crédit-bail, mais ces dispositions sont déficientes et contradictoires. En conséquence, le problème de la recherche peut être présenté en posant la question suivante : dans quelle mesure le législateur émirien a-t-il réussi à réglementer les conditions de cession du contrat de crédit-bail et ses effets juridiques ? Les dispositions de la cession faite par le locataire sont-elles différentes de celles applicables à la cession faite par le bailleur ? Quelles sont les propositions les plus importantes qui peuvent être soumises au législateur des EAU pour une formulation meilleure et plus détaillée des dispositions de cession du contrat de crédit-bail ? Nous tenterons de répondre à ces questions en clarifiant les conditions de cession du contrat de crédit-bail (I), puis en montrant les effets de la cession du contrat de crédit-bail (II).

I - Les conditions de cession du contrat de crédit-bail

Le locataire peut trouver un intérêt pour lui de ne pas continuer personnellement à mettre en œuvre le contrat de crédit-bail, alors il décide de le céder au tiers, comme s'il souhaitait vendre son entreprise à une autre personne, y compris les machines et équipements loués pour financement par une institution financière. Et le bailleur peut également avoir un intérêt à transférer la propriété du bien faisant l'objet du contrat de crédit-bail à des tiers, en cherchant à récupérer le crédit accordé au preneur, qui est représenté dans le prix d'achat de l'actif ainsi que les intérêts et les dépenses, il vend donc le bien loué et cède le contrat à une autre institution financière. Le législateur émirien a réglementé la cession du locataire et du bailleur du contrat de crédit-bail aux articles 11 et 14 de la loi sur le crédit-bail. Il a tenté, à travers ces deux articles, de clarifier les conditions requises pour la validité et l'invocation de la cession du contrat de crédit-bail entre les parties et envers du tiers, et pour tout ce qui n'y est pas prévu, il devrait se référer aux règles générales.

En ce qui suit, nous expliquerons les conditions de la validité de cession du contrat de crédit-bail (A), puis expliquerons les conditions d'opposabilité de cette cession entre les contractants et envers autrui (B), à condition que cela inclue la cession du locataire et du bailleur dudit contrat.

A - Les conditions de validité de la cession du contrat de crédit-bail

La cession du contrat de crédit-bail à un tiers peut intervenir de la part du locataire ou du bailleur, et dans les deux cas, nous sommes confrontés à un contrat. Et la question qui se pose : ce contrat est-il consensuel ou formel ? En fait, la loi émirienne sur le crédit-bail ne prévoyait aucune stipulation selon laquelle le contrat de cession du crédit-bail devait être rédigé sous peine de nullité, et en même temps l'article 3 de la loi susmentionnée stipulait par écrit la validité du contrat de crédit-bail dans son ensemble. Par conséquent, il est supposé que le contrat de cession d'un contrat formel soit également un contrat formel, ce qui signifie que pour la validité de la cession du contrat de crédit-bail, des conditions objectives (i) et formelle (ii) sont nécessaires.

¹⁰⁶¹ Khalil Feghali, Les concepts et les applications pratiques du crédit-bail financement : le cas libanais : (https://www.researchgate.net/publication/276907048_Les_concepts_et_les_applications_pratiques_du_credit-bail_financement_le_cas_libanais)

i - Les conditions objectives de validité de la cession du contrat

La cession du contrat de crédit-bail à un tiers, qu'elle soit conclue par le locataire ou le bailleur, est un contrat soumis aux mêmes principes généraux de tout contrat, à savoir le consentement, l'objet et la raison de le considérer comme un contrat valide et invocable.

Tout d'abord, en ce qui concerne le consentement, la cession du contrat de crédit-bail est conclue avec le consentement du cédant et du cessionnaire. Le cédant du contrat mentionné est l'une de ces parties, qui peut être le locataire, et après avoir cédé le contrat, le premier locataire est appelé, ou le bailleur, qui dès qu'il renonce au contrat devient le premier bailleur. Quant au cessionnaire, il est un tiers par rapport au contrat de crédit-bail lui-même, et après lui avoir cédé le contrat, il peut être appelé le deuxième preneur ou le deuxième bailleur dans le contrat initial, selon que le contrat a été cédé par le preneur ou le bailleur. Bien entendu, les deux parties de la cession du contrat de crédit-bail doivent avoir la capacité juridique, c'est-à-dire atteindre l'âge de la majorité et jouir de pleine force mentale et ne pas lui être interdite de disposer de ses biens¹⁰⁶². Dans le cas où la personne concernée est une personne morale, alors sa constitution doit être légale, et quiconque exprime sa volonté est une personne physique autorisée à signer la cession en vertu du contrat de constitution ou des statuts¹⁰⁶³.

Et dans le cas où la cession du contrat de crédit-bail est faite par le bailleur à un autre bailleur, le bailleur cédant doit être une institution financière autorisée à exercer une activité de crédit-bail¹⁰⁶⁴, conformément aux dispositions de l'article 2 de la loi émirienne sur le crédit-bail, qui interdit à toute personne d'exercer l'activité de crédit-bail sans licence de l'Emirates Center Bank. Néanmoins, nous nous demandons ici : Quelle est la règle pour une cession du contrat de crédit-bail faite par un bailleur d'origine à un autre bailleur qui n'est pas autorisé à exercer l'activité de crédit-bail ? La loi émirienne sur le crédit-bail ne prévoit pas l'invalidation de la cession dans ce cas, et en même temps, l'article 2/2 de cette loi décide d'annuler tout contrat de crédit-bail conclu avec une personne non autorisée. Et pour cela il était nécessaire de combler cette lacune législative en modifiant l'article susmentionné et en décidant d'invalidité de toute cession du contrat de crédit-bail quand le bailleur est une personne non autorisée à exercer l'activité de crédit-bail.

En ce qui concerne l'objet de la cession du contrat de crédit-bail, il ne fait aucun doute que l'objet de cette cession est la somme des droits et obligations du cédant - qu'il soit locataire ou bailleur - résultant du contrat de crédit-bail lui-même et extraits de la loi y afférente, qui est censée d'être transférée au cédant dès la conclusion du contrat. Bien entendu, les conditions générales devant être fournies à l'objet de tout autre contrat, doivent être remplies dans l'objet du contrat de la cession de crédit-bail. L'objet de tout contrat doit être présent au moment du contrat ou susceptible de l'être dans le futur, et désigné par lui-même ou par son type et son montant ou désignable, et susceptible d'agir et non contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs¹⁰⁶⁵.

Quant à la raison, elle est généralement visée par l'objet direct du contrat par les deux parties, et il est supposé que la raison du contrat de cession pour le crédit-bail soit l'existence d'un avantage légitime recherché par les parties à la cession, jusqu'à preuve du contraire¹⁰⁶⁶. C'est ce que l'article 208/2 de la loi émirienne sur les transactions civiles a explicitement confirmé : « Il est supposé dans les contrats qu'il y a cet avantage légitime, à moins qu'il n'y ait une preuve du contraire ». Le motif de la cession du crédit-bail doit être présent, valable et légitime, non contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶² المادة 85 قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

¹⁰⁶³ سمير نصار، موسوعة القانون التجاري: العقود التجارية، الكتاب الثالث، المكتبة القانونية، دمشق، 2006، ص522.

¹⁰⁶⁴ نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص354.

¹⁰⁶⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، 1958، ص375 وما بعد.

¹⁰⁶⁶ نقض مصري رقم 8201 لسنة 85، جلسة 2016/4/6.

¹⁰⁶⁷ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص440 وما بعد.

ii – Les conditions formelles de validité de la cession du contrat «la rédaction de la cession»

La question ici est la suivante : le contrat de cession du crédit-bail, qu'il soit conclu par le locataire ou le bailleur, est-il considéré comme un contrat consensuel ou formel ? Comme l'on a mentionné précédemment, le législateur émirien a négligé de prévoir un texte dans la loi sur le crédit-bail concernant la condition d'écriture pour la validité du contrat de la cession de crédit-bail. Cependant, nous pensons que ce contrat doit être considéré comme un contrat formel, et l'écriture est une condition de sa validité, par analogie avec le contrat de crédit-bail lui-même, qui a été considéré par la loi du crédit-bail comme un contrat formel. L'article 3 de la loi susmentionnée déclare explicitement que : « Le contrat (le contrat de crédit-bail) doit être écrit et enregistré ou marqué dans son propre registre ..., sinon il est considéré comme nul ». Tant que l'article précité ne stipule pas la rédaction officielle comme condition de validité du contrat de crédit-bail, l'exigence de rédaction du contrat de la cession du contrat de crédit-bail est réputée remplie, que ce soit sous forme d'écriture normale ou officielle. En outre, l'exigence d'écriture est considérée comme une vérification du fait que la cession du contrat de crédit-bail est écrite sur papier ou par voie électronique, puisque l'article 7 de la loi émirienne de 2006 sur les transactions électroniques et le commerce a adopté un principe général selon lequel « l'exigence d'écriture est considérée comme remplie chaque fois que l'écriture est mentionnée dans un document ou un enregistrement électronique ».

En revanche, les articles 11/2 et 14/1 de la loi sur le crédit-bail stipulent explicitement que le contrat de cession du crédit-bail doit être marqué à un tiers dans le registre des contrats de crédit-bail, que la cession soit faite par le preneur ou le bailleur. En conséquence, il est inconcevable de mettre en œuvre cette obligation légale qui stipule la nécessité de marquer la cession dudit contrat sans l'écrire, ce qui confirme notre opinion que la cession du contrat de crédit-bail doit être considérée comme un contrat formel, et que la rédaction du contrat de cession est une condition de sa validité. De notre point de vue, la question n'est rien de plus qu'une carence législative, et pour cela nous appelons le législateur émirien à remédier à cette carence et à reformuler l'article 3 de la loi sur le crédit-bail, pour faire en sorte que la rédaction du contrat de crédit-bail et de tout accord ultérieur visant à modifier ou à renoncer à ce contrat soit une condition de la validité, que ce soit cette cession a été faite par le locataire ou le bailleur.

B - Les conditions d'opposabilité de la cession du contrat de crédit-bail

La cession du contrat de crédit-bail à un tiers, qu'elle soit faite par le locataire ou par le bailleur, est également un contrat conclu entre deux parties, le cédant et le cessionnaire. Et selon le principe de « l'effet relatif du contrat », les effets de tout contrat vont aux parties contractantes sans autres, chaque fois que le contrat se forme valablement et remplisse tous ses conditions objectives et formelles¹⁰⁶⁸. En d'autres termes, la validité d'un contrat est limitée à ses parties, et ses effets ne peuvent s'étendre à d'autres, sauf si la loi en dispose autrement. En effet, la loi sur le crédit-bail stipule pour la validité de la cession faite par le locataire du crédit-bail à un autre locataire vis-à-vis du bailleur, l'approbation de la cession par ce dernier (i), tandis que la validité du contrat de cession faite par le bailleur du crédit-bail à un autre bailleur vis-à-vis du locataire se demande simplement lui notifier la cession (ii), Attendu que, la validité des deux formes de cession susmentionnées à des tiers qui ne sont pas parties au contrat de crédit-bail ou au contrat de cession, ne se produit que par la gratification de la cession dans le registre des contrats de crédit-bail (iii).

i - L'approbation par le bailleur de la cession du contrat par le locataire afin de son opposabilité envers lui

En se référant aux dispositions générales du contrat de location, nous constatons qu'elles ont approuvé un principe général stipulant que le locataire ne peut louer le bien loué à un tiers, ni en totalité ni en partie, sauf avec l'approbation ou la permission du bailleur. L'article 787 de la loi émirienne sur

¹⁰⁶⁸ المادة 250 وما بعد من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

les transactions civiles stipule : « Le locataire ne peut pas louer la chose louée, en tout ou en partie, à une autre personne, sauf permission ou autorisation du bailleur ». Le même principe a été adopté dans la loi sur le crédit-bail, en mettant l'accent sur la nécessité que l'approbation du bailleur soit faite par écrit et avant la cession attendue par le locataire du contrat de crédit-bail à un autre locataire. L'article 11 de la loi susmentionnée stipule explicitement que : « Le locataire peut cesser ses droits et obligations établis pour lui en vertu du contrat (le contrat de crédit-bail) à un autre locataire pour le remplacer, à condition que les conditions suivantes soient respectées : a- L'approbation écrite et préalable du bailleur à cela... ». Ce principe a été adopté par la plupart des législateurs nationaux, en particulier le législateur égyptien¹⁰⁶⁹ et le législateur saoudien¹⁰⁷⁰.

La justification de l'exigence de l'approbation du bailleur à la cession faite par le locataire du contrat de crédit-bail à un autre locataire, réside dans le fait qu'un tel comportement viole la considération personnelle sur laquelle se fonde ce type de contrat, au moins de la part du locataire. Le bailleur n'accepterait de conclure un contrat de crédit-bail avec le locataire d'origine qu'après s'être assuré de sa solvabilité financière et de sa capacité à remplir ses obligations, notamment l'obligation de payer le loyer périodiquement et régulièrement¹⁰⁷¹. La condition de l'approbation écrite préalable du bailleur à la cession faite par le locataire du contrat de crédit-bail à un autre locataire, venait à permettre au bailleur d'étudier la situation financière et de crédit du nouveau locataire, et de ne pas être contraint de traiter avec une autre personne qu'il n'avait pas choisie, et il n'était pas sûr de son aptitude et de sa capacité à mettre en œuvre les obligations du locataire d'origine¹⁰⁷². Par conséquent, si le bailleur - c'est-à-dire l'institution de financement - trouve en la personne du nouveau locataire quelles garanties qu'il exercera ses droits financiers, il n'aura pas d'objection à autoriser le locataire à renoncer au contrat de crédit-bail à un autre locataire¹⁰⁷³.

Empêcher le locataire de céder le contrat de crédit-bail à un autre locataire sans l'accord du bailleur implique également de l'empêcher de céder gratuitement ledit contrat à des tiers, et cette interdiction s'applique même si elle n'est pas explicitement mentionnée dans le contrat de crédit-bail. En d'autres termes, la condition d'empêcher le locataire de céder le crédit-bail doit être comprise sauf avec le consentement du bailleur au sens large, car elle comprend l'empêcher de céder le crédit-bail même si cette cession porte sur une partie de ce contrat, ou si le but de la cession est de le remplacer par une autre personne gratuitement. En revanche, si une condition est mentionnée dans le contrat de crédit-bail qui accorde au locataire le droit de céder ce contrat avec l'autorisation ou la permission du bailleur, alors dans ce cas, le bailleur - à notre avis - n'a pas le droit de refuser au preneur de cession du contrat de crédit-bail sans justification légitime.

Il est supposé que la cession faite par le locataire du contrat de crédit-bail soit opposable au bailleur à compter de la date de sa conclusion, car cette cession ne peut être opposée au bailleur que si le locataire obtient l'approbation écrite du bailleur sur la cession avant de la réaliser. Néanmoins, nous constatons que l'article 11/2 de la loi sur le crédit-bail stipule explicitement que le remplacement du locataire d'origine par le nouveau locataire en ce qui concerne tous les droits et obligations découlant du contrat de crédit-bail ne peut être rempli qu'à partir de la date de la cession, comme il le stipule : « Le nouveau locataire se substitue à la place du locataire d'origine à compter de la date de gratification de la cession dans le registre ». En d'autres termes, la cession faite par le locataire du contrat de crédit-bail à un deuxième locataire ne sera opposable vis-à-vis du bailleur et des tiers qu'à compter de la date de gratifier la cession dans le registre. Il semble que cette position du législateur émirien se rapproche

¹⁰⁶⁹ جاء في المادة 24 من قانون التأجير التمويلي والتخصيم المصري لسنة 2018: "يجوز للمستأجر بعد الحصول على موافقة كتابية من المؤجر، التنازل عن عقد التأجير التمويلي إلى مستأجر آخر..."

¹⁰⁷⁰ نصت المادة 3 من اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي السعودي لسنة 1433 هـ: "للمستأجر التنازل عن العقد لمستأجر آخر بموافقة مكتوبة من المؤجر..."

¹⁰⁷¹ نجوى إبراهيم البدالي، مرجع سابق، ص 352.

¹⁰⁷² انظر بهذا المعنى: محمد عابد الشوايكة، عقد التأجير التمويلي، دار الثقافة، عمان، 2011، ص 250.

¹⁰⁷³ سيد أحمد مسيردي، العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوين وتنفيذ عقد التأجير التمويلي، دار وائل للنشر، ط 1، 2013، ص 121.

de la position du législateur saoudien¹⁰⁷⁴. Mais, elle est complètement différente de la position du législateur égyptien - à laquelle nous sommes enclins - qui imposait la gratification de la cession du contrat de crédit-bail, qu'elle soit intervenue de la part du locataire ou du bailleur, pour l'opposabilité de cette cession envers autrui uniquement¹⁰⁷⁵. Quant à l'opposabilité de la cession faite par le locataire du contrat de crédit-bail contre le bailleur, elle court à compter de la date de notification au nouveau locataire par le bailleur de son approbation écrite à la cession¹⁰⁷⁶.

Dans l'hypothèse où le locataire cède le contrat de crédit-bail à un autre locataire sans avoir obtenu l'accord écrit du bailleur, cette cession est - de notre point de vue - valable et opposable entre les deux parties, sauf qu'elle n'est pas opposable au bailleur. L'obligation pour la société de crédit-bail d'accepter une telle cession est que le transfert prenne effet lors de sa confrontation, afin qu'elle n'ait pas à traiter avec un nouveau locataire qu'elle n'a pas choisi au départ, et elle ne lui a pas fait confiance lors de la conclusion du contrat¹⁰⁷⁷. Nous pensons que cela ne fait aucune différence si le bailleur donne son approbation écrite de la cession faite par le locataire du contrat de crédit-bail à un autre locataire avant ou après que cette cession soit convenue, en application du principe de « l'approbation ultérieure est égale à l'autorisation précédent ». La leçon est que le bailleur a donné sa permission par écrit jusqu'à ce que la cession prenne effet contre lui¹⁰⁷⁸. Si cette approbation écrite a été émise préalablement à l'accord sur la cession faite par le locataire du contrat de crédit-bail, la cession est réputée opposable vis-à-vis du bailleur à compter de la date de la conclusion de la cession entre le locataire initial et le nouveau locataire, mais si l'accord écrit du bailleur est émis après la conclusion de la cession, cette cession ne sera pas opposable au bailleur qu'à compter de la date de son approbation. La condition d'écrire l'approbation du bailleur à la cession faite par le locataire du contrat de crédit-bail à un autre locataire, a été posé par l'article 11 de la loi sur le crédit-bail parce qu'il s'agissait d'une approbation à une cession formelle du contrat de crédit-bail formel aussi, et donc une approbation verbale émise par le bailleur à une telle cession ne sera pas prise en compte, de notre point de vue, elle sera considérée comme nulle et nulle d'effet.

ii – La notification du bailleur au locataire de sa cession du contrat pour faire valoir son droit

Selon les règles générales du contrat de bail, le bailleur peut céder le bail sans l'approbation du locataire. Cela se fait quand le bailleur cède la propriété du bien loué à un autre bailleur avec le contrat de bail, à condition que la vente ne soit opposable au preneur qu'à compter de la date de son approbation de la vente. Confirmant cela, il était indiqué à l'article 795 de la loi émirienne sur les transactions civiles : « 1 - Si la chose louée est vendue sans l'autorisation du locataire, la vente est opposable entre le vendeur et l'acheteur, et cela n'affecte pas le droit du locataire. 2- Si le locataire a autorisé ou approuvé la vente, celle-ci sera opposable envers lui et il s'engage à remettre la chose louée... ». Suivant à ces dispositions, on constate que le législateur émirien a approuvé dans l'article 14 de la loi sur le crédit-bail le principe selon lequel le bailleur peut céder un contrat de crédit-bail à un autre bailleur sans exiger l'approbation écrite et préalable du preneur de cette cession, comme il l'a fait pour le cas contraire, à savoir la cession faite par le preneur du contrat de crédit-bail. Cependant, il imposait au bailleur une obligation de notifier par écrit au locataire sa cession du contrat après sa conclusion, afin que la cession soit opposable au locataire, comme il était indiqué dans l'article précité : « Le bailleur peut transférer la propriété du bien loué à un autre bailleur, sous réserve de la notification écrite du

¹⁰⁷⁴ المادتين 3 و 4 اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي السعودي لسنة 1433 هـ.

¹⁰⁷⁵ المادة 25 قانون التأجير التمويلي والتخصيم المصري.

¹⁰⁷⁶ المادة 2/24 قانون التأجير التمويلي والتخصيم المصري.

¹⁰⁷⁷ عبد الرحمن السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، مطبعة حمادة الحديثة، المنوفية، 2013، ص 154.

¹⁰⁷⁸ نجوى إبراهيم البدالي، مرجع سابق، ص 358.

locataire... ». Cette position du législateur émirien était conforme aux positions de la plupart des législateurs nationaux, en particulier les législateurs égyptien¹⁰⁷⁹ et saoudien¹⁰⁸⁰.

Ainsi, le bailleur peut, pendant la durée du contrat de crédit-bail, céder l'objet loué à un autre bailleur, sans qu'il soit nécessaire de prendre l'approbation du locataire, car la personnalité du loueur n'est pas prise en compte par le locataire, sauf si le contrat mentionné en dispose autrement¹⁰⁸¹. La vente du bailleur du bien objet du contrat de crédit-bail à une entreprise ou à un autre établissement de financement est considérée comme l'un des moyens de négocier des opérations de crédit. Dans tous les cas, la cession du bailleur de la chose faisant l'objet du contrat de crédit-bail à un autre bailleur ne doit entraîner aucune violation des droits du locataire, car le second bailleur sera le successeur du premier bailleur, et ainsi il remplacera automatiquement la place du procédant dans tous ses droits et obligations découlant du contrat de crédit-bail¹⁰⁸².

Dans l'hypothèse où le bailleur cède le contrat de crédit-bail à un autre bailleur, il est tenu de notifier par écrit au locataire sa cession du contrat ou sa cession du bien loué. Mais, la cession du contrat de crédit-bail sera-t-elle valable à l'encontre du locataire à compter de la date de sa notification ? En référence à l'article 14/1 de la loi sur le crédit-bail, nous constatons que cet article oblige le bailleur à notifier par écrit sa cession du contrat au locataire, comme il est dit : « Le bailleur peut céder la propriété du bien loué à un autre bailleur, sous réserve d'en informer le locataire par écrit ». Donc, la notification au locataire de la cession doit prendre effet à son encontre à compter de la date de cette notification, Au moins c'est ce que nous pensons. Cette position du législateur émirien est également proche de la position du législateur saoudien¹⁰⁸³, alors que le législateur égyptien a adopté une position différente puisqu'il a explicitement affirmé à l'article 23 de la loi égyptienne sur le crédit-bail et l'affacturage que la cession du contrat de crédit-bail à un second bailleur sera opposable au locataire à compter de la date de sa notification de cette cession¹⁰⁸⁴.

On se demande ici : que se passe-t-il si le bailleur tarde à notifier au locataire sa cession du contrat de crédit-bail jusqu'à ce que la cession ait été inscrite au registre spécial. Cette cession sera-t-elle opposable au locataire à compter de la date de la gratification ou de la date de la notification ? Nous estimons que le législateur émirien n'a pas imposé au bailleur d'obligation de notifier au locataire sa cession du bien loué, à l'exception de l'opposabilité de cette cession envers ce dernier à compter de la date de sa notification. Cela s'applique au cas où le locataire est avisé de la cession avant d'être gratifié dans le registre spécial. Mais, si la notification a eu lieu après la gratification de la cession ou si elle ne s'est pas produite du tout, alors nous pensons que dans ce cas la notification perd de son importance car la gratification entraîne son effet sur tous, y compris le locataire.

Il ne fait aucun doute que l'objectif d'obliger le bailleur à notifier par écrit au locataire la cession du crédit-bail à un autre bailleur, est de s'assurer que le locataire est personnellement au courant de cette cession et de son opposabilité envers lui, contrairement aux règles générales du contrat de bail qui stipulaient l'autorisation ou l'approbation du locataire de vendre le bien loué pour l'opposabilité de cette vente contre lui et le transfert de ses droits et ses obligations envers le nouveau propriétaire¹⁰⁸⁵. Certains juristes affirment que la cession par le bailleur du contrat de crédit-bail à un autre bailleur ne prend effet envers le locataire qu'à compter de la date de la notification, c'est-à-dire que cette cession

¹⁰⁷⁹ تنص المادة 23 من قانون التأجير التمويلي والتخصيم المصري لسنة 2018 على أنه: "يجوز للمؤجر أن يتنازل عن العقد إلى مؤجر آخر، ولا يسري هذا التنازل في حق المستأجر إلا من تاريخ إخطاره به، ولا يترتب على هذا التنازل أي إخلال بالحقوق والضمانات المقررة للمستأجر بموجب العقد.

¹⁰⁸⁰ جاء في المادة 15 من نظام الإيجار التمويلي السعودي لسنة 1433 هـ: "إذا باع المؤجر الأصل للمؤجر للغير، فإن ملكية الأصل تنتقل محملة بالعقد. كما ورد في المادة 4 من اللائحة التنفيذية للنظام المذكور: "للمؤجر التنازل عن حقوقه المترتبة على العقد دون موافقة المستأجر إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك..."

¹⁰⁸¹ على سبيل المثال، جاء في المادة 4 من اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي السعودي لسنة 1433 هـ: "للمؤجر التنازل عن حقوقه المترتبة على العقد دون موافقة المستأجر إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك..."

¹⁰⁸² حسام الدين عبد الغني الصغير، الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1994، ص 42.

¹⁰⁸³ المادتين 3 و 4 من اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي السعودي لسنة 1433 هـ.

¹⁰⁸⁴ تنص المادة المذكورة: "يجوز للمؤجر أن يتنازل عن العقد إلى مؤجر آخر، ولا يسري هذا التنازل في حق المستأجر إلا من تاريخ إخطاره به..."

¹⁰⁸⁵ المادة 795 قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

n'est considérée comme opposable au locataire qu'à compter de la date de sa notification écrite de celle-ci¹⁰⁸⁶. Donc à partir de cette date, le locataire s'engage à remplir toutes ses obligations et jouit de tous ses droits face au nouveau bailleur qui a remplacé le bailleur d'origine.

iii – La gratification de la cession du contrat faite par l'une des deux parties pour son opposabilité envers autrui

Le législateur émirien a imposé l'obligation d'enregistrer les contrats de crédit-bail dans un registre spécial auprès de l'autorité administrative compétente. L'article 5/5 de la loi sur le crédit-bail stipule explicitement que les contrats de crédit-bail doivent être enregistrés et toute modification qui leur est apportée dans un registre spécial géré par l'autorité administrative compétente¹⁰⁸⁷, que : « Le bailleur est responsable de l'enregistrement ou de la gratification du contrat et de chaque modification qui y est apportée... ». Étant donné que la cession par le bailleur ou le locataire du contrat de crédit-bail à des tiers nécessite de modifier les entrées de la page d'enregistrement dans laquelle le contrat a été conclu, il était donc nécessaire de gratifier la cession dudit contrat¹⁰⁸⁸. Cette obligation légale a été imposée au bailleur parce que l'enregistrement n'est décidé que pour protéger ses intérêts en tant que propriétaire du bien loué, comme le stipule l'article susmentionné : « Le bailleur a la responsabilité d'enregistrer le contrat (le contrat de crédit-bail) ou de la gratifier, ainsi que chaque modification y est apportée... ».

La question qui se pose ici est : la gratification de la cession du contrat de crédit-bail par l'une de ses parties à un tiers est-elle une condition de la validité de cette cession ou de son opposabilité envers l'autre partie et d'autrui ? La loi émirienne sur le crédit-bail n'a pas répondu à cette question. Nous ne pensons pas que la stipulation de la loi susmentionnée pour gratifier la cession du contrat de crédit-bail soit venue comme condition de sa validité, car si nous considérons que cette cession est un contrat formel comme le contrat de crédit-bail lui-même, cela signifie que les conditions de validité de la cession sont limitées à quatre points : le consentement, l'objet, la raison et l'écriture. Et comme la loi n'exige pas d'écriture officielle, l'écriture on papier ou électronique ordinaire suffit pour que cette cession soit valable. Quant à la gratification au registre des contrats de crédit-bail, le législateur émirien l'a imposé - de notre point de vue - pour atteindre deux objectifs. Le premier est de donner l'opportunité à la Banque centrale qui détient ce registre d'exercer un contrôle légal sur la légitimité des actes dont l'objet est le contrat de crédit-bail, et de remplir les conditions légales imposées par la loi sur le crédit-bail. Le second est la publicité, dans le sens de mettre les données sur les actes liés au crédit-bail à disposition pour l'information des tiers et pour les protester contre eux.

Il est vrai que la loi émirienne sur le crédit-bail ne tient pas compte de la question des autrui et ne précise pas quand il est possible d'opposer la cession du contrat de crédit-bail envers des tiers. Cependant, la plupart des lois nationales sur les contrats de crédit-bail, qui ont adopté l'obligation d'enregistrer ce type de contrat dans un registre spécial, ont adopté une règle générale selon laquelle il est permis de protester contre autrui la cession du contrat de crédit-bail à compter de la date de son inscription au registre spécial. Par exemple, l'article 25 de la loi égyptienne sur le crédit-bail et l'affacturage prévoit que : « ... et il n'est pas permis de protester contre autrui la cession, sauf à partir de la date de registration ». Et il était également indiqué à l'article 19/3 de la loi saoudienne du crédit-bail : « Il n'est pas permis de protester contre autrui au sujet de la modification des termes du contrat ou du changement de ses parties, sauf à partir de la date à laquelle il est gratifié sur son compte rendu de cela. Cela nous appelle à inciter le législateur émirien à remédier à cette lacune, et à rédiger un texte juridique déclarant qu'il est interdit de protester la cession du locataire ou du bailleur du contrat de crédit-bail envers des tiers qui n'en sont pas partie, ni dans le contrat de crédit-bail lui-même ni dans

¹⁰⁸⁶ آدم نوح علي القضاة وموسى مصطفى القضاة، مرجع سابق، ص 253.

¹⁰⁸⁷ استناداً إلى نصوص القانون المذكور صدر قرار مجلس الوزراء رقم 56 لسنة 2019 الذي تقرّر بموجبه إنشاء سجل خاص بعقود التأجير التمويلي التي ترد على منقولات دون العقارات، وباعتقادنا هذا القرار لم يشمل العقارات لأنها تخضع أصلاً للتسجيل في السجل العقاري.

¹⁰⁸⁸ نجوى إبراهيم البدالي، مرجع سابق، ص 362.

sa cession, sauf à partir de la date à laquelle cette cession est gratifiée dans le registre des contrats de crédit-bail.

Par conséquent, l'enregistrement des contrats de crédit-bail et la gratification de toute modification qui leur arrive dans le registre des contrats de crédit-bail ont un effet juridique important. Toutes les données et les entrées dans ce registre sont considérées opposables envers tous, car il s'agit d'un registre officiel créé pour que chacun puisse les voir et les protester avec tout ce qu'il contient, d'ailleurs comme le registre du commerce, le registre cadastral et d'autres registres officiels. En conséquence, le bailleur ou le locataire ne peut, par exemple, invoquer la cession devant ses créanciers, sauf à compter de la date à laquelle la cession a été inscrite au registre spécial. De plus, les données et les restrictions enregistrées dans le registre des contrats de crédit-bail ont un pouvoir de preuve absolu vis-à-vis d'autrui, ce qui signifie que la preuve du contraire n'est acceptée que par la contrefaçon¹⁰⁸⁹. Cela dit que le bien loué faisant l'objet du contrat de crédit-bail ne fait pas faillite sauf pour le bailleur car il est propriétaire du bien selon les restrictions du registre mentionné.

La question qui se pose ici : que se passe-t-il si l'une des parties - le preneur ou le bailleur - ne gratifie pas la cession du contrat de crédit-bail à un tiers dans le registre des contrats de crédit-bail ? Contrairement à ce qu'il implique le texte de l'article 3 de la loi sur le crédit-bail, qui a décidé d'annuler le contrat de crédit-bail dans le cas où le contrat n'était pas écrit et enregistré ou gratifié au registre, nous croyons que le non-gratification de la cession du contrat de crédit-bail n'en fait pas une cession nulle, mais plutôt une cession valable et productive de tous ses effets juridiques entre ses parties, mais elle ne peut être protestée contre des tiers, car le but de l'inscription de la cession dans le registre spécial est de faire connaître et d'informer les autres de cette cession et de la substitution du tiers à la place de l'une des parties au contrat¹⁰⁹⁰.

II - les effets de la cession du contrat de crédit-bail

Un désaccord est survenu dans la doctrine concernant la qualification du contrat de cession pour le crédit-bail, qu'elle soit intervenue de la part du locataire ou du bailleur, car certains considéraient cette cession comme un transfert de droit et un transfert de créance. Il s'agit pour eux d'un transfert de droit car le cédant transfère ses droits dans le contrat de crédit-bail à un nouvel entrepreneur par sa cession de ce contrat, et d'une cession de dette parce qu'il transfère en même temps ses obligations avec ses droits à cet entrepreneur¹⁰⁹¹. Sur la base de cet avis, les dispositions spéciales de cession mentionnées dans la loi sur le crédit-bail doivent être appliquées, et en l'absence de texte, nous renvoyons aux règles générales de cession de droits et de cession de dette. Cependant, cet avis a été critiqué car il n'est pas possible de séparer les droits et les obligations dans un contrat et de lui appliquer des dispositions différentes. La cession d'un contrat signifie de cesser le lien contractuel dans son intégralité, et en tant qu'unité unique. Par conséquent, d'autres ont vu que la cession d'un contrat n'est rien d'autre qu'une cession d'un lien contractuel existé précédemment, avec tous les droits et les obligations qu'il contient en une seule unité indivisible¹⁰⁹².

Quoi qu'il en soit, la cession du contrat de crédit-bail faite par le locataire signifie l'accord par lequel le locataire est tenu de transférer tous ses droits et ses obligations découlant du contrat à une personne autre que le bailleur. Les deux parties de cette cession sont : le cédant, qui est le locataire initial ou le premier locataire, et le cessionnaire, qui est le nouveau locataire ou le deuxième locataire. Quant à la cession faite par le bailleur du contrat de crédit-bail, il s'agit d'un accord par lequel le bailleur est tenu de transférer tous ses droits et ses obligations résultant du contrat à une personne autre que le locataire, et les deux parties à cette cession sont : le cédant, qui est le bailleur initial ou le premier

¹⁰⁸⁹ نادر عبد العزيز الشافعي، عمليات الإيجار التمويلي تقنية حديثة، مجلة نحن والقانون، العدد 240، بيروت، حزيران 2005.

¹⁰⁹⁰ انظر بهذا المعنى: سمير نصار، مرجع سابق، ص 519.

¹⁰⁹¹ محمد عابد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي، دار الثقافة، عمان، 2011، ص 247.

¹⁰⁹² نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 147.

bailleur, et le cessionnaire, qui est le nouveau bailleur ou le deuxième bailleur. Nous présenterons ci-dessous : les effets de la cession faite par le locataire du contrat de crédit-bail (A) et puis les effets de la cession conclue par le bailleur de même contrat (B).

A - les effets de la cession faite par le preneur du contrat de crédit-bail

Si le locataire cède le contrat de crédit-bail à un deuxième locataire après avoir obtenu l'approbation écrite du bailleur, cette cession sera réputée valable à l'encontre de ce dernier à compter de la date de sa conclusion dans le cas où son accord écrit à la cession a été émis avant sa conclusion. Mais, s'il a été émis son approbation après sa conclusion, la cession prend effet à compter de la date de cette approbation car « l'approbation ultérieure est égale à l'autorisation précédent ». Concernant cette cession, on distingue trois relations : la relation du premier locataire avec le deuxième locataire (i), et sa relation avec le bailleur (ii), ajoutant la relation du deuxième locataire avec le bailleur (iii).

i - La relation du premier locataire avec le deuxième locataire

La cession du crédit-bail faite par le locataire à un tiers doit porter sur l'ensemble des droits et des obligations résultant du contrat, sans en exclure aucun droit ou obligation¹⁰⁹³. Une fois que la cession a été convenue entre le locataire d'origine et le nouveau locataire, et que toutes les conditions légales requises pour sa validité et son opposabilité ont été remplies, le deuxième locataire a remplacé le premier locataire dans tous les droits et les obligations découlant dudit contrat. Confirmant cela, l'article 11/2 de la loi sur le crédit-bail stipule que : « Le nouveau locataire partie de la cession du contrat de crédit-bail, remplacera le locataire d'origine dans tous les droits et les obligations découlant de ce contrat, à compter de la date de gratifier la cession dans le registre ». Un texte similaire a été mentionné dans la loi égyptienne sur le crédit-bail et l'affacturage¹⁰⁹⁴, alors que le système saoudien de crédit-bail et son règlement d'exécution n'ait pas prévue un tel texte.

Il ressort du texte précité qu'à la suite de la cession du premier locataire du contrat de crédit-bail à un second locataire, le premier s'engage vis-à-vis du second à remettre le bien loué avec copie du contrat de crédit-bail et tous les documents qui y sont associés et nécessaires pour prouver ce contrat, sa validité et son opposabilité envers des tiers, et l'exercice de tous les droits qui en découlent. Et le premier locataire est responsable de toute différence dans les droits qu'il avait en vertu du contrat de crédit-bail et transférés au deuxième locataire, sur ce qui était convenu dans le contrat de cession du contrat.

Une fois qu'il est convenu de cesser le contrat de crédit-bail entre le locataire d'origine et le nouveau locataire, le premier locataire est tenu envers ce dernier de s'assurer de l'existence et de la validité du ledit contrat. A l'origine, le premier locataire ne garantit pas l'exécution du bailleur de ses obligations découlant du contrat de crédit-bail envers le second locataire, sauf si le premier locataire en convient avec le second locataire conformément à ce que l'on appelle la garantie collatérale.

ii - La relation du premier locataire avec le bailleur

La cession du premier locataire du contrat de crédit-bail à un second locataire signifie sa sortie de cette relation contractuelle et le remplacement de ce dernier à sa place dans tous les droits et les obligations résultant du contrat mentionné. En conséquence, le bailleur ne peut pas recourir au premier locataire en cas de non-exécution par le second locataire d'une quelconque obligation découlant du contrat de crédit-bail. Il n'est pas permis - par exemple - de lui demander de payer le loyer retardé, ni de conserver le bien loué. En revanche, le premier locataire perd le droit de réclamer au bailleur la

¹⁰⁹³ Jean Charles Mareau Consultants, Le crédit-bail immobilier, ASF (Association Française des Sociétés Financières), 2011, p. 12. (<https://www.asf-france.com/wp-content/uploads/2020/03/Le-credit-bail-immobilier.pdf>)

¹⁰⁹⁴ المادة 3/24 من القانون المذكور.

garantie du bien loué et de son entretien, ainsi que les autres obligations que le contrat de crédit-bail imposées au bailleur, car il a perdu sa qualité de locataire et l'a remplacé par le second locataire.

Concernant le premier locataire garantissant la mise en œuvre par le deuxième locataire de ses obligations envers le bailleur, nous notons que la loi égyptienne sur le crédit-bail et l'affacturage stipulait explicitement qu'il est permis de convenir de l'engagement du premier locataire de s'assurer que le deuxième locataire remplit les obligations découlant du contrat de crédit-bail envers le bailleur, comme il est dit à l'article 24 de celle-ci : « Le locataire peut après obtenir l'approbation écrite du bailleur, céder le contrat de crédit-bail à un autre locataire, et il en découle : 1- Il est permis de convenir que le locataire d'origine sera garant du cessionnaire dans l'exécution de ses obligations découlant du contrat... ». D'autre part, nous constatons que la loi émirienne sur le crédit-bail, ainsi que le système saoudien de crédit-bail et autres, ont gardé le silence sur la stipulation selon laquelle le premier locataire garantit l'exécution du deuxième locataire des obligations découlant du contrat de crédit-bail, ce qui signifie qu'ils ont laissé cette question aux règles générales. On sait que les dispositions du contrat de location ordinaire dispensent le premier locataire de la garantie du second locataire dans l'hypothèse où le bailleur autorisait la cession du contrat de location¹⁰⁹⁵.

Sur la base de ce qui précède, nous voyons que le premier locataire ne garantit pas - dans l'original - l'exécution des obligations découlant du contrat de crédit-bail par le second locataire, ce qui signifie que sa responsabilité est déchargée de toute obligation dans le contrat mentionné à compter de la date de l'approbation écrite de la cession émise par le bailleur. Cependant, rien n'empêche l'accord entre le premier locataire et le bailleur que le premier locataire soit le garant du second locataire dans l'exécution de ses obligations découlant du contrat de crédit-bail, qui est connu en droit commun sous le nom de garantie conventionnelle¹⁰⁹⁶. Dans l'hypothèse de l'existence d'une telle convention, le bailleur aura le droit de recourir au premier locataire si le second locataire manque à ses obligations envers lui, notamment le non-paiement du loyer dû au contrat de crédit-bail. Autrement dit, s'il existe un accord entre le bailleur et le premier locataire pour s'assurer que le second locataire exécutera ses obligations, le bailleur doit revenir au second locataire d'abord pour exécuter ses obligations résultant du contrat de crédit-bail, et s'il ne met pas en œuvre tout ou partie d'entre elles, il peut revenir au premier locataire en tant qu'un garant du deuxième locataire¹⁰⁹⁷.

iii - La relation du deuxième locataire avec le bailleur

La cession du contrat de crédit-bail à un second locataire par le premier locataire entraîne le transfert de toutes les obligations et les droits du premier locataire découlant du contrat précité au deuxième locataire, à compter de la date de l'approbation écrite de la cession émise par le bailleur. À compter de cette date, le premier locataire perd sa qualité de locataire dans le contrat de crédit-bail qu'il a cédé, et devient un tiers par rapport à ce contrat après la mise en œuvre de tous les termes du contrat de cession, et la qualité du locataire dans le contrat de crédit-bail se transfère au deuxième locataire. C'est ce qu'exprimait l'article 11/2 de la loi émirienne sur le crédit-bail : « Le nouveau locataire à qui le contrat a été cédé remplace le locataire d'origine dans tous les droits et les obligations découlant du contrat... ». La cession susmentionnée donne au deuxième locataire le droit d'utiliser le bien loué selon sa finalité spécifiée dans le contrat ou selon à quoi il a été préparé, ou encore selon la coutume¹⁰⁹⁸, et l'option de posséder le bien loué à la fin du contrat de crédit-bail lui est également transférée.

Bien que le législateur émirien n'ait pas proposé de texte spécial pour préciser la date de début de l'engagement du deuxième locataire à payer le loyer au bailleur, nous pensons que ce dernier doit payer le loyer dû au bailleur à compter de la date de son approbation écrite de la cession et non à compter de

¹⁰⁹⁵ المادة 789 قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

¹⁰⁹⁶ بسام القلاب، التأجير التمويلي، دار الراية، عمان، 2009، ص 262.

¹⁰⁹⁷ فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 242.

¹⁰⁹⁸ المادة 1/777 قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

la date de la gratification de la cession dans le registre spécial. Comme c'est le cas dans certaines législations nationales, en particulier la loi égyptienne sur le crédit-bail et l'affacturage, dont l'article 24/2 stipule : « Le nouveau locataire doit payer le loyer directement au bailleur conformément aux termes du contrat de crédit-bail et du contrat de cession, à compter de la date à laquelle le bailleur est notifié de son approbation à la cession ». Il en résulte que le deuxième locataire ne peut pas protester au bailleur de ce qu'il a payé au premier locataire pendant une période postérieure à la date de l'opposabilité de la cession envers du bailleur, qui est la date à laquelle le bailleur notifie le deuxième locataire de son accord à la cession. Dans ce cas, le deuxième locataire doit à nouveau payer le loyer au bailleur, puis le restituer au premier locataire, car ce dernier l'aurait obtenu illégalement¹⁰⁹⁹. En revanche, le second locataire ne sera pas responsable du retard du paiement de loyer dû au premier locataire avant la cession et l'approbation du bailleur par écrit. Et si le deuxième locataire le paye en son nom, il a le droit de recours contre le premier locataire conformément aux dispositions de la théorie du paiement de l'indu, à moins que le premier locataire n'ait été préalablement convenu avec le deuxième locataire de payer le loyer que le premier locataire ne paie pas au bailleur¹¹⁰⁰.

Outre l'obligation principale du nouveau locataire de payer le loyer au bailleur, le deuxième locataire qui a remplacé le premier locataire doit respecter le reste des obligations précédemment engagées par son prédécesseur, et les exécuter à l'intérêt du bailleur, car elles font partie de ses droits stipulés dans l'article précité, y compris l'obligation du second locataire pendant la période de location d'utiliser le bien loué selon les finalités à quoi il a été préparées, et dans les limites de son usage habituel. Il est également responsable de la réalisation des travaux de maintenance opérationnelle à ses frais selon les principes techniques suivis. Toutefois, le preneur ne peut apporter aucune modification ou changement au bien loué sauf après avoir obtenu une approbation écrite du bailleur précisant la nature du changement ou de la modification, son étendue et la personne responsable de son coût¹¹⁰¹.

Parmi les autres obligations du deuxième locataire qui devient à sa charge, l'interdiction de vendre ou d'hypothéquer le bien loué objet du contrat, car il ne se transforme pas comme propriétaire du bien loué une fois que le contrat de crédit-bail lui a été cédé par le premier locataire, et il n'a pas le droit de prêter le bien loué à des tiers sauf après avoir observé les conditions prévues par la loi. Le second locataire est également tenu de remettre le bien loué dans l'état où il l'a reçu à l'expiration du bail, sauf s'il a été perdu ou endommagé par le locataire. L'engagement de l'entreprise bénéficiaire - qu'il s'agisse du premier locataire ou du deuxième locataire - de restituer les actifs est l'une des options dont il dispose à la fin de la durée du contrat de crédit-bail, et sa réticence à acheter les actifs faisant l'objet du contrat ou à prolonger le contrat pour une autre période¹¹⁰².

En contrepartie, le bailleur est tenu envers le second locataire de tout ce qu'il était obligé envers le premier locataire, notamment la garantie et l'entretien du bien loué. Le bailleur a également le droit d'intenter une action en justice directement contre le deuxième locataire en cas de défaut de paiement du loyer ou de toute autre obligation découlant du contrat de crédit-bail, car il est le successeur du premier locataire. Le deuxième locataire peut également intenter une action directe contre le bailleur pour exiger qu'il exécute ses obligations résultant du contrat précité, telles que la garantie et l'entretien du bien loué, pour la même raison précitée.

B - Les effets de la cession conclue par le bailleur du contrat de crédit-bail

Dans le cas où le bailleur cède le contrat de crédit-bail à un second bailleur, le bailleur d'origine est tenu de notifier au locataire la cession sans qu'il ait besoin de son approbation à la cession. Et cette cession n'est opposable au preneur qu'à compter de la date de sa notification, ou à compter de la date

¹⁰⁹⁹ نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، مرجع سابق، ص 361.

¹¹⁰⁰ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 154.

¹¹⁰¹ المادة 4/6 قانون التأجير التمويلي الإماراتي.

¹¹⁰² فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 235، 236.

de la cession au cas où il n'aurait pas été notifiée avant cela. Cette cession se traduit par trois relations : la relation du premier bailleur avec le deuxième bailleur (i), et sa relation avec le bailleur (ii), ajoutant la relation du deuxième bailleur avec le locataire (iii).

i - La relation du premier bailleur avec le deuxième bailleur

La cession du contrat de crédit-bail à un second bailleur à titre onéreux est généralement qualifiée comme une vente, et pour cette raison le premier bailleur (le vendeur) est obligé de transférer la propriété du bien loué au second bailleur (l'acheteur), en échange de l'engagement de ce dernier à payer le prix¹¹⁰³. De plus, la propriété du bien loué est transférée du premier bailleur au deuxième bailleur, "chargé du contrat de crédit-bail"¹¹⁰⁴, c'est-à-dire de tous les droits et obligations découlant de ce contrat qui étaient à l'origine de la responsabilité du premier bailleur envers le locataire.

En conséquence, tous les droits du premier bailleur, notamment la perception du loyer, et toutes ses obligations dès la livraison du bien, son entretien, ses garanties, etc., seront transférés au second bailleur. Le premier bailleur est également tenu de remettre une copie du contrat de crédit-bail et tous les documents relatifs au contrat et nécessaires pour le prouver et exercer les droits qui en découlent¹¹⁰⁵. Il est responsable en cas d'absence de droits dévolus au second bailleur, alors que ce dernier ne garantit pas la solvabilité du locataire, ni son engagement sur l'ensemble des termes du contrat sauf convention contraire, ce qui signifie qu'il est permis de s'engager à garantir au premier bailleur d'exécuter ses obligations envers le second bailleur¹¹⁰⁶.

ii - La relation du premier bailleur avec le locataire

Si le premier bailleur cède le contrat de crédit-bail à un second bailleur, ce dernier remplace le premier, et il devient obligé d'exécuter toutes les obligations découlant du contrat de crédit-bail envers le preneur, tandis que le premier bailleur se décharge de ces obligations. En d'autres termes, après avoir notifié par écrit au locataire la cession du contrat de crédit-bail au second bailleur, le premier bailleur est libéré de toutes les obligations stipulées dans le contrat. Il ne sera pas responsable de la garantie du bien loué ni de son entretien, et il ne peut réclamer au locataire le loyer dû. Toutes les obligations du locataire envers le premier bailleur sont transférées envers deuxième bailleur, et une relation directe s'établit entre ledit locataire et le deuxième bailleur, étant donné que ce dernier devient le successeur du premier bailleur.

iii - La relation du deuxième bailleur avec le locataire

Sans préjudice des droits et des garanties du preneur, la cession par le premier bailleur du contrat de crédit-bail à un second bailleur n'entraîne pas une violation des droits et garanties établis pour le preneur en vertu du contrat conclu entre eux, le preneur conservant tous ses droits et garanties découlant du contrat de crédit-bail vis-à-vis du deuxième bailleur¹¹⁰⁷. Le législateur émirien a explicitement adopté ce principe dans l'article 14/1 de la loi sur le crédit-bail, dans lequel il stipule : « Le bailleur peut transférer la propriété du bien loué à un autre bailleur ... et cela n'entraîne aucune diminution des droits du locataire ni ne lui impose de nouvelles obligations... ». Le même principe a été adopté par les législateurs égyptien¹¹⁰⁸ et saoudien¹¹⁰⁹.

Il est supposé que la cession du premier bailleur du contrat de crédit-bail au second bailleur transfère les droits et obligations du locataire envers le premier bailleur au deuxième bailleur, mais ce

¹¹⁰³ الياس ناصيف، العقود الدولية (عقد الليزينغ) أو عقد الإيجار التمويلي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 333.

¹¹⁰⁴ هذا التعبير تم استخدامه من قبل المشرع السعودي، حيث جاء في المادة 15 من نظام الإيجار التمويلي: "إذا باع المؤجر الأصل المؤجر للغير، فإن ملكية الأصل تنتقل محملة بالعقد".

¹¹⁰⁵ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 153.

¹¹⁰⁶ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية، ج 6، دار إحياء التراث العربي، 1958، ص 506.

¹¹⁰⁷ فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 240.

¹¹⁰⁸ المادة 23 قانون التأجير التمويلي والتخصيم المصري.

¹¹⁰⁹ المادة 1/4 اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي السعودي.

transfère prend-il effet à partir de la date de conclusion du contrat de cession, ou de la date de notification écrite de la cession au locataire, ou de la date de la gratification de la cession dans le registre ? Tant que le législateur émirien a exigé du premier bailleur de notifier par écrit le locataire de la cession, il est supposé que le but de cette notification soit d'informer le locataire de la cession, et de reprendre l'exécution de ses mêmes obligations envers le deuxième bailleur qui a remplacé le premier bailleur dans le cadre de cette cession, à compter de la date de notification de la cession. En effet, cette position du législateur émirien ne se diffère rien des positions des législateurs égyptien¹¹¹⁰ et saoudien¹¹¹¹. C'est pourquoi nous sommes surpris que le législateur émirien ait imposé l'obligation de gratifier la cession conclue par le bailleur dans le registre à l'article 14/2 de la loi sur le crédit-bail, sans préciser le but de cette gratification, que la cession de cette cession soit opposable envers autrui, y compris le preneur !

Ainsi, une fois que le locataire est notifié par écrit de la cession du contrat de crédit-bail par le premier bailleur au deuxième bailleur, ce dernier devient - à notre avis - obligé d'exécuter toutes les obligations que le premier bailleur avait engagées envers le locataire dans le contrat précité, notamment en s'assurant que le bien loué est exempt de vices cachés, n'a pas de droit de mérite, bien entretenu, etc. En contrepartie, le locataire est tenu de faire face au second bailleur avec les mêmes obligations auxquelles il s'était engagé envers le premier bailleur, et stipulées dans le contrat de crédit-bail dont la plus importante est le paiement du loyer et la conservation du bien loué. Le locataire bénéficie également des mêmes droits que le contrat lui accordait vis-à-vis du second bailleur.

En cas de non-exécution par le preneur de ses obligations découlant du contrat de crédit-bail ou de retard dans leur exécution, le deuxième bailleur a le droit de le saisir directement pour solliciter l'exécution de ces obligations. Le locataire a également le droit d'intenter une action directe contre le deuxième bailleur pour réclamer l'exécution des obligations résultant du contrat de crédit-bail si ce dernier ne l'exécute pas. Si le locataire choisit de devenir propriétaire du bien loué à la fin de la durée du contrat de crédit-bail, le deuxième bailleur est tenu de transférer la propriété au locataire au moment du paiement du dernier loyer qui lui est dû¹¹¹².

Conclusion

Suivant les articles 11 et 14 de la loi n ° de 2018 sur le crédit-bail financier, le législateur émirien a autorisé les deux parties du contrat de crédit-bail, à savoir le locataire et le bailleur, de cesser ce contrat dans des conditions spécifiques. Il a exigé une approbation écrite et préalable du bailleur pour que la cession du locataire au contrat prenne effet face à lui, et non pour la validité de cette cession. En revanche, il a imposé au bailleur l'obligation de notifier la cession au locataire pour que sa cession du contrat à second bailleur prenne effet vis-à-vis du locataire. Quant à la validité des deux formes de cession mentionnées à l'égard des tiers, elles ne se produisent d'effet qu'à la date de gratifier la cession dans le registre.

Les deux articles indiqués ci-dessus mentionnaient également les effets de la cession du contrat de crédit-bail. Si la cession avait lieu de la part du locataire, le nouveau locataire le remplacerait dans tous ses droits et ses obligations vis-à-vis du bailleur à compter de la date de conclure la cession s'il obtenait l'approbation écrite du bailleur avant la cession, ou à compter de la date de l'approbation mentionnée si celle-ci a été émise après cession, à condition que le locataire d'origine ne garantisse pas le nouveau locataire dans l'exécution de ses obligations contractuelles, sauf accord avec le bailleur. Si la cession est intervenue de la part du bailleur, le nouveau bailleur le remplace dans tous ses droits et se

¹¹¹⁰ تنص المادة 23 من قانون التأجير التمويلي المصري لسنة 2018: يجوز للمؤجر أن يتنازل عن العقد إلى مؤجر آخر، ولا يسري هذا التنازل في حق المستأجر إلا من تاريخ إخطاره.

¹¹¹¹ جاء في المادة 4/4 من اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي السعودي لسنة 1433هـ: "إذا نشأ عن التنازل (أي تنازل المؤجر عن العقد) تغيير في جهة تسلم الأجرة فيسري هذا التغيير في حق المستأجر من تاريخ إبلاغه به".

¹¹¹² صفاء عمر خالد بلعوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2005، ص 118.

obligations à compter de la notification de la cession au locataire. Et le bailleur d'origine ne garantit pas l'exécution du nouveau bailleur de ses obligations envers le locataire, sauf accord contraire.

Ci-dessous, nous montrons les constatations et recommandations les plus importantes auxquelles le chercheur a abouti.

- Les constatations

1. Le contrat de crédit-bail est considéré comme une forme spéciale du contrat de location ordinaire en ce qui concerne la plupart des obligations qu'il impose au locataire et au bailleur. Par conséquent, il était nécessaire de se référer d'abord aux règles générales du contrat de location ordinaire, puis à la théorie générale du contrat dans la loi émirienne sur les transactions civiles en cas d'absence de texte applicable dans la loi émirienne sur le crédit-bail.

2. Dans l'article 2/2 de la loi sur le crédit-bail, le législateur émirien a décidé d'annuler le contrat de crédit-bail conclu avec un bailleur qui n'est pas autorisé à exercer l'activité de crédit-bail, mais il a négligé de prévoir également l'annulation de la cession du bailleur du contrat de crédit-bail à un autre bailleur qui n'est pas autorisé à exercer cette activité.

3. Le texte de l'article 3 de la loi sur le crédit-bail est incomplet en raison de son exigence d'écrire le contrat de crédit-bail, et de l'enregistrer ou de le gratifier au registre des contrats de crédit-bail pour qu'il soit valide, sans que cela inclue tout accord dont l'objet est de modifier ou de cesser ledit contrat.

4. Dans l'article 11/1 de la loi sur le crédit-bail, le législateur émirien a stipulé l'approbation écrite et préalable du bailleur sur la cession faite par le preneur du contrat de crédit-bail, alors que le locataire devrait être informé après avoir cessé le même contrat par le bailleur, ce qui signifie que le contrat de crédit-bail en droit émirien est fondé sur la considération personnelle du bailleur envers le locataire uniquement.

5. La cession conclue par le locataire du contrat de crédit-bail à un autre locataire prend effet face au bailleur à compter de la date de l'accord sur la cession dans le cas où le bailleur accepte par écrit le contrat de cession avant de le conclure, alors que s'il donne son accord écrit après la cession, cette cession n'est opposable à lui qu'à la date de son approbation. En conséquence, et contrairement à ce que suggère l'article 11/2 de la loi émirienne sur le crédit-bail, cette cession ne sera opposable au bailleur qu'à la date à laquelle elle sera gratifiée dans le registre.

6. Contrairement aux règles générales du contrat de location qui exigent l'autorisation ou l'approbation du locataire à la vente de la chose louée pour sa validité de plein droit, la cession du bailleur du contrat de crédit-bail et sa vente du bien loué à un autre bailleur sont opposables au locataire à compter de la date de sa notification écrite de cette cession, et non à compter de la date de gratifier la cession dans le registre.

7. Bien que le législateur émirien ait explicitement stipulé aux articles 11/1 et 14/2 de la loi sur le crédit-bail de gratifier la cession du contrat de crédit-bail conclu par le locataire ou le bailleur, il n'a pas expliqué les implications juridiques de cette gratification, qui n'est pas supposée être une condition de la validité de cette cession, mais plutôt une exigence de validité de la cession envers des tiers qui ne sont pas partie, ni de la cession précitée ni du contrat de crédit-bail lui-même, comme l'indiqué à l'article 5/4 de ladite loi.

8. Certains juristes voient de qualifier la cession du contrat de crédit-bail, qu'elle soit intervenue de la part du locataire ou du bailleur, comme un transfert de droit et de dette car l'objet de la cession est un certain nombre de droits et d'obligations résultant du contrat. Mais l'opinion la plus déterminée est celle qui considère la cession susmentionnée comme une renonciation à un lien contractuel avec tous les droits et les obligations qu'il contient en une unité indivisible.

9. En cas de cession du contrat de crédit-bail à un tiers par le locataire, le nouveau locataire le remplace dans tous ses droits et obligations envers le bailleur à compter de la date de l'approbation écrite de la cession par ce dernier. Mais le premier locataire ne garantit pas l'exécution du bailleur de ses obligations envers le nouveau locataire sauf accord contraire, puisque l'approbation de la cession par le bailleur lui donne la possibilité d'étudier le statut de crédit du locataire qui a remplacé son client d'origine.

10. Dans le cas où le bailleur cède le contrat de crédit-bail à un tiers, le nouveau bailleur le remplace dans tous ses droits et obligations envers le locataire à compter de la date de sa notification de la cession. Le premier bailleur ne garantit pas l'exécution du nouveau bailleur de ses obligations envers le locataire sauf convention contraire, étant donné que le contrat ne repose pas sur la considération personnelle du locataire vis-à-vis du bailleur.

- Les recommandations

1. Nous recommandons de modifier l'article 2/2 de la loi émirienne sur le crédit-bail soit amendé afin que tout contrat de crédit-bail soit déclaré nul, ainsi que toute cession dans laquelle le bailleur est une personne non autorisée à exercer une activité de crédit-bail par la Banque Centrale des EAU.

2. Nous proposons de reformuler l'article 3 de la loi émirienne sur le crédit-bail, de sorte que la condition écrite soit requise pour la validité de la conclusion du contrat de crédit-bail et de tout accord dont l'objet est de modifier ou de renoncer à ce contrat, que cela soit fait par le locataire ou le bailleur.

3. Le texte de l'article 11 de la loi émirienne sur le crédit-bail doit être réexaminé, en y incluant une aliéna exigeant l'opposabilité de la cession faite par le locataire du contrat de crédit-bail envers le bailleur à compter de la date de son approbation écrite de la cession, à moins que cette approbation n'ait été émise par lui avant la conclusion du contrat de cession. Dans ce dernier cas, la cession sera opposable à lui à compter de la date de sa signature par les deux parties le locataire d'origine et le nouveau locataire.

4. Nous proposons de reformuler l'article 5/4 de la loi sur le crédit-bail, afin qu'il stipule explicitement qu'il n'est pas permis de protester contre des tiers le contrat de crédit-bail et tout ce qui peut lui arriver en termes de modification de ses termes ou de changement de ses parties, sauf à partir de la date de son enregistrement ou de sa gratification dans le registre.

5. Nous recommandons que le premier locataire soit dégagé de toute responsabilité envers le bailleur une fois que ce dernier a accepté de céder le contrat de crédit-bail à un second locataire, sauf accord contraire, étant donné que le bailleur n'aurait pas accepté la cession s'il n'avait pas constaté que le second locataire a la capacité financière et la solvabilité de remplir les obligations contractuelles Issu du contrat.

6. Nous recommandons également que le premier bailleur soit libéré de ses obligations envers du locataire à compter de la date de sa notification de la cession du contrat de crédit-bail au second bailleur, à moins qu'il n'ait convenu avec le locataire de s'assurer que le nouveau bailleur remplit ses obligations envers lui.

7. Il est nécessaire d'ajouter un article dans la loi émirienne sur le crédit-bail qui donne au cédant, qu'il s'agisse du locataire ou du bailleur, le droit d'intenter une action en justice directement contre le cédant, c'est-à-dire le nouveau bailleur ou le nouveau locataire en cas de non-exécution des obligations qui incombait au cédant du contrat de crédit-bail, en tant que successeur de ce dernier.

Références scientifiques

- آدم نوح علي القضاة وموسى مصطفى القضاة، واجبات المستأجر والمؤجر وحقوقهما في التأجير التمويلي: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة دراسات: علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، العدد 1، الجامعة الأردنية، عمان، 2016.
- إلياس ناصيف، العقود الدولية: عقد "الليزنج" أو عقد الإيجار التمويلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- أيمن عبد الله المطلق، حق التملك في نظام الإيجار التمويلي، رسالة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1436هـ.
- بسام القلاب، التأجير التمويلي، دار الراية، عمان، 2009.
- حسام الدين عبد الغني الصغير، الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- حسن علي الشاذلي، الإيجار المنتهي بالتمليك، مجلة مجمع الفقه الإسلامي منظمة المؤتمر الإسلامي، ع 5، الجزء 4 جمادى الأول، 1409هـ.
- دانا حمه باقي عبد القادر، عقد التأجير التمويلي: مفهومه وطبيعته القانونية، مجلة الرافدين، المجلد 14، العدد 51، 2011، ص 52 وما بعد.
- سمير نصار، موسوعة القانون التجاري: العقود التجارية، الكتاب الثالث، المكتبة القانونية، دمشق، 2006.
- سيد أحمد مسيردي، العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوين وتنفيذ عقد التأجير التمويلي، دار وائل للنشر، عمان، ط 1، 2013.
- صفاء عمر خالد بلعوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2005.
- طه محمد أبو العلا، الإيجار التمويلي الحقيقي للمعدات الإنتاجية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- عبد الرحمن السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، مطبعة حماده الحديثة، المنوفية، 2013.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام، ج 1، دار إحياء التراث العربي، 1958؛ العقود الواردة على الانتفاع بالشيء: الإيجار والعارية، ج 6، دار إحياء التراث العربي، 1958.
- عقيل مجيد كاظم السعدي، عقد الإيجار التمويلي (الليزنج)، مجلة أهل البيت، العدد 8، جامعة أهل البيت عليهم السلام، كربلاء، 2009.
- علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للتأجير التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
- فايز نعيم رضوان، عقد التأجير التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1998.
- محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي، دار الثقافة، عمان، 2011.
- موسى مصطفى القضاة، واجبات المستأجر والمؤجر في التأجير التمويلي، مجلة دراسات: علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، العدد 1، الجامعة الأردنية، عمان، 2016.
- نادر عبد العزيز الشافي، عمليات الإيجار التمويلي تقنية حديثة، مجلة نحن والقانون، العدد 240، بيروت، حزيران 2005.
- نادر عبد العزيز شافي، عقد الليزنج، ج 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2004.
- ناصر خليل جلال وشيرزاد عزيز سليمان، نحو تنظيم قانوني لعقد الليزنج (التأجير التمويلي) في إقليم كردستان، مجلة القانون والسياسة، العدد 4، جامعة صلاح الدين، أربيل، يناير 2008.
- نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- نجوى إبراهيم البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي: دراسة نقدية للقانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 1994.
- Amel Taiebi, Les aspects juridiques du contrat de crédit-bail en droit comparé, Mémoire de Magister en droit comparé des affaires, Université d'Oran en Algérie, 2011.
- Claude Gilbert, La nature et l'intérêt du crédit-bail en informatique, Les Cahiers de droit, Vol. 29, N. «3», 1988. (<https://www.erudit.org/en/journals/cd1/1988-v29-n3-cd3776/042911ar.pdf>)
- Henri Ader, Le crédit-bail immobilier en droit français contemporain, Revue général du droit, Vol. 12, N. 2, 1981. (<https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1981-v12-n2-rgd04541/1059412ar.pdf>)

- Jean Charles Mareau Consultants, Le crédit-bail immobilier, ASF (Association Française des Sociétés Financières), 2011. (<https://www.asf-france.com/wp-content/uploads/2020/03/Le-credit-bail-immobilier.pdf>)
- Jean Derruppé ,Droit commercial, Cours de Maîtrise. Université de Bordeaux, 1982.
- Khalil Feghali, Les concepts et les applications pratiques du crédit-bail financement : le cas libanais (https://www.researchgate.net/publication/276907048_Les_concepts_et_les_applications_pratiques_du_credit-bail_financement_le_cas_libanais)
- Mario Giovanoti, Le crédit- bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique, librairies techniques, paris, 1980.

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

MANNER, TIME AND PLACE OF DELIVERY OF THE ELECTRONIC PRODUCT IN THE ELECTRONIC SALE CONTRACT: A STUDY UNDER OMANI LAW

✍ **Maen Mohammad Ali S. Al-Qassaymeh**

Assistant prof, College of Law (private department), Sultan Qaboos University, Sultanate of Oman

Abstract

This article aims at specifying the manner, the time and the place of delivery of the electronic product in electronic sale contract. It focuses on electronic products such as e-photos, music, films, movies, etc. So, if one of these products is a subject matter in a contract of sale and the parties agreed that the delivery will be done electronically, at what time and at what place the delivery is deemed to be done? This issue is regulated indirectly in some provisions in Omani Electronic Transaction Law (OETL) .

Keywords: electronic message, electronic product, place of delivery and time of delivery.

ملخص

من المعلوم أنّ أحد أهم التزامات البائع في عقد البيع هو تسليم الشيء المبيع. فيلتزم البائع بالتسليم بالکیفیه وبالمكان والزمان التي اتفق عليها طرفا العقد. لكن في العقد الإلكتروني، إذا كان الشيء محل العقد مُنتج إلكتروني، كأن يكون صور إلكترونية أو مقطوعة موسيقية إلكترونية أو فلم تم إنتاجه إلكترونياً أو ما شابه ذلك، واتفق الطرفان على أن يتم التسليم إلكترونياً عن طريق الانترنت، فأين سيكون مكان التسليم؟ ومتى يعتبر المنتج تم تسليمه؟ تم تنظيم هذه المسائل بشكل غير مباشر في بعض نصوص قانون المعاملات الإلكترونية العماني رقم 69 لسنة 2008. تأتي هذه الدراسة للكشف عن هذه القواعد الواردة في هذا القانون وتبيانها.

الكلمات المفتاحية: الرسالة الإلكترونية، المنتج الإلكتروني، مكان التسليم، زمان التسليم..

INTRODUCTION

Once the contract of sale is concluded, both of the parties have to carry out their obligations. Delivery of the thing sold is one of these obligations which come from this contract. This obligation is governed in Oman by the basic rules in Omani Civil Law (OCL)¹¹¹³ which regulate all aspects relate to the delivery such as the manner of the delivery, the place of the delivery, the time of the delivery and the party who bears the destruction if it happens. These rules are dedicated to regulate the traditional contract where the seller delivers the thing sold by traditional methods, but not by electronic means. Thus, questions arise; are these rules enough to regulate the delivery of electronic product that occurs via electronic means? Do the provisions of OETL contain rules regulate this manner of delivery? If yes, how is it regulated? The questions here focus on the electronic products such as pictures, movies, programs, etc. To answer these questions and to discuss the extent of the ability of Omani Law to

¹¹¹³ Omani Civil Law, 2013(Act No. 29of 2013).

regulate this issue, this article is divided into two sections. The first section discusses the manner of delivery of the traditional goods and the extent of appropriateness of this manner with the electronic products. The second section is assigned to discuss the place and the time of delivery of the electronic products.

1. MANNER OF DELIVERY

1.1 Manner of delivery of the traditional goods

The manner of delivery is regulated in Art 385 of OCL which provides: "Delivery is concluded by placing the thing sold at the disposal of the purchaser in such a way that he can take possession of and enjoy it without hindrance. The delivery is deemed to be done even if the purchaser did not seize the thing sold as long as the seller informed him about that. Delivery is affected in accordance with the nature of the thing sold". Besides, Art 386 of OCL provides: "If the thing sold was under possession of the purchaser before forming the sale, this possession is considered delivery unless the parties agreed otherwise". In addition, Art 387 of the same law provides: "If the parties agreed or the law provided that the delivery is considered done, then the delivery is legally done".¹¹¹⁴

These Articles show that two requirements should be fulfilled in order to deliver the thing sold. The first is that the seller has to set the thing sold under disposal of the purchaser. Therefore, he can dispose, use, exploit or do what he wants to do in it. The second is that the seller has to inform the buyer that he set the thing sold under his disposal. Thereby, the buyer will understand that the thing sold becomes under his control and he can do what he wants to do. These two requirements are important and necessary to make the delivery, i.e. there is no delivery without them.¹¹¹⁵

Additionally, the aforementioned Articles show that the delivery in Omani Law is either *Maddy* (actual) or *Hukmy* (constructive).¹¹¹⁶ The former method is concluded by delivering the thing sold by hands, i.e. if the thing sold is movable property, the delivery is concluded by handing it to the buyer. This happens if the nature of the thing sold accepts delivery by hands such as the things which are estimated by measure of capacity, or by weight, etc.¹¹¹⁷ Sometime, the actual delivery is concluded figuratively as if the seller hands the keys of the store to the buyer, or as if the seller hands the bill of lading to the buyer.¹¹¹⁸ Additionally, sometime the nature of the movable property hinders delivering it by hand as if it was tons of dates. The delivery, in this case, is concluded by providing the means of control to the buyer and removing any obstacles between the buyer and the goods,¹¹¹⁹ i.e. in this example, the delivery is concluded when the seller opens the store and enables the buyer to carry this dates on the trucks.

In addition, if the thing sold is a real estate as if it is a building or a piece of land, the delivery happens by vacating the real estate and enabling the purchaser to take the place of the seller in that real estate. This may also happen figuratively as if the seller hands the keys of the building to the buyer.¹¹²⁰

¹¹¹⁴ These Articles are similar to Art 435 of Egyptian Civil Law, 1948 (Act No. 131 of 1948). They are also similar to Articles 494 and 495 of Jordanian Civil law, 1976 (Act No. 43 of 1976).

¹¹¹⁵ Mustafa Abu Mundor, *al-'uqood al-musammah: Al-bay' wal-ejar*, (Muscat, Maktabat Beirut, 2012), at 210-211.

¹¹¹⁶ Ibid. See also Muhammad al-Zu'bi, *al-'uqood al-musammah: Sharh 'aqd al-bay' fee al-qanoon al-madany*, (Amman, Dar al-Thaqafah lil nashr wa al-tawzee', 2004), at 308. See also Muhammad Shata abu Sa'd, *'Aqd al-bay'*, 1st edn, (al-Qahirah, Dar al-Fikr al-'Araby, 2000), at 243.

¹¹¹⁷ Muhammad al-Zu'bi, at 308-309. See also PS Atiyah, John N Adams and Hector Macqueen, *The sale of goods*, 10th edn, (London, Pearson Education, 2001), at 121.

¹¹¹⁸ This usually happens in the goods which are carried and sold through the sea. See Muhammad Husayn Mansor, *Sharh al-'uqood al-musammah; sharh 'aqd al-bay' wa al-muqayadhah*, (Bayrot, Dar al-Nahdhah al-'Arabeyyah, 1995), vol 1, at 94.

¹¹¹⁹ Ali Hady al-'Ubaydi, *al-'Uqood al-musammah: al-bay' wa al-ejar*, (Amman, Dar al-Thaqafah lil nashr wa al-tawzee', 2005), at 102. See also Atiyah, Adams and Macqueen, at 121.

¹¹²⁰ Mustafa Abu Mundor, at 210-211.

The constructive method of delivery differs from the actual method in that the delivery happens in the constructive method without physical action, but with legal disposal.¹¹²¹ This happens either according to the agreement of the parties of the contract or according to the rules of the law. This may take several forms. For example, if the thing sold was under the control of the buyer before the formation of the contract, the delivery here is considered constructive. This may happen as if the buyer borrowed it before the formation of the sale contract. Here, when the sale contract is concluded, the thing sold is legally delivered.¹¹²² This is because the thing sold is already under the control of the buyer.

In addition, delivery is considered constructive if the provisions of the law provide that the goods are delivered without actual delivery. For example, section one of Art 390 of OCL provides “If the thing sold is destroyed while in the possession of the vendor prior to delivery and the destruction was occurred by of the buyer’s action, the thing sold is deemed to be delivered and the buyer has to pay the price”.¹¹²³ Thus, this provision indicates that the thing sold is legally delivered even though there is no physical delivery.¹¹²⁴

Further, the delivery is considered constructive if the buyer asks the seller to keep that thing sold under his control. This may happen when the buyer is busy, or when there is a reason prevents him to collect the thing sold.¹¹²⁵ Furthermore, the thing sold is delivered without actual action if the parties agreed that the thing sold is delivered to the buyer. This usually happens when the contract contains a condition provides that: if the buyer did not attend to the specified place and at the specified time of delivery, the delivery is considered concluded.¹¹²⁶

1.2 Manner of delivery of the electronic product

The delivery of electronic products is governed by these rules which govern the traditional goods, i.e. the two aforementioned requirements which are necessary in the traditional delivery are also important and necessary in the electronic delivery. So, the seller has to set the electronic product under disposal of the purchaser. And also, the seller has to inform the buyer that he set the thing sold (the electronic product) under his disposal. Thereby, the buyer will understand that the thing sold becomes under his control and he can do what he wants to do.

In addition, the electronic delivery is concluded by one of the two mentioned methods. Namely, the physical delivery and the constructive delivery. But it is concluded here electronically, i.e. the electronic environment in which the delivery is concluded bestows the electronic character upon it. Accordingly, the process of this delivery is completed when the electronic product enters the possession of the buyer.¹¹²⁷ But how does it enter the possession of the buyer in the electronic environment? OCL and OETL are devoid from rules regulate this issue. However, Art (17\A) of OETL regulates the manner by which the electronic message is despatched. This Art provides: “A) Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, the dispatch of the electronic message shall occur when it enters an information system outside the control of the originator or the person who sent the electronic message on behalf of the originator”. Accordingly, this rule clarifies how the electronic message is delivered. It mentions clearly that the electronic message is delivered when it is sent by the originator and enters an information system belongs to the addressee unless the parties agree otherwise. But a question arises, does the term “electronic message” includes the electronic product? The answer

¹¹²¹ Sameer ‘Abd al-Sayyed Tnago, ‘*Aqd al-Bay’*, (al-Iskandareyyah, Munsha’at al-Ma’arif, 2005), at 220.

¹¹²² Muhammad al-Zu’bi, at 310. See also Wahbah al-Zuhayli, *al-‘Uqood al-musammah fee qanon al-mu’amat al-madaneyyah al-imaraty wa al-qanon al-madany al-urduny*, (Dimashq, Dar al-Fikr, 2007), at 57.

¹¹²³ This provision is exactly similar to art 501 (a) of Jordanian Civil Law.

¹¹²⁴ Muhammad al-Zu’bi, at 310.

¹¹²⁵ Ibid, at 311. See also Wahbah al-Zuhayli, at 57.

¹¹²⁶ Muhammad al-Zu’bi, at 312.

¹¹²⁷ Muhammad Hasan Rfa’y al-‘Attarr, *al-Bay’ ‘abr shabakat al-Internet*, 1st edn, (al-Iskandareyyah, Dar al-Jami’ah al-Jadeedah, 2007), at 110.

is mentioned in Art (2) of the same law which defines the term “electronic message” flexibly and widely. It provides: “electronic message is: electronic information to be sent by electronic means whatever the method of its extraction at the location of receiving”. Besides, the same Art defines the term “electronic information” as: “information or data to be interchanged electronically in the form of texts or symbols or sounds or pictures or photos or charts or computer programs or any other database”. Accordingly, these definitions show that the word “electronic message” is wide enough to include the electronic products such as films, movies, pictures, music, computer programs, etc.

On basis of that, the electronic product is delivered according to Art “17” which is aforementioned, i.e. it is delivered to the buyer when it is dispatched by the seller and becomes out of his control and enters the information system of the buyer. This may be considered an electronic substitute to the actual delivery which is regulated in OCL and mentioned above.

But if the electronic product is saved on hardware, for example CD or hard disk drive, and the delivery is concluded by handing it to the buyer, the delivery is done by traditional method but not electronically. This is because the delivery is delivered physically as if it is traditional goods.¹¹²⁸

In addition, the delivery of electronic product may be considered, sometime, constructive delivery. This happens as if the electronic product was under the control of the buyer before the formation of the sale contract such as if the buyer borrowed or rented the product from the seller before the sale. The electronic delivery is considered constructive also as if the electronic product was destructed before delivery and the destruction happened as a result of the buyer’s mistake.¹¹²⁹ Besides, the electronic delivery may be considered constructive if the buyer asks the seller to keep the electronic product under his possession.

2. THE PLACE AND THE TIME OF DELIVERY

2.1. The Place of Delivery

2.1.1 Importance of the place of delivery

Before specifying the place of delivery, it is important to clarify the importance of specifying this place. Art 50 of Omani Civil and Commercial Procedures Law¹¹³⁰ provides “the competent court in the commercial transactions is the court of the domicile of the defendant or the court of the place where the contract is concluded and the goods is delivered, or where the contract should be performed”.¹¹³¹ Thus, this Art shows that the place of performance of the commercial contract is important to specify the jurisdiction issue.

In addition, the place of delivery is, some time, important to specify the applicable law. The importance arises in the international transactions. Whereas the parties of the contract in these transactions have freedom to select the law which regulates their contract, their freedom is restricted with an existence of connection between the contract and the law which they select. The place of delivery may be considered this connection.¹¹³² This rule is adopted in national Laws and in some international conventions, such as Rome Convention.¹¹³³

¹¹²⁸ ‘Isam ‘Abd al-Fattah Matar, *al-Tijarah al-ilktroneyyah fee al-tashree’at al-‘arabeyyah wa al-qjnabeyyah*, (al-Iskandareyyah, Dar al-Jami’ah al-Jadeedah, 2009), at 243.

¹¹²⁹ See Art 390 of OCL which is mentioned earlier.

¹¹³⁰ Omani Civil and Commercial Procedures Law, 2002 (Act No. 29 of 2002).

¹¹³¹ This rule is adopted in some Arabic laws such as Egyptian Law See Art 30 of Egyptian Civil and Commercial Procedure Law, 1968 (Act No. 13 of 1968). See also Art 44 of Jordanian Civil Procedure Law, 1988 (Act No. 24 of 1988).

¹¹³² Hasan al-Hidawi, *Tanazu’ al-qawaneen: al-mabadi’ al-‘ammah wa al-hulol al-wadh’eyyah fee al-qanon al-urduny*, 1st edn, (‘Amman, Dar al-Thaqafah lel nashr wa al-tawzee’, 2005), at 150.

¹¹³³ See Hasan al-Hidawi, at 150. And for Rome Convention, see Art 4 (2) of Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations for the European Union which was held in 1980 and known as (Rome Convention). This convention adopts two factors to specify the applicable law in the international contract: the characteristic performance and the territorial connection. While the former

2.1.2 specifying the place of delivery

How to specify the place of delivery if the thing sold is electronic product and delivered electronically? Is it the place where the seller (the originator) exists? Or the place where the buyer (the addressee) exists? Primarily, we have to distinguish between the place of delivery as an obligation and the place of delivery as an event.

2.1.2.1 the place of delivery as an obligation

Art 388 of OCL provides: “1) In an unconditional contract the thing sold should be delivered at the place where it is when the sale is concluded. 2) If the contract contains, or the custom demands, dispatching the thing sold to the buyer, the delivery is not concluded unless the thing sold is dispatched to him”. This Art means, if the parties did not specify the place of the delivery in the contract, the delivery should be concluded at the place where the thing sold was at the time of formation of the contract.¹¹³⁴ Thus, the agreement of the parties is important to specify the place of delivery. It takes the main role. But if they overlooked to specify this place, this Article sets an obvious rule provides that the delivery should be concluded at the place where the thing sold was when the sale contract formed. In other words, the seller is bound to deliver the thing sold at the place where that thing exists at the time of formation of the contract. Besides, it is important to take into consideration that if the custom contradicts with this rule, the custom is applied. Not because the custom is higher than the legislation, but because the legislation itself permits the custom to precede it in this regard.¹¹³⁵

These rules are general rules regulated in the civil law and applied on the sale contract whether it is concluded and performed traditionally or electronically. So, these rules specify the place where the delivery should be done. But how this happen in the electronic environment? This is discussed in the following section.

2.1.2.2 the place of delivery as an event

OETL does not contain a provision regulates the place of delivery. However, Art (17\C) of this law regulates the place of dispatching the electronic message, in general, and the place of receiving it. This Art provides: “Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, the electronic message shall be deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and shall be deemed to be received at the place where the addressee has its place of business even if the place where the information system is located differs from the place where the message is presumed to be received”.

Thus, the place of dispatching and receiving the electronic message is specified in this Art, and as mentioned above, the electronic product is considered an electronic message. However, This Art is ambiguous. This is because it mentions two places; the place of dispatching and the place of receiving. Accordingly, which place is considered the place of delivery? Is it the place of the originator (the seller) or the place of the addressee (the buyer)? This ambiguity is removed when we link this Art with the basic rules in OCL which are aforementioned. Primarily, both of the Acts (OCL and OETL) agree that the mutual consent of the parties has the main role to specify the place of delivery.¹¹³⁶ But if the parties overlooked to specify this place, the delivery should be done, according to the general rules, at the

factor leads to specify the applicable law according to the party who is to effect the performance which characterizes the contract, the second one is based on the relation between the contract and the closest territory. Thereby, these factors localize the international contract by linking the characteristic performance with a country, and then the applicable law is specified. For more information, see C.M.V. Clarkson Ba and Jonathan Hill, *The conflict of laws*, 3rd edn, (New York, Oxford University Press, 2006), at 185.

¹¹³⁴ Muhammad al-Zu'bi, at 315.

¹¹³⁵ Ibid.

¹¹³⁶ See Art 388 of OCL which is mentioned earlier.

place where it is when the sale contract is concluded, usually the place of the seller. Thereby, it can be concluded that the place of delivery of the electronic product is the place of business of the seller.

Thus, to specify the place of delivery of the electronic product, we do not have to focus on the medium in which the delivery is concluded, namely the internet, because it exists, approximately, everywhere. But we have to focus on the place of business of the seller.

But what if the seller has several places for his business? Where is the place of delivery? We can find the answer of this question in section (d) of Art (17) of OETL which provides: "If the originator or the addressee has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the underlying transaction or, where there is no underlying transaction, the principal place of business and if the originator or the addressee does not have a place of business, then reference is to be made to its habitual residence". Thus, this Art gives us three criteria to specify the place of delivery in case the seller has more than one place for his business. The first criterion is the place of the branch which is linked with the transaction. If it is difficult to specify this branch, in this case the place of delivery is the place of the headquarter of the seller. Finally, if the seller does not have place of business, then the place of delivery is specified according to the third criterion which renders the place of the habitual residence a place of delivery.

These are the criteria on which we depend to specify the place of the seller. Despite that, the place of delivery may be the place of the buyer, but not the place of the seller. This occurs, as mentioned earlier, when the electronic product is under the control of the buyer at the time of formation of the sale contract. The electronic product may be under the control of the buyer in several forms such as if the buyer rented the electronic product before forming the sale contract, or as if the seller deposited the electronic product with the buyer before forming the sale contract, etc.

2.2. The Time of Delivery

2.2.1 Importance of the time of delivery

It is important to determine the time of delivery of the thing sold because it is the borderline which specifies the party who bears the destruction if it happens. The destruction of the thing sold is discussed before the delivery not after it. This is because the destruction after the delivery is borne by the buyer. This is codified in Article 382 of OCL which provides: "If the vendor delivered the thing sold correctly to the purchaser, no liability attaches to the vendor, and if there is loss, it must be borne by the purchaser". Thus, if the delivery is concluded correctly, the seller will not be liable for the thing sold after the conclusion of the delivery. But he will remain liable if the destruction occurs because of his mistake. And also, he will remain liable if the destruction occurs due to a cause refers to the time when the thing sold was under his possession such as the hidden defect.¹¹³⁷

Additionally, as the delivery is an obligation for the seller, the time of delivery is important to know if he did this obligation or not. So, if he is late and the other party is injured, then the seller has to compensate the buyer.¹¹³⁸

2.2.2 the time of delivery as an obligation

The time of delivery is regulated in Art 155 of OCL which provides: "1) In the absence of a provision of the law to the contrary, fulfilment must be made as soon as the obligation has been definitely created..."¹¹³⁹ In addition, Omani Commercial Law¹¹⁴⁰ contains a similar rule in Art 114

¹¹³⁷ Muhammad al-Zu'bi, at 320.

¹¹³⁸ Based on the general rules of the contract. See Mohammad Bandary, *Al-Wajeez fee masadir al-iltizam fee al-Mo'amalt al-madaneyyah al-Omani*, 1st edn, (Cairo, Dar Al-Nahdhah Al-Arabeyyah, 2014), at 262.

¹¹³⁹ This provision is similar to Art 346 of Egyptian Civil Law, 1948, (Act No. 131 of 1948).

¹¹⁴⁰ Omani Commercial Law, 1990, (Act No. 55 of 1990).

which provides: “In the absence of an agreement, the delivery in contract of sale should be done at the time of conclusion of the contract unless the nature of the item, or the custom contains a rule provides otherwise”.

This means; if the parties agree on a specific time to deliver the thing sold, the seller is bound to deliver it at that time. But if there is no agreement on the time of the delivery, the performance of this obligation starts as soon as the contract is concluded. Accordingly, the seller has to deliver the thing sold immediately.¹¹⁴¹ But we have to take into consideration that the nature of the thing sold may play an important role in specifying the time of delivery.¹¹⁴²

In addition, it is noticed that the aforementioned Articles set general rule that comprehends the traditional goods and the electronic products, i.e. these Articles show that if the thing sold is electronic product, and the parties do not agree on the time of delivery, it should be despatched immediately as soon as the contract is concluded.

However, It would be better if Omani Law adopted the reasonable time criterion which had been adopted by some laws such as English Law which provides “where under the contract of sale the seller is bound to send the goods to the buyer, but no time for sending them is fixed, the seller is bound to send them within a reasonable time”.¹¹⁴³ Thus, this Article shows that in the absence of the agreement of the parties, the delivery is supposed to be concluded within a reasonable time, but not immediately after the formation of the contract. This reasonability is considered a flexible criterion that gives authority to the courts to widen the frame of the time of the delivery.¹¹⁴⁴ This flexible criterion is not only applied in English Law, but it is also applied in the International Trade Law.¹¹⁴⁵

Accordingly, this criterion is suitable to be applied on the delivery of the electronic products whereas the delivery of these products may need time because of some factors such as the size of the electronic products and the time of uploading of the product, i.e. the electronic environment itself may, sometime, cause delay in the delivery.

As we see, the previous criteria are important to specify the time of delivery as an obligation. But a question arises here, how to specify the time of delivery as an event? In other words, it is known that the actual delivery in the traditional sale occurs by handing the thing sold to the buyer, in this case, the time of delivery is the time of handing. Now, what is the time of delivery in the electronic environment? The answer of this question is discussed in the following section.

2.2.3. The time of delivery as an event

Delivery of the electronic product does not happen by handing that product to the buyer. It happens through the electronic environment. Section B of Art 17 of OETL mentions a definite criterion on which we can depend to specify the exact time of the occurrence of delivery. It provides: “Unless otherwise agreed between the originator and the addressee The time of receipt of the electronic message is determined as follow: (a) If the addressee has designated an information system for the purpose of receiving electronic messages, then receipt occurs at the time when the message enters the designated information system. And if the message is sent to an information system belongs to the addressee differs from the designated information system, the time of receipt will be the time when the message

¹¹⁴¹ Muhammad al-Zu'bi, at 317. See also Mustafa Abu Mundor, at 214.

¹¹⁴² Muhammad Mansor, at 96. See also Mustafa Abu Mundor, at 214.

¹¹⁴³ Art 29 (3) of English Law for the sale of goods, 1979.

¹¹⁴⁴ Larry A. DiMatteo, Lucien J. Dhooge, Stephanie Greene, Virginia G. Maurer, Marisa Anne Pagnattaro, *International sales law: a critical analysis of CISG jurisprudence*, (New York, Cambridge University Express, 2005), at 107. See also Art 33 of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 (CISG).

¹¹⁴⁵ See Art 33 of CISG. See also Ingeborg Schwenzer and Christiana Fountoulakis, *International sales law*, (London, Routledge.Cavendish, 2007), at 230. See also DiMatteo, Dhooge and others, at 107.

is retrieved by the addressee. (b) If the addressee has not designated an information system, then the receipt occurs when the message enters an information system of the addressee”.

According to this Art, we can specify the time of delivery as an event. But to do that it is important to distinguish between the originator (the seller) and the addressee (the buyer). As regard to the originator, the delivery is done at the time when he sends the electronic product to the addressee, and exactly at the time when the electronic product goes out of his control and enters the information system of the addressee.

As regard to the addressee, it is important to distinguish between three cases. The first, if he has designated an information system for the purpose of receiving electronic messages, the electronic product is considered received when it enters that information system. That means the addressee has to inform the originator about that system. Otherwise, the second case should be followed. The second case, if the addressee designated an information system to receive the electronic product but he does not inform the originator about that and the originator sent the electronic product to another system belongs to the addressee, then the product is received when the buyer gets it, i.e. entering the electronic product to the information system is not enough. But the addressee has to get it from the information system. The third case, if the addressee does not designate any information system to receive the electronic product, in this case the electronic product is received at the time of entering the electronic product to an information system belongs to the addressee. So, in this case, entering the electronic product is enough to consider the product received and there is no need to wait until the addressee gets it. It is a logical result because the addressee does not designate an information system.

But a question arises here, what if there is difference between the time of dispatching the electronic product and the time of receiving it? Is any party liable? To answer this question, it is important to know where the lateness come from. If it comes from one of the parties and the other party injured, the party who caused the lateness will be liable.¹¹⁴⁶ If it is a technical problem and the lateness comes from the intermediary party,¹¹⁴⁷ then he will be liable if it is proved that he neglected and one of the parties injured.¹¹⁴⁸

Finally, it is mentioned earlier that the general rules of OCL require knowledge of the buyer about the delivery.¹¹⁴⁹ It seems that the legislature assumes existence of this knowledge as soon as the electronic product enters an information system belongs to the buyer.

CONCLUSION

In conclusion, the rules of despatching and receiving the electronic message which are regulated in OETL can be applied on the issue of delivery of the electronic product. Thereby, we can specify the manner, the place and the time of delivery.

With regard to the manner of delivery of the electronic product, generally the electronic product is not delivered by hand as the traditional delivery. It happens by dispatching the product to the buyer through the electronic means. This delivery is completed when the product enters the information system of the buyer if he designated a private information system. If he does not designate a private information system, then the delivery is completed when it enters any information system belongs to the buyer. However, the delivery of electronic product may be done by traditional methods. This happens as if the electronic product was under the control of the buyer before the formation of the sale

¹¹⁴⁶ Based on the general rules of the contract. See Mohammad Bandary, at 262.

¹¹⁴⁷ This party is the mediator who introduces the electronic service. Existence of this mediator is very important in electronic transactions and there are no electronic transactions without him. See Art one of OETL.

¹¹⁴⁸ Based on the general rules of the contract. See Mohammad Bandary, at 262.

¹¹⁴⁹ See Art 385 of OCL which is mentioned and explained in the beginning of this research.

contract such as if the buyer rented the product before the sale. This happens also when the electronic product is saved in hardware such as CD and delivered by hand.

The time of delivery of the electronic product, as an obligation, is determined according to the agreement of the parties. But if they did not determine it by their mutual consent, the delivery should be done immediately after the sale contract is concluded. Besides, OETL shows that the delivery is considered concluded at the time when the electronic product becomes out of control of the seller and enters an information system belongs to the buyer.

In respect of the place of delivery of the electronic product, this place is determined according to the agreement of the parties. But if they did not specify it by their agreement, the delivery should be done, according to the traditional rules, at the place where the electronic product exists at the time of formation of the sale contract. The electronic product mostly exists at the place of the seller. The meaning of the place of the seller is the place of his business. If he does not have a place of business, then it is the place of his habitual residence. However, sometime the electronic product exists at the place of the buyer.

REFERENCES

1. 'Isam 'Abd al-Fattah Matar, *al-Tijarah al-iliktroneyyah fee al-tashree'at al-'arabeyyah wa al-aj nabeyyah*, (al-Iskandareyyah, Dar al-Jami'ah al-Jadeedah, 2009).
2. Ali Hady al-'Ubaydi, *al-'Uqood al-musammah: al-bay' wa al-ejar*, (Amman, Dar al-Thaqafah lil nashr wa al-tawzee', 2005).
3. Bandary, *Al-Wajeez fee masadir al-iltizam fee al-Mo'amalt al-madaneyyah al-Omani*, 1st edn, (Cairo, Dar Al-Nahdhah Al-Arabeyyah, 2014).
4. C.M.V. Clarkson Ba and Jonathan Hill, *The conflict of laws*, 3rd edn, (New York, Oxford University Press, 2006).
5. Hasan al-Hidawi, *Tanazu' al-qawaneen: al-mabadi' al-'ammah wa al-hulol al-wadh'eyyah fee al-qanon al-urduny*, 1st edn, ('Amman, Dar al-Thaqafah lel nashr wa al-tawzee', 2005).
6. Ingeborg Schwenzer and Christiana Fountoulakis, *International sales law*, (London, Routledge.Cavendish, 2007).
7. Larry A. DiMatteo, Lucien J. Dhooge, Stephanie Greene, Virginia G. Maurer, Marisa Anne Pagnattaro, *International sales law: a critical analysis of CISG jurisprudence*, (New York, Cambridge University Express, 2005).
8. Muhammad al-Zu'bi, *al-'uqood al-musammah: Sharh 'aqd al-bay' fee a-lqanoon al-madany*, (Amman, Dar al-Thaqafah lil nashr wa al-tawzee', 2004).
9. Muhammad Hasan Rfa'y al-'Attarr, *al-Bay' 'abr shabakat al-Internet*, 1st edn, (al-Iskandareyyah, Dar al-Jami'ah al-Jadeedah, 2007).
10. Muhammad Husayn Mansor, *Sharh al-'uqood al-musammah; sharh 'aqd al-bay' wa al-muqayadhah*, (Bayrot, Dar al-Nahdhah al-'Arabeyyah, 1995), vol 1.
11. Muhammad Shata abu Sa'd, *'Aqd al-bay'*, 1st edn, (al-Qahirah, Dar al-Fikr al-'Araby, 2000).
12. Mustafa Abu Mundor, *al-'uqood al-musammah: Al-bay' wal-ejar*, (Muscat, Maktabat Beirut, 2012).
13. PS Atiyah, John N Adams and Hector Macqueen, *The sale of goods*, 10th edn, (London, Pearson Education, 2001).
14. Sameer 'Abd al-Sayyed Tnago, *'Aqd al-Bay'*, (al-Iskandareyyah, Munsha'at al-Ma'arif, 2005).
15. Wahbah al-Zuhayli, *al-'Uqood al-musammah fee qanon al-mu'amalat al-madaneyyah al-imaraty wa al-qanon al-madany al-urduny*, (Dimashq, Dar al-Fikr, 2007).

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}

www.Droitetentreprise.com



محور تقارير عن أطاريح الدكتوراه

مناقشة أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص في موضوع : حقوق الأجر في مناخ الأعمال الدولي

✍ الباحثة صوفيا بومينة

تحت إشراف الأستاذ الدكتور محمد بنحساين

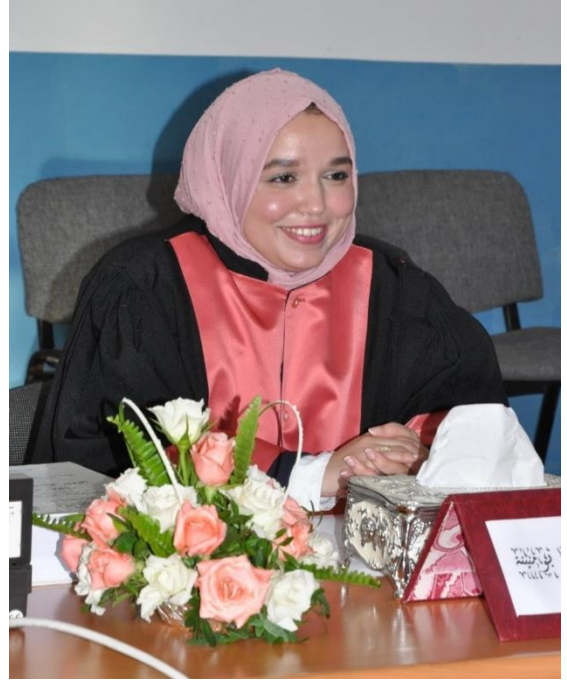
ناقشت الطالبة الباحثة صوفيا بومينة حضوريا يوم الجمعة 23 أكتوبر 2020 على الساعة الرابعة مساء بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، مركز الدراسات في الدكتوراه القانون، الاقتصاد والتدبير أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص تحت عنوان : حقوق الأجر في مناخ الأعمال الدولي.

وتكونت لجنة المناقشة من السادة الأساتذة :

الدكتور المختار اعمرة أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بسلا رئيسا؛
الدكتور محمد بنحساين أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بتطوان عضوا
ومشرفا؛

الدكتور مصطفى حسيني أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بتطوان عضوا؛
الدكتور نور الدين الفقيهي أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بتطوان عضوا.

وبعد العرض والمناقشة قررت اللجنة العلمية قبول الأطروحة ومنح الطالبة الباحثة لقب دكتورة في القانون الخاص بميزة مشرف جدا، مع التوصية بالنشر.



وفيما يتعلق بموضوع الأطروحة، أبرزت الدراسة أن تحديد العلاقة بين القانون الدولي والقوانين الداخلية يعتمد على طبيعة الأساس الذي يقوم عليه القانون الدولي، فالمفهوم الإرادي الذي يجعل القانون الدولي يرتكز على رضا الدول يقود إلى الثنائية التي تعني وجود نظامين قانونيين مستقلين، ومنفصلين، داخلي ودولي يتميز أحدهما عن الآخر. في حين أن المفهوم الموضوعي الذي يضع أساس القانون الدولي خارج الإرادة البشرية يقود إلى الأحادية.

ولكي تكون القاعدة القانونية الدولية سارية المفعول يجب أن تتحول إلى قاعدة في القانون الداخلي، ولا قيمة لها بغير ذلك، وبهذه الصفة يمكنها أن تبقى سارية المفعول، أو معدلة، أو ملغاة من قبل تشريع داخلي لاحق، مع إمكانية تحميل الدولة المسؤولية الدولية، على اعتبار أن المحاكم الوطنية لا تعتمد في أحكامها إلا على القانون الداخلي.

وتبعا لذلك، فإن طبيعة الالتزامات القانونية الناشئة عن الحقوق والحريات الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لا تعدو أن تكون مجرد مناشدة للدول الموقعة عليه للعمل ما في وسعها لتضمين هذه الحقوق والحريات في دساتيرها حتى يتسنى لمواطنيها أن يتمتعوا بمستوى معيشي لائق، وبالتالي فإن التزام الدول لا يعنى بحال من الأحوال أن مواطنيها سوف يتمتعون فعلا بهذه الحقوق، إذ أن ذلك رهين بتمتع هذه الدول ذاتها بقدرات وإمكانات تسمح لها بالوفاء بالحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا العهد.

ومن هذا المنطلق، فإنه لا يكفي النص على الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية في دساتير الدول، بل لابد من قيام هاته الأخيرة بعمل إيجابي بغية الوفاء بها. بعبارة أخرى، تفرض هاته الحقوق على الدول القيام بأعمال من شأنها تقديم العون للمواطنين في حياتهم على مختلف الأصعدة.



وتبعا لذلك، فإنه لا تزال هناك صعوبات عملية في مكافحة انتهاكات المبادئ والحقوق الأساسية، وخاصة في مجال الشغل والتشغيل يتعذر تداركها، إذ غالبا ما تحول هشاشة الوضعية الاقتصادية والاجتماعية للأجراء ضحايا الانتهاكات دون إثبات حقوقهم.

هذا علاوة على أن بعض الأنشطة الاقتصادية أضحت شديدة التعقيد، ويتعذر رصدها، مما ساهم في ارتفاع عدد الأجراء في قطاعات غير منظمة، وكرس لممارسات مخجلة تنهجها بصفة خاصة بعض وكالات التشغيل لدرجة أصبح معها من الصعب تحديد وجود علاقة تشغيل من عدمها، وتحديد المشغل الفعلي.

ولقد ساهم في تكريس هذا الوضع التحول الذي عرفه الربع الأخير من القرن العشرين، وبشكل أكثر تحديدا عقد التسعينات الذي تميز بالعديد من التغيرات العالمية السريعة، والمتلاحقة، والعميقة في آثارها وتوجهاتها المستقبلية، إذ أضحت الاقتصاد العالمي عبارة عن قرية صغيرة متنافسة الأطراف بفعل الثورة التكنولوجية والمعلوماتية.

ولقد تم تقسيم الأطروحة إلى بايين، خصص الأول للبحث حول الأعمال الدولية والشركات دولية النشاط بما في ذلك مناطق الأعمال الدولية، والتحول المسترسل الذي يعرفه النظام الاقتصادي العالمي الحالي في عصر التخصص المرن، وسلاسل الإنتاج الرقمية والتكنولوجيات الجديدة.

في حين تناول الباب الثاني عقد الشغل الدولي ونزاعاته وطبيعته الخاصة، والقانون الأكثر ملاءمة لأحكامه من خلال أعمال قواعد القانون الدولي الخاص قصد تحديد دوليته، هذا مع تحديد المميزات التي أكسبته خصوصية انفرد بها عن باقي العقود الدولية.

أما القسم الثاني فتطرق لحقوق الأجراء الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية، وقد قسم بدوره إلى بايين، خصص الأول منهما لدراسة الحماية الدولية للشغل ولحقوق الأجراء وفقا للالتزامات الدولية، مع التركيز على التشريعات القارية والإقليمية في هذا المجال، ودور الهيئات الدولية في حماية هاته الحقوق من خلال آليات الرقابة المتاحة.



في حين تعرض الباب الثاني لحقوق الأجراء وفقا للالتزامات الدولية من خلال دراسة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والفكرية والشخصية، ومدى فعالية القانون الدولي للشغل على المستوى المغربي، ودرجة تجاوب مدونة الشغل المغربية مع المواثيق الدولية، فيما يتعلق بحماية المصالح الاقتصادية للمشغل، مقابل حماية المصالح الاجتماعية للطبقة الشغيلة.

مجلة القانون والأعمال الدولية

Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}

www.Droitetentreprise.com



محور تقارير عن الندوات واللقاءات العلمية

**مناقشة رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص
في موضوع : مسؤولية وكالات السفر والسياحة تجاه السائمين المستملين
دراسة مقارنة على ضوء القانون الجديد المنظم لوكالات السفر (قانون 11.16) "**

**✍ من إنجاز الباحثة حنان الخاضر بالأشهب
تحت إشراف الدكتورة هند الوهابي**

تم مناقشتها بتاريخ 02-11-2020 برحاب كلية الحقوق بطنجة
وبعد مناقشة اللجنة العلمية ومداالتها تم تقرير مايلي :

أولا: قبول الرسالة .

ثانيا: منح الطالبة ميزة حسن جدا.

بسم الله الرحمان الرحيم

السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

بسم الله الكريم، وبه نستعين، وبفضله نمضي حتى نبليغ اليقين
والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى أله وصحبه أجمعين.

و بعد



بادئ ذي بدء أود أن أتقدم بالشكر والعرفان وعظيم الإمتنان لأستاذتي الدكتورة هند الوهابي الذي تعهد على الإشراف على هذا
البحث وأوفى بذلك بكل ما تحمله الكلمة من معنى فبارك الله في عمرها .

الشكر والتقدير للجنة العلمية المناقشة المكونة من الأساتذة الأجلاء الدكتور أمين أعزان والدكتورة الفاضلة ايمان الصروخ والأساتذة
الحاضرين الدكتورة مريم الطاشي والدكتورة فاطمة الزهراء قشتيلو.

كما أغتنم الفرصة في هذا المنبر كذلك لأوجه شكري للأساتذة الذين أشرفوا على تكويننا في ماستر المهن القانونية والقضائية
وأثوه بكل التضحيات التي تقدموا بها قربانا لأجل الرقي بنا علما وأخلاقا ، ولا يفوتني بهذه المناسبة أن أوجه شكري للدكتورة الفاضلة
وداد العيدوني.

وأقر في هذا المقام أن جهدهم ولله الحمد لم يذهب سدا فبارك الله فيهما جميعا .

الشكر والامتنان لأصدقائي في التكوين وبالأخص ماستر المهن القانونية والقضائية .

مرحبا بالحضور الكريم

سيدي الرئيس ،السادة أعضاء اللجنة العلمية المحترمة

عنوان رسالتي هو مسؤولية وكالات الأسفار والسياحة تجاه السائح المستهلك ومن خلال العنوان سوف نغوص في مضمون هذه الرسالة .

لا خلاف حول كون قطاع السياحة يعد أحد أهم القطاعات الاستراتيجية الداعمة للتنويع الاقتصادي، لما له من قدرة على الرفع من المداخل المالية للبلد، حيث تخصص دول العالم ميزانيات هامة لتولي الاهتمام به كونه يجلب مداخل معتبرة بالعملية الصعبة ، ولاشك أن المغرب يسعى للإهتمام بهذا القطاع من أجل النهوض بالاقتصاد المغربي ، وتعتبر وكالات السياحة والسفر أحد أهم المتعاملين الاقتصاديين في قطاع السياحة لما تلعبه من دور في تنفيذ السياسة السياحية الموضوعة من طرف السلطات والتي تعمل بدورها على تنشيط وترقية السياحة، حيث تعرض هذه الوكالات خدماتها السياحية بالاعتماد على الجهود الترويجية التي تحفز السائح لاقتناءها بعد أن يقوم بدفع سعرها مسبقا ولا يتعرف عليها إلا في موعد إستهلاكها، كما تلعب وكالات السياحة والأسفار دورا بالغا في إنعاش السياحة سواء كانت داخلية أو خارجية ، حيث أن نسبة كبيرة من السياح يعتمدون في سفرهم على خدماتها ، فهي تقوم بزيادة معدلات السفر، كما أنها تساهم في تطوير السياحة من خلال القيام بالإشهار للأماكن السياحية للسياح وتقديم خدمات سياحية لهم.

- أهمية الموضوع :

فأهمية موضوعنا أي " مسؤولية وكالات الأسفار والسياحة تجاه السائح المستهلك " ذا أهمية كبيرة، لارتباطه بحماية المستهلك السائح نظرا للتزايد الكبير في الطلب على الخدمات السياحية، وفي ظل تركيز جل الدراسات والبحوث التي اهتمت بحماية المستهلك على السلع والمنتجات المادية، وإغفالها لمجال الخدمات خاصة ما يتعلق منه بالسياحة والأسفار، كما أن أهمية هذا الموضوع لا تظهر من خلال تعداد التزامات وكالة السياحة و الأسفار و حقوق المستهلك السائح المتزامين بين القواعد العامة من جهة، و قواعد حماية المستهلك والقواعد التي تحكم نشاط وكالات السياحة والأسفار من جهة أخرى فحسب أيضا من خلال شرح وتحديد تفاصيل هذه الالتزامات والحقوق، وذلك من أجل المحافظة على القدر الأكبر من الاحترام و الحماية للمستهلكين.

ولوالات السياحة والسفر مستقبل واعد بالنظر إلى الدور الذي تلعبه في ترقية وتسويق الخدمات السياحية، مما يؤثر في قطاع السياحة الذي يعد ذو أهمية كبرى في الإقتصاد العالمي و الوطني بصفة خاصة، وهذا ينعكس إيجابا على تحريك مختلف القطاعات، خاصة قطاع النقل باعتباره جزء من عقد الرحلة، حيث تخصص دول العالم ميزانيات هامة لتولي الاهتمام به كونه يجلب مداخل معتبرة بالعملية الصعبة، ولاشك أن المغرب يسعى للإهتمام بهذا القطاع من أجل النهوض بالاقتصاد المغربي، وللسياحة الداخلية نصيب من هذا الإهتمام .

ألزمت جائحة كورونا سن مجموعة من التدابير ذات طابع تنظيمي و إداري تحد من حريات الأفراد و حقوقهم، هذه الإجراءات التنظيمية ترتب عنها استحالة تنفيذ بعض العقود نتيجة ظرف طارئ خارج عن إرادة المتعاقدين، وهو ما مس بالنظام العام التعاقد الذي يقوم على احترام مجموعة من المبادئ الراسخة في قانون العقود، وجاء المشرع المغربي بعد إعلان حالة الطوارئ ، ومن أجل إنقاذ القطاع السياحي بمشروع قانون رقم 30.20 المتعلق بسن أحكام خاصة تتعلق بعقود الأسفار والمقامات السياحية وعقود النقل الجوي للمسافرين هذا القانون يتشكل من 13 مادة، وأهم مظاهرها تجلى في إمكانية اقتراح وصل بدین ، وبالتالي من خلال هذا القانون سيتم وضع إطار قانوني يسمح لمقدمي خدمات الأسفار والسياحة والنقل السياحي والنقل الجوي للمسافرين بتعويض المبالغ المستحقة لزنائهم على شكل وصل بالدين يقترح خدمة مماثلة أو معادلة، دون أي زيادة في السعر.

و يتضح بأن موضوع الدراسة لا يخلو من أهمية نظرية وعملية، فنظريا يفترض الموضوع مناقشة ما يثيره هذا العقد من مشكلات قانونية، إذ يثور الجدل حول طبيعته القانونية وطبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال به.

أما الأهمية العملية للموضوع، فتتجلى فيما قد يحققه من تشجيع أفراد المجتمع للتعامل مع وكالات الأسفار والسياحة، وذلك انطلاقاً من تنوير فئة من المستهلكين، وتعريفهم بالضمانات التي يخولها لهم القانون، فقد تدخل المشرع المغربي في القانون الجديد 11.16 المتعلق بتنظيم مهنة وكيل الأسفار لوضع مقتضيات حماية للسائح المستهلك في مواجهة هذه الوكالات والتنصيص على مسؤوليتها.

- دواعي اختيار الموضوع :

موضوع بحثنا على وجه التحديد، لم يحظ بالقدر الكافي من الاهتمام لدى الباحثين، إذ أن كلالبحوث والدراسات الفقهية والأكاديمية المرتبطة بعقد السياحة والأسفار، تنصفي معظمها على دراسته بشكل عام، أم الدراسات والبحوث التي اهتمت بحماية المستهلك، فركزت على المنتجات المادية وأهملت مجال الخدمات خاصة السياحية منها، ومن هنا جاءت فكرة البحث التي تتمحور حول مسؤولية وكالات الأسفار والسياحة تجاه السائح المستهلك.

- الصعوبات التي واجهت الموضوع :

إن ما يعترض البحث من صعوبات، نجد على المستوى النظري قلة المراجع والكتب التي تناولت بالبحث والتحليل موضوع مسؤولية وكالات الأسفار والسياحة، وهذه المسؤولية لم تحظ بالعناية والدراسة اللازمة لها من طرف الفقه المغربي، كما أن القضاء لم تسنح له الفرصة لإبداء آرائه وتكوين اتجاهه في هذا المجال، بالإضافة إلى قلة الأحكام والقرارات المدعمة للموضوع وذلك راجع بالأساس إلى جهل المتعاقدين بهذا النوع من العقود والتنازع بشأنها.

مما جعل بحثي غير مدعم بأحكام قضائية مغربية في هذا الموضوع، ولذلك فقد اعتمدت على القضاء المقارن من خلال أحكام وقرارات قضائية متنوعة من القضاء الفرنسي والقضاء المصري بدرجة أقل والتي استقيتها من المراجع المختصة، أضف إلى هذه الصعوبات عدم تكفل المشرع بتنظيم محكم ودقيق لهذا العقد الشيء الذي ينتج عنه ضرورة اللجوء إلى القواعد العامة في كثير من الأمور التي يطرحها. وبالرغم من هذه الصعوبات التي يطرحها هذا الموضوع فقد عقدت العزم على المغامرة للبحث فيه إلى النهاية بالنظر للأهمية التي يكتسبها وأن أغض الطرف عن الصعوبات التي تعترض هذا العمل حتى لا تكون مثبطاً لي.

- إشكالية الموضوع :

إن مسؤولية وكالات الأسفار والسياحة تجاه السائح المستهلك كموضوع اختارنا سير أغواره يطرح إشكالية محورية تتمثل في البحث عن آليات و ضمانات حماية المستهلك السائح في عقد السياحة والأسفار من خلال تحليل جل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع سواء وردت في القواعد العامة أو ضمن النصوص الخاصة (قانون 11.16) المتعلق بتنظيم مهنة وكيل الأسفار، وقانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ومعرفة ما إذا كانت قد وفرت للمستهلك الحماية القانونية المطلوبة له .

ففي ما يخص الإشكالية التي عهدنا أنفسنا أن نؤطر بها تفاصيل هذه الدراسة تمثل أساساً في : ما مدى الحماية القانونية المقررة في عقد وكالات الأسفار والسياحة خاصة أن السائح يواجه متخصصاً مهنياً ومحترفاً؟

أما بخصوص المنهج الذي قمنا بإعماله للإجابة عن الإشكالية المطروحة فقد تم الإستعانة بالمنهج التحليلي و المنهج المقارن، بالإضافة إلى اعتماد دراسة مقارنة، ذلك أن التحليل لا يحقق جدواه في دراسة هذا الموضوع إلا بالمقارنة بين العديد من الآراء الفقهية المختلفة، والنصوص القانونية المغربية والأجنبية خاصة مع التشريع الفرنسي الذي أخذ منه المشرع المغربي القوانين المنظمة لوكالات السفر. وفاء بنا للمنهجية الأكاديمية القانونية التي تفرض علينا تناول موضوع بحثنا هذا انطلاقاً من تصميم ثنائي، فلقد عملنا على دراسته وفق تصميم مزدوج، سنستعرض لكم أبرز خطوطه العريضة .

فموضوعنا قيد الدراسة مقسم إلى فصلين، يتجلى موضوع **الفصل الأول** في خصوصيات تنظيم الالتزامات الجديدة لوكالات الأسفار والسياحة لحماية السائح ونطاق مسؤوليتها الجنائية والتأديبية، في حين ينصب موضوع **الفصل الثاني** على تشديد المسؤولية المدنية لوكالات الأسفار والسياحة تجاه زبائنها وتأثير عقد السياحة الإلكتروني على ضوء قانون 11.16.

فبخصوص الفصل الأول، فقد قسمناه إلى فرعين، تطرقنا في **الفرع الأول** لتحديد مفهوم وكالات الأسفار والسياحة والتزاماتها، فيما خصصنا **الفرع الثاني** للمسؤولية الجنائية والتأديبية لوكالات الأسفار والسياحة.

أما بخصوص الفصل الثاني، فقد قسمناه بدوره إلى فرعين يتمحور عنوان **الفرع الأول** في المسؤولية الجنائية والتأديبية لوكالات الأسفار والسياحة، فيما خصصنا **الفرع الثاني** للحديث عن مسؤولية وكالات الأسفار والسياحة عن فعل الغير وتوفير الحماية لعقد السياحة الإلكتروني على ضوء قانون 11.16.

فمن خلال دراستنا لهذا الموضوع ومحاولتنا الإلمام بكل تفاصيله، خلصنا إلى أن وكالات السياحة والسفر تساهم في الترويج للمنتج السياحي الوطني، فهي بذلك تعتبر المصدر الأساسي الذي يلجأ إليه السائح في عملية البحث عن المعلومات حول المقاصد السياحية التي يرغب في زيارتها، إذ تعمل على تعريف السائح بالمنتج السياحي الوطني من خلال تزويده بمختلف المعلومات المتعلقة بآماكن الإقامة، طرق النقل، الاتصالات، المأكّل والمشرب، التسلية والترفيه عن النفس، كما أنها تلعب دور الوسيط بين العميل ومختلف المؤسسات السياحية، هذا ما يمكنها من الوصول إلى مختلف السياح الوطنيين والأجانب، كما يسهل ويزيد من توافدهم نحو المقصد السياحي الماروج له، وشراء مختلف الخدمات السياحية المرتبطة به.

إن النص (قانون 11.16) تغاضى عن ذكر الكثير من المسائل المهمة لحماية المستهلك، مما يضطر هذا الأخير في حالة مطالبتة بحقوقه إلى العودة دائما إلى القواعد العامة وقواعد حماية المستهلك وقمع الغش، ففي المرحلة قبل تنفيذ العقد لم ينص صراحة على حق المستهلك السائح في الإعلام وكيفية تطبيقه، ولا على الشروط التعسفية وطرق مواجهتها في عقد السياحة و الأسفار، مع العلم أن هذا النوع من العقود يعتبر من عقود الثقة المشروعة، حيث في أغلب الأحيان لا يملك فيه المستهلك أدنى المعلومات حول الرحلة السياحية، ويعتمد كلياً على المعلومات التي تقدمها له الوكالة السياحية، كما أن هذا العقد يعتبر مجالا خصبا لفرض الشروط التعسفية، كون أن العقد يعد مسبقا من قبل وكالة السياحة، خاصة في الرحلات السياحية الشاملة والمنظمة.

مما لا شك فيه أن مسألة حماية المستهلك السائح، هدفها الظاهر هو ضمان و حماية حقوق المستهلكين، إلا إن هدفها الخفي هو دفع النشاط السياحي إلى الأمام وترقيته، ومن ثمة جعله من أهم نشاطات التي تساهم في تطور الدول وجلب العملة الصعبة لها، مما دفع الكثير من التشريعات للتركيز عليه، ووضع في صلب اهتماماتها

فقد ارتأينا في ختام موضوعنا، أن نقترح مجموعة من الاقتراحات ولعل أبرزها :

أولا : تطوير التعليم السياحي والفندقي، من خلال فتح التخصصات الجامعية في المجال السياحي وعلى وجه الخصوص تكوينات في وكالات الأسفار والسياحة، وكذا توسيع إنشاء المعاهد السياحية ومراكز التكوين ذات استقطاب مفتوح عبر كافة التراب الوطني، كل ذلك من أجل بناء قدرات ومهارات للعاملين في القطاع السياحي من خلال التعليم، التأهيل، التكوين والتدريب للحصول على العامل المتميز بالوعي في أداء مهنته السياحية، وتلبية حاجيات السوق العالمية من اليد العاملة.

ثانيا : بسبب أهمية عقد وكالات الأسفار و شيوع انتشاره في المغرب خاصة مع ما يشهده البلد من تطور واستقرار وازدهار مستقبلي، نوصي بأن يقوم المشرع المغربي بتدارك النقص في التشريع وأن ينظم العقد السياحي، والإكثار من مؤسسات الرقابة والتي من المفروض إحداثها في كل نشاط سياحي على أن يكون نشاطها إقليمي لتكون رقابتها فعالة.

ثالثا : أن يشمل التنظيم كل أحكام عقد وكالة الأسفار بشكل مفصل مما يساعد القضاء في سهولة حسم أي نزاع ينشأ بشأن ذلك العقد، ويحسم أي جدل بشأن تكييفه من خلال ما يضعه المشرع من أحكام .

رابعا : إعطاء المستهلك السائح الحق في العدول ومهلة للتفكير بعد إبرامه العقد، لكونه معرضا أكثر من غيره لوسائل و تقنيات الإغراء، مما يجعله عرضة للتسرع في اتخاذ قراره بقبول عرض الذي تطلقه الوكالات السياحية، تحت تأثير إلحاح و ضغط عارض الخدمة، وبعدها يتبين له أنه أخطأ التقدير، و هو ما ذهبت إليه أغلب التشريعات.

خامسا : النص على حق المستهلك السائح في الإعلام ، وتحديد كيفية تنفيذه من طرف الوكالات السياحية ، ووضع لائحة لتحديد الشروط التعسفية في عقد السياحة والأسفار، تشمل مرحلة تكوينه وتنفيذه ، وتحديد نطاق المسؤولية المترتبة عنها ، و تنوير المستهلك بها.

سادسا : يجب على وكالات السياحة والسفر أن تدعم نشاط العلاقات العامة من خلال الرفع من نسبة رعايتها للأحداث الرياضية أو الثقافية، وكذا إصدار كتيبات سياحية بمختلف اللغات من أجل التعريف بالمنتج السياحي الوطني .

سابعا : تنمية السياحة الصحراوية من خلال تشجيع الاستثمار السياحي في هذا النوع من السياحة وخصه بنظام تفضيلي مختلف عن أنواع السياحة الأخرى قصد اجتذاب السياح، لأن معظم المناطق الصحراوية السياحية لا تزال عذراء ولم تلحقها أدنى شروط التنمية أو التهيئة السياحية، وخلق مدن سياحية جديدة تتوفر على متطلبات السياح خاصة المرافق السياحية أماكن الإيواء، الإطعام، وسائل النقل، المحلات التجارية ، توفير الأمن وغيرها من الخدمات الأخرى وكذا تمويل المشاريع الاستثمارية في المناطق الصحراوية بإجراءات استثنائية وتفضيلية، ونشر الوعي السياحي للتعريف بأهمية السياحة الصحراوية عبر مختلف وسائل الإعلام والاتصال خاصة الحديثة منها مثل مواقع التواصل الاجتماعي.

ثامنا : توطيد علاقات خارجية مع وكالات أجنبية للترويج للسياحة المغربية، من خلال تحفيزهم وإعطائهم ضمانات .

تاسعا: نقترح في الأخير على الوكالات السياحية إجراء حملات إعلانية بالتعاقد مع المؤسسات الاتصالية الهاتفية، وذلك من خلال إرسال بعض الرسائل القصيرة عبر الهواتف النقالة، في بعض المناسبات أو المواسم مثل المناسبات الدينية كشهر رمضان للترويج للعمرة أو موسم الاصطياف للترويج للمناطق الساحلية بالمغرب، الذي يشهد ارتباكات من حين لآخر مثل الأزمة التي يعيشها الآن بسبب مرض كوفيد 19".



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{ER}

مجلة القانون والأعمال الدولية
Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{ER}

www.Droitetentreprise.com



المركب الجامعي صندوق البريد: 539 طريق الدار البيضاء سطات 26000 المغرب

الهاتف: + (212) 5 23 72 12 76/75

الفاكس: + (212) 5 23 72 12 74

البريد الإلكتروني: www.uhl.ac.ma