

1 لمنارة

للدراستات القانونية والإدارية

المدير المسؤول
د. رضوان العنبي

مجلة علمية فصلية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والإدارية

صفاء مخشاني	القانون و علم الاجتماع، مقارنة منهجية
وليد خميس محمد اليمحي	مسارات تشكل الهوية الوطنية: من البناء إلى إنتاج العنف
يونس سلامي	إعادة استعمال المعلومات العامة على ضوء القانون رقم 31.13 والقوانين المقارنة
مريم صابري	الأثر القانوني لألية إيقاف إقامة الدعوى العمومية
وائل تيسية	الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموتوق و حدودها
العربي بنسامي	الاستشارة القانونية : التأصيل والأدوار
سارة عبد الصمد	التحليل الاقتصادي للعقد : دراسة مقارنة
أشن خالد	الحركة الإسلامية مكون من مكونات المجتمع المدني بالمغرب
محسين أبري	الصكوك السيادية بالمغرب كآلية لإرساء حكامه مالية عمومية
وليد اليمحي	العنف بالمؤسسات التعليمية مقاربات نظرية
محمد الزهري	حقوق الإنسان والعدالة الجنائية خلال مرحلة البحث والتحري البوليسي
ابراهيم اشويعر	صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في السياسة العقابية الحديثة
سفيان صابر	خصوصيات مساطر الإلزام الضريبي "مسطرة الفرض التلقائي نموذجا"
هند الحدوتي	الطبيعة الخاصة لعقد نقل التكنولوجيا وأثرها على توازن العقد
سليم عبد الكريم	عوائق التنمية السياسية بالمغرب
إدريسات عبد السلام	نظام كفالة الأطفال المهملين في المغرب: دراسة قانونية
محمد محمود خليل	الجديد في التنظيم التشريعي للنقل البحري الدولي للبضائع
هشام بولويز	إنهاء الكراء التجاري وفق قانون رقم 49.16
عبد الخالق امغاري	موقف الفقه و القضاء الإداري من نظرية المخاطر
وفاء الادريسي	التدبير الأمني و الاجتماعي للمؤسسات السجنية
صلاح الدين دكدالك	الحماية القانونية لضحايا الابتزاز الإلكتروني
شرافي محمد	مشروع الحكم الذاتي وسيلة لحل نزاع الصحراء
ياسر احمد العجلوني	التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات
فاطمة حايذ	أنظمة الاستثمار في القانون الجزائري: دراسة مقارنة
دوار جميلة	حقوق الملكية الفكرية على الحيازة النباتية في التشريع الجزائري
أحمد طويل	انعكاسات تحرير تجارة الخدمات على التعليم العالي في الدول النامية

مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العنبي

باحث في القانون العام

الإيداع القانوني

2011 PE 0113

الرقم الدولي المعياري

X2028876

ملف الصحافة

42/2011

المطبعة

دار القلم للطباعة

12. شارع النور ، يعقوب المنصور -الرباط

الهاتف : 0661370079 /0537299490

الفاكس: 0537694820

البريد الإلكتروني : daralkalam@yahoo.fr

Daralqalam2011@gmail.com

المراسلة

العنوان: زنقة 13 الرقم 24 حي قصر البحر 2 ق ج البيضاء 20350

الهاتف: 0662557163

البريد الإلكتروني: elanbiredouane@gmail.com

جميع حقوق النشر محفوظة

لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

اللجنة العلمية

- د- عبد الرحيم فاضل : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء(القانون العام)
- د- أحمد حضراتي : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)
- د- عبد النبي ضريف : أستاذ جامعي بكلية الحقوق سلا (القانون العام)
- د- گولفرني محمد : أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
- د- إدريس الحياتي : أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)
- د- جميلة العماري : أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
- د.نعيم سابك : أستاذ التعليم العالي بكلية متعددة التخصصات ببني ملال (القانون الخاص)
- د.محمد شادي : أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين السبع
- د.أبو بكر مهم : أستاذ بالتعليم العالي بكلية الحقوق –سطات (القانون اخاص)
- د.عاصم التجاني إبراهيم : رئيس قسم إدارة الاعمال – جامعة شقراء أستاذ إدارة الأعمال المشارك –المملكة العربية السعودية
شمعون
- د.أحميدوش مدني : أستاذ جامعي بكلية الحقوق فاس(القانون العام-تخصص المالية العامة)

قواعد النشر

- أن يكون البحث أصيلاً معداً خصيصاً للمجلة، و ألا يكون قد نشر جزئياً أو كلياً في أي وسيلة نشر إلكترونية أو ورقية.
- يرفق البحث بمختصر السيرة العلمية للباحث باللغتين العربية والإنجليزية.
- يمكن للباحث إجراء التعديلات المطلوبة وإرسال البحث المعدل إلى نفس البريد الإلكتروني المذكور سلفاً.
- تنشر المقالات باللغات العربية و الفرنسية و الانجليزية.
- الالتزام بالمعايير الأكاديمية والعلمية المعمول بها دولياً في إعداد الأعمال العلمية، أهمها الأمانة العلمية.
- أن يكون المقال مكتوباً بلغة سليمة، مع العناية بما يلحق به من خصوصيات الضبط والأشكال.
- يكتب على الصفحة الأولى من المقال ما يلي:
 - اسم ولقب الباحث باللغتين العربية والإنجليزية، الصفة، الدرجة العلمية، مؤسسة الانتساب (الجامعة والكلية)، البريد الإلكتروني
 - كتابة عنوان المقال باللغتين العربية والإنجليزية.
 - وضع ملخصين وكلمات مفتاحية للمقال باللغتين العربية والإنجليزية في حدود 300 كلمة.
- اتباع طريقة التمهيش أسفل الصفحات بطريقة غير تسلسلية حيث يبدأ ترقيم التمهيش وينتهي في كل صفحة كما يلي: اسم الكاتب، لقب الكاتب، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر، سنة النشر، ص
- توثق المراجع حسب الترتيب الأبجدي في نهاية المقال وتصنف إلى:
 - 1-مراجع باللغة العربية: (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4-المواقع الالكترونية)
 - 2-المراجع باللغة الأجنبية: (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4-المواقع الالكترونية)
 - 3-طريقة كتابة المراجع:
- الكتاب: لقب الكاتب، اسم الكاتب، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر، سنة النشر، اسم المؤلف: لقب الكاتب، اسم الكتاب، "عنوان المقال"، اسم المجلة، العدد، سنة النشر، الصفحة
- المواقع الإلكترونية: لقب الكاتب، اسم الكاتب، "عنوان المقال" اسم الموقع الإلكتروني وتاريخ الولوج وساعته
- رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه: يكتب اسم صاحب البحث، العنوان، يذكر رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه، اسم الجامعة، السنة.
- إذا كان المرجع نشرة أو إحصائية صادرة عن جهة رسمية: يكتب اسم الجهة، عنوان التقرير، أرقام الصفحات، سنة النشر
- يتم تنسيق الورقة على قياس (A4)، بحيث يكون حجم ونوع الخط كالتالي:
 - نوع الخط هو TraditionalArabic حجم 16 بارز (Gras) بالنسبة للعنوان الرئيسي، وحجم 14 بارز بالنسبة للعناوين الفرعية، وحجم 14 عادي بالنسبة للمتن، وحجم 11 عادي بالنسبة للجداول والأشكال إن وجدت، وحجم 9 عادي بالنسبة الهوامش. (أما المقالات المقدمة باللغة الأجنبية تكون مكتوبة بالخط Times New Roman.12
 - ترك هوامش مناسبة (2.5) من جميع الجهات.
 - لا يزيد عدد صفحات المقال (بما في ذلك المراجع) عن 22 صفحة ولا يقل عن 15 صفحة
 - يرسل البحث المنسق على شكل ملف مايكروسفت وورد، إلى البريد الإلكتروني elanbiredouane@gmail.com:
 - يتم تحكيم البحث من طرف محكمين أو ثلاثة.
 - يتم إبلاغ الباحث بالقبول المبدئي للبحث أو الرفض.
 - يخضع ترتيب المقالات في المجلة على أسس موضوعية.
 - تعبر المضامين الواردة في المقال على آراء أصحابها ولا تمثل آراء المجلة.
 - أي خرق لقواعد البحث العلمي أو الأمانة العلمية يتحملها الباحث صاحب المقال بصفة كاملة.
 - كل بحث أو مقال لا تتوفر فيه الشروط لا يؤخذ بعين الاعتبار ولا يتم نشره مهما كانت قيمته العلمية.

المحتويات

7	افتتاحية العدد
الدراسات والابحاث	
9	القانون و علم الاجتماع، مقارنة منهجية صفاء مخشاني
27	مسارات تشكل الهوية الوطنية: من البناء إلى إنتاج العنف وليد خميس محمد اليمحي
34	إعادة استعمال المعلومات العامة على ضوء القانون رقم 31.13 والقوانين المقارنة يونس سلامي
47	الأثر القانوني لآلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية مريم صابري
55	الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق و حدودها وائل تيسية
78	الاستشارة القانونية : التأصيل والأدوار العربي بنساس
90	التحليل الاقتصادي للعقد : دراسة مقارنة سارة عبد الصمد
106	الحركة الإسلامية مكون من مكونات المجتمع المدني بالمغرب أشن خالد
117	الصكوك السيادية بالمغرب كآلية لإرساء حكامه مالية عمومية محسن أبري
135	العنف بالمؤسسات التعليمية مقاربات نظرية فيصل النقي
145	حقوق الإنسان والعدالة الجنائية خلال مرحلة البحث والتحري البوليسي محمد الزهري
177	صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في السياسة العقابية الحديثة ابراهيم اشويعر
192	خصوصيات مساطر الإلزام الضريبي "مسطرة الفرض التلقائي نموذجاً" سفيان صابر
209	الطبيعة الخاصة لعقد نقل التكنولوجيا وأثرها على توازن العقد. هند الحدوتي
224	عوائق التنمية السياسية بالمغرب سليم عبد الكريم

237	نظام كفالة الأطفال المهملين في المغرب: دراسة قانونية إدريسات عبد السلام
247	الجديد في التنظيم التشريعي للنقل البحري الدولي للبضائع محمد محمود خليل
273	إنهاء الكراء التجاري وفق قانون رقم 49.16 هشام بولويز
279	موقف الفقه و القضاء الإداري من نظرية المخاطر عبد الخالق امغاروي
293	التدبير الأمني و الاجتماعي للمؤسسات السجنية وفاء الادريسي
299	الحماية القانونية لضحايا الابتزاز الإلكتروني صلاح الدين دكدالك
314	مشروع الحكم الذاتي وسيلة لحل نزاع الصحراء شرافي محمد
346	التحكيم الالكتروني كوسيلة لفض المنازعات ياسر احمد العجلوني
373	أنظمة الاستثمار في القانون الجزائري: دراسة مقارنة فاطمة حايد
384	حقوق الملكية الفكرية على الحياة النباتية في التشريع الجزائري دوار جميلة
400	انعكاسات تحرير تجارة الخدمات على التعليم العالي في الدول النامية أحمد طويل
424	مؤسستي الرهن الحيازي والرسي، ونظامهما القانوني نافع عبد الرحيم
441	معوقات التعامل بسائر الصيغ التمويلية التشاركية-دراسة إحصائية- حسن السوسي

افتتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم، عليه نتوكل وبه نستعين، نحمده سبحانه كما ينبغي أن يحمد، ونصلي ونسلم على رسوله محمد وعلى آله وصحبه والتابعين . وبعد...

يسر إدارة مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية أن تضع بين يدي القراء والباحثين العدد الثامن والعشرين الذي يتضمن جملةً متنوعةً من المواضيع التي تتكامل فيما بينها لتعالج إشكاليات آنية ومهمة، دراسات تهل من تخصصات ومجالات بحثية متنوعة تضيء كلها نورًا واشعاعًا على منارتنا الخالدة.

لقد جاء هذا العدد ليفتح آفاقاً رحبة للبحث العلمي القانوني والإداري في مواضيع لها أهميتها البالغة في الإجابة عن إشكالات آنية وواقعية. وبالقاء نظرة على فهرس العدد، يلتقي القارئ الكريم مع أبحاث متنوعة ومختلفة كلها تتسم بالجدة كما هو واضح من بعض العناوين من قبيل: "خصوصيات مساطر الإلزام الضريبي" "مسطرة الفرض التلقائي نموذجاً"، "الحماية القانونية لضحايا الابتزاز الإلكتروني"، "مؤسستي الرهن الحيازي والرسمي ونظامهما القانوني"، "معيقات التعامل بسائر الصيغ التمويلية التشاركية-دراسة إحصائية-" وموقف الفقه والقضاء الإداري من نظرية المخاطر.

ان ما يميز هذا العدد عن سابقه حلته الجديدة خاصة من حيث الشكل والمحتوى وعدد المقالات التي يتضمنها وغنى مضامينها سواء في شقها العربي او الفرنسي، الى جانب مساهمات اساتذة باحثين من أقطار عربية شقيقة.

ولا يفوتنا أن نكرر هنا أن هذا الجهد لم يكن ليرى النور لولا اسهامات الباحثين والمتخصصين والأساتذة الافاضل و حرص القائمين على الطبع وعملهم الدؤوب على إنجازهم ووضعهم بين أيادي الدارسين والباحثين . إن هذه المجلة مجلتكم وإدارتها حريصة جداً على إرضائكم بما تقدمه من أبحاث ودراسات، نتمنى أن يلقي هذا العدد الذي بين يديكم استحسانكم. كما نسأل الله تعالى أن يكون عملنا هذا خالصاً لوجهه الكريم وأن ييسر لنا الاستمرار في عملنا هذا ، فهو الموفق وهو المعين وهو الموفق وهو المعين.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

الدكتور رضوان العنبي

مدير مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية

الدراسات والأبحاث

القانون وعلم الاجتماع، مقارنة منهجية

صفاء مخشاني

طالبة باحثة في سلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي.

" القليل من القانون يبعدنا عن علم الاجتماع،

و لكن الكثير منه يعود بنا إلى علم الاجتماع "

جورج جورفيتش

مقدمة

بدأت محاولات الإنسان في فهم نفسه وعلاقاته مع الآخرين داخل إطار مجتمعه، متأخرة مقارنة مع محاولاته لفهم الطبيعة والسيطرة على العالم الطبيعي.

لقد أصبحت الحاجة ضرورية إلى العلوم الاجتماعية في عصرنا، بعد أن تزايدت سرعة التغيرات الاجتماعية، واتسعت المعرفة الإنسانية. ونتيجة لذلك، تزايد الاهتمام العالمي بالعلوم الاجتماعية، والتي تركز على دراسة المجتمع الإنساني وبنائه ووظائفه وعوامل تطوره أو انحداره، والعلاقات بين الأفراد والجماعات¹، فبعدما تأكدت أهمية هذه العلوم عند محاولة معالجة شؤون الحياة الاجتماعية، وتأكدت أن الإصلاح لن يتحقق بالطريقة المثلى إلا إذا تم على أساس فهم علمي للمجتمع الإنساني، ومن هنا نشأت الحاجة إلى علم الاجتماع و القانون وغيرهما من العلوم الاجتماعية.

وما يجب التنبيه إليه في هذا الباب، أن العلوم الاجتماعية تختلف عن العلوم الطبيعية أو العلوم الحقيقية كالفيزياء، والرياضيات، والطب ... وغيرها²، ذلك أن العلوم الحقيقية تهتم بنفس الموضوعات، ونفس القضايا الأساسية في العلم الطبيعي في جميع المجتمعات، لكن هذا الأمر يصبح مستحيلا في العلوم الاجتماعية، حيث تختلف القضايا الأساسية الخاصة بنشاط الناس في المجتمع الرأسمالي، عنها في المجتمع الاشتراكي مثلا،

¹ - محمد سعيد فرح: "ما علم الاجتماع" دون ذكر الطبعة والسنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ص 144.

² - ويمكن حصر أهم الاختلافات بين العلوم الاجتماعية والعلوم الحقيقية في:

- تمتاز العلوم الطبيعية بالدقة، أما العلوم الاجتماعية فهي مرنة لا تصل إلى نفس درجة نظيرتها.

- تعالج العلوم الطبيعية مسائل يمكن ضبطها والتحكم فيها وعزلها عن غيرها، لذلك فالحقائق التي يتم التوصل إليها تصدق في كل زمان ومكان، ويمكن إعادة الوصول إلى نفس النتائج بنفس الدقة، بينما تعالج العلوم الاجتماعية موضوعات تتعلق بالإنسان والمجتمع، وهي أمور متغيرة بتغير المجتمعات واختلاف نوعية الناس.

- الموضوعات الاجتماعية متغيرة ومتداخلة، مؤثرة في بعضها يصعب فصلها، ولهذا فهي نسبية ونطاقها الزماني والمكاني محدود، ولا يمكن بحثها بنفس الدقة التي تعالج بها مسائل المادة.

مثلما تختلف القوانين التي تنظم علاقات الناس في الصين، عن القواعد التي تنظم نفس العلاقات في المغرب على سبيل المثال¹.

وعلى الرغم من أن القانون وعلم الاجتماع ينتميان إلى فروع العلوم الاجتماعية، إلا أن كل واحد منها يعد علما خاصا قائما بذاته، حيث تدرس العلوم القانونية في جامعات الحقوق، ويدرس علم الاجتماع في جامعات العلوم الإنسانية. كما أن البحوث القانونية تختلف تمام الاختلاف على البحوث في علم الاجتماع، من هنا يطرح التساؤل عن طبيعة العلاقة التي تربط بين كلا العلمين باعتبارهما علما اجتماعيان؟ للإجابة على هذا التساؤل سيتم تقسيم هذا البحث إلى نقطتين اثنتين تتناول الأولى، مفهوم العلوم الاجتماعية، وستقتصر هنا على دراسة القانون وعلم الاجتماع، ثم العلاقة التي تربط علم الاجتماع بالقانون في نقطة ثانية.

أولا. مفهوم العلوم الاجتماعية

تعنى العلوم الاجتماعية بدراسة الظواهر الاجتماعية التي يعيشها المجتمع، والتي تكون المادة الدسمة لهذه الدراسات، لهذا وجب إعطاء أولا تعريف واضح للقانون وعلم الاجتماع، ثم ثانيا استقصاء ظروف نشأتها.

أ. مفهوم القانون وعلم الاجتماع

لكي نضع القارئ في الصورة الصحيحة المستهدفة من هذا البحث، كان لزاما أن نعطي تحديدا واضحا، وتعريفا للقانون ولعلم الاجتماع.

1. مفهوم علم القانون

لكي نصل إلى تعريف للقانون، يجب أن نميز في نطاق القانون الوضعي بين القانون بمعناه العام والقانون بمعناه الخاص .

1-1 القانون بمعناه العام

لقد أعطيت تعاريف متعددة للقانون فهناك من عرفه بأنه: "مجموعة من القواعد العامة الملزمة التي تنظم علاقات الأفراد تنظيما ملزما مقرونا بهديد الجزاء المفروض لمخالفتها"².

وهناك من عرفه بكونه "مجموعة القواعد التي يحتكم إليها الأفراد والجماعات في علاقاتهم الودية، أو في منازعاتهم وخصوماتهم"³.

كما عرفه المفكر الاقتصادي الفرنسي كلود فريدريك باستيا⁴، بأن القانون هو "تنظيم الحق الطبيعي في الدفاع الشرعي عن النفس، إنه حلول القوة الجماعية محل القوى الفردية، لكي تتصرف حيث يحق لهذه الأخيرة

¹ - محمد سعيد فرح "ما علم الاجتماع" م.س. ص. 133.

² .جميل الضرقاوي: "مبادئ القانون" الجزء الأول، ص 8.

³ رجاء ناجي مكاي "علم القانون: ماهيته، مصادره، فلسفته وتطبيقه" سلسلة اعرف حقوقك رقم 5، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، 2012، ص 12.

⁴ . كلود فريدريك باستيا، مفكر اقتصادي فرنسي، ولد في مدينة بايون الفرنسية سنة 1801 وتوفي سنة 1850، من الاقتصاديين الكبار الذين ساهموا

في تطوير الفكر الليبرالي الفرنسي.

أن تتصرف، لكي تقوم بما يحق لها أن تقوم به، حتى تضمن الأشخاص والحريات والأموال، لكي تثبت لكل فرد في حدود حقه، لكي تبسط سلطان العدل على الجميع¹.

من خلال هذه التعاريف فإن فكرة القانون أو القانون في حد ذاته يتميز بكونه، من منظور العلوم الاجتماعية، ظاهرة اجتماعية يتلازم وجوده مع ضرورة وجود مجتمع وسلطة سياسية حاکمة تدعم وتفرض الجزاء على المخلين بالقانون.

1- 2 القانون بمعناه الخاص

يقصد بالقانون بمعناه الخاص، ودائما في نطاق القانون الوضعي، قاعدة أو مجموعة من القواعد تضعها السلطة التشريعية² في مكان وزمن معينين، تطبق داخل الإقليم الترابي لبلد ما فيقال مثلا: القانون المغربي، القانون البلجيكي، القانون التونسي ...³.

كما يطلق لفظ القانون على مجموعة معينة من القواعد التي تنظم نوعا محددًا من العلاقات الإنسانية، أو تمثل فرعًا معينًا من فروع الدراسات القانونية فيقال مثلا قانون الأسرة، القانون المدني، قانون الشغل ... إلخ.

ويطلق أيضا لفظ القانون على مجموعة من القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين أو مهنة محددة، فيقال قانون المحاماة، أو القانون المتعلق بمزاولة مهنة الطب مثلا. وما يعيننا في هذه الدراسة هو مفهوم القانون بمعناه العام باعتباره قواعد ملزمة صادرة عن إدارة الدولة، وتحكم العلاقات بين الأفراد والجماعات، وتنظم مختلف مناحي الحياة في مجتمع معين. إذن فالقانون هو ذلك الفرع من الدراسات الذي يهدف إلى التعريف بالقاعدة القانونية وبيان خصائصها التي تميزها عن باقي القواعد الأخرى، وشرح مبادئها وأفكارها.

ويتعين التمييز هنا بين القانون وعلم القانون. يرى "كلسن" أن القانون ما هو إلا مجموعة من القواعد النموذجية للسلوك الإنساني، وأما علم القانون فيتناول شرح هذه القواعد⁴، فلسفيا أو اجتماعيا أو تاريخيا أو مقارنة. ومن شروط وجود هذا العلم أن يكون القانون ساري المفعول، ومعترفا به في دولة ما، إذ أن هذه السلطة الشرعية والمشروعية للقانون هي الأسس التي تجعل دراسته ممكنة أي تمكن من قيام علم القانون أو العلوم

¹ - « la loi. C'est l'organisation du droit naturel de légitime défense ;c'est la substitution de la force collective aux forces individuelles . pour agir dans le cercle ou celles-ci on le droit d'agir. Pour faire ce que celles-ci ont le droit de faire. Pour garantir les personnes. Les libertés. Pour maintenir chacun dans son droit . pour faire régner entre tous la justice »

-Frédérie Bastiat ; « la loi » 1850. Institut coppet. Paris. Janvier 2011, p. 8.

² .السلطة التشريعية في المغرب هي البرلمان بمجلسيه النواب والمستشارين، وعندما يقدم البرلمان مبادرته التشريعية -سواء من أحد أو جمع من البرلمانين من مجلس النواب أو مجلس المستشارين- وهنا تسمى مقترح قانون، إلا أنه في مجموعة من الحالات المحددة المنظمة بمقتضى الدستور، يمكن للحكومة أن تقوم بهذا الدور وتسمى مبادرتها بمشروع قانون.

³ .غالبا ما يتخذ لفظ القانون مضادا إليه كلمة "الوضعي" فيقال القانون الوضعي المغربي.

⁴ - هانز كلسن hans kelsen، ولد سنة 1881، ابتدع نظرية في علم القانون في كتابه علم القانون البحث « reine rechtslehre »، ط 1، 1934 جنيف، و ط 2 سنة 1960.

القانونية¹.

2 . مفهوم علم الاجتماع

لدى غير المتخصصين في علم الاجتماع، الذين يبدون اهتماما معيناً بالقضايا الاجتماعية، فكرة عن علم الاجتماع، إلا أنها قد تتباين في درجة وضوحها أو غموضها، ومن بين غير المتخصصين في هذا العلم داسي العلوم القانونية، ولهذا فإن داس القانون يجد صعوبة في تقديم تعريف كاف لعلم الاجتماع.

وتعريف علم الاجتماع ليس بالأمر السهل، نظراً لتعدد واختلاف التعاريف التي يضعها المتخصصون أنفسهم، وبناء عليه سوف نحاول ذكر أكثر التعاريف انتشاراً لعلم الاجتماع.

ذهب البعض إلى تعريف علم الاجتماع، بأنه علم اجتماعي ينصب اهتمامه الرئيسي على دراسة النظم الاجتماعية، التي تختلف بفعل التحولات الصناعية² التي حدثت إبان القرنين أو الثلاثة الماضية³. كما ذهب البعض الآخر إلى اعتبار علم الاجتماع هو ذلك العلم الذي يهدف إلى فهم الفعل الاجتماعي⁴ بطريقة شارحة، ويفسر بذلك أسبابه في تتابعه وتأثيراته⁵.

ويعرف "أردنو" علم الاجتماع بأنه الإطلاع على المجتمع، الإطلاع على ما هو جوهرى في المجتمع، الإطلاع على ما هو كائن بالمعنى الذي يكون فيه هذا الإطلاع أو الإدراك نقدياً، بحيث يقاس ما هو حقيقة اجتماعية بما يطمح أن يكون عليه هذا الإدراك، وبحيث يتمكن في الوقت ذاته من تلمس إمكانية التعبير المحتملة للقانون الاجتماعي الكلي⁶.

وقد عرفه أوجست كونت، بأنه العلم الذي يهتم بدراسة البناء الاجتماعي⁷ وما به من مؤسسات. وفي إطار التعريفات الحديثة التي أعطيت لعلم الاجتماع، سوف نستقي بعض الأمثلة من المؤلفات الحديثة لهذا العلم.

يعرف " جيمس فاندنر زاندين " علم الاجتماع بأنه علم دراسة السلوك الإنساني في تأثيراته المتبادلة التي يمارسها الأفراد في علاقاتهم، فهو لا يهتم بما يجري في نفس الفرد ودخائله⁸.

¹ - روبرت ألكسي "فلسفة القانون، مفهوم القانون وسريانه" ترجمة الدكتور كامل فريد السالك، الطبعة الثانية، 2013 منشورات الحلبي الحقوقية ص 227.

² . وتجدر الإشارة هنا إلى أن كاتب هذه الكلمات بريطاني من مواليد 1938، أي أنه يتحدث عن التحولات الصناعية التي وقعت في أوروبا.

³ - Anthony Giddens ; « sociology ; A brief but critical introduction » second édition 1986 london p 8-9.

⁴ - والفعل الاجتماعي هنا هو سلوك إنساني سواء كان فعلاً خارجياً أو داخلياً، تخلياً أو قبولاً.

⁵ - Max weber, soziologische Grundbegriffe, 1675.

مترجم للعربية من طرف صلاح هلال : " مفاهيم أساسية في علم الاجتماع " الطبعة الأولى 2011 نشر المركز الثقافي الألماني، القاهرة، ص. 28.

⁶ - Theodor W.Adorno ; " introduction to sociology ".

مترجم من طرف جورج كنورة: "محاضرات في علم الاجتماع"، مكتبة الإسكندرية، دون ذكر السنة ص. 17.

⁷ - والمقصود بالبناء الاجتماعي: الجماعات الاجتماعية المستمرة والمكونة للبيئة الاجتماعية المحيطة بنا كالأُسرة والمدرسة والتي وجدت قبل الفرد.

⁸ - جيمس فاندنر زاندين "السوسيولوجيا" منشورات عام 1979 مرجع مذكور عند - محمد عودة: "أسس علم الاجتماع" دون ذكر الطبعة والسنة دار النهضة العربية للطباعة ص 16.

وأعطيت لعلم الاجتماع تعاريف أخرى، من قبل أنه العلم الذي يدرس النظام الاجتماعي،¹ وأنه العلم الذي يدرس سلوك الكائنات الإنسانية، وأنه العلم الذي يعنى بالدراسة العلمية لأنماط الحياة الاجتماعية الإنسانية.

كما عرفه آخرون بكونه علم دراسة الظواهر الاجتماعية أو النظم الاجتماعية أو الإنسان في علاقته بالبيئة والمجتمع والثقافة وغير ذلك.

إن اختلاف وتباين هذه التعاريف يجعل الرؤيا غير واضحة تماما حول مفهوم علم الاجتماع، هنا يطرح الدكتور محمد عودة تفسيراً لهذا التباين يستند إلى سببين:

- أولهما : هو اختلاف المواقف النظرية² والفكرية التي ينطلق منها التعريف، وتفاوت تقاريرها أو تباعدها، لأن علم الاجتماع يرتبط أشد الارتباط بالواقع الاجتماعي بوصفه موضوع دراسته.

- ثانيهما : هو أن معظم هذه التعاريف قد توجهت إلى تعريف المجهول بالمجهول، مع أن المنطق السليم يفرض تعريف المجهول بالمعلوم، بمعنى أنها تعرف علم الاجتماع من خلال مفاهيم لا يستطيع أن تعرفها إلا من خلال علم الاجتماع ذاته.

قد تكون هذه التعاريف جامعة نوعاً ما، لكنها ليست مانعة في ذات الوقت،³ ولا ينبغي أن تظللنا التعريفات الغامضة العديدة لعلم الاجتماع وتقودنا للاعتقاد أن موضوع علم الاجتماع غير محدد، وفي الحقيقة فإن التعريفات المختلفة لعلم الاجتماع، باعتباره العلم الذي يدرس المجتمع أو السلوك الإنساني أو الأنظمة الاجتماعية، كلها تؤكد طريقة علم الاجتماع لفهم ودراسة السلوك الاجتماعي، والتي لا يستطيع أي علم آخر أن يقوم بها.⁴

ب - نشأة العلوم الاجتماعية

لمعرفة طبيعة أي علم وسبر أغواره، لابد من النظر في تطوره عبر التاريخ، فتاريخ العلوم هو مجال يعنى بوصف وتقويم حركة العلم عبر مراحل التاريخ المتعاقبة، للوقوف على تقدمه أو تعثره من جوانب عدة. وتتضح أهمية تاريخ العلم في صياغة نظريته العامة وفلسفة متماثلة، حيث يستحيل انفصال العلم عن تاريخه باعتباره عملية ممتدة خلال الزمان، ولهذا سوف نعطي لمحة موجزة عن تاريخ العلوم الاجتماعية (القانون وعلم الاجتماع).

1 . تاريخ القانون

الواقع أن القانون قديم قدم المجتمع، ولكن دون أن يعني ذلك، أن القانون في المجتمعات القديمة

¹ - حيث يشير تصور النظام الاجتماعي إلى ذلك النظام الذي تجري وفقا له الشؤون الإنسانية، بدءاً من علاقات التعاون البسيطة حتى الجماعات المنظمة التي تتحدث لغة مشتركة، تشارك في نفس الموقف السياسي لأجيال وربما لعدة قرون.

² - ويعني الكاتب بهذه المواقف النظرية التي يتبناها عالم أو متخصص ما.

³ - محمد عودة: "أسس علم الاجتماع" م س، الصفحات من 19-22.

⁴ - محمد سعيد فرح: "ما علم الاجتماع"، م س ص. 162.

يشبه الصورة الحالية للقانون، بل فالغالب أنه كان بدائياً ولم يكن مكتوباً،¹ فلا يجب الاعتقاد أن القانون يرادف دائماً مجموعة من القواعد المكتوبة. فالقانون استمد شرعيته الأولى من السلطة الأبوية داخل الأسرة.² ومع توسع التجمعات البشرية تخلى أرباب الأسر عن جزء من سلطاتهم لزعيم القبيلة الذي يتولى مهمة الدفاع عن كافة أفراد القبيلة ضد أي اعتداء أجنبي، باستخدام القوة والعنف، ومع تطور المجتمعات بدأت هذه القبائل الصغيرة تتجمع وتتمركز، وبدأ السلام يحل محل العنف بفضل اعتماد قوانين جديدة ترتكز على التحكيم والتصالح بين العشائر، ثم مع تطور الجماعة بدأ ظهور المعالم الأولى للدولة، حيث أصبحت السلطة الحاكمة هي من يختص بتنظيم العلاقات بين الأفراد ساحبة بذلك سلطات رب الأسرة وزعيم العشيرة في فرض القوانين. ومع تطور المجتمعات وظهور الكتابة، بدأت الأعراف والتقاليد والقواعد ذات الأصل الديني³ توثق في دواوين معينة، وشيئاً فشيئاً أصبحت تلك القواعد تجمع في سجلات رسمية، فكانت بداية التقنين. وقد ظهرت القوانين المدونة محفورة في الألواح الطينية أو على الحجر لأول مرة حوالي 4000 أو 3000 سنة قبل الميلاد في الشرق الأوسط، وقد استخدمها الحكام للإعلان عن انتصاراتهم في الحروب والتزاماتهم بالعدالة، وتعد أقدم القوانين التي وصلتنا منها بعض الأجزاء:

- تقنين أورمانو: في العراق حوالي 2111 قبل الميلاد، وهو أقدم تقنين عرفه الإنسان يشتمل على مقدمة و 31 مادة.
 - تقنين البت عشتار: في العراق كذلك حوالي 1924 قبل الميلاد تضمن مقدمة و 39 مادة.
 - قوانين إيشونا: في العراق حوالي 1900 قبل الميلاد.⁴
 - قوانين حمورابي: حوالي 1750 قبل الميلاد.
- وتعتبر شريعة حمورابي أول شريعة مكتوبة في التاريخ البشري التي وصفت بأنها متكاملة وشمولية لكل نواحي الحياة في بابل،⁵ فقد تضمنت ما يقارب 300 فقرة.⁶
- وبعد قانون حمورابي، تتالت مجموعة من القوانين التي مثلت حضارات شرقية وغربية من بينها:

¹ - ويبدو من المتعذر تتبع تاريخ القانون منذ نشأته الأولى، نظراً لقدم البشرية وإفلات أو استعصاء عديد من عصورها على التاريخ، لذلك يلجأ للافتراض وللتعرف على نمط حياة القبائل البدائية، يستأنس عادة بجماعات مازالت حتى الآن تعيش على الفطرة (مثل قبائل: ألاسكا، الأمازون ..) حيث يغلب الظن بأن القانون في المجتمعات الفطرية كان بدائياً بسيطاً ثم تطور المجتمع.

للمزيد من المعلومات راجع: رجاء ناجي مكاوي: "علم القانون: ماهيته، مصادره، فلسفته وتطبيقه" م س، ص. 12.

² - أو من السلطة الأهومية، وذلك باختلاف الأنظمة الأسرية عبر الزمان، حيث كان الأب في الأسرة الأبوية أو الأم في الأسرة الأهومية ينظم كل منهما العلاقة بين أفرادها ويحل خلافاتهم ويحميهم ضد أي اعتداء خارجي.

³ - فكثيراً ما استعانت السلطات الحاكمة في صورتها البدائية والمتطورة بالدين من أجل تحقيق أهدافها السياسية والاجتماعية.

⁴ - تاريخ هذه المدونة غير معروف بصورة مضبوطة إذ ذهب البعض إلى القول أنها صدرت قبل 100 سنة من قانون حمورابي.

⁵ - عبد الكريم العلوي، "حمورابي: موحد بلاد الرافدين" الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي دمشق، القاهرة، 2010، ص 5.

⁶ - نظمت مدونة حمورابي مختلف مناحي الحياة، فالملك هو مصدر العدل، والقضاة مختصون بالفصل في المنازعات لكن بالاحتكام للملك، كما تناولت هذه القوانين مسائل مختلفة كالعقود، والعقوبات والملكية، والزواج والطلاق، وإجراءات المحاكمة للمزيد من المعلومات أنظر:

Tony Honoré, « about law an introduction » 1^{ère} edition. Oxlord university press, 1995, p. 16 & s.

و أيضاً للمزيد من الإيضاح راجع:

عبد الكريم العلوي، "حمورابي، موحد بلاد الرافدين" م.س

- قانون أو مدونة دراكون: التي صدرت في أثينا ببلاد الإغريق القديمة في عهد حاكمها دراكون سنة 621 قبل الميلاد.
 - قانون صولون: وهو من حكام أثينا سنة 594 قبل الميلاد.
 - قانون الألواح الإثني عشر: التي تميزت بشدة وقسوة موادها وهي تمثل رمز عظمة الإمبراطورية الرومانية صدرت في روما عام 451 قبل الميلاد.
- وما يميز القواعد القانونية في العصور القديمة، أنها كانت جزئية انفرادية وشخصية في بدايتها، حيث كل حاكم يبتدع من الحلول ما يراه مناسباً عندما يطرح نزاع ما، ولم تعرف القواعد القانونية بعض الاستقرار إلا مع نشوء الدولة، والتي كانت تسن القواعد القانونية بصفة مسبقة، وهذا فإن القاعدة القانونية لم تتوقف أبداً عن التطور مسيرة بذلك كل المستجدات التي تظهر عبر العصور، وهي مازالت في نماء مستمر، باعتبارها مجموعة من الضوابط التي يتفق عليها مجتمع ما، في مكان وزمان محددين، ويطبقها على العلاقات الفردية والاجتماعية.¹
- ويشكل تاريخ القانون محورا أساسيا في الدراسات العلمية القانونية، فوسط الصراع الفلسفي القائم بين أنصار مدرسة القانون الطبيعي ومدرسة القانون الوضعي، ظهرت ما بين القرنين 6 - 14 م في ألمانيا مدرسة جديدة عرفت باسم المدرسة التاريخية للقانون، ويرى أتباع هذا التيار، أن دراسة القانون في التاريخ هي السبيل الوحيد لإدراك سر ظهور القوانين، و السبب الحقيقي لوجودها.

2 . نشأة علم الاجتماع

ظهر علم الاجتماع إلى الوجود، حينما حاول أولئك الذين تأثروا بالتغيرات الأولية، التي نجمت عن الثورتين العظيمتين في أوروبا،² فهم ظروف تلك التغيرات وما قد يترتب على حدوثها من نتائج،³ فتاريخ علم الاجتماع كعلم مستقل له حدود واضحة لا تزيد عن قرنين على الأكثر، ولكن هل يعني هذا أن البشرية لم تهتم بالحياة الاجتماعية إلا منذ هذا التاريخ القريب؟

من المستحيل بطبيعة الحال، أن نحدد بدقة الأصول الأولى لأي ميدان من ميادين العلم، لكننا نستطيع أن نتتبع بعض الخيوط المباشرة من بعض الكتاب، وصولاً إلى المراحل الأخيرة للفكر الاجتماعي.

2-1 ملامح التفكير الاجتماعي عبر العصور

الواقع، أن البشر قد انتموا منذ آلاف السنين، إلى العديد من الموضوعات والقضايا التي يدرسها علم الاجتماع حالياً، إلا أنه قبل القرن 18 لم يكن هناك علم اجتماع بالمعنى الموجود حالياً، فقد كان أهم ما يميز التفكير الاجتماعي في العصور السابقة (عند الحضارات الشرقية حوالي 4000 سنة قبل الميلاد، وحضارات مصر القديمة 3000 سنة قبل الميلاد، والحضارة اليونانية والإغريقية في القرنين 4 و 5 قبل الميلاد والحضارة الرومانية والحضارة الإسلامية). أنه لم يكتسب طابعاً منظماً، ولم يكن نابعاً أو ناتجا عن دراسة مسبقة ومقصودة، وإنما كان

¹ . رجاء ناجي مكاوي، "علم القانون: ماهيته، مصادره، فلسفته وتطبيقه" م.س. ص 16.

² . ونقصد بالثورتين هنا: الثورة الفرنسية 1789. الثورة البريطانية أواخر القرن 18.

³ . يلاحظ أن المناخ الذي ترعرعت فيه أفكار النشأة المبكرة لعلم الاجتماع قد ساعد في الحقيقة على ظهور هاتين الثورتين، Anthony Giddens،

« sociology ; A brief but critical introduction », op.cit 7

يمثل مجرد انعكاس لظروف معينة لشخص ما. لقد عرفت الحضارة اليونانية طفرة في التفكير الاجتماعي بظهور الفلسفة والفلسفة، وأصبح الفكر الاجتماعي اليوناني أول تفكير منظم عن المجتمع الإنساني. وفي الحضارة الإغريقية والتي تميزت بظهور مجموعة من المدارس الفلسفية كمدرسة السفسطائيين، ومدرسة أرسطو، ومدرسة أفلاطون. وخلال هذه الفترة كانت الروابط الدينية هي ما يربط ما بين المدن الإغريقية وتوحد بينهما. وقد أتاح وجود المجتمعات المختلفة في المدن الإغريقية، ظهور الرواد الأوائل لعلم الاجتماع الذي يمثلون المدارس الفلسفية السالفة الذكر، والتي انبثقت منها فيما بعد جميع المدارس السياسية والاجتماعية.¹ أما في مصر القديمة - مصر الفرعونية- فقد كانت الحياة الاجتماعية مصطبغة بالصبغة الدينية وكان للمفكرين القدامى من الكهنة المصريين أثر كبير في مجال أحد فروع علم الاجتماع، وهو علم الاجتماع الديني،² حيث اعتبر المصريون أن ضمير الإنسان وقلبه إلهه الخاص، وإن رضي قلب الإنسان عن ما يعمله يلتحق بمرتبة الآلهة.

وفي الهند القديمة، أحدث بوذا ثورة اجتماعية قلبت الأوضاع في المجتمع الهندي القديم رأساً على عقب، فالفكر البوذي حارب نظام الطوائف، حيث قضى على طبقة البراهمة أو الكهنة، ورجال الدين الذين كانوا يتمتعون بحضور ونفوذ كبيرين، ونادى بالمساواة بين جميع أفراد المجتمع وبين جميع أفراد الطبقات، ولا فرق بين الثري والفقير إلا بالجهد في سبيل تحقيق التقشف والزهد في الحياة.³

ولم تأت الحضارة الرومانية بجديد بالنسبة للمفهوم الأصلي لعلم الاجتماع، ولكن الفكر الروماني أدى دوراً كبيراً في علم الاجتماع الوصفي، وقد أتاح فتوحهم الفرصة لدراسة عادات البلاد الأخرى ومنظوماتها. وقد كرس الرومان جهودهم للتفكير القانوني، لذلك لم ينشغلوا بالتفكير الفلسفي الاجتماعي، واعتمدوا على الفلسفة اليونانية وكيفوها بالشكل الذي يتناسب مع ظروفهم، من أجل أن تخدمهم في تطوير القانون.⁴

وفي الحضارة الإسلامية، فقد برز في العصور الوسطى العالم ابن خلدون⁵ الذي اتخذ من التاريخ علماً يدرس لا رواية تدون فقط، وقد درس التاريخ على ضوء طريقة جديدة من الشرح والتحليل، فانتهى به التأمل والدرس إلى وضع نوع من الفلسفة الاجتماعية.

¹ - Gaston Bouthoul : «Histoire de la sociologie», série «Que sais-je?», Presses Universitaires, France, Paris, pp. 10 à 20.

² - حسن شحاتة سعيان: "تاريخ الفكر الاجتماعي والمدارس الاجتماعية"، دار النهضة العربية، 1965، ص. 18.

³ - محمد عاطف غيث: "علم الاجتماع" دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية سنة 1988، ص. 6.

⁴ - Gaston Bouthoul: « histoire de la sociologie » op.cit. p 23.

⁵ - ولي الدين عبد الرحمان بن محمد بن خلدون الحضرمي، فيلسوف، مؤرخ، وعالم في التربية والاقتصاد، مؤسس علم الاجتماع، قدم مجموعة من

النظريات الجديدة في علم الاجتماع وعلم التاريخ، من أشهر مؤلفاته "المقدمة". أنظر

عبد الرحمان بن خلدون: "المقدمة"، ط 6، دار القلم بيروت لبنان 1986.

- عبد الغني مغربي: "الفكر الاجتماعي عند ابن خلدون" ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1988 ص 9 وما بعدها.

- ناجية الوريحي بوعجيلا: "حفريات في الخطاب الخلدوني" الأصول الفلسفية ووهم الحدائنة العربية" طبعة أولى، 2015 المركز الثقافي العربي...

وينظر ابن خلدون إلى المجتمع في أفق شاسع جدا، حيث يجعل من المجتمع الإنساني كله وما يعرض له من الظواهر الطبيعية، مادة لتأمله. ويحاول أن يتبع هذا المجتمع بالدرس والتحليل في جميع أطواره، منذ نشأته وبدايته، وتردده بين الضعف والقوة، والفتوه والشيخوخة، والنهوض والسقوط، ويستقصي من خلال ذلك أحوال هذا المجتمع وعناصر تكوينه وتنظيمه، من الفرد والجماعة إلى السلطان والدولة، وما تقتضيه سلامة هذا المجتمع وما يؤدي إلى فساد وانحلاله.¹

وفي الحقيقة، يرجع النجاح الذي أحرزه الفكر الاجتماعي العربي ونظرياته الاجتماعية في القرن 14، إلى المفكر ابن خلدون الذي ابتدع العمران البشري والقوانين المنظمة للحياة وتطور المجتمع، حيث كان أول من نادى بضرورة قيام علم لدراسة المجتمع سماه "علم العمران".

2 - 2 ظهور علم الاجتماع وتطوره

يرى العديد من الباحثين، أن ابن خلدون هو المؤسس الحقيقي لعلم الاجتماع على مستوى العالم. ورغم من أن التفكير الاجتماعي قديم قدم الإنسان نفسه، إلا أن الاجتماع الإنساني لم يصبح موضوعا للعلم إلا في فترة لاحقة. حيث كان ابن خلدون أول من نبه إلى وجود هذا العلم.² إلا أن أوجيست كونت وهو عالم اجتماع فرنسي، هو أول من استخدم كلمة علم الاجتماع Sociologie، وذلك سنة 1839، فهو أول من أطلق هذا الإسم على هذا الفرع الجديد من العلوم.³ وقد حدد الظواهر الاجتماعية كموضوع لدراسة هذا العلم، بهدف التواصل إلى القوانين التي تحكم هذه الظواهر في نشأتها وتطورها.

لقد هيأت الأحداث المعاصرة الظروف للبحث، بل و فرضت البحث على أسباب مشكلات المجتمعات، وساعدت على النظر إلى قضايا المجتمع نظرة نقدية، فعلى امتداد قرنين فقط، وقعت طائفة من التغييرات الاجتماعية الكاسحة في أوروبا، والتي امتد مداها وتأثيرها ليشمل العالم أجمع، أدت إلى تفكيك أشكال التنظيم الاجتماعي التي عاشت في ظلها البشرية ألاف من السنين، وتكمن بؤرة هذه التغييرات في الثورتين اللتين شهدتهما أوروبا في القرنين 18 و19، مما أدى إلى خلق مناخ مواتي للتغيير السياسي الذي يعد من القوى المحركة للتاريخ الحديث،⁴ فقد شهد أواخر القرن 18 انتصارا ساحقا لأراء وأفكار الفلاسفة الطبيعيين وعلماء الاقتصاد المتحررين. وقد صاحب هذه الفكرة نمو في الثروات وفي الإنتاج لم تعهده الإنسانية من قبل، وبذلك نستطيع أن نقول بأن علم الاجتماع بكافة فروعه واتجاهاته قد تطور استجابة للتطورات والمشكلات الاجتماعية في مرحلة

¹ - Gasto Bouthoul, « Histoire de la sociologie », op. cit., p. 23.

² - صرح ابن خلدون في عبارات واضحة أنه اكتشف علما مستقلا لم يتكلم فيه أحد إذ يقول "وكان هذا علم مستقل بنفسه، فإنه ذو موضوع وهو العمران البشري والاجتماع الإنساني، وذو مسائل وهي بيان ما يلحقه من العوارض والأحوال لذاته واحدة بعد أخرى، وهذا شأن كل علم من العلوم، وضعيا كان أو عقليا" ويقول أيضا "واعلم أن الكلام في هذا الغرض مستحدث الصنعة، غريب النزعة، أعثر عليه البحث وأدى إليه الغوص... ولعمري لم أقف على الكلام في منحا لأحد من الخليفة... "وقال "... ولعل من يأتي بعدنا ممن يؤيده الله بفكر صحيح وعلم مبين، يغوص من مسائله على أكثر ما كتبناه" أنظر: عبد الرحمان بن خلدون، "مقدمة ابن خلدون" ط 6، دار القلم بيروت لبنان 1986 ص 38.

³ - نجلاء عبد الحميد راتب: "مدخل إلى علم الاجتماع" كتاب موجه إلى طلبة السنة الأولى جامعة بنها كلية الآداب، دون ذكر الطبعة والسنة ص 41.

⁴ - Anthony Giddens, « sociology ; Abrief but critical introduction » op.cit, p. 4

الانتقال من النظام القديم إلى النظام الجديد،¹ وعلم الاجتماع الغربي هذا هو الذي كتب له الاستمرار والسيطرة كنظام فكري وعلمي، بحكم ارتباطه بالحضارة المسيطرة،² ولهذا فقد أصبح علم الاجتماع كما أسسه "أوجيست كونت"، عالميا وفرض نفسه على الساحة كما فرضت الحضارة الغربية سلطاتها على العالم.

ثانيا. مضمون علاقة القانون بعلم الاجتماع

لكي نعرف العلاقة التي تربط بين العلمين فإنه يجب النظر إلى الأهداف التي يسعى كلا العلمين لتحقيقها، وأهميته، وإلى المناهج المعتمدة في دراسة كل علم، ثم بعد ذلك سيتم توضيح وتحديد الروابط التي تجمع القانون وعلم الاجتماع من خلال كشف التداخل الحاصل بين العلوم القانونية و العلوم الاجتماعية.

أ. أهداف وضرورة العلوم الاجتماعية

و سوف نركز على القانون وعلم الاجتماع فقط.

1. أهداف العلوم الاجتماعية

إن الهدف الجوهري لكافة العلوم الاجتماعية هو إنتاج معرفة تراكمية قابلة للتحقيق، بحيث يمكننا هذه المعرفة من تفسير وفهم الظواهر التجريبية والتنبؤ بها، كما يمكن أن تستخدم المعرفة ذات المصادقية في تحسين ظروف الإنسان.³

1 - 1 أهداف القانون

أهداف القانون عديدة، وتهتم جميعها بالعمل على استقرار المجتمع وسعادة الناس، وهناك من يختصر أهداف القانون في هدفين اثنين:

هدف خاص: أساسه حماية حرية الأفراد وتأمين سلامتهم، عن طريق وضع قواعد ثابتة تكفل تنظيم العلاقات بين الأفراد على أساس من الحرية والمساواة، وتراعي ظروف المجتمع وعاداته وتقاليده ومعتقداته، وما يتطلع إليه من مبادئ سامية، وما يطمح إليه من آمال، ونتيجة لذلك يشكل القانون مرآة للبيئة المجتمعية التي يحيى فيها الفرد.

وهدف عام: محوره تطوير المجتمع ككل وازدهاره وتوفير أسباب نموه والحفاظ على كرامته. والمقصود بالمجتمع⁴ في هذا الإطار، باعتباره مجالا لتطبيق القواعد القانونية، هو المجتمع الحديث أي المجتمع السياسي المنظم، يخضع أفراد له لسيادة سلطة عامة تفرض احترام القانون.⁵

¹ - من نظام الإقطاع إلى النظام الرأسمالي، وللتوسع في موضوع الانتقال من المجتمع الإقطاعي إلى المجتمع الرأسمالي أنظر:

جورج طرابيشي: "المشاعة، الرق، الإقطاع: التشكيلات الاجتماعية، الاقتصادية ما قبل الرأسمالية" كتاب مترجم لصاحبه متروبولسكي، الطبعة الأولى، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، مارس 1978، الصفحات من 86 إلى 141.

² - محمود عودة: "أسس علم الاجتماع" م. س. الصفحات 71-72.

³ - David Nachmias, et chava frankfort nachmias ; « Research Methods in the social sciences » 1987, St Martins press, new york, p 20.

⁴ - للتوسع في مفهوم المجتمع أنظر:

- Teodor.w. Adorno , «Introduction to sociology», op. cit. pp. 27 – 34.

⁵ - محمد الحضري، "الموجز في المفاهيم الأساسية للقانون الخاص"، مكتبة دار السلام، الرباط، 2005-2006، الصفحتان 8 و9.

وهناك من يعتبر أن للقانون أهدافا متعددة، تهتم جميعها بالعمل على استقرار المجتمع، وسعادة الناس، وتمثل هذه الأهداف في:

- إرساء إطار رسمي من الإلزام يمكن الناس من العيش على نحو أكثر أمانا.
- توفير التسهيلات لتنظيم حياتهم، بتدخل الدولة إذا لزم الأمر لوضع حدود معينة في المعاملات التي يجريها الأفراد.
- تسوية الخلافات بين الأفراد، وفي الأحوال التي يتم فيها الإخلال بالقانون.
- تقرير ما يكون عليه نظام الحكم في إقليم معين وتنظيم السلطات داخله.¹

1 - 2 أهداف علم الاجتماع

يعتبر "فون فيز von wiese" أن الموضوع الرئيسي لعلم الاجتماع هو دراسة شبكة المسافات أو الأبعاد الاجتماعية التي توجد بين أفراد المجتمع، والتي تعبر عن مدى التقارب والتوافق الاجتماعي بين الأفراد، أو تعبر عن مدى التباعد والتنافر والتصادم بينهم، وقد اعتبر ريني ورمز René worms أن علم الاجتماع كرس نفسه ليظل فلسفة على نطاق واسع لعدة علوم اجتماعية، لأنه يعتبر مقدمة وخاتمة مشتركة لمجموعة من العلوم الاجتماعية. ويمكن تلخيص أهداف علم الاجتماع في:

- دراسة الأنظمة الاجتماعية والعناصر المستندة لها ووظائفها؛
 - دراسة الظروف التي تطورت فيها بعض التنظيمات الاجتماعية؛
 - مقارنة النتائج التي حصلنا عليها عن طريق العلوم الاجتماعية الخاصة؛
 - دراسة الاتصالات بين هياكل المجتمعات والأنماط العقلية للأفراد الذين يكونون هذه المجتمعات؛
 - دراسة العوامل التي تساعد على حدوث تغيرات في الأنظمة الاجتماعية.²
- ويرى البعض أن دور علم الاجتماع ينحصر في التحليل والتفسير، واستخلاص بعض وجهات النظر، أو قوانين عامة من حصيلة العلوم الأخرى بقدر الإمكان. بمعنى أن هدفه هو إقامة تصنيف وإعداد مسلمات ملموسة، وحقائق تنسب إليه عن طريق العلوم الاجتماعية الأخرى، وبمعنى آخر يجمع بين جميع العلوم الاجتماعية الأخرى وفروضها وأبحاثها واكتشافاتها.

2 . ضرورة العلوم الاجتماعية داخل المنظومة المجتمعية

تعد الدراسات والبحوث العلمية أحد المقومات الأساسية للحضارة والتطور، باعتبارها الوسيلة التي يتخذها الإنسان لإعمال العقل والحواس وجميع الملكات، لفهم حقيقة الظواهر الطبيعية والاجتماعية التي تحدث من حوله، من أجل تسخيرها لخدمته.

والدراسات العلمية هي من ساهمت في إخراج البشرية من الظلمات إلى النور، وإبعادها عن شبح الخرافات التي كانت تسيطر عليها، وقد أخذت الدراسات العلمية أهميتها في العصر الحديث، حيث اعتمد الإنسان في تفكيره على الأسلوب العلمي في مختلف مجالات العلوم، والتي من بينها العلوم القانونية والعلوم الاجتماعية.

¹ - Thony Honoré, "About low an introduction", op. cit. pp. 10-12.

² - Gaston Bouthoul, "Histoire de la sociologie", op. cit., pp. 120 & s.

1 - ضرورة القانون

تستقي الدراسات القانونية أهميتها من أهمية العلم نفسه، ولهذا كان لابد لإبراز أهمية القانون من طرح التساؤل التالي:

هل يمكن أن يوجد مجتمع يتصف بالانسجام على نحو لا يحتاج إلى سن القوانين وفرض احترامها؟ إنه حتى في المجتمعات التي لا تعرف الطبقة بحدّة، لا يخلو الأمر من وجود أفراد أنانيين بها، كما يختلف أرقى المفكرين في اعتباراتهم للأخلاقيات والواجبات، لذلك تنشأ الحاجة لوجود ما يقرر الصالح من الطالح، والمسموح من الممنوع.

إن الحاجة لوجود قانون تتمثل في الحاجة إلى توجيه أفعال المجتمع،¹ وضمان استقرار الترتيبات الخاصة ما بين الناس، ووضع قيود على استخدام الحكام لسلطاتهم والأفراد لصلاحياتهم.² فالقانون ضرورة اجتماعية وسياسية، يرتبط وجوده بصون حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة، والحفاظ على أمنهم، وحماية أنفسهم وأموالهم، وتحقيق الأمن والسلام الاجتماعيين، وبصفة عامة تحقيق العدالة الاجتماعية،³ التي لا يمكن الوصول إليها إلا بالتوصل إلى الحقيقة التي هي جوهر العدالة، ولا سبيل للوصول إلى الحقيقة إلا عن طريق الدراسات العلمية، والتي بواسطتها يمكن الكشف عن حقيقة الأسباب الكامنة وراء المشكلات القانونية، ليتاح بالتالي التوصل إلى الحل القانوني المناسب لها.

2 - ضرورة علم الاجتماع

إن دراسة المجتمع الإنساني وبنائه ووظائفه، وعوامل تغيره والعلاقات بين أفرادها، والتفاعل بين جماعاته ونظمه المختلفة تشكل أهمية بالغة. فقد تأكد للجميع أهمية علم الاجتماع. وتأكّدت أيضاً حتمية الاستنارة والاسترشاد بالعلم عند معالجة شؤون الحياة الاجتماعية، وأن الإصلاح الاجتماعي، لن يتحقق فاعليته، إلا إذا تم على أساس فهم علمي للمجتمع الإنساني، ومن هنا نشأت الحاجة إلى علم الاجتماع.⁴ وتكمن أهمية علم الاجتماع، بالإضافة إلى ذلك، في كونه قد نشأ كرد فعل واستجابة للأزمات والمشكلات الاجتماعية التي كان يمر بها المجتمع الغربي، خلال مرحلة الانتقال من النظام الإقطاعي إلى النظام الرأسمالي الجديد، وهي المرحلة التي واكبت الثورة الصناعية، التي صاحب ولادتها حالة من الفوضى وانهيار النظام الاجتماعي القديم.

¹ - وإن كان القانون يبدو من جهة كقوة للضغط والإكراه بالنسبة للفرد، فإنه من جهة أخرى وسيلة لرفيقه، ففي جو النظم التي تفرضها الحياة المشتركة على الفرد، يجد نفسه خيرها صلاح أمرها. وفي هذا الصدد يرى "إمانويل كانت" أن النفس لا تستطيع بغير هذا الجو أن تبسط جناحها، بل إنها بدونها قد تفقد قدرتها على التحليق، فاعتماد الفرد على هذه النظم هو نفسه أمر يمدّه بالقدرة على التحرر. أنظر

Emile Durkheim, Sociologie et philosophie, Librairie félix alcan. N 8, Paris, 1924. p. 14.

² Tony Honoré, About law an Introduction , op. cit., 130 & s.

³ - رغم أن مفهوم العدالة الاجتماعية هو مفهوم متغير حسب الزمان وحسب فهم الناس عبر الحقب التاريخية للعدالة. وللمزيد من المعلومات حول تطور مفهوم العدالة عبر الزمان. أنظر :

David Johnson ; « Abrief History of justice » united wingdom. Wiley blachwell publishing, 2011.

⁴ - نجلاء عبد الحميد راتب، "مدخل إلى علم الاجتماع"، م س، ص. 1.

ب . التداخل بين العلوم القانونية والعلوم الاجتماعية

تعتبر العلوم القانونية فرعاً مهماً من العلوم الاجتماعية، و ترتبط بها ارتباطاً وثيقاً، يتجلى في كافة مجالات الحياة الاجتماعية. فالظاهرة القانونية هي ظاهرة اجتماعية، و ليست ظاهرة منعزلة عن المجتمع، و العلوم القانونية بمختلف تخصصاتها، كالقانون الوضعي، و سوسيولوجيا القانون، و تاريخ القانون، و فلسفة القانون، و القانون المقارن... و غيرها¹، ترتبط فيما بينها بروابط وثيقة، بل أكثر من ذلك فهي مرتبطة بالظاهرة الاجتماعية في عمومها، و تتفاعل معها، و لهذا ارتأينا إلقاء نظرة عن فروع العلوم القانونية في نقطة أولى، قبل أن نوضح علاقة القانون بعلم الاجتماع، في نقطة ثانية.

1 - العلوم القانونية

يتعين التأكيد على أن القانون لا يعني بها القانون الوضعي فقط، و إنما هي مجموعة مواد أو تخصصات قانونية التي تدور في فلك ما يعرف بالعلوم القانونية، و التي سنعمل على تعريفها و توضيح معناها، إلا أننا سنقتصر على ذكر فروع العلوم القانونية التالية: وهي تشمل، علاوة على علم الاجتماع القانوني، فلسفة القانون، و تاريخ القانون، و القانون المقارن.²

أ - فلسفة القانون : وهي تدرس القانون بشكل عام، كفكرة عقلية كلية مجردة، في ماهيته و أهدافه البعيدة، و لا تهتم بواقع القواعد القانونية، فهي تركز على مصدر القانون و مصيره من الناحية المجردة بغض النظر عن واقعه و موطنه.³

وقد يبدو أن فلسفة القانون تتسم بالذاتية، حيث تهتم بالدرجة الأولى بالنقد و إصدار أحكام القيمة على القوانين الموجودة، و تعني الذاتية هنا أن كل فيلسوف أو فيلسوف القانون يتبنى آراء شخصية، تجعل أفكاره تنطبع بطابع ذاتي. وحيث إن المنهج المعتمد هو المنهج الفلسفي القائم على إعمال العقل و الفكر عن طريق البحث التأملي التجريدي.⁴

لكن الملاحظ أنه على مستوى المدارس يتكامل الفكر الفلسفي عادة في مدارس فلسفية و يبرز برؤيا شمولية. و هنا نجد في نطاق الفلسفة الواقعية أن المدرسة الاجتماعية للقانون تتجاوز المدرسة الوضعية للقانون، و تعطي بعداً مادياً و تتبنى معياراً ملموساً و موضوعياً للقانون لتخطي مرحلة العدالة القانونية المجردة و السعي إلى تحقيق العدالة الاجتماعية الملموسة.⁵

ب - تاريخ القانون

يهتم تاريخ القانون بالظواهر الإنسانية، و بدراسة الإنسان ككائن اجتماعي، و يعد مجال دراسة تاريخ

1 - Abdelkrim GHALI: " Culture de l'entreprise, aspects juridiques et sociaux", 3ème édition, 2017, Edition Dar Al Qalam, Rabat, p. 31.

² - أما القانون الوضعي فقد سبق تعريفه في بداية الموضوع، و سيتم الحديث عن سوسيولوجيا القانون في الفقرة الموالية

³ - و ذلك في إطار بحثها الدائم عن القانون الأمثل الذي يجب أن يسود البلاد.

⁴ - محمد الرضواني: "علم الاجتماع القانوني" الطبعة الأولى، 2007، ص. 23.

⁵ - Abdelkrim GHALI: " Culture de l'entreprise, aspects juridiques et sociaux", op. cit., p. 34 et s.

عبد الكريم غالي، التفاعل الإيجابي بين المنهجية والقانون، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية REMALD، عدد مزدوج 82-81 يوليو-أكتوبر 2009، ص. 169 وما بعدها.

القانون، من المجالات المحددة التي لا تتعدى الأنظمة و المؤسسات القانونية في الماضي، و ما تطرحه من إمكانية دراسة تطورها و مقارنتها في الزمان، و مدى تأثير القانون القديم على الحاضر، و الصيرورة التاريخية التي عرفتها الأنظمة القانونية، و من أمثلة ذلك مقارنة القوانين الاجتماعية السائدة قبل الثورة الصناعية و القوانين المطبقة بعدها، بهدف الكشف عن الفوارق بينها، و مدى تأثير الثورة الصناعية على تحسين القوانين الاجتماعية.

و دراسة تاريخ القانون، هي دراسة النظام القانوني من الخارج بطريقة موضوعية، حيث لا يشارك دارس تاريخ القانون في هذا القانون و لا يعتبر فاعلا فيه، و دائما توجد مسافة زمنية بينه و بين النظام القانوني الذي يؤرخ له.¹

ج - القانون المقارن : و مهمته بمقارنة القوانين من حيث المكان بغض النظر عن اختلافها و تمايزها، كمقارنة قانون دولة معينة مع دولة أخرى، أو مقارنة فرع من القانون لدولة معينة مع نفس الفرع لدى دولة ثانية.

إن القانون المقارن يعتمد على المنهج المقارن في دراسة القانون. و يسلم فقهاء القانون بأهمية الاستفادة من القوانين الأجنبية، عن طريق المقارنة بينها و بين القوانين الوطنية، خصوصا للدول المتقدمة أو التي أعطت قوانينها في مجال ما أكلها و النتائج المرجوة منها. فالقانون المقارن يهدف إلى تحسين النظام القانوني عبر الاستفادة من اختلاف الأنظمة القانونية، كما يشكل مصدرا للمعلومات حول أنظمة قانونية مختلفة تنحصر فقط فيما هو قانوني و لا تمتد إلى ما هو سوسولوجي. مع الإشارة إلى أن القانون المقارن ذو طبيعة مزدوجة : فهو طريقة مقارنة و مادة مستقلة لها وظائف معينة².

يضاف ذلك أن الفروع الاجتماعية – القانونية الأخرى، هي التي تكون مجتمعة ما يطلق عليه بالعلوم القانونية. و من ثم فإن القانون، أو ما يصطلح عليه عادة بالقانون الوضعي، ما هو إلا فرع من العلوم القانونية، يعتمد على منهج تحليلي خاص، يركز على تفسير النصوص التشريعية و وضعها في تناسق منهجي، و تبيان كيفية تطبيقها حسب ما قصده المشرع منها. فالقانون الوضعي يركز بالدرجة الأولى، على دراسة القواعد القانونية في حد ذاتها أي كقواعد، بخلاف العلوم القانونية التي تعرف تعدد و تنوع المناهج المعتمد عليها. فلدراسة العلوم القانونية يمكننا الاعتماد بالإضافة للمنهج التحليلي على المنهج التاريخي، و المنهج المقارن، و المنهج الفلسفي، و المنهج السوسولوجي...

و سوف نعطي نظرة موجزة عن مدلول هذه المناهج :

إن المنهج التاريخي تستعين به الدراسات القانونية بمختلف فروعها، فإذا درسنا أصل القانون أو تطور حركة التشريع في فرع معين من فروع القانون، فلا بد من الرجوع للحضارات القديمة و القوانين السابقة، و بالتالي لابد من استخدام المنهج التاريخي و التقيد بضوابطه. و يعرف المنهج التاريخي بأنه: "مجموعة الطرائق و التقنيات التي يتبعها الباحث للوصول إلى الحقيقة التاريخية، و إعادة بناء الماضي القانوني بكل دقائقه، و كما كان عليه في

¹ - حسن عبد الحميد: ظاهرة استقبال القوانين الأجنبية في مصر، دراسة في علم الاجتماع القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص. 27 وما بعدها.

2 - عبد الكريم غالي، من أجل مقارنة قانونية هادفة : علم القانون المقارن، دار الفلم، الرباط، 2011، ص. 47 وما بعدها.

زمانه و مكانه، و هي طرائق و تقنيات قابلة دوما للتطور و التكامل مع تطور مجموع المعرفة الإنسانية و تكاملها و نهج اكتسابها¹.

و المنهج المقارن يستخدم استخداما واسعا في الدراسات القانونية، حيث يتيح استخدامه التعمق و الدقة في الدراسة و التحكم في موضوع البحث، فالدراسات المقارنة للنظم الاجتماعية، من بين الاهتمامات الرئيسية في العديد من الدراسات القانونية و الاجتماعية، و قد استعمل العديد من رواد الفكر الغربي التحليلات المقارنة للظواهر و النظم، بهدف الكشف عن أنماط التطور و اتجاهاته، رغم أن المقارنة بالمفهوم الحديث كمنهج قائم الذات حديث النشأة، فإن عملية المقارنة قديمة قدم الفكر الإنساني، و كمثل على ذلك كتاب روح القوانين² الذي درس فيه مونتسكيو³ الإرث بمنهجية مقارنة إذ قارن بين تشريعات مختلفة³ أما المنهج التحليلي فهو ذلك المنهج الذي ينتقل فيه الباحث من قاعدة كلية إلى أخرى جزئية، أي ينتقل من الحكم العام إلى الحكم الخاص، فالمنهج التحليلي يقوم على تحليل القاعدة القانونية العامة إلى جزئيات، و يعمم هذه القاعدة على تلك الجزئيات و يطبقها عليها، قصد اختبار صحة و فعالية هذه القاعدة و التأكد من مدى اتفاقها مع الواقع، و كمثل على تطبيقات هذا المنهج في مجال القانون الجنائي، أن يستند الباحث إلى القواعد العامة في القانون الجنائي، ليرى مدى إمكانية تطبيقها على الظواهر الإجرامية الحديثة، كظاهرة الإرهاب، و غسيل الأموال، و الجرائم المعلوماتية... و غيرها. فالباحث هنا يتتبع المنهج التحليلي ليقرر مدى إمكانية تجريم هذه الظواهر في ظل القواعد الجنائية القديمة⁴.

و الدراسات القانونية التي تستند على المناهج العلمية المختلفة بالإضافة للمنهج التحليلي التفسيري، تملك حظوظا وافرة للنجاح، سواء تعلق الأمر بقبولها من طرف المواطنين أو الرأي العام؛ وهي تساهم بالتالي في ترشيد المشرع نحو أفضل القواعد القانونية، و أنجع الصيغ التشريعية الملائمة، خصوصا الدراسات السوسولوجية التي تربط القانون بالسوسولوجيا، وتعتمد على الأبحاث الميدانية القبلية و الاستشراافية. و نتيجة لذلك برز الاهتمام السوسولوجي بالقانون، مما أدى إلى ظهور فرع جديد سمي بعلم الاجتماع القانوني أو سوسولوجيا القانون.

2 - سوسولوجيا القانون

يبدو من الوهلة الأولى صعوبة تحقيق اتحاد إيجابي بين القانون و علم الاجتماع، مادام رجال القانون يكتفون بدراسة الماهية القانونية، و علماء الاجتماع يفسرون الماهية الواقعية، أي دراسة الظواهر الاجتماعية⁵. و بغية الإلمام أكثر بسوسولوجيا القانون نخصص نقطة أولى لتاريخ نشأة علم الاجتماع القانوني أو سوسولوجيا القانون بصورة موجزة ثم نتطرق لعلم الاجتماع القانوني.

¹ - حوبة عبد القادر، م. س. ص. 68.

² - والذي يعد من المهدين لنشأة علم الاجتماع القانوني

³ - راجع "مونتسكيو": "روح القوانين" ترجمة عادل زعيتر، القاهرة

⁴ - للمزيد من المعلومات أنظر الموقع الإلكتروني:

www.faculty.ksu.edu.sa/manhag.rar

⁵ - أبوزيد محمود، "القانون و النظام الاجتماعي" مكتبة وهبة، القاهرة، 1987، دون ذكر الطبعة، ... ص. 194.

2 - 1 نشأة سوسولوجيا القانون

يجمع علم الاجتماع القانوني بين علم الاجتماع من جهة، و القانون من جهة ثانية، و هذا كان سببا في طرح صراع بين الحقلين المعرفيين، بسبب اختلاف طرق التفكير و البحث، و الهدف لكل منهما، و قد شكل هذا الصراع محور مبررات التباعد و الصراع بين علماء الاجتماع و فقهاء القانون، و تأخير التقارب بينهما، و لعل من أبرز العلماء الذين ناقشوا هذه الموضوعات، العالم جون جورفيتش، إذ ذهب إلى أن أهم أسباب هذه الاختلافات، مرجعها إلى أن دراسة علم الاجتماع القانوني تتصل بالقانون من جهة و بعلم الاجتماع من جهة ثانية، و هناك اختلاف في التفكير و مناهج البحث في مجالي فقه القانون و علم الاجتماع القانوني¹. إلا أن الاتصال القائم بين كلا الحقلين من الناحية الواقعية أدى إلى تقاربهما بشكل تدريجي، فالقانون يعد حقيقة اجتماعية يمكن دراسته من زاوية علم الاجتماع، و و تطبيق مناهجه عليه.

و لم يظهر علم الاجتماع القانوني إلا بعد الحرب العالمية الثانية، بعد تزايد انفتاح علم الاجتماع على كل ما هو سياسي أو قانوني، رغم أن مجموعة من علماء الاجتماع و فقهاء القانون قد ساهموا من قبل في إبراز ذاتية علم الاجتماع القانوني، و استقلاله كفرع من العلوم الاجتماعية (علم الاجتماع القانوني) أو كفرع من العلوم القانونية (سوسولوجيا القانون). ك إميل دوركايم²، و ماكس فيبر³ و يوجين إيرليخ، و نيكولا تيماشوف، و غيرهم، كما كانت هناك إسهامات غير مباشرة أشار إليها أفلاطون و أريستو و ابن خلدون و مونتسكيو و أصحاب فلسفة العقد الاجتماعي، بالإضافة إلى وجود اتجاهات فكرية رائدة مهدت لظهور علم الاجتماع القانوني⁴ خلال القرن 20. فبعد تأسيس مجلة " وثائق فلسفة القانون و علم الاجتماع القانوني" سنة 1931 تلاها انعقاد مؤتمرات بفرنسا سنة 1956 و 1958، و بدأ علم الاجتماع القانوني يدخل إلى كليات الحقوق و العلوم الاقتصادية في باريس ابتداء من 1956، ثم ظهرت بعد ذلك مجموعة من الدراسات في أوروبا و أمريكا، و تزايد المهتمين و الباحثين في ها المجال، و ظهرت مراكز للأبحاث في دول مختلفة ساهمت في تطور الدراسات الاجتماعية للقانون.⁵

¹ - Gurvitch . Gorges, " Sociology of law" kegam paul, CTD England, 1947, pp. 1 à 3

² - من خلال مجموعة من الأبحاث التي قام بها، خصوصا في كتابه: تقسيم العمل الاجتماعي"

³ - الألماني المزداد في 1864، درس علوم الحقوق و الفلسفة و التاريخ و الاقتصاد، و قد اهتم فيبر بتحديد معالم علم الاجتماع القانوني، و التفرقة بينه و بين فقه القانون، حيث يعتبر أن:

فقه القانون: يهدف إلى تحديد المعنى المقصود من القانون و تكوينه الدستوري و علاقته بالقوانين الأخرى، أي أنه يهتم بشرعية القانون و تكوينه موضوعه.

علم الاجتماع القانوني: يهدف إلى دراسة و فهم سلوك أفراد الجماعة و علاقته بقوة القوانين و كيفية توجيهه و ضبط سلوك الأفراد، أي أنه يهتم بتأثير القانون على النشاط الاجتماعي للأفراد.

للمزيد من المعلومات أنظر: عبد الله محمد بن عبد الرحمان: " علم الاجتماع القانوني، النشأة التطورية و المداخل النظرية الحديثة و الدراسات الميدانية" دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص 137 و ما بعدها

⁴ - لمعرفة المزيد حول إسهامات علماء الاجتماع و فقهاء القانون في تأسيس علم الاجتماع القانوني في كل من أوروبا و أمريكا أنظر:

إبراهيم أبو الغار: علم الاجتماع القانوني و الضبط الاجتماعي"، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، دون ذكر السنة و الطبعة، ص من 101 إلى 131.

⁵ - إبراهيم أبو الغار: علم الاجتماع القانوني و الضبط الاجتماعي"، م.س، الصفحات من 132 إلى 188.

2 - 2 سوسولوجيا القانون

إن مفهوم سوسولوجيا القانون أو علم الاجتماع القانوني تثير عدة إشكاليات تتعلق أساسا باختلاف التعاريف التي أعطيت له من قبل المفكرين، و تنوع مواضيعه و صعوبة تعيين حدوده، تبعا لتعدد المنطلقات، و هذا إنما يدل على تعدد مواضيع علم الاجتماع القانوني و غناها، و التي تبين عن مكانته العلمية و أهميته العملية. إن القانون ظاهرة موجودة في المجتمع بل في كل المجتمعات المنظمة التي تخضع لسلطة أو هيئة حاكمة تسهر على التنظيم و الضبط. فلا قانون و المجتمع وجهان لعملة واحدة إذ لا يتصور قانون دون مجتمع و لا مجتمع بدون قانون.

وقد عرف البعض علم الاجتماع القانوني، بأنه علم صياغة القوانين ومن ثم تهتم سوسولوجيا القانون بدراسة نشأة القاعدة القانونية و أسباب تطورها و الآثار الاجتماعية الناتجة عن تطبيقها.¹ في حين عرفه آخر، بأنه ذلك الفرع من فروع علم الاجتماع الحديثة النشأة، الذي يهتم بدراسة القواعد و الأحكام القانونية الموجودة داخل البناء الاجتماعي و طبيعة تكوينها و نشأتها.² و يذهب اتجاه آخر إلى اعتبار أن المتعمق في دراسة فقه القانون يستطيع أن يصل إلى حقيقة أن جذور علم الاجتماع القانوني تتصل بالفقه أكثر من اتصالها بعلم الاجتماع، فقد نشأت المدرسة الاجتماعية في نظرية القانون بفضل مهارة و مقدرة بعض فقهاء القانون أمثال فون أهرنج و أوليفر هولمز و ليون دوجي و إيوجين إيرلخ و روسكو باوند.³ و يعرف جورج جورفيتش علم الاجتماع القانوني، بأنه جزء من علم اجتماع الروح الإنسانية، الذي يدرس الحقيقة الاجتماعية الكاملة للقانون، و هو في سبيل تحقيق ذلك يبتدئ بملاحظة التعبيرات الخارجية لسلوك الجماعي، و من خلال التعرف على الأساس المادي للقانون المتمثل في الانتشار المكاني للنظم القانونية، حيث تنحصر وظيفة علم الاجتماع القانوني في تفسير أنماط السلوك و المظاهر المادية للقانون وفقا لما تحتويه المعاني الداخلية.⁴

و لقد أكد المهتمين بهذا الحقل المعرفي على أهمية علم الاجتماع القانوني، بسبب تركيزه على دراسة النظام القانوني في إطار وسطه الاجتماعي، مما يساهم في تجاوز قصور الدراسات القانونية المحضة، فهو يتيح الاستفادة من مناهج البحث السوسولوجي في دراسة الظاهرة القانونية و بالتالي المساهمة في جودة القانون، و في ترشيد المشرع و إنارة الطريق له نحو اعتماد أفضل القواعد القانونية الناجمة لمحاربة ظاهرة معينة. عن طرق توجيه المشرع نحو عناصر محددة تجنب إضاعة الجهود و تشتتها، و ما يتطلبه ذلك من كلفة مادية و بشرية، كما تساهم دراسات سوسولوجيا القانون في تمديد الزمن الواقعي للقانون، و تجنب إصدار قوانين تتضح عدم

¹ - Timashoff, N, " An introduction to the sociology of law" newyork 1939, pp de 19 à 24

² - إبراهيم أبو الغار: "علم الاجتماع القانوني و الضبط الاجتماعي"، م.س، ص. 14

³ - إبراهيم أبو الغار: "علم الاجتماع القانوني و الضبط الاجتماعي"، م.س، ص. 16

⁴ - Gurvitch Georges, " sociology of law" op . cit, pp 48 & 49.

فاعليتها بعد مدة وجيزة من تنفيذها، كونه يهتم بدراسة الخلفيات الاجتماعية و الاقتصادية و المصلحية لمختلف العلاقات التي يحكمها النص القانوني.¹

خاتمة

في الحقيقة لا قانون بلا مجتمع، ولا مجتمع بلا قانون. إنه لا تقوم الحاجة إلى القانون إلا إذا وجد مجتمع يمكن معه للأفراد الاحتكام إلى القانون في تنظيم علاقاتهم. إن التواجد الفردي للإنسان لن يكون معه هذا الفرد بحاجة إلى قانون يحكمه، وحيث هو مقدر للإنسان أن يحيى داخل مجتمع، فإن طبيعة الأشياء تقضي أن تقوم علاقات بين أفراد هذا المجتمع، سواء علاقات تعاون أو علاقات صراع، و التي من شأنها أن تخلق نزاعات بينهم، ولتفادي هذه الصراعات كان لزاما وضع قانون يحيى حقوق الأفراد ويصون حرياتهم ويحد من حرية الفرد لصالح الجماعة، كما يحد من إطلاق حريات الجماعة لصالح الفرد.

لكن يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار الظروف الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع وعادات وتقاليد وثوابت الشعوب، وهذا لا يتأتى إلا بالانفتاح بل والتعامل مع مناهج العلوم الاجتماعية في مقدمته علم الاجتماع القانوني. بمعنى، إن الدراسات القانونية بحاجة إلى دراسات اجتماعية تمكنها من اعتماد النظم القانونية الملائمة للجسم الاجتماعي لإصلاح وإسعاد المجتمع والفرد.

¹ - محمد الرضواني: "علم الاجتماع القانوني"، م.س، الصفحات من 13 إلى 16

مسارات تشكل الهوية الوطنية:

من البناء إلى إنتاج العنف

The processes to Shape national identity:
From construction to the production of violence

وليد خميس محمد اليماحي

باحث بسلك الدكتوراه،

التخصص: علم الاجتماع-

كلية الآداب والعلوم الإنسانية -الرباط-

ملخص

منذ أن شرع الباحثون في علم الاجتماع، في تناول مسألة الهوية، عبر مقالات، وخاصة بالمنطقة العربية، حيث ظهرت كتب عدة عالجت، وبشكل خاص موضوع الهوية العربية. لقد صارت لموضوع الهوية الوطنية أهمية كبرى، خاصة مع تنامي الحركات الإسلامية ووسائل الإعلام الرقمي، اللذين باتا يشكلان مصادر مؤثرة على تشكل الهويات الوطنية، ليس من السهل أن نتحدث عن كل الكتابات التي تناولت هذا الموضوع، غير أنه سوف يتم التركيز على بعض منها وخاصة تلكم التي أهتمت بمسألة التنشئة الاجتماعية وتشكل الهوية الوطنية

Abstract :

Since sociologists have written articles, especially in the Arab region, many works have not treated or partially treated this theme of the Arab identity. This topic has become the core of increasing interest, particularly with the rise of Islamic movements and digital media which are considered main sources that affect the national identity.

In spite of the fact that it is not possible to name them all, especially since they often belong to intellectual traditions, they are directly related to socialization; reference will be made to the writings that are addressed in particular to the process of the constitution of identity.

مقدمة

منذ أن شرع الباحثون في علم الاجتماع، في تناول مسألة الهوية الوطنية، عبر مقالات وكتب وأبحاث أكاديمية، وخاصة بالمنطقة العربية، حيث ظهرت كتب عدة عالجت، وبشكل خاص موضوع الهوية العربية. موضوع صارت له أهمية كبرى، خاصة مع تنامي الحركات الإسلامية ووسائل الإعلام الرقمي، اللذين باتا يشكلان مصادر مؤثرة على تشكل الهويات الوطنية.

ليس من السهل أن نتحدث عن كل الكتابات، التي تناولت هذا الموضوع، غير أنه سوف يتم التركيز على بعض منها؛ وخاصة تلكم، التي أهتمت بمسألة التنشئة الاجتماعية وتشكل الهوية الوطنية عبر مسار مؤسسي، يبدأ من الأسرة ثم المدرسة وبعدها يكتمل في مختلف مؤسسات الدولة.

يتفق العديد من الباحثين في مجال العلوم الاجتماعية، على أن مفردات الواقع الاجتماعي ليست واضحة للجميع بنفس الدرجة¹، فهي تختلف باختلاف الباحثين والمتخصصين فيها، ومن ثم فإن تناول مسألة الهوية الوطنية، من بناء الأفراد إلى إنتاج العنف، قد تختلف من باحث لآخر وذلك حسب المدارس المختلفة.

إن عرض المفاهيم، التي ذكرت من طرف العلماء للظواهر الاجتماعية²، إنما يمثل أهمية كبيرة تضيف على الظاهرة موضوع البحث ضرباً من المعرفة المتنوعة بجوانبها الاجتماعية المختلفة وتحقق نوعاً من الدقة والموضوعية.

إن الحديث عن الهوية الوطنية يفرض علينا الحديث عن التنشئة الاجتماعية وكيف تتشكل ومؤسساتها، متطرقين للكيفية التي تتشكل بها الهوية، وهذا الطرح لن يتأتى إلا من عرض مفهوم كل مرحلة من مراحل تشكل الهوية الوطنية، ونهجنا لا يشكل فقط مركزاً للتحصيّل، بل كذلك طريقة للفهم، مما يساعد على توجيه مقالنا هذا بإعطائه وجهة نظر منذ البداية، فالمفهوم يساعد الباحث على تنظيم فعله وتوجيهه، ويكسبه القدرة على التحديد والتفسير

التنشئة الاجتماعية: من بناء المفهوم إلى بناء الفرد

تعد المدرسة المؤسسة الاجتماعية الثانية والرسمية، بعد الأسرة للقيام بوظيفة التنشئة الاجتماعية للأطفال والناشئة، حيث تقوم بإعداد الأجيال الجديدة معرفياً وسلوكياً وبدنياً وأخلاقياً ومهنياً، وذلك من أجل أن تحقق للأفراد اكتساب عضوية الجماعة.

ومن هنا يصبح دور مؤسسات التعليم هو بناء الأفراد وتشكيل الهوية الوطنية لهم، حتى يتسنى

¹ علي، غربي. «أهمية المفاهيم في البحث الاجتماعي بين الأطر النظرية والمحددات الواقعية» مجلة العلوم الإنسانية، عدد 11 سنة 1999، 97-107، ص 98.

² نفس المرجع السابق ذكره، ص، 98.

لهم المساهمة في نشاطات الحياة الاجتماعية المختلفة، وتعمل المدرسة اليوم على تحقيق عدد كبير من المهام التربوية، من بين هذه المهام، التي تقوم بها يمكن أن نذكر على سبيل المثال، وليس الحصر، جملة من الوظائف أبرزها: تحقيق التربية الفنية، والتي تتمثل في الموسيقى والرسم والأنشطة الفنية الأخرى، ثم التربية البدنية، والتربية الأخلاقية والروحية، والتربية الاجتماعية، وتحقيق النمو المعرفي، وأخيرا التربية المهنية¹.

ولبناء الأفراد فإن السلطة في صورتها التربوية، تأخذ صبغة علاقات نفوذ قائمة بين أطراف العملية التربوية: أي بين المعلمين والمتعلمين، بين الآباء والأبناء، فالسلطة تشكل حجر الزاوية في العملية التربوية، إذ لا يوجد هناك أبداً فعل تربوي من غير سلطة معترف بها من قبل الذين يخضعون للعملية التربوية².

على هذا الأساس يمكن القول إن السلطة ضرورية وجوهريّة للفعل التربوي وأنها تقع في صلب العملية التربوية، إذ يقول "دور كايم": "إنها التأثير الذي تمارسه الأجيال الراشدة في الأجيال التي لم ترشد بعد وتكمن وظيفتها في إزاحة الجانب البيولوجي من نفسية الطفل لصالح نماذج من السلوك الاجتماعي المنظم"³

في هذا الصدد ينبغي تمييز بدقة بين أن يكون الشخص مسيطراً وأن يتصرف تصرفاً متسلطاً (فالتسلط محاولة تعزيز السلطة بمطالب الفرد بالخضوع لها وبالالتجاء إلى الضغط والكبت والإجبار). فبدلاً من أن نستشير المتسلط الرغبة في الطاعة يجبر على الخضوع خوفاً من العقاب والتهديد بالعقاب، والتسلط أبعد ما يكون عن السيطرة، وهو علامة إخفاق السلطة والدليل على أن الوالد أو المدرس ليس له شخصية أو مركز مسيطر فهو مضطر إلى أن يلجأ إلى وسائل أخرى ليضبط تصرف الطفل (التلميذ).

فالسلطة علاقة بين الزعيم والمقود، وليست تصرفاً يقوم به الزعيم، والسلطة الحققة ليست في حاجة إلى تثبيت، ولكنها تقبل وتؤدي وظيفتها بنجاح، ولا تحتاج إلى الرئاسة أو إلى السلوك المسيطر، كما أنها لا تستفيد منهما⁴.

الهوية الوطنية: بين التعلم والانضباط المدرسي

هو مدى التزام التلميذ ذاتياً بالنظام المدرسي وتقبل التوجيهات والتعليمات المدرسية وتنفيذها داخل المدرسة، فمن أهداف الانضباط المدرسي نجد ضبط العملية التربوية وتيسير أمورها وإزالة كل ما من شأنه أن يعيق وصولها إلى أهدافها المرسومة، خاصة ما كان منها ناجماً عن صعوبات التكيف مع البيئة المدرسية لدى بعض التلاميذ.

ولتحقيق الانضباط المدرسي يجب مراعاة ما يلي:

¹ -علي، أسعد وطفة. علي جاسم الشهاب، علم الاجتماع المدرسي، 2004م، ص 21.

² نفس المرجع السابق ذكره، ص 21.

³ - Durkhiem. E. 1963 P.U.F, paris, L'éducation morale. P 25.

⁴ - ج.ب. جيلفورد، ميادين علم النفس (النظرية والتطبيقية)، تر: ذ. يوسف مراد، م 1، دار المعارف، مصر 1950، ص 127.

إن الانضباط في المؤسسات التعليمية يعد أساس تشكل الهوية الوطنية، ولبلوغ هذا الهدف؛ يتوجب على المؤسسات التعليمية، أن تعرف التلاميذ وأولياء الأمور بالأنظمة والتعليمات الخاصة بالسلوك والمواظبة وأهمية الالتزام بها بما يحقق الانضباط لدى التلاميذ¹.

تستقيم الهوية الوطنية من خلال مشاركة التلاميذ في النشاطات المختلفة داخل المدرسة أو خارجها. تعميق مفاهيم الانتماء للمدرسة في نفوس التلاميذ، وغرس مبادئ احترام المؤسسة التربوية لديهم، وتنمية المحبة والتقدير المتبادلين بين التلاميذ من جهة، وبين إدارة المدرسة والمعلمين، والمعلمين أنفسهم من جهة أخرى².

تلعب هيئة التدريس دورا مهما في تشكل الهوية الوطنية وذلك من بناء قيم التسامح في معاملتهم للتلاميذ في مختلف المواقف التربوية التعليمية. تنمية روح التسامح لدى التلاميذ مع زملائهم ومجتمعهم. تنمية مهارات التلاميذ لكي يصبحوا قادرين على حل مشاكلهم بصورة موضوعية وملائمة بين ما للتلاميذ من حقوق وما عليهم من واجبات في إطار الحرية والمسؤولية³.

إن الارتقاء بالسلوك الحسنة لدى التلاميذ وتعزيزها والحد من الممارسات المخلة بالنظام عبر شتى الوسائل التربوية الممكنة. توافر أساليب واضحة للعاملين في الميدان التربوي للتعامل مع توجهات التلاميذ وفق أسس تربوية مناسبة. تفادي الأساليب التربوية المجحفة في التعامل مع سلوكيات التلاميذ الخاطئة⁴.

العنف المدرسي سلوك يهدد الهوية الوطنية

كلمة عنف في اللغة العربية من الجذر (ع.ن.ف)، ويعرفه ابن منظور (1992:429) بأنه الخرق بالأمر وقلة الرفق به، وهو ضد الرفق. وأشارت الموسوعة العلمية (Universals) أن مفهوم العنف يعني كل فعل يمارس من طرف جماعة أو فرد ضد أفراد آخرين عن طريق التعنيف قولاً أو فعلاً وهو فعل عنيف يجسد القوة المادية أو المعنوية.

وتجمع أغلب الدراسات والبحوث على أنه لا يوجد من الناحية المفاهيمية قاعدة تعريفية واحدة لمفهوم العنف المدرسي، بحيث يكاد يكون من الصعب تقديم تعريف موحد للعنف وذلك لاختلاف اهتمامات وتخصصات الباحثين في هذا الصدد، فعلماء السياسة يعرفونه بطريقة مختلفة عن علماء الاجتماع⁵.

وهؤلاء بدورهم يختلفون في تعريفهم له عن علماء النفس أو علماء القانون. كما أنه يعرف أحيانا

¹ ج.ب. جيلفورد، ميادين علم النفس (النظرية والتطبيقية)، مرجع سبق ذكره، ص 127.

² نفس المرجع السابق ذكره، ص، 127.

³ نفس المرجع السابق ذكره، ص، 127.

⁴ - عبد السلام، رجواني، التنشئة الاجتماعية، مجلة تربوية علمية متخصصة"، م 1، عدد2، 2007، ص 112-113.

⁵ عبد السلام، رجواني، التنشئة الاجتماعية، مجلة تربوية علمية متخصصة"، م 1، عدد2، 2007، ص 112.

بطريقة تختلف باختلاف الأغراض التي يراد الوصول إليها، وباختلاف الظروف المحيطة أيضا، ويرجع ذلك الاختلاف إلى تعدد الأبعاد والمتغيرات التي تشملها ظاهرة العنف¹.

فتناول مفهوم العنف بالتعريف يصاحبه - و لاشك - العديد من الصعوبات التي تكون في محاولات تعريف مفهوم سوسولوجي، تلك المتمثلة في اختلاف الرؤى والمنطلقات الفكرية والإيديولوجية لكل باحث حول هذا المفهوم. وعليه نلاحظ أن للعنف العديد من التعريفات التي تعكس موقف الباحثين من القضايا المجتمعية المختلفة، بل وتعكس أيضا حدود ومجالات اهتمام المتخصصين في العلوم الاجتماعية والإنسانية.

الهوية الوطنية: بين المكونات النفسية والاجتماعية للعنف

يعرف فيليب برنو² وآخرين العنف بأنه "القوة التي تهاجم مباشرة شخص الآخرين وخبراتهم (أفراد أو جماعات)، بقصد السيطرة عليهم، بواسطة الموت، والتدمير والإحضاع أو الهزيمة"، بينما عرف محمد أحمد بيومي العنف بأنه "سلوك عدواني بين طرفين متصارعين يهدف كل منهما إلى تحقيق مكاسب معينة أو تغيير وضع اجتماعي معين والعنف وسيلة لا يقرها القانون. وهو ما يهدم الهوية الوطنية ويجعلها رخوة قابلة للانكسار.

وقد عرفت لجنة أمريكية العنف بأنه: "سلوك أفراد ضد أفراد آخرين يهددهم أو يوقع بينهم ضررا فيزيقيا أو يحاول إيقاع هذا الضرر، وأنماط السلوك المدرجة في ها التعريف مدرجة إلى حد كبير في تعريفات العدوان³.

عرف أحمد حسين الصغير⁴، العنف الطلابي بأنه "السلوك العدواني الذي يصدر من بعض الطلاب والذي ينطوي على انخفاض في مستوى البصيرة والتفكير. والموجه ضد المجتمع المدرسي بما يشتمل عليه من معلمين وإداريين وطلاب وأجهزة وأثاث وقواعد وتقاليد مدرسية. والي ينجم عنه ضرر وأذى معنوي أو مادي، وهو ما يهدم مقومات وأسس الهوية الوطنية.

وعرف مجدي أحمد محمود⁵ العنف الطلابي بأنه "الطاقة التي تتجمع داخل الإنسان ولا تنطلق إلا بتأثير المثيرات الخارجية، وهي مثيرات العنف، وتظهر هذه الطاقة على هيئة سلوك يتضمن أشكالا من التخريب والسب والضرب بين طالب وطالب أو طالب ومدرس، فالسخرية والاستهزاء من الفرد وفرض الآراء

¹ نفس المرجع السابق ذكره، ص، 113

² فيليب برنو و آدمون بلان و ميشيل كورناتون و فرانسوا لوجاندر و بيير فيو، المجتمع و العنف، ترجمة إلياس زحلاوي، مؤسسة الجامعة للدراسات والنشر، 1999، ص 141.

³ Albert, J.Reiss. et al :understanding and preventing violence, National academy, 1994, Press, P, 36

⁴ أحمد حسين الصغير، الأبعاد الاجتماعية و التربوية لظاهرة العنف اللابي بالمدارس الثانوية، دراسة ميدانية عن بعض المحافظات للصعيد، مجلة كلية تربية سوهاج العدد 13، ص:252.

⁵ مجدي أحمد محمود، العوامل المجتمعية المؤدية للعنف في بعض مدارس القاهرة الكبرى، مجلة الدراسات التربوية و الاجتماعية، العدد 3 و 4 المجلد 2 ص:82.

بالقوة وإسماع الكلمات البذيئة جميعها أشكال مختلفة لنفس الظاهرة، وهي ممارسات تهدم مقومات الهوية الوطنية وتجعل الاندماج والشعور بالانتماء الجماعي مستحيلا.

ومن خلال تقديمنا لمفهوم العنف من مختلف العلوم الاجتماعية والنفسية، يظهر أن هذا السلوك له دور كبير في تهديم هوية الوطنية، وتقديم العنف في نطاق المدرسة يتبين لنا أن للعنف العديد من التعريفات، التي اختلفت باختلاف نوع العلوم المعرفة، مما يجعل هناك صعوبة في تقديم مفهوم محدد ووجهة نظر محددة لتعريف العنف.

إن الهوية الوطنية هي سلوك الإنساني متحضر، يتأسس انطلاقا من ثقافة وعادات وقيم البلد، غير أنه ينبغي الانتباه أن سلوك الأفراد متغير ومتشابه ومعقد وخاصة لما يكون هناك ابتعاد عن ثقافة وهوية المجتمع، مما ينتج عنفا اجتماعيا، وقد تعددت وجهات النظر لتفسير هذا السلوك. تعدد الأبعاد والمتغيرات التي تشملها ظاهرة العنف. اختلاف الثقافة من مجتمع لآخر، فما يعتبر عنفا في مجتمع لا يعتبر عنفا في مجتمع آخر.

العقاب المدرسي: آلية لتهديم الهوية الوطنية وإنتاج العنف

العقاب هو إيقاع الألم المادي أو المعنوي على التلميذ ضمن شروط خاصة وظروف معينة للتذكير بأن خطأ من نوع ما قد وقع، وللتحذير من تكرار هذا الخطأ غير المرغوب فيه، ويعرف سكينر العقاب "بأنه كل أنواع العقاب اللفظي والاجتماعي والجسدي التي تلي السلوك الإجرائي، وتعمل على إضعاف ظهور ذلك السلوك الإجرائي".

في حين يعرفه تورندايك "... كل فعل ما يؤدي إلى الشعور بعدم الرضا والارتياح مثل التأنيب والزرع والقسوة، وكذلك الرحمان والضرب الذي يعتبر من أهم وسائل العقاب". أخيرا نجد ليند 1978، يعرفه بأنه "...كل ما من شأنه أن يؤدي إلى إضعاف سلوك معين أو كفه سواء جاء على شكل عقوبة جسميته أو لفظية أو حرمان"¹.

بناء على ما تقدم من تعاريف، نلاحظ أن أغلبية الباحثين ينظرون إلى العقاب كوسيلة تستخدم لإضعاف الاستجابات الخاطئة، وكذا الكف من السلوك غير المرغوب، وقد يكون بطريقة لفظية (كالزرع، التأنيب) أو الضرب، أو الحرمان، كل هذا من أجل الحفاظ على النظام المدرسي، وفرض الانضباط داخل الفصل الدراسي. وهذا السلوك يؤسس لمفهوم العدوان² في معناه الضيق على سلوك عدائي هدام لفرد غير متكيف وذو طبع سيء، وهو ما ينتج شخصيات مهزوزة وغير قابلة للمساهمة في المجتمع بشكل طبيعي³.

¹ جيلفورد، ميادين علم النفس (النظرية والتطبيقية)، ترجمة يوسف مراد، مرجع سابق، ص 122-124.

² كلمة عدوان تعادلها في الفرنسية agression أما كلمة عدوانية فتقابلها aggressivité

³ جيلفورد، ميادين علم النفس، النظرية والتطبيقية، مرجع سبق ذكره، ص، 122.

ولتوضيح انعكاسات العقاب على الهوية الوطنية، يتوجب علينا أن نعالج هذا السلوك في معناه العام، فهو يحطم دينامية شخص في طور تأكيد ذاته، وقد يدل هذا المفهوم على معنى أكثر اتساعاً، فيطلق على حرمان الفرد من الحاجيات الأساسية، التي يحصل الكائن الحي بموجبها على إشباع حاجاته الحيوية، خاصة الحاجات المتعلقة منها بالطعام والجنس، ويلاحظ خلال الحياة اليومية وجود علاقة بين العدوانية والحرمان وتهديم الهوية الوطنية.

وترجع أسباب السلوك العدواني لدى التلاميذ في كثير من الحالات إلى نقص أو عدم الإشباع العاطفي أو لسوء تقديرهم الشخصي. فالتلميذ الذي يبذل أقصى جهوده في الدراسة ومع ذلك يتعرض للعقاب من طرف الوالدين لأن النتائج التي حصل عليها لا تقنعهم فيعمدون إلى حرمانه من بعض الأشياء التي يرغب فيها عادة، يحس في هذه الحالة بالظلم الذي يشير فيه الثورة والتمرد عليهم، فعوض اللجوء إلى حرمان التلميذ ينبغي البحث عن الأسباب التي حالت دون حصوله على نتائج لعلاجها بما يناسب¹.

فالسلك العدواني في مظهره العميق هو سلوك يقصد قبل كل شيء إلى إثبات الذات بشكل عنيف، وهو سلوك استفزازي يزج الكبار، فضلاً عن ذلك فهو سلوك يتسم بالتحدي والمواجهة وإظهار قدرة الذات ومحاولة إثارة انتباه الغير، سواء كانوا راشدين أو أفراد من الجنس الآخر.

قد يتخذ هذا السلوك مظهر المنافسة مع الأقران لإبراز الذات ونيل خطوة ملائمة. فالعدوان حسب محمد أوزي² هو الوجه الآخر لفشل المشروع التربوي، ولا علاج له إلا بدراسة مختلف العوامل التي ساهمت في إفشال هذا المشروع واعتراض طريقه، وكل هذه الممارسات تهدد الهوية الوطنية.

خاتمة

حاولنا أن نربط خلخلت الهوية الوطنية بمسار تشكلها، وقد ركزنا في مقالنا هذا على أهم مؤسسات التنشئة الاجتماعية، وعيا منا بكون هذه المؤسسات هي المسؤولة عن غرس القيم الوطنية وثقافة الشعوب ولغتها ودينها. وعليه، فإن اللجوء إلى طرق العقاب والحرمان يؤسس لسلوك العنف والذي بدوره يهدد ويخلل الهوية الوطنية.

إن الحرمان قد تلجأ إليه بعض الحكومات من خلال نهج سياسات اجتماعية تقشفية، وهو ما يبرر سلوكيات عدوانية لشعوبها، كونها لا تشعر بالانتماء مما يولد لديها إحساس بالكراهية وممارسة العنف تجاه مؤسسات الدولة وتجاه الأفراد، بحيث يساهم التقشف والحرمان في تهديم مقومات الهوية الوطنية.

¹ Norbert, sillamy. dictionnaire de psychologie, bordas, 1980, P.20.

² محمد أوزي، المراهق والعلاقات المدرسية، منشورات مجلة علوم التربية، العدد2، 1993، ص118.

إعادة استعمال المعلومات العامة على ضوء القانون رقم 31.13 والقوانين المقارنة

يونس سلامي

باحث في الشفافية الإدارية

تحولت المجتمعات الحديثة تدريجياً إلى مجتمعات للمعرفة تحتل المعلومة موقعا محوريا داخلها، حيث إن تأثير التطور المتسارع لتكنولوجيا المعلومات والاتصال وتنامي حاجة الأفراد والجماعات إلى الشفافية وإلى الاضطلاع بدور أكبر في تدبير شؤونهم العامة ومراقبة المسؤولين عن هذا التدبير، إلى جانب انعكاسات العولمة الحقوقية وتأثيراتها على النظم القانونية الوطنية، قد ساهم في ارتفاع عدد الدول التي اعتمدت تشريعات تنظم الحق في الحصول على المعلومات والوثائق العامة.

وإذا كان الكشف عن المعلومات العامة يشكل أداة للشفافية والانفتاح، فإنه يعد أيضا عاملا مهما لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فاستغلال المعلومات العامة وتوظيفها يؤدي إلى توليد المعرفة وخلق أنماط جديدة من المعلومات القابلة للاستعمال الاجتماعي والاستغلال العلمي والتجاري.

لقد أصبحت إعادة استعمال المعلومات المتأتية من القطاع العام موضوع اهتمام متجدد، وصل إلى درجة صياغة خطاب مؤيد لفتح الرصيد المعلوماتي للقطاع العام، مصدر هذا الخطاب هم المستعملون أنفسهم والجمعيات والصحفيون وعمالقة الأنترنت والإعلاميات المدافعون عن المعطيات المفتوحة¹. فالنقاش العمومي اليوم هو وليد معرفة وفحص وتفسير معطيات وبيانات تحتفظ بها الإدارات العمومية وحدها دون غيرها².

وفي المغرب، لم تطرح إشكالية إعادة استعمال المعلومات إلا مع تأثير مدّ حركة المعطيات المفتوحة التي جعلت الحكومة المغربية تنتبه إلى أهمية استغلال القيمة الاقتصادية والاجتماعية للمعلومات، فبادرت إلى إحداث أول بوابة وطنية للمعطيات المفتوحة هادفة بذلك إلى تشجيع عملية تحرير المعطيات العمومية، كما سعت إلى التأطير القانوني لإعادة استعمال المعلومات عبر إدراج بعض الأحكام المنظمة لها في القانون رقم 31.13³ المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات.

ويثير موضوع إعادة استعمال المعلومات العامة مجموعة من الإشكالات القانونية والعملية، الأمر الذي يستلزم إحاطته بالدراسة والتدقيق على ضوء ما هو معمول به في بعض التجارب الدولية. وعليه، سوف نتناول

¹ - Laurent TERESI : « Exploitation des données publiques : le renouveau ? », LEGICOM 2011/2 (N° 47), p : 51

² - Jean-Pierre CHAMOIX et Joumana BOUSTANY : « Avant-propos. Les données publiques. Comment les exploiter et dans quelles conditions ? », Les Cahiers du numérique 2013/1 (Vol. 9), p : 11

³ - ظهير شريف رقم 1.18.15 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018) بتنفيذ القانون رقم 31.13 المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص: 1438

بالبحث مفهوم إعادة استعمال المعلومات والمبادئ التي تحكمه (الفرع الأول)، ثم سنتناول شروط وحدود إعادة الاستعمال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استعمال المعلومات بين الترخيص والتقييد

إن الأهمية التي صار موضوع إعادة استعمال المعلومات يحظى بها، والتي تُرجمت عبر تنظيم هذا الحق بموجب كثير من قوانين حرية المعلومات، تستدعي منا منهجيا تحديد مفهوم إعادة استعمال المعلومات (الفقرة الأولى)، ثم دراسة بعض المقتضيات القانونية والتطبيقات العملية لهذا المفهوم في المغرب وبعض التجارب الدولية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم إعادة استعمال المعلومات وأهميته

لم يتعرض المشرع المغربي إلى تحديد مفهومي استعمال وإعادة استعمال المعلومات العامة، بيد أننا نجد أن القانون الفرنسي قد ميّز في هذا الإطار بين عملية استعمال المعطيات العامة من طرف الهيئات العامة في إطار مهام المرفق العام التي تضطلع بها باعتبارها الغاية الأولى المتوخّاة من الوثائق والمعلومات العامة، وبين عملية إعادة استعمال هاته المعطيات والتي عرفها المشرع الفرنسي بكونها استخدام المعطيات من قبل أشخاص آخرين غير الفاعلين العموميين، ولأغراض أخرى غير تلك المتعلقة بمهام المرفق العام.

تأسيسا على هذا التعريف، لا يعتبر تبادل المعلومات بين الفاعلين العموميين إعادة استعمال لها بالمعنى المقصود في القانون الفرنسي. فعلى سبيل المثال، لا يشكل استغلال المعطيات المتعلقة بالنقل العمومي (المواقيت، المسارات، التوقفات... الخ) إعادة استعمال لها سوى إذا تم هذا الاستغلال من قبل خواص¹.

ولا تأخذ عملية إعادة استعمال المعلومات شكلا واحدا، وإنما قد تكتسي صورا تختلف باختلاف العمليات التي يمكن أن تخضع لها البيانات والمعطيات العمومية، ويمكن تجميع هذه العمليات حسب التصنيف التالي²:

الاطلاع: هو أبسط طرق الاستعمال، ويتمثل في الولوج المباشر إلى المعلومة بهدف الاطلاع أو بغاية إنارة السبيل أمام قرار أو خيار يتخذه مواطن أو مستهلك.

¹ - Agence des initiatives numériques : « Les données publiques, guide juridique & pratique », Aquitaine Europe Communication, N°4, décembre 2010, p : 15

² - تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي: "المعطيات المفتوحة: تحرير المعطيات العمومية في خدمة النمو والمعرفة"، إحالة ذاتية رقم 2013/14، 2013، ص: 32

الوساطة: تتمثل في تيسير ولوج شرائح عريضة من المجتمع إلى المعطيات والبيانات عبر تبسيط شكلها ومحتواها.

الاستغلال بواسطة تطبيق رقمي: يمكن أن تشكل المعطيات العمومية بيانات أولية يوظفها المطورون في إنشاء تطبيقات رقمية موجهة لعرض خدمات على المستعملين (مواطنين ومستهلكين ومقاولات وإدارات).

إعادة الاستعمال المهنية: أي اعتبار المعطيات العمومية مادة خام يمكن أن تستعمل في مسلسل عمل المقاول.

هذا التعدد في صور الاستعمال، يوازيه تعدد في المجالات التي تكتسي فيها إعادة استعمال المعلومات العامة أهمية كبرى بالنسبة للفاعلين الخواص، حيث غالبا ما ينصبّ اهتمام هؤلاء على المعطيات المتعلقة بالمجالات التالية¹:

- مجال المعلومة الجغرافية وخاصة المعلومة الخرائطية؛
 - مجال المعلومة القانونية التي تغذي سوق النشر القانوني؛
 - مجال المعلومات عن الشركات وخاصة المعطيات المتعلقة بتحديد المقاولات والمسؤولين عنها والمعطيات الاقتصادية والمالية؛
 - مجال معلومات الأرصاد الجوية؛
 - مجال المعلومات المتعلقة بالملكية الصناعية وخاصة ما يتعلق ببراءات الاختراع والعلامات التجارية والرسومات والنماذج.
- وإذا كان أول قانون في العالم ينظم الحصول على الوثائق العامة يعود إلى أواسط القرن الثامن عشر، فإن إشكالية إعادة استعمال المعطيات المتضمنة في هذه الوثائق لم تظهر إلا خلال سنوات التسعينيات مع انتشار الأنترنت، إذ غالبا ما كانت تتم معالجة مسألتي الحصول على المعطيات وإعادة استعمالها بشكل منفصل على الرغم من الترابط الكبير بين المفهومين، حيث إنه يصعب تصور إعادة استعمال البيانات والمعطيات في غياب قوانين الحصول على المعلومات العامة. ورغم وجود هذا التداخل إلا أن الفرق بين المفهومين جوهري يتمثل أساسا في الرهانات التي يسعى كل منهما إلى تحقيقها: فالحصول على الوثائق العامة يسعى لتحقيق الديمقراطية والشفافية في المؤسسات، بينما تطرح إعادة استعمال المعلومات لإنتاج الخدمات أو المعرفة تحديات سياسية واقتصادية: فمن الناحية السياسية، يتيح الولوج إلى هذه البيانات تمكين الأفراد من حماية حقوقهم، وتشجيع حواجز أمام التجاوزات وسوء التسيير والفساد في الدول، والأهم من ذلك أنه يساهم في تحسين نمط الحكامة. أما

¹ - Ruth MARTINEZ et Bernard MARX : « La longue marche de l'information publique, de la liberté d'accès aux documents administratifs à la réutilisation commerciale des informations publiques », Documentaliste-Sciences de l'Information, 2007/3 Vol. 44, p:222

فيما يتعلق بالجوانب الاقتصادية، فيمكن لهذه البيانات أن تعزز الابتكار وخلق الفرص لفائدة المقاولات¹. ونتيجة لذلك، تعتبر المعلومة المتوفرة لدى القطاع العام مصدراً أساسياً للتطور والنمو، حيث قد تصل قيمة الانعكاس الاقتصادي لاستعمال وإعادة استعمال المعلومات إلى ملايين الدولارات (140 مليار أورو سنوياً بالنسبة للاتحاد الأوروبي)².

الفقرة الثانية: تنظيم إعادة استعمال المعلومات العامة في التشريع المغربي والمقارن
سمح القانون رقم 31.13³ باستعمال وإعادة استعمال المعلومات التي تم نشرها أو وضعها رهن إشارة العموم أو تم تسليمها لطالبيها من لدن المؤسسات أو الهيئات المعنية، إلا أنه وضع مجموعة من الشروط التي ينبغي لمستعمل المعلومات أن يلتزم بها، وتكمن هذه الشروط فيما يلي:

- أن يكون الغرض من إعادة الاستعمال مشروعاً؛
- ألا يتم تحريف مضمون المعلومات؛
- أن تتم الإشارة إلى مصدرها وتاريخ إصدارها؛
- ألا تؤدي عملية إعادة الاستعمال إلى الإساءة أو الإضرار بالمصلحة العامة أو إلى المساس بأي حق من حقوق الغير.

والملاحظ أن هذه المادة الوحيدة، وإن كانت تشكل نقطة إيجابية تضمها القانون المغربي مقارنة بتشريعات أجنبية أخرى يغيب فيها تنظيم إعادة استعمال المعلومات العامة، فإنها تبقى غير كافية لوحدها كي تؤمن التأطير القانوني اللازم لهذه العملية.

ففي أوروبا، فتح توجيه المجلس الأوروبي رقم 4/2003/CE الصادر في 17 نوفمبر 2003 المتعلق بإعادة استخدام معلومات القطاع العام أمام الدول الأعضاء إمكانية اعتماد تشريعات وطنية تجيز إعادة استعمال الوثائق التي تحتفظ بها هيئات القطاع العام لأغراض تجارية أو غير تجارية. وتنفيذا لهذا التوجيه، اعتمدت فرنسا الأمر رقم 2005-650 الصادر بتاريخ 6 يونيو 2005 المتعلق بحرية الوصول إلى الوثائق الإدارية وإعادة استعمال المعلومات العامة والذي كان يستهدف ضمان انسجام مقتضيات قانون 17 يوليو 1978 مع الاجتهادات القضائية الفرنسية والأوروبية، قبل أن يتم إفراغ جميع هذه المقتضيات في مدونة العلاقات بين العموم والإدارة، وهي المدونة

¹ - Joumana BOUSTANY : « Accès et réutilisation des données publiques. État des lieux en France », Les Cahiers du numérique 2013/1 (Vol. 9), p: 22

² - تقرير المناظرة الوطنية حول "الحق في الحصول على المعلومات: رافعة للديمقراطية التشاركية"، وزارة الوظيفة العمومية وتحديث الإدارة، 2013، ص:11

³ - المادة 6 من القانون رقم 31.13

⁴ - UE - تم تعديله سنة 2013 بمقتضى التوجيه رقم 37/2013

التي تشكلت نتيجة تجميع النصوص التشريعية والتنظيمية المنظمة لعلاقة الإدارة الفرنسية بالجمهور بمفهومه الواسع (مرتفق، مقالة...).

في هذا الإطار، نظم المشرع الفرنسي حدود وشروط إعادة الاستعمال بموجب الباب الثاني من الكتاب الثالث من المدونة المذكورة، ومن بين ما جاء فيه أنه يمكن لكل شخص استعمال المعلومات الواردة في الوثائق أيا كان حاملها، المنتجة أو المتوصل بها من قبل الإدارات، لغايات أخرى غير تلك المتعلقة بمهمة المرفق العام التي من أجلها أنتجت الوثيقة أو توصلت بها. وعندما يتم توفير المعلومات في صيغة إلكترونية ينبغي أن تكون، إن أمكن، في نمط مفتوح يسهل إعادة استعمالها، بمعنى أن تكون المعلومات مقروءة أليا. ولا تعتبر معلومات عامة المعلومات الواردة في وثائق¹:

- لا يشكل الاطلاع عليها حقا لكل شخص طبقا لمدونة العلاقات بين العموم والإدارة أو أي مقتضى تشريعي آخر، ما لم تكن هذه المعلومات موضوع نشر عمومي؛
- يمتلك الأغيار بشأنها حقوق الملكية الفكرية، ما عدا في حالة موافقة صريحة من صاحب الحقوق بإعادة الاستعمال أو أداء مستحقات الحقوق المتعلقة بالوثيقة.

وكما هو الحال بالنسبة للقانون المغربي، تخضع إعادة استعمال المعلومات العامة في القانون الفرنسي لشروط عدم تغييرها أو تحريف معناها والإشارة إلى مصادرها وتاريخ تجميعها²، كما تحظر أحكام هذا القانون منح حق حصري لإعادة استعمال المعلومات العامة لأحد الأغيار ما لم يكن هذا الحق ضروريا لممارسة مهمة المرفق العام³.

بالإضافة إلى ذلك، يتوقف إعادة استعمال المعلومات العامة المتضمنة لمعطيات ذات طابع شخصي على احترام مقتضيات القانون رقم 17-78 الصادر في 6 يناير 1978 بشأن الإعلاميات والملفات والحريات⁴، وتتكفل السلطة التي تمتلكها بجعلها مجهولة الهوية إذا اقتضت الضرورة ذلك، شريطة ألا يتطلب ذلك جهدا كبيرا وغير معقول من قبل الإدارة⁵.

وألزم المشرع الفرنسي⁶ الإدارات التي تنتج أو تحتفظ بمعلومات عامة، أن تضع تحت تصرف مرتفقها دليلا للوثائق الرئيسية التي تحتوي على هذه المعلومات. وتتيح الإدارات المذكورة للعموم وفي نمط مفتوح شروط إعادة استعمال المعلومات العامة وكذا، عند الاقتضاء، مبلغ الرسوم وقواعد الحساب المستخدمة لتحديد هذا

¹ - Article L321-2 du code des relations entre le public et l'administration

² - Article L322-1 du code des relations entre le public et l'administration

³ - Article L325-1 du code des relations entre le public et l'administration

⁴ - Article L322-2 du code des relations entre le public et l'administration

⁵ - Article R322-3 du code des relations entre le public et l'administration

⁶ - Article L322-6 du code des relations entre le public et l'administration

المبلغ.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق أن الحكومة الفرنسية قد أحدثت خلال سنة 2011 مهمة Etalab¹ بهدف تيسير إعادة استعمال المعلومات العامة وإرساء مبدأ عام يقضي بوضع معطيات مجانية وقابلة لإعادة الاستعمال رهن إشارة العموم. وقد تم بتاريخ 5 دجنبر 2011 تدشين البوابة Data.gouv.fr التي تمنح اليوم ما يناهز 355.000 مجموعة من المعطيات تتأتى غالبيتها من المعهد الوطني للإحصاء والدراسات الاقتصادية (INSEE)².

من جهة أخرى، ولأجل تشجيع عمليات إعادة استعمال المعلومات في الولايات المتحدة الأمريكية، عملت الحكومة الاتحادية على اتخاذ جملة من الخطوات المهمة كان أبرزها إصدار مذكرة الشفافية والحكومة المنفتحة في يناير 2009 التي أكد فيها الرئيس أوباما أن "الإدارة ستتخذ كافة الإجراءات الملائمة والمتوافقة مع القانون وسياسة الدولة، للكشف عن المعلومات بالسرعة المطلوبة ووفق صيغ تمكن الجمهور من إيجادها واستعمالها بكل يسر"³، كما قام مكتب التدبير والميزانية خلال شهر دجنبر 2009 بإصدار توجيه الحكومة المنفتحة⁴ الذي ألزم مختلف الوزارات والوكالات بإتاحة المعلومات عبر الأنترنت بصيغ مفتوحة يمكن استردادها وتحميلها وفهرستها والبحث عنها بواسطة تطبيقات شائع استخدامها، ويقصد بالصيغة المفتوحة ذلك الشكل المقروء أليا والمتاح للعموم دون قيود تعرقل إعادة استخدام تلك المعلومات⁵. وفي ماي 2012، صدرت مذكرة أخرى⁶ كلفت مسؤول المعلومات⁷ بإعداد وتنفيذ استراتيجية تحمل عنوان "الحكومة الرقمية: بناء منصة القرن الحادي والعشرين من أجل تحسين الخدمات المقدمة للشعب الأمريكي" التي تمكن من تقديم خدمات رقمية أكثر كفاءة وتنسيقا من خلال مطالبة الوكالات بوضع أهداف محددة وقابلة للقياس من أجل تقديم خدمات رقمية أفضل، كما تم إصدار

جزءا من المديرية بين وزارة المعنية بالنظام الرقمي ومنظومة الإعلام والاتصال، وهي مكلفة بتنسيق سياسة الحكومة الفرنسية Etalab- تمثل مهمة¹ في مجال الانفتاح وتقاسم المعطيات العامة.

²- Joumana BOUSTANY, « Accès et réutilisation des données publiques. État des lieux en France », op.cit, p :30

³- Memorandum on Transparency and Open Government, January 21, 2009, accessible on the following link (last visit on

17/01/2018): <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/memoranda/2009/m09-12.pdf>

⁴- Open Government Directive, December 8, 2009, accessible on the following link (last visit on 17/01/2018):

<https://obamawhitehouse.archives.gov/open/documents/open-government-directive>

⁵- Office of management and budget, memorandum for the heads of executive departments and agencies, Open Government Directive, December 8, 2009

⁶- Presidential Memorandum: "Building a 21st Century Digital Government", accessible on the following link (last visit on 17/01/2018): <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/05/23/presidential-memorandum-building-21st-century-digital-government>

⁷- The Federal Chief Information Officer

المذكرة الخاصة بسياسة المعطيات المفتوحة في ماي 2013¹، والتي تعدّ الإطار القانوني المنظم لعملية إعادة استعمال المعلومات².

وتعتبر خالية تماما من حقوق التأليف والنشر كل معلومة قام موظفو الحكومة بإعدادها كجزء من واجباتهم الرسمية، وبالتالي يمكن لأي شخص استخدامها وإعادة استخدامها دون الحاجة إلى الحصول على إذن أو ترخيص. وينطبق نفس الأمر على المعطيات التي تمنح إلى أحد الناشرين الخواص، وهو ما يعد واحدا من الأسباب الرئيسية التي تجعل الولايات المتحدة موطنًا لكثير من الخدمات المتعلقة بقواعد البيانات. إذ حينما ينطلق الجميع من نفس المعلومة العامة، تصبح الشركات مجبرة على البحث عن قيمة مضافة أعلى إذا كانت تتوقع أن يدفع الناس ثمنًا للاستفادة من خدماتها³.

لذلك تعتبر العديد من المنظمات التي تناضل في أمريكا من أجل مزيد من الديمقراطية والشفافية من بين أكبر مستهلكي المعطيات العامة، نذكر منها على سبيل المثال OMB Watch وهي منظمة غير ربحية تعمل لأجل تدعيم الشفافية والمساءلة ومشاركة المواطنين، تُعيد استعمال المعطيات العامة في عدة بوابات تابعة لها مثل موقع bailoutwatch.net الذي يقدم معلومات حول تدير الحكومة والقطاع المالي لأموال دافعي الضرائب مع اعتماد خطط الإنقاذ المالي وموقع fedspending.org الذي أحدث بدعم من مؤسسة ضوء الشمس، حيث يقدم تفاصيل إنفاق مختلف الوكالات الاتحادية⁴.

كما يقوم الأفراد كذلك باستخدام هذه المعطيات لممارسة الضغط على الحكومات، إذ يصنف موقع everyblock.com الجرائم التي تقع في مختلف مدن الولايات المتحدة، مما يجبر الهيئات المعنية على اتخاذ الإجراءات اللازمة. كما يعمل موقع citizens against government waste على مراقبة تبذير الحكومة للأموال العامة، أما موقع seeclickfix فيسمح للمواطنين بالإبلاغ عن أي مشكل ذي طابع محلي، حيث يتم إرسال الشكاية مباشرة إلى الإدارة المعنية الأمر الذي يحثها على معالجتها نظرا لأن هذه العملية تكون مؤرخة وموثقة، كما يتّبع موقع city sourced نفس أهداف موقع seeclickfix، غير أن تقديم الشكاية يتم عبر الهواتف الذكية⁵.

الفرع الثاني: شروط وحدود إعادة استعمال المعلومات

¹ - "Memorandum on Open Data Policy- Managing Information as an Asset" May 9, 2013, available at <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/memoranda/2013/m-13-13.pdf> (last visit on 17/01/2018)

² - فيبي سعد: "إعادة استخدام المعلومات الحكومية -دراسة مقارنة"، مركز دعم لتقنية المعلومات، القاهرة، مصر، 2015، ص: 42.

³ - Heather BROOKE : « Your Right to Know How to Use the Freedom of Information Act and Other Access Laws», Pluto Press, 2005, p:45

⁴ - Joumana BOUSTANY : « La politique d'accès aux documents publics : Etude comparative entre les Etats-Unis, la France et le Royaume-Uni ». Documents, contenus numériques : politique en question, Nov 2010, France. ADBS, p : 261

⁵ - Ibidem, p : 261

تفرض إعادة استعمال المعلومات العامة الالتزام بأداء الرسوم المقررة إن وجدت (الفقرة الأولى)، كما تقتضي احترام الحدود المتاحة في استغلالها، في حين تعرض مخالفة الشروط القانونية صاحبها إلى عقوبات محتملة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: رسوم إعادة الاستعمال بين المجانية والأداء

رغم تطرقه لرسوم الحصول على المعلومات، فإن المشرع المغربي قد سكت عن تحديد رسوم إعادة الاستعمال كما أغفل التمييز بين أوجه الاستخدام التجاري وغير التجاري للمعلومات. على العكس من ذلك، أكد المشرع الفرنسي على مجانية إعادة استعمال المعلومات العامة، غير أنه ترك للإدارات إمكانية وضع رسوم خاصة بهذه العملية عندما تكون ملزمة بتغطية حصة جوهرية من التكاليف المتعلقة بإنجازها مهام المرفق العام من مواردها الخاصة. ولا يتجاوز المنتج الإجمالي لمبلغ هذه الرسوم، عند تقييمه على أساس فترة محاسبية مناسبة، المبلغ الإجمالي للتكاليف المتعلقة بجمع وإنتاج وإتاحة المعلومات العامة للجمهور أو نشرها¹.

وقد كرست لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية مبدأ المجانية عندما أكدت في أحد آرائها² أن غياب قرار السلطة المختصة بخصوص مبدأ وسعر الرسوم المعتمدة لا يشكل عائقا أمام حق الحصول على المعلومات وإعادة استعمالها الذي يضمنه قانون 17 يوليوز 1978، وأنه في انتظار صدور هذا القرار تظل إعادة استعمال المعلومات مجانية.

ويمكن أن تؤدي إعادة الاستعمال أيضا إلى دفع رسوم عندما يتعلق الأمر بالمعلومات الناتجة عن عمليات رقمنة أصول ومجموعات المكتبات، بما في ذلك المكتبات الجامعية والمتاحف والأرشيف، وبالمعلومات المتعلقة بها حينما يتم تسويق هذه الأخيرة بشكل مشترك. ولا يتجاوز المنتج الإجمالي لمبلغ هذه الرسوم، عند تقييمه على أساس فترة محاسبية مناسبة، المبلغ الإجمالي للتكاليف المتعلقة بجمع وإنتاج أو نشر وحفظ المعلومات واقتناء حقوق الملكية الفكرية³.

وجدير بالذكر أن مبلغ الرسوم يحدد حسب معايير موضوعية وشفافة وغير تمييزية وقابلة للتحقق منها، كما تتم مراجعة هذا المبلغ كل خمس سنوات على الأقل⁴. وتحدد طرق احتساب هذه الرسوم بموجب مرسوم لمجلس الدولة بعد استشارة السلطة المختصة، ويشير هذا المرسوم إلى قائمة بفئات الإدارات التي يرخس لها بإحداث رسوم بسبب طبيعة أنشطتها وشروط تمويلها على أن تتم مراجعة هذه القائمة كل خمس سنوات⁵.

¹ - Article L324-1 du code des relations entre le public et l'administration

² - CADA, avis n°20144116 du 27/11/2014

³ - Article L324-2 du code des relations entre le public et l'administration

⁴ - Article L324-3 du code des relations entre le public et l'administration

⁵ - Article L324-4 du code des relations entre le public et l'administration

وعندما يتم إخضاع إعادة استعمال المعلومات العامة المتضمنة في وثائق أنتجت أو توصلت بها الدولة لأداء أحد الرسوم، تحدد مسبقا بمرسوم قائمة هذه المعلومات أو فئات المعلومات بعد استشارة السلطة المختصة، وتطبق نفس المسطرة على المؤسسات العامة للدولة ذات الطابع الإداري مع الإشارة إلى ضرورة أن تتم مراجعة قائمة المعلومات أو فئات المعلومات كل خمس سنوات¹.

بالمقابل، يتم التمييز في التشريع الأمريكي بين ثلاثة أصناف من رسوم إعادة استخدام المعلومات العامة². تختلف طبيعتها وقيمتها باختلاف الهدف من استعمال المعلومات المتحصّل عليها، إذ:

- تقتصر الرسوم على التكاليف الجارية المعقولة للبحث عن الوثائق ونسخها ومراجعتها عندما تكون السجلات مطلوبة للاستخدام التجاري؛
- يتم تقدير الرسوم على أساس التكاليف الجارية المعقولة للنسخ في حالة طلب السجلات للاستعمال غير التجاري، أو في حالة تقديم الطلب من طرف مؤسسة تعليمية أو علمية غير تجارية يكون هدفها البحث العلمي أو تقديمه من طرف ممثل لوسائل الإعلام؛
- بخصوص أنواع الطلبات الأخرى، تقتصر الرسوم على التكاليف الجارية المعقولة للبحث عن الوثائق ونسخها.

الفقرة الثانية: الحماية القانونية لإعادة استعمال المعلومات العامة
بالنظر إلى أن القانون الفرنسي قد أحاط مسألة إعادة استعمال المعلومات العامة بعناية خاصة ترجمت من خلال المقتضيات القانونية المفصلة التي تضمنها التشريع المنظم لحق الحصول على الوثائق الإدارية، فإننا سنعمل على البحث في الحماية القانونية التي قررها المشرع الفرنسي لعملية إعادة استعمال المعلومات العامة، سواء عبر اعتماد آلية الرخص أو عبر إقرار عقوبات في حالة مخالفة أحكام القانون.

أولاً: الحماية القانونية لإعادة الاستعمال عبر اعتماد آلية الرخص
أدت الثورة التكنولوجية وما صاحبها من انتشار للوسائط الإلكترونية إلى تسهيل عملية نشر وتداول الملفات والمعلومات عبر الأنترنت، غير أن هذا التدفق الحر للمعلومات ظل حبيس القيود التقليدية المتعلقة بحقوق النسخ والاستخدام، وهي قيود ترجع إلى قوانين بالية سابقة للعصر الرقمي. هذا الأمر قاد إلى ظهور مجموعة من الفنانين والمحامين والعلماء المؤيدين لفكرة الرخص المفتوحة، وهي فكرة مفادها السماح لكل شخص بأن يقرر إلى أي حد يرغب في الاحتفاظ بحقوق الملكية الخاصة به مع السماح للغير باستعمال وتداول ملكيته³. ففي فرنسا مثلاً، يمكن أن تؤدي إعادة استعمال المعلومات العامة إلى إعداد رخصة، وتكون هذه الرخصة إجبارية

¹ - Article L324-5 du code des relations entre le public et l'administration

² - Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (a) (4) (A) (iii)

³ - ماهر عبد الرحمن: "الرخص المفتوحة للمعلومات الحكومية -دراسة مقارنة-"، مركز دعم تقنية المعلومات، القاهرة، مصر، 2016، ص: 28.

عندما تستوجب إعادة الاستعمال أداء رسوم معينة¹، وتُحدد هذه الرخصة شروط إعادة استعمال المعلومات العامة، ولا يمكن أن تضع هذه الشروط قيودا على إعادة الاستعمال إلا لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة وبطريقة متناسبة، ولا يمكن أن يكون موضوعها أو الأثر الناجم عنها هو تقييد المنافسة.

كما يجب على الإدارات التي تعدّ أو تمتلك وثائق تتضمن معلومات عامة يمكن إعادة استعمالها وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون، أن تضع، بشكل مسبق، رخصا نموذجية رهن إشارة الأشخاص المعنيين بإعادة استعمال هذه المعلومات وبطريقة إلكترونية عند الاقتضاء². ومن بين الرخص الأكثر شيوعا، يمكن أن نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

■ رخص منظمة المشاع الإبداعي:

أحدثت مؤسسة المشاع الإبداعي سنة 2001 بالولايات المتحدة قصد تشجيع تداول الأعمال بطريقة بسيطة وقانونية وتحفيز التبادل والإبداع³، وقامت بإصدار عدد من تنوعات الرخص المفتوحة وترويجها للمؤلفين أو المرخصين لأجل ترخيص أعمالهم الفكرية، وينتج عن تقاطع هذه التنوعات تأليف ستة خيارات مختلفة لرخص المشاع الإبداعي تجتمع كلها في كونها تنسب العمل الأصلي لصاحبه، وتختلف في إتاحتها عدة صلاحيات إضافية يتمتع المؤلفون بحرية اختيار الملائم منها⁴.

■ الرخص النموذجية لوكالة التراث غير المادي للدولة⁵ (APIE):

قامت هذه الوكالة الفرنسية بإعداد صيغتين من الرخص النموذجية وصيغة للشروط العامة لإعادة الاستخدام. وتهدف هذه النماذج، التي تم إنشاؤها بالتعاون مع مختلف الوزارات والمهنيين، إلى تلبية حاجة الفاعلين العموميين إلى فتح بياناتهم، وبما أنه من الأفضل تكييف الرخص مع المعطيات العامة المعاد استخدامها، فإن هذه الرخص النموذجية لا تكون بالضرورة قابلة للتطبيق على حالتها هاته من قبل كل جهة عامة، بل إنها توفر معايير يمكن الاسترشاد بها في صياغة رخص خاصة بها. ولهذه الأسباب، يتم توفيرها بشكل حر ومجاني مع إذن بالتعديل.

¹ - Article L323-1 du code des relations entre le public et l'administration

² - Article L323-2 du code des relations entre le public et l'administration

³ - Agence du patrimoine immatériel de l'Etat : « Les licences libres : Creative Commons », Septembre 2015, p : 2, disponible sur le lien suivant (dernière visite le 20/01/2018) :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/apie/propriete_intellectuelle/publications/Licences_libres-Creative_Commons.pdf

⁴ - ماهر عبد الرحمن: "الرخص المفتوحة للمعلومات الحكومية -دراسة مقارنة-"، مركز دعم تقنية المعلومات، القاهرة، مصر، 2016، ص: 28

⁵ - Agence des initiatives numériques : « Les données publiques, guide juridique & pratique », Aquitaine Europe Communication, N°4, décembre 2010, p : 22

■ الرخصة المفتوحة Etalab:

هي رخصة خاصة بالمعطيات العامة تم إعدادها من طرف مهمة Etalab في إطار السياسة الحكومية للبيانات المفتوحة، وتهدف إلى تسهيل وتشجيع إعادة استخدام المعطيات العامة المتاحة للجمهور بشكل حر ومجاني، وذلك طبقا لما هو وارد في المادة 1-321 من مدونة العلاقات بين العموم والإدارة.

■ رخصة فتح قاعدة المعطيات ODbL:

هي رخصة قامت بإعدادها مؤسسة المعرفة المفتوحة¹ وهي مصممة قصد السماح للمستخدمين بحرية مشاركة وتعديل واستعمال قواعد المعطيات، كما تفرض على الأغيار الراغبين في إعادة استعمال قواعد المعطيات المحمية بموجب حقوق الملكية الفكرية ضرورة إخضاع إعادة الاستخدام لنفس الشروط المطبقة في الرخصة الأولى. وقد تتطلب هذه الشروط التعاقدية من المرخص له، على سبيل المثال، أن يضمن حرية وصول أطراف أخرى إلى محتوى قاعدة البيانات².

ثانيا: الحماية القانونية عبر إقرار الجزاءات

طبقا للمادة 1-326 من مدونة العلاقات بين العموم والإدارة، تتولى لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية مراقبة مدى احترام المقتضيات المتعلقة بإعادة استعمال المعلومات العامة، حيث تتمتع بهذا الخصوص بسلطة توقيع الجزاءات في حالة عدم احترام البنود القانونية أو الاتفاقية³. وتبعا للمادة المذكورة، كل شخص يعيد استعمال معلومات عامة وينتهك هذه البنود، يكون معرضا لغرامة تفرضها لجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية.

يكون المبلغ الأقصى للغرامة مساو لذلك المنصوص عليه في المادة 131-13 من المدونة الجنائية لأجل مخالفات الدرجة الخامسة، عندما يعاد استعمال هذه المعلومات لأغراض غير تجارية دون مراعاة أحكام المادة 1-322 أو شروط إعادة الاستعمال الواردة في الرخصة المسلمة بهذا الخصوص أو إذا تم انتهاك شرط إجبارية الحصول على رخصة، بينما يكون مبلغ الغرامة متناسبا مع خطورة الإخلال المرتكب والمزايا الناتجة عنه عندما يعاد استعمال المعلومات العامة لأغراض تجارية دون مراعاة أحد الشروط السالفة الذكر.

ولا يمكن أن يتجاوز مقدار الغرامة المفروضة مليون يورو لمعاقبة إخلال وقع أول مرة، وفي حالة العود في السنوات الخمس التالية للتاريخ الذي صارت فيه العقوبة المفروضة سابقا نهائية، فإن مقدار الغرامة لا يمكن أن يتجاوز مليوني يورو أو نسبة 5% من رقم المعاملات إذا تعلق الأمر بشركة، دون احتساب رسوم آخر سنة مالية مختتمة وذلك في حدود مليوني يورو.

¹ - Open Knowledge Foundation

² - Vincent VARET: «L'ouverture des informations publiques au regard de la propriété intellectuelle», LEGICOM 2016/1, n° 56, p : 39

³ - Corinne BOUCHOUX op.cit., p : 62

ويمكن للجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية، بدل الغرامة أو بالإضافة إليها، أن تمنع مرتكب المخالفة من إعادة استعمال معلومات عامة خلال مدة سنتين كحد أقصى، ويمكن رفع هذه المدة إلى 5 سنوات في حالة العود خلال الخمس سنوات التالية لأول إخلال. كما يمكنها كذلك أن تأمر بنشر العقوبة على نفقة الشخص الذي يخضع لها طبقاً للشروط المحددة بموجب مرسوم لمجلس الدولة.

بالمقابل، لا تقتصر العقوبات الواردة في القانون المغربي على الجزاءات المالية بل قد تصل إلى عقوبات حبسية، حيث تحيل المادة 29 على العقوبات المشار إليها في المادة 360 من القانون الجنائي¹، وهي عقوبات قد تلحق كل من تسبب في ضرر للمؤسسة أو الهيئة المعنية نتيجة تحريف مضمون المعلومات المحصل عليها، كما قد تطل كل من تسبب في الإساءة أو الإضرار بالمصلحة العامة أو المساس بأحد حقوق الأغيار نتيجة استعمال أو إعادة استعمال هذه المعلومات.

ويعتبر مركز حرية الإعلام² أن هذه العقوبات تكتسي خطورة بالغة لأن مفهوم المصلحة العامة غير دقيق ويمكن أن تنتج عنه انحرافات في حالة سوء الاستخدام كما قد يؤدي إلى تقييد الاستغلال الحر للمعلومات بغاية مراقبة ومساءلة الإدارة العمومية أو التبليغ عن حالات الفساد، لذلك أوصى بضرورة إلغاء هذه المادة.

ونرى بهذا الخصوص أن المادة 29 تعمل على تضيق حق إعادة استعمال المعلومات، ومن شأنها أن تحدث حالة من التخوف لدى طالب المعلومة من التعرض لمتابعات قضائية في حالة قيامه بإعادة استعمالها، كما قد تحول دون بلوغ الفوائد الاقتصادية لإعادة الاستعمال عبر الرفع من القيمة المضافة للمعطيات العامة، فطالما أن المعلومة ليست في الأصل مستثناة من الكشف، فذلك يعني أنها تدخل في المجال العام ويحق لمقدم الطلب إعادة استعمالها.

ترتيباً على ما سبق، يمكن القول أن التحديات التي تواجه إعادة استعمال المعلومات العامة بالمغرب هي ذات طبيعة مركبة تتداخل فيها الأبعاد القانونية والإدارية والاقتصادية والاجتماعية، دون إغفال البعد السياسي

¹ - تنص المادة 360 من القانون الجنائي على ما يلي:

"من زيف أو زور أو غير في الرخص أو الشهادات أو الكتيبات أو البطاقات أو النشرات أو التواصيل أو جوازات السفر أو أوامر الخدمة أو أوراق الطريق أو جوازات المرور، أو أية وثيقة أخرى تصدرها الإدارات العامة إثباتاً لحق أو هوية أو صفة أو منح ترخيص، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائة وخمسين إلى ألف وخمسمائة درهم. ويجوز علاوة على ذلك، أن يحكم عليه بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في المادة 40 لمدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على عشر. ويعاقب على المحاولة بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة. وتطبق نفس العقوبات على من ارتكب أحد الأفعال الآتية:

1- استعمال تلك الوثائق المزيفة أو المزورة أو المغيرة المشار إليها مع علمه بذلك.

2- استعمال إحدى الوثائق المشار إليها في الفقرة الأولى، مع علمه بأن البيانات المضمنة فيها قد أصبحت ناقصة أو غير صحيحة".

² - Centre for media freedom : « Note critique du projet de loi 31.13 sur le droit d'accès à l'information au Maroc », 28 Septembre 2015,

المتجلى في ضرورة توفر الإرادة الحقيقية للسلطات العمومية لأجل فتح الرصيد المعلوماتي للإدارات والهيئات العامة في مرحلة أولى، ثم تسهيل وتشجيع استغلال وإعادة استعمال المعلومات العامة في مرحلة ثانية. ولعل المستجدات التي حملها القانون المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات في هذا الإطار، إضافة إلى الإرهاسات الأولى لسياسة تحرير المعطيات العمومية من شأنها أن تدفع نحو تغيير السلوكات النمطية للأفراد والإدارات في التعامل مع البيانات والمعطيات باعتبارها ملكا عاما مشتركا وحقا معترفا به لكافة الأفراد.

الأثر القانوني لألية إيقاف إقامة الدعوى العمومية

مريم صابري

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

مقدمة :

تعتبر آلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية الحديثة التي وضعها المشرع المغربي بين يدي النيابة العامة وهي بصدد القيام بدورها داخل المجتمع والذي لم يعد مقتصرًا على مكافحة الإجرام ودرء الأخطار الماسة بالأمن والنظام بل تعداه إلى ضرورة إصلاح الضرر اللاحق بالضحية وتمكين المنحرف من تقييم أفعاله وتحمل مسؤوليتها، وذلك في إطار توجه عام لسياسة جنائية .

ومن هذا المنطلق، تدخل المشرع لإقرار آلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية والمتمثلة في الصلح الجزئي حسب المادة 41 من ق.م.ج. وباعتبار الصلح أداة بديلة عن الوسائل التقليدية تمكن المجتمع عبر النيابة العامة والأطراف من فرصة تحقيق مصالح فيما بينهم تمكن من إنهاء الخصومات مع ضمان دوام أواصر المودة والرحمة وجبر الأضرار والقضاء على نوازع الانتقام لدى الضحايا، خاصة في القضايا البسيطة التي تنعكس سلبًا على العدالة، حيث تعمل على تخفيف العبء عن المحاكم فيما يتعلق بقضايا الجرائم البسيطة، الشيء الذي يدفعنا إلى التساؤل عن ماهية إقامة الدعوى العمومية وعن الإشكالات القانونية التي يمكن أن تعترضها؟.

وبناء عليه، سيتم دراسة آلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية من خلال مبحثين:

المبحث الأول: التعريف بآلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية

المبحث الثاني: الإشكالات القانونية التي تعترض ضوابط وأثار آلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية.

المبحث الأول: التعريف بألية إيقاف إقامة الدعوى العمومية

كما أشرنا سابقا، فإن الصلح الجزري يعتبر خطوة أولى في نظام الوساطة الجنائية التي أقرها القانون في إطار السياسة الجنائية المعاصرة الهادفة إلى مواكبة التحولات التي طالت في جميع الميادين وحل أزمة العدالة الجنائية وأزمة التشريع الجنائي بصفة عامة، فما هو تعريف ألية إيقاف إقامة الدعوى العمومية وما هي خصائصها ؟

المطلب الأول: تعريف ألية إيقاف الدعوى العمومية

الصلح الجنائي أو الصلح الجزري من المصطلحات المختلفة لمجموعة من التدابير القانونية التي استحدثها المشرع بمناسبة وضعه قانون المسطرة الجنائية.

وقد صنّف بعض الفقه عن حق مسطرة الصلح ضمن بدائل الدعوى العمومية والتي تهدف إلى تحقيق الغاية في تخفيف العبء عن المحاكم والحد من إحالة القضايا البسيطة على القضاء حيث أجاز للنياحة العامة اعتماد وسيلة غير تقليدية للبت في المساطر تقع بين إقامة الدعوى العمومية والحفظ وهو اتجاه يمكن النياحة العامة من لعب دورها الاجتماعي المتمثل في ضمان حماية الصالح العام وحقوق الأفراد سواء كانوا مشتكين أو مشتكى بهم¹.

كما اختلف بعض الفقه في تعريف الصلح إذ عرفه الدكتور عوض محمد عوض بأنه: "تلاقي إرادة المتهم وإرادة المجني عليه"²، في حين عرفه الدكتور علي زكي العرابي بأنه: "تخلص المتهم من الدعوى الجنائية إذا دفع مبلغا معيناً خلال مدة معينة"³، أما في فرنسا فقد عرفه بعض الفقه بأنه: "الصلح يعني التراضي مع المتهم لأسباب تتعلق بالسياسة الجنائية"⁴.

المطلب الثاني: ألية إيقاف إقامة الدعوى العمومية

تتميز بخصائص متعددة يمكن تلخيصها فيما يلي :

إعلان الصلح من صاحب المصلحة، ويعني ذلك أن المشرع بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 41 من ق. م. ج صرح بأن الصلح لا يتم إلا بناء على طلب من له المصلحة وهو إما المتضرر أو المشتكى به، وبمفهوم المخالفة، فإن النياحة العامة لا يمكنها أن تقترح الصلح على طرفي الخصومة، ولا يمكنها مباشرة مسطرة الصلح تلقائياً عند تقديم

¹ - محمد حكيم حسين حكيم - النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها - بدون ذكر دار الطبع ولا سنة الطبع - ص 48.

² - عوض محمد عوض - المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية - سنة 1999 - ص 131.

³ - علي زكي العرابي - المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية - بدون ذكر دار الطبع ولا سنة الطبع - ص 131.

⁴ - J.B.Bonafe-shmith : la médiation pénale en France et aux Etats-unis, droit et société, 1988.

الأطراف أمامها، ومع ذلك أجاز ذات المشرع للنيابة العامة في حالة استثنائية مباشرة الصلح بصفة تلقائية إذا تخلف الضحية متى وجد بملف القضية تنازل كتابي أو في حالة عدم وجود ضحية بالمرّة.

وإذا كان المشرع أجاز للنيابة العامة سلطة رفض أو قبول الصلح فإن القضاء الفرنسي وخاصة محكمة النقض قد بسطت رقابتها على القرار الصادر عن السلطة المختصة.

وأجازت الطعن فيه في حالة ما إذا كان القرار مشوباً بعيب الشطط في استعمال السلطة، معللة هذا بكون قرار النيابة العامة ذو طبيعة إدارية.

إجراء مسطرة الصلح على درجتين وهذا يعني بأن مسطرة الصلح يتم إجراؤها على مرحلتين مرحلة النيابة العامة حيث يتم التفاوض ومرحلة رئيس المحكمة حيث يتم المصادقة على محضر الصلح بمقتضى أمر قضائي غير قابل للطعن في غرفة المشورة.

تعلق مسطرة الصلح بجرائم الرشء والأحداث على حد السواء، حيث يتبين من خلال المادة 461 من ق. م. ج بأن المشرع المغربي أجاز للنيابة العامة سلوك مسطرة الصلح في الجرائم المرتكبة من لدن الأحداث، ولكن ليست في جميع الجرائم بل إن الأمر يهم الجرح المشار إليها في الفصل 41 من ق. م. ج.

ولإعمال هذه الآليات ولتفتح الآثار القانونية المتوخاة منها، لا بد من توافر ضوابط معينة والتي من الإشكاليات القانونية التي يتم عرضها فيما يلي:

المبحث الثاني: الإشكاليات القانونية التي تعترض آلية إيقاف الدعوى العمومية

لكي تنتج الآثار القانونية المتوخاة منها والمتمثلة في تخفيف العبء عن القضاء بخصوص جرائم الجرح والمحددة على سبيل الحصر بكونها لا تعتبر خطيرة على النظام العام ويقتصر ضررها الهام على أطرافها.

ومع ذلك فإن آلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية وآلية إيقاف سريانها تخللتها مجموعة من الإشكاليات القانونية سواء على مستوى الضوابط الموضوعية أو الشكلية (المطلب الأول) أو على مستوى الآثار القانونية المنتجة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإشكاليات القانونية التي تعترض ضوابط آلية إيقاف الدعوى العمومية

إن آلية إيقاف الدعوى العمومية باعتبارها من التدابير التي تهدف لمواجهة أزمة العدالة الجنائية على المستويين العقابي والتشريعي فإنها هي الأخرى تضمنت مجموعة من العوارض التي يمكننا تبيانها فيما يلي:

أولاً: على مستوى الضوابط الموضوعية حسب المادة 41 و372 من ق م ج

يشترط لإعمال آلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية، أن يكون الفعل معاقب عليه بعقوبة حبسية لا تفوق سنتين أو بغرامة لا تقل عن 500 درهم.

يلاحظ أن معيار عقوبة الفعل الجرم الذي اعتمده المشرع المغربي لم يخل من الإشكاليات عملية وذلك فيما يتعلق بحالة ازدواجية العقوبة، فما هو الحكم إذا تعلق الأمر بجنحة يعاقب عليها القانون بالحبس لمدة سنتين وغرامة مالية لا تتجاوز 5000 درهم؟¹

غير أن نص المادة جاء صريح ومحدد إحدى العقوبات لم يشير إلى عبارة هما وإنما قضى بعقوبة واحدة وهذا ما ذهب إليه المشرع البلجيكي أنه اشترط أن تكون العقوبة المنصوص عليها للجريمة موضوع الصلح هي الغرامة والحبس الذي لا يتجاوز شهرا أو العقوبتين معا.

وبالإضافة إلى الإشكال السابق، تطرح إشكالية موازية تتعلق بالحالة التي تكون فيها الجنحة وفق المعيار السابق مرتبطة بجناية فما مآل ذلك؟

أمام سكوت النص يبقى الواقع العملي لهذه المسطرة هو الكفيل بالإجابة عن هذه الإشكالية.

2- تراضي الأطراف وموافقة النيابة العامة على مسطرة الصلح وفق المادة 41 من ق. م. ج.

عملا بأحكام المادة 41 من ق.م.ج فإن آلية إيقاف الدعوى العمومية لا يمكن الشروع فيها بصفة قانونية إلا بعد تراضي الأطراف وموافقة وكيل الملك، وهذا الشرط يطرح عدة إشكالات على المستوى العملي، ذلك أن المشرع المغربي رغم اشتراطه ارتباط الصلح بجريمة يعاقب عليها بسنتين حبسا أو غرامة مالية لا تتجاوز 5000 درهم، إلا أنه علقها على الموافقة المبدئية لوكيل الملك.²

مما يقودنا إلى التساؤل عن دور وكيل الملك عن هذه المسطرة، فهل المقصود بموافقتها مراقبة الضوابط القانونية لإنجاز الصلح أم أنه يملك سلطة تقديرية في قبول أو رفض الصلح حتى لو توافرت ضوابطه؟ ويرى بعض الأساتذة بأن النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع وفي إطار سلطة الملاءمة³، لها كامل الصلاحية في الموافقة على الصلح من عدمه إذا تبين لها خطورة الأفعال وأن المصلحة تقتضي ذلك، ما يدفعنا إلى التساؤل عن الطبيعة القانونية لآلية إيقاف الدعوى العمومية فهل تكتسي صبغة وجوبية أم جوازية؟

بالرجوع إلى سلطة الملاءمة التي بيد النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع متى تبين لها أنه يجوز اللجوء إلى آلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية متى توافرت ضوابط ذلك ومتى لم تتعارض مع المصلحة العامة، فبذلك يمكننا القول بأنها هذه المسطرة هي مسطرة جوازية وليست وجوبية.

¹ أحكام التصالح الجنائي، بحث مقدم كورقة عمل لندوة التحكيم الجنائي في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية في 1431 م.

<http://respost.org.naiss>

² محمد بوفادي، مسطرة الصلح الجزري، مجلة محكمة، ع 6، 2006، مكتبة دار السلام، الرباط، ص 44.

³ ذ. حدادي نور الدين، الدعوى العمومية وسلطة الملاءمة، مجلة الملف ج 17 أكتوبر 2010.

ولاحظ أنه بالرغم من أهمية الدور الذي أوكل إلى النيابة العامة بخصوص مباشرة آلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية إلا أنه يبقى غير قادر على بلوغ الأهداف التي رسمتها السياسة الجنائية بغية تجاوز أزمة العدالة الجنائية.

مصادقة رئيس المحكمة على مسطرة الصلح:

بعد التوقيع على المحضر في النيابة العامة والطرفين ، فإنه تتم إحالته على رئيس المحكمة من أجل المصادقة عليه، وذلك بغرفة المشورة أو بحضور ممثل النيابة العامة، وتعتبر هذه المرحلة هي آخر مرحلة من مراحل الصلح ليتخذ صيغته النهائية ويكتسب بموجب هذا التصديق حجية وقوة نفاذه بمقتضى أمر قضائي غير قابل لأي طعن، مما يدفعنا إلى التساؤل عن الحالة التي لا تتم فيها المصادقة فعن محضر الصلح من طرف رئيس المحكمة، فماذا كون وما الأثر القانوني المترتب؟ بالرجوع إلى المادة 41 من ق.م.ج فإن المشرع لم يرتب أي أثر قانوني في حالة عدم المصادقة على محضر الصلح، إن المشرع قلص من دور رئيس المحكمة عندما أجاز للنياية العامة.

إمكانية إقامة الدعوى العمومية متى ظهرت عناصر جديدة تؤثر على الدعوى ما لم تتقادم بالرغم من مصادقة الأطراف على المحضر، وتنفيذ ما تضمنه محضر الصلح من التزامات.

فهل إمكانية الصلح تبقى جائزة حتى بعد إقامة الدعوى العمومية؟ هذه الإشكالية لم يتطرق إليها المادة 41 من ق.م.ج ، لكن نجد في المادة 372 من أنه كما تنازل المشتكي عن الدعوى فإن النيابة العامة تلتزم بإيقاف سير الدعوى أمام المحكمة، وباعتبار أن الصلح يقع في المرحلة ما قبل إقامة الدعوى العمومية وآلية إيقاف سريانها مرتبطة بالمرحلة ما بعد إقامة الدعوى وقبل صدور الحكم في جوهر النزاع، وبالنظر إلى الإحالة الواردة في المادة 372 ق.م.ج، على المادة 41 منه بخصوص احترام المعيار الضابط العقوبة الفعل الجرمي المحدد قانونا في المادة 41 فإنه من حيث تحقق الآثار المتوخاة من مطرة الصلح كإجراء بديل للدعوى العمومية في المرحلة ما قبل إقامتها فإنه يمكن تحقيقها في المرحلة ما بعد إقامتها في شكل إيقاف سريان الدعوى العمومية في إطار المادة 372 من ق.م.ج حتى وإن كانت تختلف عنها من حيث أن مسطرة الصلح تتضمن إتفاق الأطراف على الإلتزامات معينة يجب تنفيذها عند إصدار مقرر الصلح إلا أنه يمكن اللجوء إلى الإجراء الوارد في المادة 372 من ما تعلق الأمر بجرائم الشكاية لتدارك قبل صدور حكم بات في القضية ولتحقيق الغاية المتوخاة من سن هذه التدابير كإجراءات بديلة للدعوى العمومية .

المشرع لم يشر إلى كيفية إشعار رئيس المحكمة ولكن في حالة عدم تنفيذ هذه الإلتزامات فما مآل ذلك، وهل يمكن تنفيذه جبرا؟ مما يطرح التساؤل حول طبيعة وحجية الأمر القضائي الصادر عن المحكمة؟

وبالرجوع إلى المادة 41 من ق.م.ج يلاحظ أنه لا توجد إمكانية لتنفيذه عن طريق الجبر¹، وإنما أتاح للنيابة إمكانية إقامة الدعوى العمومية.

إن طبيعة وحجية الأمر القضائي الصادر عن رئيس المحكمة أثار نقاشا بين الباحثين حول قوته التنفيذية وحسمه في موضوع النزاع، حول إفراغه من محتواه التنفيذي بإرادة الأطراف وبأنه لا يمكن إضفاء صبغة الحكم القضائي عليه، وبالتالي لا يمكن أن يخضع لإجراءات التنفيذ الجبري². ولعل أقرب ما ذهب إليه الباحثين هو ما ذهب إليه الأستاذ لحسن ببي الذي يرى أن طبيعة الأمر القضائي المتعلق بمسطرة الصلح الجزري، والمسند إلى رئيس المحكمة للمصادقة تجعل منه تصديقا من نوع خاص.

بعد ما تطرقنا إلى جملة من الإشكاليات المرتبطة بالضوابط الموضوعية ومحاولة معالجتها سننتقل إلى الضوابط الشكلية لألية إقامة الدعوى العمومية.

ثانيا: الضوابط الشكلية لآلة إيقاف إقامة الدعوى العمومية

لإعمال آلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية لا يكفي توافر الضوابط الموضوعية، بل لا بد من توافر ضوابط شكلية التي تنتج آثارها القانونية، والتي سيتم تبيانها على الشكل التالي:

1- تحرير محضر قانوني للصلح:

المحضر هو الوثيقة التي تتبنت رغبة الأطراف في اللجوء إلى الصلح، حيث يقوم وكيل الملك بعد اتفاق الأطراف بتضمين الصلح الحاصل بينهما في محضر وتفاديا لأي إشكال يمكن أن يشير المحضر، فقد تم صياغة مطبوع موحد لمحضر الصلح يشمل الإشارة إلى:

- الصفة القضائية للمحرر
- تراضي الطرفين
- التكييف القانوني للأفعال المرتبطة
- حضور الأطراف أو غياب أحدهم
- حضور دفاع الأطراف وعند الاقتضاء إلى تنازلهم عن الدفاع
- عناصر الصلح التي اتفق عليها الأطراف بما فيها الغرامة
- موافقة النيابة العامة

¹ عبد اللطيف إدزي: الصلح القضائي في القانون .

² وعلى عكس ما ذهب إليه المشرع المصري في حالة التأخر عن دفع الإلتزامات فإن الجزاء الممكن توقيعه في حق المتخلف عن تنفيذ الإلتزامه بدفع

غرامة أكثر من المبلغ الذي كان يتعين أن يدفعه. أنظر بهذا الصدد:

د. مصطفى محمد عبد المحسن، انقضاء الدعوى الجنائية البدائل والمفترضات، سنة 2003-2004، ص 25.

- تاريخ جلسة غرفة المشورة
- توقيع الأطراف ووكيل الملك
- تاريخ تحرير المحضر
- 2- حضور الدفاع
- وفق ما تضمنته المادة 41 من ق.م.ج فإنه يتم تحرير محضر الصلح بحضور دفاع الأطراف ما لم يتنازل أو يتنازل أحدهم عن ذلك ويتضمن هذا المحضر ما اتفق عليه الأطراف. ويتضح بذلك أن إدخال المشرع للدفاع في مسطرة الصلح له أثر كبير في إنجاح مسطرة الصلح، وبالتالي تفعيل الوسائل البديلة التي جاءت بها السياسة الجنائية لتجاوز أزمة العدالة الجنائية.¹
- بعد استيفاء مسطرة الصلح الجزري لشروطها الموضوعية والشكلية وبعد المصادقة عليها من طرف رئيس المحكمة، فإنها ترتب آثار مجموعة الآثار القانونية.
- المطلب الثاني: الآثار القانونية لآلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية والإشكالات التي تعترضها
- قد يبدو أن أثر الناتج عن اللجوء إلى آلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية يبدو واضحاً إلا أنه يطرح العديد من التساؤلات والتي يجب البحث لها عن إجابة.
- 1- أثار اعتماد آلية إيقاف إقامة الدعوى العمومية على المتابعة من الطبيعي بعد صدور الأمر القضائي عن غرفة المشورة، بالمصادقة على الصلح ينتج عنه محو أثر الجريمة وبالتالي إيقاف إقامة الدعوى العمومية إلى حين سقوطها بالتقادم،² وبذلك فإن مسطرة الصلح لا تنهي الدعوى العمومية بين الفترة ما بين سلوك مسطرة الصلح وسقوطها بالتقادم وإمكانية إقامتها من جديد حسب المادة 41 من ق.م.ج وفي الحالات التالية:
- في حالة عدم المصادقة على محضر الصلح لسبب من الأسباب.
- عدم تنفيذ الإلتزامات التي صادق عليها رئيس المحكمة
- ظهور عناصر جديدة تمس الدعوى العمومية .
- أثار آلية إيقاف إقامة الدعوى على كل من المتضرر والمشتكي به:
- اللجوء إلى الصلح بالنسبة للمتضرر يعتبر وسيلة سهلة ومختصرة لما لها في ذلك من تجنب كثرة الإجراءات ولتكبد النفقات، إذ يصبح المتضرر في غنى عن الحضور إلى المحكمة والتقدم بالمطالب المدنية وأداء الرسوم

¹ أصدرت وزارة العدل مطبوع لمحضر الصلح على القضايا الجنحية وهو موزع على جميع محاكم المملكة.

² حميد ميمون: المتابعة الجزرية وإشكالاتها العملية دراسة مقارنة وفق ق.م.ج الجديد وعلى ضوء العمل الفقهي والاجتهاد القضائي المغربي والمقارن ط1 سنة 2005 ، ص 128.

القضائية وممارسة الطعون وانتظار حكم بات في الدعوى فلذلك تعتبر مسطرة الصلح أنجع وسيلة لذلك في إطار حماية حقوق الضحايا والتي عهد بها المشرع إلى النيابة العامة¹.

في حال كان المتضرر أكثر من شخص واحد، ولو افترضنا أن المتضرر أحد من المتضررين أراد اللجوء إلى الصلح في حين رفض البعض الآخر مفضلاً متابعة مرتكب الفعل الجرمي، في هذا الصدد تبني المشرع المصري إجراءات التنازل عن الشكاية²، وفي حالة تعدد المشتكين لا يعتد بتنازل أحدهم عن الشكاية إلا إذا صدر عنهم جميعاً، وقد أغفل المشرع المغربي الإشارة إلى نفيه ذلك وتبقى معالجة هذا الإشكال متوقفة على القضاء بالنسبة للمشتك به فإن آلية إيقاف الدعوى العمومية تجعله في مأمن في المتابعة وبذلك فإن أثر الصلح على المشتكي به أنه لا يحال على الجلسة العلنية ولا يعامل كمتهم؛ بحيث أن المشرع عامله ف المادة 41 من ق.م.ج كما لو أن الأمر يتعلق بتزاع مدني، فضلاً عن عدم تقييده بالسجل العدلي ولا يعتبر متابعة في العود للجريمة.

آثار آلية إيقاف الدعوى العمومية على المجتمع المدني

سلوك مسطرة الصلح يتطلب تنازل ممثل المجتمع عن إقامة الدعوى عما لحق المجتمع من ضرر نتيجة الجريمة المرتكبة³ وذلك في شكل دفع غرامة مالية للتعويض.

وبهذا نكون قد تطرقنا إلى مسطرة الصلح والإشكاليات القانونية التي تعترى شروط صحتها بالإضافة إلى الآثار التي تنجم عنها، والإشكالات التي يفترض مواجهتها بمعالجة ذلك ضوء التشريع المغربي وبعض الأنظمة المقارنة، ومن خلال ما سبق فإن آلية إيقاف الدعوى العمومية من أهم البدائل التي جاءت بها السياسة الجنائية بغية تجاوز أمن العدالة الجنائية عموماً، والإشكالات التي تطرحها الجرائم البسيطة.

¹ مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم: الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية "دراسة تحليلية مقارنة" بين التشريعين المصري والفرنسي طبقاً لأحدث التعديلات المدخلة بالقانون رقم 174 لسنة 1998 الطبعة الأولى 2004، دار النهضة العربية.

² محمد بن حم، قضاء الصلح أو غرفة المشورة في ظل قانون المسطرة الجنائية، مجلة الملف، ع3، أبريل 2003، ص 93.

³ حميد ميمون، مرجع سابق، ص 132.

الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق و حدودها

وائل تيسية

باحث في سلك الدكتوراه

تعد مهنة التوثيق من بين المهن القانونية التي لها ارتباط وثيق بزمرة من المؤسسات والقوانين، إذ أن نطاق تعامل الموثق مع المتعاقدين وبعض المؤسسات يتسع ليشمل مجموعة من المراحل، ومن بينها مرحلتا قبل تحرير العقد موضوع تراضي الأطراف وبعده، ومن ثم فالموثق عند قيامه بمهامه التوثيقية وبمناسبتها يمكنه أن يقترف مجموعة من الأفعال المجرمة سواء في ظل القواعد العامة للقانون الجنائي أو في إطار القوانين الخاصة مما يتم بذلك مساءلته مسائلة جنائية (المحور الأول)، غير أن هناك مجموعة من الحالات التي يتم فيها تضيق المؤاخذة الجنائية على الموثق. (المحور الثاني).

المحور الأول: الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق

إن دراسة الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق يدفعا بشكل مباشر لمعرفة الجرائم التي يمكن أن يقترفها الموثق الناتجة عن ممارسته لمهنته، فتلك الجرائم نجد مرجعيتها في مجموعة من النصوص التشريعية، كالمدونة العامة للضرائب، مدونة استخلاص الديون العمومية ...

إن دائرة التجريم والعقاب التي تخص الموثق واسعة تشمل ليس فقط النصوص القانونية أو القوانين السابقة ذكرها، بل ترتبط بأفعال مجرمة من لدن القواعد العامة للقانون الجنائي (1)، ثم بعض القوانين الخاصة كقانون التوثيق الجديد، وقانون مكافحة غسل الأموال (2).

1/ الإطار القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق على ضوء القواعد العامة للقانون الجنائي

تقوم المسؤولية الجنائية للموثق على خطأ توثيقي أثناء ممارسته لمهنته يعاقب عليه القانون الجنائي. هذا الخطأ يمكن حصره في نوعين: الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي، فالأول يتمثل في كل الأفعال الإجرامية التي يرتكبها الموثق عن بينة واختيار، ولقد أورد القانون الجنائي مجموعة من الجرائم التي تستوجب المسؤولية الجنائية كالنزوير والاختلاس وإفشاء السر المهني وغيرها. أما الثاني، فيتمثل في ذلك الخطأ الذي يرتكبه الموثق والذي ينتج

عنه ضرر لكن دون نية إحداثه، ويكون ذلك غالبا نتيجة للإهمال.¹

في هذا الإطار فإنه يجب تحديد أهم الجرائم التي يرتكها الموثق مع التفصيل في الأركان المكون لها.

1-1: أهم الجرائم المرتكبة من لدن الموثق الواردة في القانون الجنائي

تم التنصيص في القانون الجنائي على مجموعة من المقتضيات القانونية المحددة للجرائم المرتكبة من لدن الموثق إما أخذًا بعين الاعتبار الصفة المهنية للموثق، وإما متجاهلا تلك الصفة.

● الجرائم الناتجة عن صفة الموثق:

قبل الخوض في مناقشة الأفعال التي تستوجب المسائلة الجنائية للموثق باعتبار صفتها، يتعين القول أن جريمة التزوير تسأل مباشرة صفة الموثق، إلا أن هناك بعض الجرائم كالاختلاس والغدر وإفشاء السر المهني، التي يتم فيها حصر المجرم وصفته في شخص الموظف العمومي، وكل أمين عن الأسرار بحكم مهنته أو وظيفته. ✓ جريمة التزوير: تعتبر جريمة التزوير من أخطر الجرائم التي يرتكها الموثق، إذ أن الأفعال المكونة لها تهم الجريمة كإقحام توقيعات مزورة تعبر عن مدى تحايل ومكر الموثق وكذلك النية الكامنة لهذا الأخير من أجل خيانة الأطراف المتعاقدة إما عن طريق:

- وضع توقيعات مزورة،
- تغيير المحرر أو الكتابة أو التوقيع،
- وضع أشخاص موهومين أو استبدال أشخاص بأخرين،
- كتابة إضافية أو مقحمة في السجلات أو المحررات العمومية، بعد تمام تحريرها أو اختتامها.

كل تلك الوسائل التي يستخدمها الموثق قصد القيام بجريمة التزوير تم التنصيص عليها في المادة 352 من القانون الجنائي المغربي. عرف المشرع المغربي تزوير الأوراق في المادة 351 من القانون الجنائي باعتباره: " تغيير الحقيقة فيها بسوء نية، تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا متى وقع في محرر بإحدى الوسائل المنصوص عليها في القانون".

ويعتبر هذا التعريف قاصرا بالمقارنة مع التعريف الوارد في القانون الجنائي الفرنسي، الذي يعرف بمقتضاه التزوير بأنه كل تغيير احتيالي للحقيقة من شأنه إحداث ضرر، ويتم بأي وسيلة كانت تقع على محرر أو أي دعامة للتعبير عن الأفكار يكون موضوعها أو يكون من أثارها إقامة الدليل على حق أو واقعة ذات نتائج قانونية (الفصل 1-441 من القانون الجنائي الفرنسي).²

¹ - د. محمد الأمين، " المسؤولية الجنائية للموثق"، مجلة القيس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الخامس، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، يوليو 2013، ص 36.

² - د. محمد الأمين، المرجع السابق، صفحة 44

جاء النص الفرنسي في رأينا شاملا بحيث أن محل الجريمة يمكن أن يكون أية دعامة تقيم الدليل على إثبات حق، غير أن النص المغربي قد تناول فقط المحرر المكتوب محل الفعل الجرمي.

و بموازاة ذلك، نجد أن هناك ركنين أساسيين لا يمكن أن تتحقق جريمة التزوير بدونهما وهما إرادة الموثق الاحتيالية قصد تغيير حقيقة الدعامة ثم الضرر الناتج عن عملية التزوير، إذ أن تلك الوسائل يجب أن تصدر عن شخص الموثق، لتتأتى جريمة التزوير وفق المادة 1-441 من القانون الجنائي الفرنسي، بالتالي فإن صفة الموثق تيسر إثبات الفعل الجرمي¹.

هذا الإثبات الذي يمكن أن يتضح بأي وثيقة صادرة عن الموثق كالعقود التي يحررها أثناء ممارسته لمهنته من أصل العقد « minute »، نسخة أصل العقد « expédition »، ملحقات العقد « Annexes »، فالموثق باعتباره مفوضا عن القوة العمومية يتحمل تبعات تغييره لحقيقة المحرر بسوء نية، وباحتيايل منه قاصدا الضرر الحاصل على إثر ذلك الفعل.

تجدر الإشارة إلى أن الفعل المادي المكون لجريمة التزوير قد يصدر كما أسلفنا الذكر في شكل مجموعة من الصور، من بينها وضع توقيعات مزورة، تغيير المحرر أو الكتابة أو التوقيع، كتابة إضافية أو مقحمة في السجلات أو المحررات العمومية بعد تمام تحريرها أو اختتامها، وضع أشخاص موهومين أو استبدال أشخاص آخرين. في حالة وضع توقيعات مزورة، فإن كاتب المحرر يقوم بإيراد اسم شخصي أو عائلي غير حقيقي. يمكن أن يتحقق تغيير المحرر أو الكتابة أو التوقيع بواسطة تغيير تاريخ العقد بغية الاستفادة من الأجل المحددة في القوانين الضريبية، إيراد ثمن أدنى من ثمن البيع الحقيقي في العقد، وكذلك تتأتى صورة تغيير المحرر أو الكتابة أو التوقيع عن طريق وضع توقيعات مزورة للشهود بعد تحرير العقد عندما تتوقف صحة العقد على توقيعات هؤلاء الشهود².

¹ -Jeanne de Pouliquet, « Responsabilité des notaires, civile, disciplinaire, pénale ». Deuxième édition, Mai 2009. Dalloz, page 253.
« ...deux éléments constitutifs identiques paraissent constants : le préjudice et l'intention dolosive, c' à d la volonté d'altérer sciemment le contenu de l'écrit authentique. Or, ces deux éléments constitutifs sont unis par un point commun : la qualité d'officier public du notaire leur confère une spécificité certaine en facilitant la charge de leur preuve ».

² - M^{ed} Fayçal El Aaoufir, « la fonction notariale » Imprimerie Beni Snassen,, 2008, pp. 136 - 137.
« L'altération matérielle d'un acte résulte, soit de fausses signatures soit d'altération des actes, écriture ou signatures, soit d'interaction d'écritures sur des registres ou autres actes, soit de supposition de personnes.
Il y a fausse signature toutes les fois, que le souscripteur usurpe un nom ou un prénom que n'est pas le sien, même s'il s'agit du nom d'une personne imaginaire ou inconnue... constituent des faux par altération d'écriture, les surcharges, les substitutions par un notaire, dans le contrat reçu par lui, d'une date fausse à la date véritable dans le dessin de fraudes les lois fiscales, l'insertion après coup, dans le même dessin, dans un acte de cession d'un prix inférieur à celui convenu entre les contractants, l'addition après coup de la mention relative à la présence des témoins ... »

يلاحظ على مقتضيات المادة 352 من القانون الجنائي أنها تطرقت إلى صور التزوير الصادرة عن الموثق ولم تشر إلى أن تلك الوقائع المادية قد وقعت على وثيقة حررها الموثق بذاته، بينما جاءت المادة 353 من القانون الجنائي بعدها لتبرز بعض الأفعال الناتجة عن تحرير الموثق للمحرر الصادر عنه وهي: كتابة اتفاقات تخالف مارسمه أو أملاه الأطراف المعنية إما بإثبات صحة وقائع يعلم أنها صحيحة، و إما بإثبات وقائع على أنها اعتراف بها لديه، أو حدثت أمامه بالرغم من عدم حصول ذلك، وإما بحذف أو تغيير عمدي في التصريحات التي يتلقاها.

يستنتج من خلال ما سبق أن المادة 352 من القانون الجنائي سردت صور التزوير الصادرة عن الموثق في محررات عمومية دون تحديد كاتب تلك الوثيقة إلا أن المشرع الجنائي في المادة 353 بعدها تدارك صفة الموثق محرر العقود حينما يبين أن التزوير الصادر عن الموثق قد وقع في جوهر المحرر.

فيما يتعلق بالركن المعنوي للجريمة، فتزوير الموثق للمحرر بسوء نية مع علمه بذلك وأن تتجه إرادته الخالصة لاقتراف الفعل الجرمي مخالفاً بذلك قواعد القانون الجنائي، يعتبر قصداً جنائياً عاماً، أما القصد الجنائي الخاص فيتمثل في كون أن إرادة الموثق متجهة لتحقيق النتيجة المتوخاة من الفعل الجرمي¹.

يتضح من خلال شرح الركن المادي والمعنوي لجريمة التزوير أن هاته الأخيرة هي من الجرائم ذات الصفة، بحيث لا يمكن أن تتحقق إلا من موثق وقاض وغيرهم ممن أشير إليهم في المادتين 352 و 353 من القانون الجنائي.

✓ جريمة الاختلاس: يستنتج من أول وهلة أن المادة 241 ق.ج لم تعرف جريمة الاختلاس على خلاف جريمة التزوير، بل حصرت الصور الممكنة لتأتي الجريمة. في هذا الصدد، فالمادة السابقة ذكرها (241 ق.ج) أشارت أن صور عديدة تتحقق مع جريمة الاختلاس إما عن طريق: اختلاس، تبديد، احتجاز ثم إخفاء أموال عامة أو خاصة وكذلك سندات تقوم مقامها أو حجج أو عقود أو منقولات موضوعة تحت يد الموظف العمومي أو من في حكمه كالموثق الذي يقوم بتلك الأفعال المشار إليها أنفاً إما بحكم وظيفته أو بسببها.

ابتداءً يمكن القول أن الفعل المادي الذي يتجلى في إخفاء المنقولات أو العقود أو ما شابه ذلك يثير إشكالات مهمة بحيث أنه لا يمكن أن نتصور عملية الإخفاء من لدن الموثق لعقود قد أبرمها بصفته المهنية أو لأموال قد تلقاها أثناء ممارسته لمهامه التوثيقية. على سبيل المثال عندما يقوم الموثق بتحرير عقد هبة لا يمكن أن يخفي العقد المبرم لأن أصل العقد موجود بقوة القانون ومؤشر عليه لدى مكتب التسجيل والتبرر التابع لوزارة الاقتصاد والمالية، كما أن الثمن الموضوع تحت يد الموثق بعد إبرامه لعقد بيع لا يمكن أن يكون محلاً للإخفاء لأن العقد المبرم

¹ - J. de Pouliquet , « Responsabilité des notaires, civile, disciplinaire, pénale ». op. cit., pp. 254- 255.

« le dol général consiste dans la volonté de commettre un acte tout en sachant qu'en agissant ainsi on violera la loi pénale. Cette volonté ou dol général forme l'élément moral de l'infraction...

... Le dol spéciale ajoute à l'intention de transgresser la loi pénale sanctionnant le faux, la volonté d'atteindre le résultat prohibé »

من لدن الموثق تكون له قوة تبوثية وحجية اتجاه الأطراف المتعاقدة واتجاه الغير، وذلك ما يستفاد من المادة 419 من قانون الالتزامات و العقود المغربي.

اعتمادا على ما سبق هناك ثلاث أفعال مادية تؤدي إلى ارتكاب الموثق لجريمة الاختلاس، وهي الاختلاس، التبديد ثم الاحتجاز.

فيما يتعلق بالاختلاس كفعل مادي مكون لجريمة الاختلاس، يتحقق عندما تتحول حيازة الموثق للأموال العامة أو الخاصة أو العقود إلى غيره من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة، فالأطراف يأمنون الموثق باعتباره نائبا عن الدولة فيما يتعلق بتحرير العقود، بحيث يحتفظ هذا الأخير بالعقود والمنقولات والأموال قصد حفظ الحقوق العامة للدولة والحقوق الخاصة للأفراد، غير أن خيانة الثقة الممنوحة للموثق قد تعرضه إلى جزاءات زجرية بحكم تحويله للأشياء السالفة الذكر إلى ملكيته الخاصة.

أما فيما يخص الفعل المادي المتمثل في التبديد، فالخطأ التوثيقي الصادر عن الموثق، ينبغي أن يتخذ شكل إهلاك كلي للعقود وللحجج و للسندات المنصوص عليها في المادتين 241 و 242 من مجموعة القانون الجنائي، وبالتالي فهذا الإهلاك إما أن يتأخذ صورة إحراق أو إهلاك للأشياء من لدن الموثق وذلك أثناء قيامه بوظيفته أو بسببها.

فيما يتعلق بالاحتجاز كفعل مادي مكون لجريمة الاختلاس، فالموثق يقوم بإتيان الفعل الجرمي بواسطة الحجز والاحتفاظ بالأموال أو العقود أو المنقولات، وعمليا تقع هاته الجريمة حينما يتماطل الموثق في إرجاع وردّ المبالغ المستحقة لأحد الأطراف في حالة عدم اكتمال الإجراءات القانونية المتعلقة ببعض العقود¹ كالحالة التي يتم فيها فسخ عقد الوعد بالبيع عندما يحتفظ الموثق بالتسبيق أو العريون بخزينته دون إرجاعه.

تعتبر جريمة الاختلاس من الجرائم العمدية التي يتطلب لقيامها توافر قصد جنائي عام وخاص، وتبعاً لذلك فإن الموظف أو من في حكمه كالموثق، عليه أن يعلم أن الأشياء المختلسة هي مملوكة للغير و أنها دخلت في حيازته بسبب وظيفته. كما يشترط بالإضافة إلى ذلك أن تتجه إرادته إلى الاستيلاء على المال والتصرف فيه تصرف المالك إما بحيازته لنفسه أو بنقل حيازته للغير².

✓ جريمة الغدر: يستنتج من مقتضيات المادة 243 من القانون الجنائي أن الغدر يصدر عن الموثق إما بالفعل المادي المتمثل في طلب أو تلقي أو فرض أوامر بتحصيل أموال يعلم أنها غير مستحقة أو تفوق المستحق إما لفائده الشخصية أو لفائدة الغير، وبالتالي يمكن أن نتصور حالة طلب الموثق لأموال يعلم أنها غير مستحقة مثل طلب أداء رسم الأراضي غير المبنية مع علم الموثق أن الشخص الذي يمتلك الأرض معفى من أداء ذلك الرسم، كذلك هو الشأن بالنسبة للحالة التي يفرض فيها الموثق على المشتري في عقد بيع عقار دفع أكثر من المستحق أداءه مثل فرض مبلغ متعلق بالتنبر أو النسخ الممنوحة للمشتري تفوق بكثير المبلغ الواجب أداءه، أو طلب مبالغ متعلقة بمصاريف التنقل تتجاوز الحد المألوف عند القيام بنفس العملية.

¹ - J. de Pouliquet, « Responsabilité des notaires, civile, disciplinaire, pénale ». op cit., p. 272.

² - د. محمد الأمين، المرجع السابق، صفحة 37

علاوة على ذلك نخلص إلى أن الغدر هو جريمة عمدية يهدف الموثق بالأساس أو أي موظف عمومي بارتكابه لتلك الأفعال المادية المشار إليها أنفا إلى خرق مقتضيات المادة 243 من ق.ج. إذ أن البواعث من وراء اعتراف الجريمة لا تؤخذ بعين الاعتبار، بل يكفي أن يكون ضمير الموثق واعيا وأن يكون عالما بالأعمال التي يؤتمها بغية ترتيب المسؤولية الجنائية عليه، وأن تكون إدارة الموثق متجهة إلى تحقيق النتيجة المحظورة من طرف المشرع الجنائي¹.

✓ **جريمة إفشاء السر الممي:** كما هو معلوم فالموثق على غرار مجموعة من المهنيين يتحمل أعباء ومن أهمها وأقدسها الالتزام بكتمان السر الممي، واستنادا إلى مقتضيات المادة 446 من ق.ج. فإن الأمناء عن الأسرار بصفة دائمة ومن بينهم الموثقين يعاقبون على جريمة إفشاء السر الممي المودع لديهم بحكم وظيفتهم، غير أن المشرع الجنائي استثنى بعض الحالات التي أجاز فيها للموثق خصيصا إفشاء السر الممي وهي الحالة التي يأذن فيها القانون للموثق القيام بذلك، أو بالتبليغ المسموح به قانونا. يفترض في أي جريمة من الجرائم توافر الركن المادي والركن المعنوي، فالركن المادي يتمثل في قيام الجاني بفعل الإفشاء أي نقل الواقعة من السرية إلى العلنية بحيث يطلع عليها الغير بعد أن كانت محصورة بين الملتزم والمعني بالأمر. أما الركن المعنوي فهو أن يقوم الجاني بإفشاء السر عن بينة واختيار، يعني دون إكراه، فالركن المعنوي هنا يحتاج إلى القصد العام دون القصد الخاص، بحيث لا يشترط المشرع فيه نية الإضرار بالغير².

إن كان القانون الجنائي قد تعرض للجرائم التي يقترفها الموثق بناء على صفته "جريمة التزوير" و باعتباره أمينا عن الأسرار "جريمة إفشاء السر الممي"، وبصفته موظفا عموميا "جريمة الغدر والاختلاس"، فإن هناك جرائم لم يتم الإشارة في طياتها إلى صفة الموثق وإن ارتكبتها الموثق أثناء ممارسته لمهامه التوثيقية.

● الجرائم الخارجة عن إطار صفة الموثق

وكما أسلفنا الذكر إن الفعل الجرمي يمكن أن يصدر عن الموثق دون أن تكون صفته مؤثرة، وعليه فإن النصب و خيانة الأمانة جريمتين تعبران عن مدى خيانة الموثق للأمانة الملقاة على عاتقه.

✓ **جريمة النصب:** تم التنصيص في المادة 540 من ق.ج. على ثلاثة أفعال مادية تصدر عن الشخص النصاب الذي يستعمل وسائل احتيالية قصد إيقاع الغير في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال ماكر لخطأ وقع فيه غيره ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر، إذ أن الاحتيال الصادر عن الموثق يتخذ صورة تأكيدات خادعة مثلا في الحالة التي يؤكد فيها الموثق للمشتري أثناء إتمام عقد البيع أن المساحة الإجمالية للشقة هي مائة متر مربع (100 م²) في حين أن المساحة الحقيقية تناهز تسعين متر مربع (90 م²). في نفس السياق،

¹- J. de Pouliquet, op cit, p. 268.

²- د. محمد الأمين، المرجع السابق، ص 42

تتحقق جريمة النصب من لدن الموثق عندما يخفي وقائع صحيحة مرتبطة بتحملات وتكاليف واقعة على العقار كما هو الشأن بالنسبة للعقار المرهون رهنا رسمياً، إلا أنه يخفي ذلك الأمر للمشتري بغية الحصول من البائع على مبالغ مهمة. ففي كلتا الحالتين، الموثق يهدف من وراء تلك العمليات الحصول إما على منفعة شخصية أو لضمان منفعة الغير.

فيما يتعلق بالركن المعنوي للجريمة، فالفعل الجرمي الصادر عن الموثق يكون بإرادته الحرة وعن يقين تام بالتأكدات الصادرة عن قصد إقناع الغير بوقائع غير صحيحة، من أجل طمس الوعي لدى الضحية، إذن جريمة النصب هي عمدية تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام فقط دون القصد الخاص¹.

✓ **جريمة خيانة الأمانة:** نستنتج من المادة 547 من ق. ج، أن مناط جريمة خيانة الأمانة هو فعل الاختلاس والتبديد الصادر عن المجرم بسوء نية لمجموعة من الأشياء كالنقود والأوراق التي سلمت إليه، قصد إرجاعها أو استعمالها، ومن ثمة فإن الفعل المادي المكون لجريمة خيانة الأمانة يمكن أن يصدر عن الموثق بتحويل حيازته الناقصة للنقود والسندات والأوراق إلى حيازة كاملة قصد الإضرار بالمالك أو الحائز أو واضع اليد، وتتحقق هذه الحالة مثلاً عندما لا يرد ثمن البيع الموضوع بخزينته إلى البائع بعد إتمام عقد البيع، وفي نفس السياق فإن جريمة خيانة الأمانة تقع عندما لا يقدم الموثق شهادة الإبراء الضريبي الصادرة عن مؤسسة الخزينة العامة للدولة التي تثبت خلو العقار من كل الضرائب المستحقة لدى الدولة، لاستكمال إجراءات البيع.

أما التبديد فيصدر عن الموثق عند إحراقه أو إتلافه لسندات، وصولات أو أوراق قد سلمت له من طرف الضحية لاستخدامها لغرض معين، على سبيل المثال إعطاء نظير الرسم العقاري « duplicata du titre foncier » أو أصل رسم إرثاء للموثق قصد تسجيل عقد البيع مثلاً في السجلات العقارية غير أن هذا الأخير يقوم باتلاف أو إحراق تلك الوثائق بسوء نية، قصد الإضرار بالأطراف المتعاقدة.

وعلى العموم فإن القصد الجنائي في خيانة الأمانة يتحقق كلما قام شخص بتبديد أو اختلاس منقولات موضوعة بين يديه على سبيل الأمانة أو سلمت إليه من أجل استعمالها - أو استخدامها- لغرض معين عن علم واختيار، فإذا تحقق هذان العنصران قام القصد الجنائي عند الفاعل وإذا انتفى أحدهما أو كليهما تخلفت الجريمة بسبب غياب القصد الجنائي العام عنده، ولا حاجة لاشتراط توفر قصد خاص لدى هذا الأخير².

اعتماداً على كل ما سبق تجدر الإشارة إلى أن جرمي النصب و خيانة الأمانة تبين عن غدر، مكر وخداع من لدن الموثق الذي يفترض فيه صفة النزاهة وخصلة الأمانة والشرف باعتباره مستمداً للقوة العمومية وحارساً على الأمانة الموكولة إليه من عقود ونقود وضامناً في ذلك استقرار المعاملات بين الأطراف.

¹ - J. de Pouliquet, op cit, p. 322.

² - ذ- عبد الواحد العلي " شرح القانون الجنائي المغربي " - القسم الخاص - ، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثالثة، 2011-1432، ص 436.

2-1: العقوبات المترتبة عن إقرار الموثق للجرائم

بعدهما تطرقنا إلى أهم الجرائم الصادرة عن الموثق بمناسبة ممارسته لمهامه والمجرمة بنصوص القانون الجنائي، سنتولى مناقشة ماهية العقوبات المترتبة عن الجرائم، ثم الإشكالات المرتبطة بها.

● ماهية العقوبات الصادرة ضد الموثق:

في بادئ الأمر، نشير أن أخطر جريمة يقترفها الموثق، وهي الوحيدة التي تذكر صفته، هي جريمة التزوير التي عاقب عليها المشرع الجنائي في المادتين 352 و 353 من ق.ج بعقوبة السجن المؤبد ضد الموثق.

وتتجلى علة تشديد العقاب على الموثق في كون أن التزوير كجناية هي أشد وطأً وضرراً بالغير من التزوير الصادر عن غيره. فمسؤوليته هنا هي مسؤولية كاملة نابعة من صفته المستمدة من الدولة، إذ أن ممارسته القانونية وحرصه على المساواة بين الأطراف تجعل منه رجل قانون استثنائياً لا يفترض أو يستحيل ارتكابه لمثل تلك الأفعال، لكونه ممثل للقانون ذاته.

فيما يتعلق بجريمة الاختلاس، فلقد اعتبرها القانون الجنائي في المادة 241 جناية معاقب عليها بالسجن من خمس إلى عشرين سنة و بغرامة من خمسة آلاف إلى مئة ألف درهم.

وتجدر الإشارة أن المشرع المغربي تدرج في تحديد العقوبة على أساس القيمة المادية للمال المختلس. فإذا كانت قيمة الأشياء المختلس أو المبددة أو المحتجزة أو المخفأة تساوي أو تزيد عن مائة ألف درهم فإن الجريمة تعد جناية يعاقب عليها بالسجن من خمس إلى عشرين سنة و غرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم. أما إذا كانت قيمة تلك الأشياء المختلسة تقل عن مائة ألف درهم فإن العقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات و غرامة من ألفي درهم إلى خمسين ألف درهم¹.

أما فيما يرتبط بالغدر، فإن القانون الجنائي قد اعتبره جنحة معاقب عليها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من خمسة آلاف إلى مائة ألف درهم (المادة 243 ق.ج). يظهر جلياً أن إرادة المشرع اتجهت للتخفيف من العقاب ضد الموثق الذي ارتكب الغدر مقارنة مع الاختلاس لكون أن الضرر الذي يصدر عن هذا الأخير أثناء حصوله على أموال غير مستحقة تفوق المستحق تكون نتيجة طلب أو إصدار أمر وليس على إثر اختلاس أو تبديد من طرف الموثق. في نفس المضمار فإن كلتا الجريمتين (الاختلاس و الغدر) قد تضمنتا عقوبة الغرامة بسبب أن الأفعال المادية تهدف إلى إثراء الموثق مادياً وتتعلق مباشرة بالأموال.

بالنسبة لجريمة إفشاء السر المهني التي يقترفها الموثق باعتباره أميناً عن الأسرار بحكم وظيفته الدائمة، اعتماداً على مقتضيات المادة 446 من ق.ج، فإنه يعاقب بجنحة ضبطية تتراوح بين شهر وستة أشهر و غرامة من ألف و

¹ - د. محمد الأمين، المرجع السابق، ص 38

مئتين إلى عشرون ألف درهم.

أما فيما يتعلق بجريمتي النصب والخيانة، فإن الجريمة الأولى (النصب) يعاقب الموثق على إثر ارتكابها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم وذلك وفق المادة 540 ق. ج، وفيما يتعلق بالجريمة الثانية وهي خيانة الأمانة فالموثق يتعرض لعقوبة من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم، و نلاحظ أن المشرع لم يذكر صفة الموثق أثناء تجريمه وعقابه لجريمتي النصب و خيانة الأمانة، وإن كان من الأجدر إدراج تلك الصفة للتشديد في العقاب على الموثق الذي يرتكب بعض الأفعال المخلة بالأدب والأخلاق الحميدة والتي لا تمت لا من قريب ولا من بعيد بأخلاقيات مهنة التوثيق.

● الإشكالات المرتبطة بجرائم الموثق الواردة في القانون الجنائي

من بين النقاط التي تثير إشكالا وخاصة فيما يتعلق بتوقيع العقوبة على الموثق بناء على قواعد القانون الجنائي، نجد الإشكال المرتبط بالموثق "الموظف العمومي"، وتجدر الإشارة في هذا الباب أن القانون الجديد لمهنة التوثيق العصري رقم 09-32 الصادر سنة 2011 تطرق إلى التوثيق باعتباره مهنة حرة دون ذكر صفة الموظف العمومي على خلاف القانون القديم المنظم لمهنة التوثيق ل: 04 ماي 1925، غير أن تعريف الموظف العمومي الوارد في القانون الجنائي المادة 224 يشمل الموثقين إذ ينص على ما يلي: "يعد موظفا عموميا، في تطبيق أحكام التشريع الجنائي، كل شخص كيفما كانت صفته، يعهد إليه في حدود معينة بمباشرة وظيفة أو مهمة ولو مؤقتة بأجر أو بدون أجر و يساهم بذلك في خدمة الدولة، أو المصالح العمومية أو الهيئات البلدية، أو المؤسسات العمومية أو مصلحة ذات نفع عام. وتراعي صفة الموظف في وقت ارتكاب الجريمة، ومع ذلك فإن هذه الصفة تعتبر باقية له بعد انتهاء خدمته، إذا كانت هي التي سهلت له ارتكاب الجريمة أو مكنته من تنفيذها".

انطلاقا مما سبق نخلص أن القانون الجديد للتوثيق إذا أسقط على الموثق صفة الموظف العمومي فإن تلك الصفة الأخيرة تبقى لصيقة به بناء على مقتضيات المادة 224 ق. ج السالفة الذكر، وبالتالي فتطبيق العقوبة على الموثق المرتكب لجرائم الاختلاس والغدر استنادا للمواد 241 إلى 243 ق. ج يسري مفعوله، ولا يمكن للموثق الاحتجاج بعدم تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية تطبيقا سليما في هذه الحالة.

خلاصة القول، إن القانون الجديد للتوثيق الذي أسقط بشكل صريح صفة الموظف العمومي من التعريف الذي أعطاها للموثق، قد أكد على صفة هذا الأخير أمام القانون الجنائي، وذلك من خلال المادة 92 التي تنص على أن "الموثق يتمتع أثناء مزاوله مهامه أو بسبب قيامه بها بالحماية التي تنص عليها مقتضيات الفصولين 263 و 267 من القانون الجنائي". وبالرجوع إلى مقتضيات هذه الفصول يتضح بأنها واردة في الفرع الأول من الباب الرابع الخاص بالجنايات والجنح التي ترتكب من قبل الأفراد ضد الموظفين العموميين¹.

¹ - د. محمد الأمين، المرجع السابق، ص 34.

علاوة على ذلك تبقى عقوبة إفشاء السر المهني الصادرة ضد الموثق زهيدة بالمقارنة مع خطورة ذلك الفعل وكذلك بالنظر لمدى تأثيرها على بعض المصالح الشخصية للأفراد، وبالتالي يجب إعادة النظر في تلك العقوبة التي تتكون من الحبس المتراوح بين شهر وستة أشهر، والغرامة من ألف ومائتين إلى عشرين ألف درهم، بالزيادة على الأقل في قيمة الغرامة لזجر الموثقين الذين سولت لهم أنفسهم إفشاء سر زبناهم.

بموازاة ذلك كان من الأجدر في رأينا التنصيص على صفة الموثق في كل من جرمي النصب وخيانة الأمانة بتغليظ العقوبة ضده لكونه يمثل القانون والدولة على السواء في مجال حفظ حقوق الأطراف المتعاقدة مالية كانت أم شخصية.

2/ الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق على ضوء القواعد الخاصة

بعدما تطرقنا إلى أهم الجرائم المرتكبة من لدن الموثق والتي تدخل ضمن إطار القواعد العامة للقانون الجنائي والمختصة بالتجريم والعقاب سنعرض بعضا من القوانين الخاصة التي تختص بمساءلة الموثق جنائيا وذلك أثناء قيامه بمهامه التوثيقية أو بمناسبتها، وفي هذا الصدد فإن قانون التوثيق الجديد الصادر سنة 2011 وقانون مكافحة غسل الأموال الصادر سنة 2007، كلاهما جاء بمجموعة من القواعد الجزرية قصد متابعة ومعاقبة الموثقين الذين يخلون بمسؤولياتهم ويقومون أثناء ممارستهم لوظيفتهم بمجموعة من الخروقات التي تهدد وتؤثر على النظام العام والمصالح الخاصة للأفراد.

تبعاً لما سبق، سنحاول دراسة أهم الجرائم التي يقترفها الموثق في ظل قانون التوثيق الجديد، ثم على ضوء قانون مكافحة غسل الأموال.

1-2: الإطار القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق في ظل قانون التوثيق الجديد

تجب الإشارة أولاً إلى أن ظهير 4 ماي 1925 لم يكن ينص على عقوبات جنائية، بل كل ما نص عليه هو عقوبات

تأديبية أو مالية انفرد الفصل التاسع والعشرون منه بالإشارة إليها، ثم جاءت الفصول التالية لتأسيس طرق تطبيقها والمخالفات المستحقة لهذه العقوبات. وهكذا كانت المخالفات التي تهم الجانب الجنائي موكولة إلى قواعد القانون الجنائي وما يحدده لبعض الأفعال من عقوبات كالنصب وخيانة الأمانة¹.

ويظهر أن القانون الجديد المنظم لمهنة التوثيق رقم 09-32 الصادر سنة 2011 تضمن مجموعة من المقتضيات الجزرية الهادفة إلى حماية مهنة التوثيق من كل الممارسات التي تمس بأخلاقيات المهنة والإطار العام لهذه الأخيرة.

¹ - محمد مصطفى الريسوني " نظرة في مشروع القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق وإحداث هيئة وطنية للموثقين، المقتضيات الجنائية- المواثيق الدولية"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 69، 2010، الطبعة الأولى، ص 54.

ومن تم وجب دراسة المستجدات الجزية التي جاء بها القانون الجديد ثم محاولة تحليل الأبعاد المرتبطة بالمساءلة الجنائية للموثق.

● مستجدات قانون التوثيق الجديد المرتبط بالمسؤولية الجنائية للموثق

نص المشرع في القانون الجديد للتوثيق على مجموعة من العقوبات الجزية في حالة إخلال الموثق بالتزاماته، حيث يعاقب هذا الأخير في حالة امتناعه عن تسليم الوثائق بعد صدور عقوبة العزل أو الإيقاف في حقه بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وغرامة من 20.000 إلى 40.000 أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط - المادة 87 من القانون المذكور - كما يعاقب الموثق وفق المادة 89 من القانون الجديد للتوثيق عن كل تصرف مخالف لقرار العزل أو الإيقاف الصادر ضده طبقا لمقتضيات الفصل 381 من مجموعة القانون الجنائي¹.

وفي سياق آخر فإن القانون الجديد المنظم لمهنة التوثيق في مادته 90 قد عاقب الموثق عندما يقوم بأي عمل يدخل في نطاق سمسرة الزبناء أو جلبهم بالحبس من سنتين إلى أربع سنوات وبالغرامة من 20.000 إلى 40.000 درهم مع مراعاة العقوبات التأديبية التي قد تطبق على الموثق سواء كان فاعلا أصليا أو مساهما أو مشاركا.

وأخيرا في المادة 91 من القانون السالف الذكر يعاقب الموثق في حالة تضمين اللوحة التي يضعها هذا الأخير خارج البناية التي يوجد بها مكتبه معلومات غير تلك التي سمحت بها الفقرة الثانية من نفس المادة² بغرامة من 1200 إلى 5000 درهم. ويعاقب على مخالفة الأحكام المتعلقة بإحداث الموقع الإلكتروني المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 91 بغرامة من 2000 إلى 10.000 درهم.

● أبعاد المساءلة الجنائية للموثق

اتجه المشرع المغربي في القانون الجديد المنظم للتوثيق إلى نهج سياسة تشريعية جديدة على غرار القوانين الأخرى المنظمة للمهن الحرة، بحيث تم إدراج مجموعة من القواعد الجزية التي من شأنها أن تضيي على مهنة التوثيق مصداقية أكبر من التي كانت تحتلها في ظل القانون القديم لمهنة التوثيق، وكذلك كان الهدف أسمى من وراء سن مقتضيات جنائية خاصة وأن تلك المقتضيات تتعلق بأحكام وأخلاقيات المهنة، بحيث أن تجريم بعض الأفعال التي قد يرتكها الموثق أثناء ممارسته لمهنته كوضع معلومات غير المسموح بها في اللوحة وكذلك جلب وسمسرة الزبناء هي أعمال تنم عن عدم أمانة الموثق وتثبت على أن مزاولته للمهنة هي من جرائم جني الربح ليس إلا.

¹ - ينص الفصل 381 من ق. ج. على: "من استعمل أو ادعى لقباً متعلقاً بمهنة ينظمها القانون، أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العامة شروط اكتسابها دون أن يستوفي الشروط اللازمة لحمل ذلك اللقب أو تلك الشهادة أو تلك الصفة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وغرامة من مئتين إلى خمسة آلاف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ما لم يوجد نص خاص بقرار عقوبة أشد".

² - تنص الفقرة الثانية من المادة 91 من القانون الجديد للتوثيق رقم 32-09 على: "... لا يجوز للموثق أن يضمن في اللوحة البيانية الموضوع خارج البناية التي بها مكتبه أو بداخلها سوى اسمه الكامل وصفته كموثق وكذا لقب دكتور في الحقوق عند الاقتضاء ويحدد شكل اللوحة بقرار لوزير العدل..."

هناك أيضا جرائم نص عليها قانون رقم 09-32 التي يرتكبها الموثق بعد عزله وإيقافه من المهنة، وهي عندما يمتنع عن تقديم بعض الوثائق إلى الموثق الخلف على سبيل المثال: سجل التحصيل، نطائر ونسخ أصول العقود ونظائر أصول الوثائق المحلقة بها، فمناطق التجريم في هذه الحالة وهدفه يكمنان في أن كل الوثائق المحررة من طرف الموثق والمودعة لديه تعتبر أرشيفا للدولة، ولا يمكن أن يحتفظ بها لأنها وثائق ضامنة لحقوق الدولة والأفراد على السواء.

2-2: الأساس القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق في ظل قانون مكافحة غسل الأموال

إن نطاق المسؤولية الجنائية للموثق لا يشمل فحسب القانون الجنائي وقانون التوثيق الجديد بل يتضمن إلى جانب تلك القوانين قانون قمين بالأهمية ألا وهو قانون مكافحة غسل الأموال الذي أعد ليحل مشكلات عديدة منها ما يرتبط بالتوازن الاقتصادي للدولة ومنها ما يصب في اتجاه محاربة كل أشكال الجرائم المتصلة بالانجار في المخدرات وفي البشر إلى غير ذلك. غير أن ما مهمنا في هذا الإطار هو تسليط الضوء على دور الموثق في الحيلولة دون ارتكاب جرائم غسل الأموال وكذلك تبيان المسؤولية المترتبة عن إخلال هذا الأخير أي الموثق بالالتزامات الناشئة في إطار ممارسته لوظيفته.

● دور الموثق في الكشف عن الجرائم المتصلة في غسل الأموال

يستنتج من مقتضيات المادة 2 من قانون مكافحة غسل الأموال رقم 05-43 أن هناك مجموعة من الأشخاص الذاتيين والمعنويين خاضعين لأحكام هذا القانون ويلتزمون في إطاره بمجموعة من الواجبات ومن بينها الالتزام باليقظة وتقديم تصريح بالاشتباه والالتزام بالرقابة الداخلية.

تجدر الإشارة أن الموثق يدخل ضمن إطار الأشخاص المنتمين لمهنة قانونية مستقلة، عندما يشاركون باسم زبونهم ولحسابه الخاص في معاملة مالية أو عقارية أو عندما يقومون بمساعدته في إعداد وتنفيذ العمليات المتعلقة بـ:

✓ شراء أو بيع عقارات أو مقاولات تجارية

هناك أيضا أشخاص آخرين ذاتيين ومعنويين يخضعون للالتزامات السالفة الذكر والمنصوص عليها في القانون رقم 05-43 محددتين على سبيل الحصر وهم:

- 1- مؤسسات الائتمان
- 2- الأبناء و الشركات القابضة الحرة
- 3- الشركات المالية
- 4- مقاولات التأمين
- 5- مراقبو الحسابات والمحاسبون الخارجيون والمستشارون في المجال الضريبي

- 6- الأشخاص الذين يستغلون أو يسرون كازينوهات أو مؤسسات ألعاب الحظ
7- الأشخاص المنتمون لمهنة قانونية مستقلة، عندما يشاركون باسم زبونهم و لحسابه الخاص في معاملة مالية أو عقارية.

كما ألزم المشرع المغربي الأشخاص الخاضعين الأنف ذكرهم بجمع كل المعلومات التي تمكن من تحديد هوية الزبون المعتمد أو العرضي، وإذا كان الشخص معنويا التحقق من الوثائق أو البيانات اللازمة من المعلومات الخاصة باسمه و شكله القانوني ونشاطه وعنوانه و رأس ماله وهويته وهوية مسيريه والسلطة المخولة للأشخاص المؤهلين لتمثيله إزاء الغير أو للتصرف باسمه بموجب وكالة.

كما ألزم المشرع الأشخاص الخاضعين بعدم القيام بأية عملية إذا لم يتحقق من الهوية الكاملة للأشخاص المعنيين بها أو عندما تكون الهوية غير كاملة.

وعليه فإن التزام اليقظة كما توحى بذلك تسميتها ينصرف إلى جميع الإجراءات العملية الهادفة إلى اتخاذ تدابير الحيطه والحذر الاستباقي من أجل صد كل المحاولات الرامية إلى وضع أو تنفيذ اللبنات الأولى لجرائم غسل الأموال، وفي هذا الصدد تناط بالأشخاص الخاضعين مسؤولية الضبط والتحري عن الهوية الحقيقية لزبناء مؤسساتهم¹.

كما أن الموثق عند استقباله للزبناء يجب عليه أن يتأكد من هويتهم ومن أصل المبالغ والأموال المودعة لديه، على هذا الأساس يجب أن يتأكد من مهنة هؤلاء الزبناء بغية معرفة الأهداف الحقيقية المتوخاة من العمليات المطلوب تنفيذها من لدن الموثق، كما ألزم المشرع المغربي في إطار مدونة التجارة وفق المادة 488 منها فئة معينة من الأشخاص ومن بينهم الموثقين أن يحفظوا طيلة عشر سنوات الوثائق المتعلقة بهوية زبناءهم المعتادين أو العرضيين ابتداء من تاريخ إغلاق حساباتهم وإنهاء العلاقة معهم.

بموازاة ذلك تعتبر مرحلة التصريح بالاشتباه من أخطر المراحل وأدقها على الإطلاق في سياق مسلسل مواجهة جرائم غسل الأموال إذ تترتب عنها عواقب قانونية وأثار مالية على مستوى وقدر كبير من الأهمية، كما تعتبر تحديا حقيقيا لأحد وأهم المبادئ الكلاسيكية المتعامل بها في المجال المالي والمصرفي، و نقصد بذلك مبدأ سرية التعامل مع الزبون الذي يشكل قاسما مشتركا لدى العديد من التشريعات الدولية².

يقدم الأشخاص الخاضعون كلما ظهرت لهم معالم مبالغة تحوم حولها شكوك بخصوص هوية الزبون أو هوية المستفيدين منها أو مصدرها أن يتقدموا بتصريح بالاشتباه إلى مؤسسة مخول لها تلقى التصاريح بالاشتباه، ولا يمكن أن تخضع العمليات المالية والمصرفية أيا كان نوعها أو طبيعتها أو صفة الأشخاص أو مصدرها للتصريح

¹ - عزيز ندا على وحמיד، " المقاربة الوقائية و الزجرية لظاهرة غسل الأموال وفق قانون 05-43 "مجلة " الملف"، العدد 18/ أكتوبر 2011، ص: 42.

² - عزيز ندا على وحמיד، المرجع السابق، ص 43.

بالإشتباه إلا بتوافر الشروط والشكليات الأساسية المحددة من طرف القانون. حيث يلتزم الأشخاص الخاضعون بانتداب أطراف متمتعة بأهلية مباشرة التصريح بالاشتباه سواء كانوا مسيرين أو مستخدمين لهم من الخبرة و الكفاءة العملية للقيام بعملية التحري و اليقظة¹.

وعليه فإن الموثقين أثناء ممارستهم لمهامهم تناط بهم مهمة التحقيق والكشف عن أصول المبالغ وأن يطلبوا من الزبناء مثلا الإدلاء بالبيانات والوثائق التي تثبت حصولهم على المبالغ إما نتيجة إرثهم لتلك الأموال أو منحهم إياها هبة أو صدقة.

إن المشرع من خلال سنة لقانون 05-43 أقر أسلوب الالتزام بالمراقبة الداخلية لفعالية هذا الأسلوب في مواجهة جرائم غسل الأموال، من خلال إلزام الأشخاص الخاضعين بوضع تدابير داخلية لليقظة والكشف والمراقبة. وذلك بجمع المعلومات الضرورية حول العمليات التي لها طابع غير اعتيادي أو معقد، وعلمهم إخبار مسيرهم كتابة بصفة منتظمة حول العمليات التي لها طابع غير اعتيادي أو معقد، وعلمهم إخبار مسيرهم كتابة بصفة منتظمة حول العمليات المنجزة من لدن الزبناء اللذين يظهر أنهم يشكلون درجة كبيرة من المخاطر، كما عليهم إطلاع المؤسسة المخول لها تلقي التصريح بالاشتباه وسلطات الاشراف والمراقبة الخاصة بهم على جميع الوثائق والمعلومات الضرورية لإنجاز مهامهم، ولا يمكن للأشخاص الخاضعين الاعتراض على عمليات البحث والتحري التي تأمر بها المؤسسة المخول لها تلقي التصريح بالاشتباه. ولا يمكن الاحتجاج بكتمان السر المني أمامها أو أمام سلطة الإشراف والمراقبة المكلفين من طرفها².

في هذا السياق، تتحقق المراقبة الداخلية من طرف الموثق عندما يقوم هذا الأخير بالتشكك في الهدف المتوخى من هبة عقار أو أموال من أب لا يتوفر على وظيفة لفائدة ابنه قصد إخفاء حقيقة الأموال والعقارات موضوع الهبة.

نشير في هذا الصدد أن مهمة الموثق تبقى صعبة بالنظر إلى كثرة الزبناء الوافدين على مكتبه، وكذلك بالنظر للدور الدركي الذي يسند إليه والذي يؤثر في بعض الأحيان على علاقته مع زبنائه.

يمكن القول أن التصريح بالاشتباه الذي يحرره الموثق أثناء علمه واستقباله لأشخاص مشبوهين يجب أن يرسل إلى وحدة معالجة المعلومات المالية وذلك استنادا لمقتضيات القانون رقم 05-43 لمكافحة غسل الأموال.

● العقوبات المترتبة عن إخلال الموثق بالتزاماته

إذا كان قانون مكافحة غسل الأموال رقم 05-43 في الفصل 2-574 نص على الأفعال التي تعتبر جرائم أولية أو أصلية لغسل الأموال ومن بينها الاتجار في البشر الاتجار غير المشروع في العقاقير المخدرة والمؤثرات العقلية.

¹ - عزيز ندا على وحמיד، المرجع السابق، ص 44.

² - عزيز ندى على وحמיד، المرجع السابق، ص 44 و 45.

الجرائم الإرهابية، الرشوة والغدور واستغلال النفوذ واختلاس الأموال العامة والخاصة، التي تنتج منها المال غير المشروع والمسمأة بالشرط المفترض للجريمة¹، فإن جريمة غسل الأموال لا تتحقق إلا بتحويل الأموال الصادرة عن الجريمة الأولية وطمس مصدر الأموال القذرة وإظهارها على أنها متأتية من مصدر مشروع، و بالتالي فهذا المصدر المشروع يأتي بواسطة جريمة أخرى والتي تتعلق بنشاط غسل الأموال والذي يتكون من الركن المادي والمعنوي للجريمة، وتتعدد صور الركن المادي وفق ما نصت عليه المادة 1-574 من القانون رقم 05-43 من اكتساب وحيافة أو استعمال أو استبدال أو تحويل الممتلكات لهدف إخفاء أو تمويه مصدرها لفائدة الفاعل أو لفائدة الغير، عندما تكون متحصلة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في الفصل 2-574:

- ✓ مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في الفصل 2-574 على الإفلات من الأثار التي يرتبها القانون على أفعاله؛
- ✓ تسهيل التبرير الكاذب بأية وسيلة من الوسائل لمصدر ممتلكات أو عائدات مرتكب إحدى الجرائم المشار إليها في الفصل 2-574 بعده، التي حصل بواسطتها على ربح مباشر أو غير مباشر؛
- ✓ تقديم المساعدة أو المشورة في عملية حراسة أو توظيف أو إخفاء أو استبدال أو تحويل العائدات المتحصلة عليها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من ارتكاب إحدى الجرائم المذكورة في الفصل 2-574؛
- ✓ إن جريمة غسل الأموال هي جريمة عمدية، قوامها القصد الجنائي العام والخاص.

تلك الجرائم التي ينتج عنها مساءلة الموثق مسائلة جنائية يعاقب هذا الأخير على إثرها بعقوبات أصلية وإضافية. تتمثل العقوبات الأصلية بجريمة غسل الأموال في الحبس والغرامة حيث نصت الفقرة الأولى من الفصل 3-574 على عقوبة حبسية من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة تتراوح بين 20.000 و 100.000 درهم بالنسبة للشخص الطبيعي. أما بالنسبة لمبلغ الغرامة فيلاحظ أنه بسيط بمقارنة بالمبالغ الكبيرة التي يجنبها مقترفو جريمة غسل الأموال، مما يجعلها عقوبة غير رادعة خصوصا لو قام بدفعها غير المشتبه فيه أو أحد أفراد أسرته².

تجدر الإشارة إلى أنه ترفع العقوبة ضد الموثق استنادا للفصل 4-574 إلى الضعف عندما ترتكب الجرائم باستعمال التسهيلات التي توفرها مزاوله نشاطه المهني، وعلى سبيل المثال حينما يقوم الموثق بتسهيل إبرام عقد البيع لفائدة المشتري مع علمه بأن مصدر الاموال غير مشروعة.

أما فيما يتعلق بالعقوبات الإضافية التي يتحملها الموثق أثناء اقترافه لجريمة غسل الأموال هي نشر المقررات المكتسبة لقوة الشيء المقضي به الصادرة بالإدانة بواسطة جميع الوسائل الملائمة على نفقة المحكوم عليه، بالتالي فإن الموثق على إثر اقترافه لجريمة غسل الأموال يؤدي مصاريف نشر المقرر الصادر ضده.

¹ - زكية عومري، "حدود توافق القواعد الجزية لمكافحة جريمة غسل الأموال مع المعايير الدولية والمبادئ العامة للقانون الجنائي، دراسة مقارنة على ضوء القانون المغربي والمقارن"، المجلة المغربية للدراسات والاستثمارات القانونية، عدد مزدوج 2-3، السنة الثانية، 2012، ص 16.

² - زكية عومري، المرجع السابق، ص 31.

وفي نفس الإطار، فإن هناك إمكانية منع الموثق منعا مؤقتا أو نهائيا من مزاولة مهنته بصفة مباشرة أو غير مباشرة، تلك العقوبات الإضافية نستشفها من مقتضيات المادة 5-574 من قانون مكافحة غسل الأموال المذكور.

وقد قررت عقوبة المنع المؤقت أو النهائي من مزاولة بصفة مباشرة أو غير مباشرة المهنة أو الأنشطة التي ارتكبت الجريمة أثناء مزاومتها لأجل حماية المهنة التي تسهل القيام بغسل الأموال من أن تصبح ستار يختفي وراءه الجناة لأجل قيامهم بغسل الأموال خصوصا وأن مهنة التوثيق تعتبر وجهة أساسية تشجع المجرمين على تدارك مواقفهم الإجرامية بغية استثمار المال القذر وإدماجه داخل المنظومة الاقتصادية بالدولة.

ومن خلال كل ما تم تحليله من واجبات لمقاة على عاتق الموثق ثم المسؤولية الجنائية المترتبة عن ذلك، فوجوب تظافر الجهود بين الموثق ووحدة معالجة المعلومات المالية يعد من أولوية الأولويات التي ستمكن من التقليل من ظاهرة غسل الأموال وهذا رهين بحضور الضمير الحي لدى الموثق ونيته في التبليغ عن كل ما من شأنه أن يضر بمصالح الدولة والأفراد.

بعدما تطرقنا إلى أهم الجرائم المقترفة من طرف الموثق في القانون الجنائي وقانون التوثيق الجديد ثم قانون مكافحة غسل الأموال، فإن السؤال الذي يجب طرحه هو ما هي الحدود المؤطرة للمسؤولية الجنائية للموثق؟ وكيف يمكن متابعة هذا الأخير قصد محاكمته؟

المحور الثاني: حدود المسؤولية الجنائية للموثق والمسطرة المتبعة ضده

من بين النتائج التي تترتب عن مؤاخذة الموثق مؤاخذة جنائية هو إيقافه عن أداء الوظيفة التوثيقية بشكل نهائي، من هذا المنطلق فإن باب المساءلة الجنائية غير مفتوح على مصراعيه ويُخضع في كثير من الأحيان تلك المساءلة إلى معايير وضوابط تحد من مداها ومن تأثيرها على الموثق. في سياق آخر نجد أن المساءلة الجنائية للموثق هي رهينة بتوافر مجموعة من الشكليات المسطرية وذلك منذ اكتشاف الفعل الجرمي إلى حين النطق بالحكم ضده.

1/ حدود المسؤولية الجنائية للموثق

إن الآثار الناجمة عن التوثيق لا يمكن أن ترخي بظلمها على كل الوقائع الجرمية التي تدخل ضمن نطاق المسؤولية الجنائية، إذ هناك حالات استثنائية يجوز معها التضييق من المسؤولية الجنائية أو انعدامها بالمرة.

1-1 الحدود المرتبطة بشخص الموثق و العقوبة

أورد قانون التوثيق الجديد شروطا لا يمكن بدونها أن ينخرط الموثق تحت لواء مهنة التوثيق، فعلى سبيل المثال هناك شرط أساسي نصت عليه المادة 3 من القانون رقم 09-32 قصد ولوج مهنة التوثيق، ألا وهو تمتع الموثق بقواه العقلية والفكرية مثبتة بشهادة طبية صادرة عن مصالح الصحة التابعة للقطاع العام، غير أنه ما دام أن الموثق إنسان، فإنه إذا ثبت أنه كان وقت ارتكابه الفعل المجرم في حالة يستحيل عليه معها الإدراك نتيجة خلل في

قواه العقلية، فإنه يجب الحكم بإعفائه، كما أن مسؤوليته تكون ناقصة إذا كان وقت ارتكابه الفعل المجرم مصابا بضعف في قواه العقلية من شأنه أن ينقص إدراكه ويؤدي إلى تنقيص مسؤوليته جزئيا¹. أما بالنسبة للعقوبة الصادرة عن المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف نلاحظ أنها تحدد بشكل كبير التوجه القضائي المعتمد بالمملكة الرامي إلى التقليل من العقوبة المتخذة ضد الموثق.

● حالة الدفع بالجنون وضعف القوى العقلية:

تعد حالات الجنون وضعف القوى العقلية من بين الأسباب التي تؤدي إما إلى انعدام المسؤولية الجنائية أو نقصانها.

إذا أثير أمام المحكمة دفع يتعلق بكون الموثق كان عديم المسؤولية تماما وقت ارتكابه الفعل بسبب اختلال عقلي، فإن هذا الدفع يلقي التزاما على عاتق المحكمة والتي يجب أن تقوم بالرد عليه بأسباب سائغة وكافية سواء بالقبول أو بالرفض، فإن هي لم تفعل كان حكمها موجبا للنقض كما أن عدم الرد على الدفع كليا يجعل الحكم معيبا بالقصور في التعليل².

والعبرة في تقدير شعور الموثق واختباره لتقرير مسؤوليته الجنائية، هي بما تكون عليه حالته العقلية وقت ارتكابه الجريمة لا بما كان عليه قبل ذلك كما أنه لا يحق لمحكمة الموضوع أن تستند في إثبات عدم الجنون إلى القول أن المتهم لم يقدم دليلا، بل إن من واجبها في هذه الحالة أن تثبت هي أنه لم يكن مجنوناً وقت ارتكاب الحادث³.

نستند من أجل إقامة الإعفاء أو النقصان من المسؤولية الجنائية للموثق إلى المواد 134 و135 و136 من مجموعة القانون الجنائي، فبالنسبة للحالة التي ثبت فيها للمحكمة جنون الموثق فإنه يجب الحكم بإعفاء هذا الأخير من المسؤولية الجنائية ويجب الحكم عليه بالإيداع القضائي في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية وفق ما تم التنصيص عليه في الفصل 134 من ق.ج⁴.

انطلاقاً مما سبق يمكن القول أن مجال تطبيق حالة الجنون والإعفاء من المسؤولية الجنائية للموثق يكون عندما يستحيل على الموثق إدراك وتمييز العقود المبرمة من طرفه وكذلك الأعمال المترتبة بمناسبة قيامه لوظيفته التوثيقية. أما فيما يتعلق بحالة ضعف الموثق لقواه العقلية فإنه يستنتج من مقتضيات المادة 135 من ق.ج أن مسؤوليته الجنائية تكون ناقصة إذا كان وقت ارتكابه الجريمة مصاباً بذلك الضعف العقلي. في هذا الباب، فإن

¹ - ذبوشعيب بوطربوش، "المسؤولية الجنائية للموثق"، مجلة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، العدد 2012/2، ص 36 - 37.

² - ذبوشعيب بوطربوش، نفس المرجع صفة 39

³ - ذبوشعيب بوطربوش، نفس المرجع صفة 39

⁴ - ينص الفصل 134 من ق.ج على مايلي: "لا يكون مسؤولاً ويجب الحكم بإعفائه من كان وقت ارتكابه الجريمة المنسوبة إليه في حالة يستحيل معها الإدراك نتيجة لخلل في قواه العقلية".

وفي الجنايات و الجنح، يحكم بالإيداع القضائي في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية وفق الشروط المقرر في الفصل 76.

قاضي التحقيق يمكن أن يأمر بإيداع الموثق المصاب بالجنون أو بضعف قواه العقلية بمؤسسة لعلاج الأمراض العقلية غير أن الأمر يجب أن يكون معللا وذلك استنادا للفصل 136 من ق ج.

● محدودية الأثر الجزري للعقوبة الصادرة ضد الموثق

تتسع دائرة تجريم الأفعال المقترفة من لدن الموثق كما سبق الذكر لتتصل بجملة من النصوص التشريعية وذلك بحكم وظيفة الموثق داخل المجتمع التي تعتمد بالأساس على ضمان استقرار المعاملات المدنية والعقارية والتجارية. في هذا الصدد فإن كل خرق لقدسية الوظيفة التوثيقية الصادرة عن الموثق يعرضه لمسؤولية جنائية كاملة ولا عبء بظروف التخفيف إلا في حالات استثنائية، غير أنه سنحاول في هاته النقطة دراسة مجموعة من القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف المغربية والتي تعطينا رؤية حقيقية للفلسفة الجزرية المتخذة ضد الموثق.

بناء على قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 28/11/2011¹، تمت مؤاخذة موثقين من أجل ارتكابهما الجرائم التالية: تكوين عصابة إجرامية والمشاركة في تزوير محرر رسمي عن طريق إثبات صحة وقائع يعلمان أنها غير صحيحة واستعمال وثيقة مزورة والنصب والمشاركة فيه وخيانة الأمانة، وكنتيجة للأفعال الإجرامية المنسوبة إلى الموثقين تمت إدانتهما بعقوبة حبسية ابتدائية واستئنافيا مدتها ثلاثة سنوات وغرامة نافذة قدرها خمسة آلاف درهم، ويتضح من مدة العقوبة أن الأثر الجزري يبقى محدودا بالنظر لخطورة الأفعال المرتكبة من طرف الموثقين خصوصا وأن جريمة التزوير بمحرر رسمي هي وحدها تعتبر جنائية يعاقب عليها القانون الجنائي بالحبس المؤبد وفق المادتين 352 و 353.

في نفس المضمار نجد أن قرارا صادرا عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 10/01/2013²، قضى بعقوبة موثق متهم بإتيانه جنائية التزوير بمحرر رسمي بعشر سنوات، إلا أن بالإطلاع على حيثيات القضية نستنتج أن سبب تغليظ هذه العقوبة مقارنة مع العقوبة الأولى (3 سنوات وغرامة 5000 درهم) هو تحرير الموثق لعقد البيع دون الحصول على رفع اليد على الرهون التي تمكن من تيسير ابرام العقد النهائي بشكل سليم وصحيح.

نلاحظ أن هذا القرار، علاوة على القرار الأول، لم يعاقب بالسجن المؤبد على إثر ارتكاب جنائية التزوير بمحرر رسمي وهذا يثير إشكالا في مجال السياسة الجنائية المتخذة بشأن الموثقين.

هناك أيضا قرار حديث العهد صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 24/02/2014³، أدين فيه موثق باقتراه الجرائم التالية: النصب، خيانة الأمانة والمشاركة في النصب عن طريق التصرف في أموال عقارية غير قابلة للتفويت بحيث عوقب بأربع سنوات حبسا، هذه العقوبة التي تتلاءم والحال مع كل تلك الجرائم والعقوبة الأشد

¹ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، ملف عدد 330-2011-26 الصادر بتاريخ 28/11/2011، غير منشور.

² - قرار محكمة الاستئناف بالرباط- قرار عدد 23، ملف عدد: 453-11-26 صادر بتاريخ 10/01/2013، غير منشور.

³ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، قرار رقم 392، ملف رقم 1346/13/2601 صادر بتاريخ 04/02/2014.

وذلك حسب مقتضيات المادة 120 من مجموعة القانون الجنائي التي تنص على ما يلي: " في حالة تعدد جنائيات أو جنح إذا نظرت في وقت واحد أمام محكمة واحدة، يحكم بعقوبة واحدة سالبة للحرية لا تتجاوز مدتها الحد الأقصى المقرر قانونا لمعاقبة الجريمة الأشد..."، و بالتالي فالقاضي أثناء النظر في الجرائم السابق ذكرها لم يأخذ بالحد الأقصى لعقوبة الجريمة الأشد. من خلال تلك القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف، نخلص إلى أن العقوبة تظل محدودة وتطرح علامات استفهام مع العلم أن أداء اليمين من لدن الموثق قبل الشروع في القيام بوظيفته يكون بمثابة عبء على عاتقه وعهد لا يمكن لأي حال من الأحوال أن يخلفه.

1-2 الحدود التشريعية للمسؤولية الجنائية للموثق

لا تقتصر ظاهرة حدود المسؤولية الجنائية للموثق على حالة الدفع بالجنون أو ضعف القوى العقلية وكذلك قصور مدة العقاب المطابق للجريمة المقررة بل تتعداها لتنصب على أوضاع مرتبطة خصيصا بالشق القانوني سواء تعلق الأمر بقواعد القانون الجنائي أو بقواعد قانون مكافحة غسل الأموال.

● حدود المسؤولية الجنائية للموثق في القانون الجنائي

تضمن القانون الجنائي جملة من الجرائم التي يمكن أن يعاقب بشأنها الموثق بمناسبة قيامه بالإجراءات القانونية القبلية والبعديّة المرتبطة بتحرير العقد، إلا أن تلك الجرائم في نظرنا تحتاج إلى تفسير وإلى شرح خصوصا وأن العبارات الفضفاضة والشاملة المستعملة من لدن المشرع الجنائي تترك ثغرات قانونية من شأنها أن تحد من إمكانية مساءلة الموثق جنائيا. على هذا السبيل فتحصيل الموثق لآتعا به بشكل يتجاوز الحد المعقول لا يعتبر جريمة غدر، على خلاف الرسوم الضريبية التي يطالب بها الموثق الأطراف لاستخلاصها لفائدة الدولة والتي تكون موضوع تحصيل غير مستحق والتي تشكل الركن المادي لجريمة الغدر¹.

في سياق آخر فإن القصور التشريعي الخاص بالمسؤولية الجنائية للموثق يطال جريمة النصب، إذ أن هذه الجنحة يُعاقب عليها بشكل عام وكان بالأحرى إدراج مواد تخصص لمعاقبة المهنيين كالموثقين بشكل خاص من أجل تغليظ العقوبة الأصلية على هاته الفئة. وفي نفس الإطار تثير جريمة خيانة الأمانة نفس الإشكال بحيث أن رفع العقوبة ارتبط بالعدل ولم يتم ذكر الموثق الذي يمارس بدوره مهنة عدل عصري و يعد أمينا عن الأسرار بحكم وظيفته.

● حدود المسؤولية الجنائية للموثق في قانون مكافحة غسل الأموال

منح قانون مكافحة غسل الأموال رقم 05-43 للأشخاص الخاضعين له مجموعة من الامتيازات والحصانات، فعلى سبيل المثال لا يمكن أن تقام ضد الموثق أي متابعة جنائية عندما يقوم بالمهام المخولة له كتقديم التصريح

¹ - J. de Pouliquet, op.cit., p. 267.

بالاشتباه لدى المؤسسة المختصة، وذلك استنادا للمادة 27 من القانون المذكور آنفا. في نفس المضمار لا يجوز أن تجرى أية متابعة جنائية ضد الموثق الذي يقدم التصريح بالاشتباه بمناسبة مبالغ أو عمليات قد قدم التصريح بالاشتباه بشأنها ولا تطبق في هاته الحالة مقتضيات المادة 446 من مجموعة القانون الجنائي الخاصة بإفشاء السر المهني، وبالتالي إذا أرسل الموثق التصريح بالاشتباه متضمنا مبالغ أو عمليات خاصة بالزبناء إلى وحدة معالجة المعلومات المالية، فلا يمكن لزبائن أن يتحججوا بالمقتضى الجنائي الخاص بكتمان السر المهني أمام القضاء.

هناك استثناء وحيد يرد على حالة تقديم التصريح بالاشتباه وقد نصت عليه المادة 1-2-562 الفقرة 2 من المدونة المصرفية والمالية الفرنسية التي تنص على أن الموثقين شأنهم في ذلك شأن المحامين أثناء مزاولتهم لمهامهم ليسوا مطالبين بتقديم التصريح بالاشتباه عندما تصدر المعلومات عن أحد الزبناء إما في إطار استشارة قانونية أو في حالة فتح مسطرة قانونية¹.

تجدر الإشارة في آخر المطاف أن الأسباب التي تحول دون مساءلة الموثق مساءلة جنائية تتعدد، فتتقدم الدعوى العمومية ضد الموثق استنادا إلى الفصل 5 من قانون المسطرة الجنائية هو سبب مسقط للدعوى العمومية الرامية إلى متابعة موثق، إذ تتقدم الدعوى العمومية بمرور 15 سنة من يوم ارتكاب الموثق الجنائية و بمرور 4 سنوات من يوم ارتكابه الجنحة.

2/ الإجراءات المسطرية المتبعة لمعاقبة الموثقين

بعدها خصصنا المبحث الأول لدراسة الإطار القانوني للمسؤولية الجنائية للموثق ونطاق تطبيقها، كان لزاما علينا في هذا المطلب مناقشة الجانب المسطري الرامي إلى معاقبة الموثق، ثم تبيان الآثار الناجمة عن فتح مسطرة المتابعة ضد الموثق.

1-2: الإجراءات المسطرية المتبعة لمعاقبة الموثق

أسند القانون المنظم المهنة التوثيق العصري إلى النيابة العامة مهمة السهر على تطبيق القانون المذكور وذلك من حيث مراقبة مكاتب الموثقين مراقبة مستمرة قصد ضمان سير العمليات المبرمة من لدن الموثق بشكل قانوني وكذلك للوقوف على الاختلالات الحاصلة داخل مكاتب الموثقين والتي يمكن أن تؤدي إلى متابعة جنائية ضد الموثق. في هذا الصدد تعمل النيابة العامة عملا مزدوجا إما على مستوى قبلي لضبط وكشف المخالفات التي يمكن أن تكون موضوع مسؤولية جنائية، وإما على مستوى بعدي وذلك بعد اكتشاف الجريمة التي تكون موضوع فتح مسطرة المتابعة الجنائية ضد الموثق.

¹ -- J. de Pouliquet, op.cit., p. 286.

• الإجراءات الخاصة بمراقبة مكاتب الموثقين

جاء القانون المنظم لمهنة التوثيق الصادر سنة 2011 بمستجدات مهمة تعنى بالشأن العام لمهنة التوثيق وخصوصا فيما يرتبط بإدراج هيئة خاصة ألا وهي المجلس الجهوي للموثقين الذي أوكل له مهام مراقبة مكاتب الموثقين وذلك استنادا للمادة 65 من القانون المذكور آنفا، و تجدر الإشارة أن هذه المراقبة هي مزدوجة تتولاها السلطة القضائية في شخص الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف أو من ينوب عنه (في شأن مكتب الموثق التابع لدائرة نفوذ المحكمة) من جهة، والسلطة التنفيذية المتمثلة في الوزارة المكلفة بالمالية من جهة أخرى.

بالرجوع للمستجد المرتبط بدور المجلس الجهوي للموثقين نلاحظ أن تغيرا جذريا حصل مع القانون رقم 32/09، حيث أن رئيس المجلس الجهوي للتوثيق أصبح شخصية محورية في التأديب والمراقبة ونظن أن النيابة العامة لم تعد لها تلك السلطة المطلقة على مؤسسة الموثقين¹.

فيما يتعلق بمراقبة مكاتب الموثقين فنطاقها يشمل كل العمليات الحسابية أو الأموال والقيم المودعة لدى الموثق أو التي يتولى حساباتها أو فيما يخص صحة عقوده وعملياته واحترامه للقانون المنظم للمهنة.

بموازاة ذلك، فإن المراقبة المذكورة يمكن أن تتخذ صورة لجنة تضم رئيس المجلس الجهوي بصفته رئيسا وموثقين يتوفران على أقدمية خمس سنوات على الأقل وذلك وفق ما تم التنصيص عليه في المادة 65 من القانون رقم 09-32.

بموازاة ذلك فإن لوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف أو من ينوب عنه حسب المقتضيات المادة 67 من

القانون المذكور حق مراقبة المحفوظات والسجلات النظامية وسجلات المحاسبة و التأشير عليها مع بيان تاريخ إجراء المراقبة وكل هذا سيمكن لا محالة من الكشف عن الجرائم التي يؤتمها الموثق.

فيما يتعلق بالمراقبة المالية للنيابة العامة، فللوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف دور محوري في هذا المجال وهو مراجعة صناديق الموثقين وحالة الإيداعات لديهم مرة في السنة على الأقل ويضع تأشيرته على السجلات الخاصة بذلك مع الإشارة إلى التاريخ الذي قام فيه بالمراجعة، وللوكيل العام أن يراقب أيضا بشكل مفاجئ مكاتب الموثقين، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على الأهمية البالغة التي أولاهها المشرع المغربي للسلطة القضائية للتثبت من وقوع الجرائم الخاصة بالموثقين.

علاوة على ذلك فإن المادة 70 من القانون المذكور منحت الحق في إجراء أي تفتيش بهم موضوعا معيناً أو مجموع النشاط المهني للموثق، وفي هذه المادة لم يشر المشرع إلى الجهاز المكلف بالتفتيش ولو أن المادة 65 من نفس

¹ - د. نور الدين اسكوكد، "مكانة النيابة العامة من التوثيق المعاصر"، مجلة محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، العدد 2، سنة 2012، ص 130.

القانون قد أشارت صراحة أن المراقبة تسند للوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف أو من ينوب عنه و إلى الوزارة المكلفة بالمالية.

● المسطرة المتخذة لمتابعة الموثق جنائيا

إن مسطرة متابعة الموثق تبتدئ عادة بواسطة شكاية من طرف أحد المتعاقدين أو الغير ضد الموثق إلى السيد الوكيل العام للملك بمحكمة الاستئناف التي يوجد بدائرتها مقر الموثق وبتقرير النيابة العامة بالمحكمة الابتدائية أثناء التفتيش الذي تقوم به في إطار صلاحيتها لمكتب الموثق. والاستماع للموثق يتم غالبا من طرف السيد الوكيل العام للملك أو نائبه وهي ضمانته للموثقين¹.

على هذا الأساس فإن الوكيل العام للملك يتوفر على اختصاص أصيل يكمن في أن له أن يفتح مسطرة المتابعة موجها بذلك تقريرا في الموضوع مرفقا بالوثائق اللازمة إلى وزارة العدل قصد عرض الأمر على اللجنة المنصوص عليها في المادة 11 من القانون رقم 09-32² ويخبر المجلس الجهوي بذلك وكل تلك المقتضيات قد تضمنتها المادة 80 من القانون السالف الذكر.

علاوة على ذلك فإن النظر في المتابعة الجنائية للموثق يستلزم استدعائه قبل خمسة عشر يوما من التاريخ المحدد للنظر في المتابعة برسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل أو بواسطة النيابة العامة وذلك طبقا للمادة 82 من القانون رقم 09-32، كما يحدد في الاستدعاء يوم وساعة ومكان اجتماع اللجنة المذكورة سلفا ويشار فيه إلى الوقائع المتابع من أجلها الموثق مع إشعاره بإمكانية اختيار موثق أو محام أو هما معا لمؤازرته، وحقه في الاطلاع على جميع وثائق الملف والحصول على نسخ منها. كما أنه حسب المادة السابقة الذكر يجب على الموثق المتابع المشول شخصيا أمام اللجنة، وإذا لم يحضر رغم استدعائه بصفة قانونية ولم يدل بأي عذر مقبول بتت اللجنة في المتابعة بمقرر معلل. يتعين القول أن المادة السابقة جاءت بمستجد قانوني بالغ الأهمية يهدف بالأساس إلى ضرورة استدعاء الموثق قبل النظر في المتابعة وهذا ما يعتبر ضمانته حقيقية للموثق بغية معرفة الأفعال الجرمية المنسوبة إليه ومنحه حق الدفاع عن نفسه قبل فتح مسطرة المتابعة ضده.

2-2 الآثار المترتبة عن فتح مسطرة المتابعة ضد الموثق

¹ - بوشعيب بوطربوش، " المسؤولية الجنائية للموثق"، المرجع السابق، ص 37-38.
² - تنص المادة 11 من القانون رقم 09-32 على مايلي: "تتكون اللجنة المكلفة بإبداء الرأي في تعيين الموثقين ونقلهم و إعفائهم و إعادة تعيينهم والبت في المتابعات التأديبية للموثقين المتمرئين من:
- وزير العدل بصفته رئيسا أو من يمثله، الوزير المكلف بقطاع المالية أو من يمثله، الأمين العام للحكومة أو من يمثله، رئيس أول محكمة استئناف أو نائبه، وكيل عام للملك لدى محكمة استئناف أو نائبه، قاض بالإدارة المركزية لوزارة العدل من الدرجة الأولى على الأقل بصفته مقرا. يعين كل من الرئيس الأول والوكيل العام للملك ونائبهما و القاضي بالإدارة المركزية من طرف وزير العدل".
- رئيس المجلس الوطني للموثقين أو من ينوب عنه، رئيسي مجلسين جهويين منتدبين من طرف رئيس المجلس الوطني. تحدد طريقة عمل اللجنة بنص تنظيمي".

بعدها تطرقنا إلى كيفية وشكليات بداية مسطرة المتابعة الجنائية ضد الموثق، والمستجدات التي اتصلت بمسطرة المتابعة، سنتولى في هذه النقطة تحليل النتائج المترتبة عن متابعة الموثق جنائيا من أجل جنحة ثم بعد ذلك سنتطرق إلى الآثار الناجمة عن متابعة الموثق من أجل جناية.

● النتائج المترتبة عن متابعة موثق من أجل جنحة

عندما يتم متابعة الموثق من أجل جنحة تمس شرف المهنة قبل إدانته فإن النتيجة الأولى التي يترتب عليها هذا الإجراء هو إيقافه مؤقتا عن ممارسة مهامه التوثيقية، ومن ثم فإن القانون رقم 09-32 قد منح للموثق بقوة القانون إمكانية استئناف مهامه بعد مرور أربعة أشهر من تاريخ إيقافه، بحيث يجب على الموثق أن يدلى بشهادة صادرة عن رئيس كتابة الضبط تفيد استئنافه لوظيفته، وكل تلك المقترضات السابقة تم التنصيص عليها في المادة 78 من القانون السالف الذكر.

في حالة إدانة الموثق فإن الأثر المترتب عن هذه المسطرة ألا وهو الإيقاف عن العمل يبقى مستمرا إلى أن يبت في متابعته التأديبية.

● الآثار الناجمة عن متابعة موثق من أجل جناية

فيما يتعلق بحالة متابعة الموثق من أجل جناية وذلك قبل إدانته، فإن إيقافه عن العمل يستمر إلى حين صدور أمر نهائي بعدم المتابعة، أو حكم ببراءته في الموضوع، وفي كلتا الحالتين لا تتعدى مدة الإيقاف سنة، وفي حالة صدور قرار نهائي بإدانته بعد استئنافه عمله يمكن للوكيل العام للملك أن يوقفه مؤقتا عن عمله من جديد، ويستمر إيقافه إلى أن تبت اللجنة في متابعة التأديبية، وكل تلك القواعد القانونية يرجع أصلها إلى المادة 78 من القانون رقم 09-32.

من بين الآثار المترتبة عن متابعة الموثق وإدانته في الموضوع من أجل جنحة أو جناية، ضرورة إحالة المتابعة التأديبية على اللجنة المشار إليها سابقا داخل أجل ثلاثة أشهر.

من خلال كل ما سبق يظهر أن القانون الجديد المنظم لمهنة التوثيق الصادر في سنة 2011 تضمن مجموعة من المستجدات القانونية الخاصة بمسطرة متابعة الموثقين من أجل الجنائيات أو الجنح المرتبكية من لدنهم.

الاستشارة القانونية : التأصيل والأدوار

العربي بنساسي
طالب باحث بسلك الدكتوراه
جامعة محمد الخامس بالرباط
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
بسلامة

مقدمة

تعتبر الاستشارة القانونية آلية من الآليات المعمول بها لحل المنازعات، سواء قبل اللجوء إلى القضاء، أو أثناء سيران الدعوى أو حتى بعد النطق بالحكم، فهي إعطاء رأي منطقي وقانوني معززا بالمواد والفصول القانونية الملائمة للمسالة المعروضة على الاستشارة، مع توضيح الإجراءات والمساطر التي تمر منها الدعوى المدنية كانت أو جنائية.

والدعوى هي أداة قانونية للحصول على الحق الذي يدعيه الشخص، أو وسيلة لحماية مركزه القانوني الذي اعتدى عليه وهي تخضع لإجراءات قانونية حددها المشرع، ويتعين على أطراف النزاع احترامها، فلقبول الدعوى، لا بد من توفر الأهلية والصفة والمصلحة، ويتضح ان دور الاستشارة القانونية يبدأ قبل نشأة النزاع إلى غاية النطق بالحكم، أو الصلح أو التنازل، فما هو الإطار القانوني للاستشارة، وما هو مفهومها وأنواعها ومجالاتها؟.

المبحث الأول: تأصيل الاستشارة القانونية:

ظهر مفهوم الاستشارة القانونية مع الحضارات العتيقة، حيث كان الأشخاص يعتمدونها في تسيير شؤونهم وتنظيم علاقاتهم الداخلية - القائمة بين الأفراد والجماعة والقبيلة والخارجية التي تنشأ بين القبائل والدول المجاورة، وقد استمر دور الاستشارة وتطور إلى أن أصبح له مفهوم محدد مع ظهور الدولة ومؤسساتها⁽¹⁾ (كالقضاء والتحكيم، والوساطة والتفاوض...).

والاستشارة هي نصيحة ومساعدة يقدمها شخص مؤهل بتكوينه العلمي وتجربته وقدراته الفنية والتقنية بحيث يتدخل في حل مشكلة دقيقة وهي كذلك تعبير عن آراء قانونية حول نازلة معينة⁽²⁾.

ولازالت معظم الدول تعتمد على الاستشارة القانونية في جميع أمورها الاجتماعية الاقتصادية، السياسية، التجارية والأخلاقية.

وقد عرف العرب أيضا الاستشارة منذ القدم، وقبل مجيء الإسلام، حيث سادت سلطة العادات والتقاليد والأعراف والقيم والرأي العام مجموع أفراد القبيلة⁽³⁾، فقد كانت المنازعات الداخلية تحل عن طريق الجمع العام أو مجلس الشيوخ⁽⁴⁾، وكان يترأس هذا المجلس قائد من ذوي الخبرة في القتال إلى أن ظهرت المدينة والدولة والسلطان التشريعية والتنفيذية، فتغير مفهوم الاستشارة ليصبح صادرا عن ذوي الاختصاص.

المطلب الأول: المفهوم الاصطلاحي للاستشارة:

أن مصطلح الاستشارة والمشورة مأخوذتان من الأصل الرباعي "شاور" ففي اللغة اشارة عليه: أمره ونصحه ودله على وجه الصواب، وشاوره في الأمر طلب منه المشورة⁽⁵⁾، ومعناه أيضا الاستشارة، إذا كان لازما أصبح معناه تبيين، وإذا كان متعديا أصبح معناه طلب منه المشورة ومعناه أيضا النصح والإرشاد والموعظة وإعطاء الرأي المبني على استعمال العقل والمنطق وهو توجيه المستشار⁽⁶⁾ إلى الصواب، وعندما تطلب من شخص مختص في القانون تسمى استشارة قانونية، وعندها تطلب من عارف بالدين تسمى "الفتوى"، ودون ذلك فهي استشارات لمجرد الفهم أو التوضيح، وأحيانا تكون مغلوبة عندما تصدر عن شخص يعجز القانون، وقد تصدر عن شخص واحد كما يمكن ان تصدر عن هيئة أو منظمة أو لجنة.

¹ - علي سليمان العبيدي، هوامش في تاريخ المؤسسات والوقائع الاجتماعية ص 231-232 شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع الرباط ط 2 1989-1410

² - العربي ... دور الاستشارة القانونية: العمل الإداري القرار الإداري نموذجاً، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في الاستشارة القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا السنة الجامعية 2008-2010 ص 4.

³ - علي سليمان العبيدي، المرجع السابق ص 10.

⁴ - صبيح المحمصاني، الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها، بيروت 1957 ص 49، أشار إليه سليمان العبيدي، المرجع السابق ص 49، (الهامش 3).

⁵ - مشير: مستشار، ناصح Conseiller.

⁶ - Conseiller. VT. (.....) diriger quelqu'un en lui donnant des conseils, recommander, suggérer : conseiller la prudence. Dictionnaire le petit Larousse page 213.

ومفهوم أو مصطلح الاستشارة تناوله عدة حضارات عبر التاريخ، سواء في المجال الاجتماعي أو السياسي أو القانوني أو الاقتصادي، كما تناولته الديانات السماوية كالدين الإسلامي.

المطلب الثاني: المفهوم الإسلامي للاستشارة:

كانت القبائل العربية في الجزيرة العربية تعرف نظماً اجتماعية واقتصادية وسياسية قبل مجيء الإسلام، فكانت تستند إلى الأعراف والتقاليد والعادات وكانت السلطة بيد القبائل الأكثر نفوذاً وقوة وهيبة، وقد عرف العرب القضاء والتحكيم والوساطة والاستشارة والإيلاف⁽¹⁾ والعصم⁽²⁾، وكان على رأس كل قبيلة رئيس أو أمير أو شيخ يتزعمها ويتم اختياره إما لنسبه أو لشجاعته أو حكمته أو خبرته أو لسداد رأيه، وتكون له سلطة مطلقة، وكان يعقد جمعاً عاماً يسمى "الملا" للمشاورة مع باقي أعيان القبيلة، حيث كانت للشيخ سلطة دينية يلجأ إليه أفراد القبيلة للتعلم والتبرك والاستشارة والتوسط في بعض النزاعات بين القبائل على أسس أنه قاض ورجل دين، مثلاً "دور الشيخ ماء العينين في الصحراء"، حيث يرجع إليه الفضل في حل النزاع بين أولاد غيلان والرقيبات في زاويته بالسمارة، وكانت المشاورات تقام إما في "دار الندوة" أو في "الأسواق الأسبوعية" أو في الزوايا والأضرحة⁽³⁾، وتعتبر قراراتها ملزمة ولا يمكن مخالفتها تحت أي ذريعة. وقد أقرها الإسلام بالنص القرآني والسنة النبوية الشريفة، وهذا ما سنسلط الضوء عليه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مكانة الاستشارة في النظام الإسلامي:

لقد عرفت الديانة الإسلامية منذ نشأتها مفهوم الاستشارة وأقرته سواء بالقرآن الكريم أو بالسنة النبوية الشريفة أو حتى في عمل الصحابة رضوان الله عليهم وجعلت منه عملاً مشروعاً لازماً لمعظم النظم السياسية تعتمده وتعترف بمدى فعاليتها.

الفقرة الأولى: الشورى في القرآن الكريم:

لقد تداولت الحضارات الإنسانية القديمة مفهوم الاستشارة وأقرته في منازعاتها موازاة مع الوساطة⁽⁴⁾ والتحكيم والصلح. ومصطلح "الشورى" المذكور في القرآن الكريم في مواطن عدة منها قوله تعالى: "فبما رحمة من الله لنت لهم ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك، فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم في الأمر فإذا عزمت فتوكل على الله"⁽⁵⁾ وقوله عز وجل: "وأمرهم شورى بينهم"⁽¹⁾ وقد ذهب بعض المفسرين⁽²⁾ إلى أن قوله تعالى:

¹ - الإيلاف هو امان الطريق كانت تأخذه قريش من القبائل من أجل ان تشير قوافلها التجارية بأمان، علي سليمان العبيدي، المرجع السابق، ص 226.

² - العصم، وهي عهود... مع الدول الأجنبية وأصلها الخيال.

³ - القائم والمجتمع بالمغرب، أعمال الأيام الدراسية التي نظمتها مركز الدراسات الأنثروبولوجية والسوسولوجية بالرباط أيام 17-18-19 دجنبر 2003،

تنسيق الحسين وعزي والحسين أبت باحسين، المعهد الملكي للثقافة الأمازيغية، مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2005 سلسلة الندوات

والمناظرات... المقال تحت عنوان العرف في المجتمع الصحراوي (قراءة أولية في نصوص عرفية) رجال بوبريك كلية الآداب أكادير، ص 83.

⁴ - فيصل بعي، "دور الوساطة الاستشارية في تكريس العدالة التصالحية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص، الاستشارة القانونية، كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا - السنة الجامعية 2008-2010 ص 27.

⁵ - سورة آل عمران الآية 159.

"وأمركم شورى بينهم" لم يكن من قبيل حاجة الرسول صلى الله عليه وسلم إلى المشورة، فهو غني عنها بما رزق من اختياره للرسل، وإنما كان من قبيل تعليم الناس وإرشادهم إلى أمثل الطرق التي يجب أن يتبعوها في شؤون الدنيا، وليكون الرسول صلى الله عليه وسلم إسوة لهم في كل ما يأتون وما يدعون⁽³⁾.

والاستشارة في القرآن الكريم لم تأت فقط بخصوص العلاقات الاجتماعية والدينية بل جاءت أيضا بخصوص الأمور السياسية والمالية، فقد جاء في سورة النمل ان ملكة سبأ طلبت الاستشارة من مجلسها الاستشاري بشأن نوعية العلاقات المرتقبة والإجراءات الواجب اتخاذها مع النبي سليمان⁽⁴⁾.

وقد جاء في قوله تعالى عن ملكة سبأ: "قالت يا أيها الملأ إني ألقي إلي كتاب كريم إنه من سليمان، وإنه بسم الله الرحمن الرحيم، ألا تعلو علي وأتوني مسلمين، قالت يا أيها الملأ أفتوني في أمري، ما كنت قاطعة أمرا حتى تشهدون" (الآية 26 إلى 32 سورة النمل).

الفقرة الثانية: الشورى في السنة النبوية:

لقد تبنى المجتمع الإسلامي المبادئ الإسلامية التي جاء بها النبي صلى الله عليه وسلم عندما أنشأ الحكومة، بحيث كان صلى الله عليه وسلم يجمع بين السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية ويرسخ المبادئ الإسلامية من عدل ومساواة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والتسامح والإخاء الإسلامي والشورى⁽⁵⁾.

فكان النبي صلى الله عليه وسلم يستشير الرجال والنساء أيضا، ومن أشهر المشاورات التاريخية، مشاورة رسول الله صلى الله عليه وسلم، زوجته أم سلمة رضي الله عنها بعد صلح الحديبية⁽⁶⁾، بالإضافة إلى استشارته صلى الله عليه وسلم زوجته خديجة رضي الله عنها والسيدة عائشة رضي الله عنها ونساء أخريات من العموم، مثل امرأة من الأنصار، حيث أشارت على النبي صلى الله عليه وسلم ان يجعل منبرا له ليلقي خطبة الجمعة، فوافقها النبي صلى الله عليه وسلم الرأي وكلفها بتنفيذه⁽⁷⁾.

واستمرت الشورى في عهد الصحابة رضوان الله عليه، ولازالت بعض النظم السياسية إلى الآن تعتمد مبدأ الشورى (مجلس الشيوخ، الكونغرس...) وتخلق مجالس استشارية مختصة، تختلف بحسب الغرض الذي

¹ - سورة الشورى الآية 28.

² - ظافر القاسبي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي بيروت 1980، الطبعة الثالثة ص 66 لم يذكر المؤلف هؤلاء المفسرين، أشار إليه سليمان العبيدي، المرجع السابق ص 283.

³ - سورة الشورى الآية 38.

⁴ - علي سليمان العبيدي، هوامش في تاريخ المؤسسات والوقائع الاجتماعية، المرجع السابق، ص 282.

⁵ - فبعد ان كتب للصلح (مع قريش) قال رسول الله لأصحابه "قوموا فانحروا ثم احلقوا" فلم يبق منهم أحد، فدخل على ام سلمة فذكر لها ما لقي من الناس فأشارت عليه بان يخرج وينحر ويحلق ففعل فلما رأوا ذلك قاموا فنحروا وجعل بعضهم يحيق بعضا".

أحمد الريسوني، الشورى في معركة البناء، دار الرازي للطباعة والنشر والتوزيع 2007، ص 58.

⁶ - أحمد الريسوني، مرجع سابق ص 59.

⁷ - أحمد الريسوني-مرجع سابق ص 59.

أنشأت من أجله (مثلا: المجلس الوطني لحقوق الإنسان، ديوان المظالم، المجلس الاستشاري لمحاربة الرشوة، الأنتربول الدولي لمكافحة الجريمة الدولية...).

الفقرة الثالثة: رأي الفقه حول مفهوم الاستشارة:

اختلف الفقهاء في بداية الإسلام حول الأمور التي يجب إعمال الاستشارة بخصوصها دون غيرها، فمفهم من يرى أن الاستشارة تقع على الأمور الدنيوية دون الأمور الدينية التي نزل بها الوحي، ومنهم ابن تيمية والأدومي والزمخشري والألوسي والبغدادي والجصاص⁽¹⁾.

قد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله ينزل فينا بعد لم ينزل فيه قرآن ولم يسمع منك فيه شيء؟ قال صلى الله عليه وسلم "اجمعوا له العابد من أمتي واجعلوه بينكم شورى ولا تقضوا برأي واحد"⁽²⁾.

وقد ظهر مبدأ الشورى في الإسلام بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، حيث نشأت أزمة سياسية خطيرة نتيجة انعدام نص صريح في مسألة الحكم بعده وتركت مسألة الخلافة للمسلمين أمرا يتشاورون حوله إذ لم يعين الرسول الكريم من يخلفه، بل أراد بهذا الأمر أن يجتمع العرب المسلمون حول شخص ينتخبونه رئيسا لهم وفقا لمبدأ الشورى المنصوص عليه في القرآن الكريم "وأمرهم شورى بينهم"⁽³⁾ وأن يرشحوا بالإجماع من يحبذونه للرئاسة.

وبعد خلاف شديد بين القبائل، تم ترشيح أبي بكر رضي الله عنه، ومبايعته على الإمارة⁽⁴⁾.

وقد عرفت الاستشارة في عهد الصحابة رضي الله عنهم، حيث قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه "لا تمنع أحدكم حدائة سنه أن يشير برأيه، فإن الرأي ليس على حدائة السن ولا على قيمة ولكنه امر يضعه الله حيث يشاء"⁽⁵⁾. كما ان علي بن أبي طالب رضي الله عنه لما سأله جند بن عبد الله قائلا يا أمير المؤمنين غن فقدناك ولا تفقدك فيتابع الحسن؟ قال: "ما أمركم ولا أنهاكم أنتم أبصر"⁽⁶⁾.

وقد كانت الاستشارة تقدم سواء من قبل الشخص الطبيعي أو عدة أشخاص وتطورت لتؤدي ونطلب أيضا من الشخص المعنوي ولفائدة الشخص المعنوي (الإدارة، الأحزاب، الوزارات...).

¹ - حكيمة بوحمدى، الهيأت الاستشارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه السنة الجامعية 2002-2003 ص 12.

² - حكيمة بوحمدى، مرجع سابق، ص 12.

³ - سورة الشورى الآية 38.

⁴ - علي سليمان العبيدي، مرجع سابق ص 293.

⁵ - أحمد الريسوني، مرجع سابق ص 59.

⁶ - عبد الوهاب النجار، "الخلفاء الراشدون" بيروت 1979 أشار إليه سليمان العبيدي المرجع السابق الهامش 198 ص 307.

المبحث الثاني: دور الاستشارة القانونية في بعض المجالات:

تبرز أهمية الاستشارة القانونية من خلال أعمالها في المجالات الحديثة واعتمادها لرسم خطة أو دراسة مشكل معين أو موقف أو مشروع ما، وعليه فإننا اخترنا الوقوف عند بعض المجالات وتوضيح الأهمية التي تكتسبها الاستشارة القانونية.

فما هي هذه المجالات؟ وما هي أهمية الاستشارة القانونية في أعمالها؟

المطلب الأول: أهمية الاستشارة القانونية في بعض المجالات:

ظهر دور الاستشارة القانونية منذ القدم، وكان يهم جميع المجالات، منها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية (حالة الحرب أو السلم) كما أنها تتدخل في المجال الديني والأخلاقي، وتطور هذا المفهوم ليصبح شاملا وعاما، ليهم المجالات الوطنية والمجالات الدولية، ليريز بعد ذلك وفي وقتنا الحاضر الاستشارات المتخصصة، وهي الأكثر فعالية، لأنها تتخصص في مجال معين ومحدد، فيكثر البحث والتدقيق والاجتهاد والمقارنة، وإعمال التجربة والخبرة، والاستفادة من الدول السابقة، وعليه فإننا سنتطرق لبعض المجالات التي تبرز على ارض الواقع أهمية الدور الذي تقوم به الاستشارة القانونية والتي اعتمده كمبردأ أول لوضع أي خطة.

ومن أهم المجالات التي أضححت لا تستغني عن الاستشارة القانونية نذكر:

1. مجال الملكية الفكرية: لأنه مجال يعرف منافسة عالمية كبيرة، وبالتالي يستوجب معرفة القوانين والمساطر لحماية الحق، خصوصا وأن هذا المجال يعرف تطورا سريعا.
2. مجال الاستثمار: وهو مجال حيوي، وبه تدور عجلة التنمية لكل بلد، ولذلك وجب الإطلاع على قوانين الدول المستقبلية للاستثمار ومواكبة تطور وتغير القوانين.
3. مجال الهجرة: لما يطرحه من مشاكل التأقلم والدراية بالقوانين.
4. مجال البيئة: وهو مجال يطرح عدة مشاكل على المستوى الوطني والدولي، وتكثر بشأنه المشاورات لما قد يتسبب فيه التلوث الصناعي والعسكري من ازمات عالمية حادة، وهذا ما نلمسه حاليا على مستوى الواقع المعيشي الحالي العالمي (أزمات التلوث، الفيضانات، انتشار الأمراض...) مما يستوجب التدخل الدولي السريع، وإعمال الاستشارة باستمرار لإيجاد حلول كفيلة باستيعاب المشاكل المطروحة.
5. مجال القانون الدولي: وهناك تكثر الاستشارات الدولية حول عدة مواقف، منها الاتفاقيات الدولية أو الحدود أو التسليح أو جرائم الإبادة، مما يجعله مجالا خصبا لإعمال الرأي والمشورة قبل إصدار القرارات الدولية أو التراجع عن بعضها.

الفرع الأول: الاستشارة القانونية في مجال الملكية الفكرية⁽¹⁾:

إن مجال الملكية الفكرية أصبح يفرض عدة ترتيبات، منها ما يهم الجانب التقني ومنها ما يتعلق بالجانب القانوني، وتأخذ أوراها بعين الاعتبار في وقتنا الحاضر كل ما جد في هذا المجال لأنها تربط التطور الاقتصادي بالتطور الفكري، خصوصا مجال الاختراعات والابتكارات.

وللحفاظ على هذا المجال وتشجيعه، كان لابد من توفير الحماية القانونية لتنظيم هذا الأخير، إلا أن ذلك لا يكفي في غياب التكوين القانوني للمتعاملين مع هذا القطاع، وستنطبق في هذا الفرع إلى كل من دور الاستشارة القانونية في الحماية الفكرية والصناعية ودور المستشار بالشركات الكبرى.

الفقرة الأولى: دور الاستشارة القانونية في الملكية الفكرية والصناعية:

يرى "كريستيان درنبور الفرنسي « Christien Deronbure »، وهو مستشار في مادة الملكية الفكرية والصناعية، ورئيس الجمعية الوطنية للمستشارين في الملكية الفكرية، إن معظم المؤسسات تعاني من نقص ثقافي في مجال الملكية الفكرية، إن لم نقل أن هذه الثقافة منعدمة ولذلك فعن تدخل المستشارين لدى المؤسسات والمصانع أصبح حتميا، فالمستشار يقدم المساعدات للباحث والمخترع وصاحب المشروع، ويشرف على العمل إلى غاية وصول المنتج إلى مرحلة الاستهلاك. كما أن المستشار يتدخل أيضا في مجال أسعار المنتجات وإمكانية التسويق، وقد يصل تدخله إلى تحديد كيفية انحلاله وانقراضه.

الفقرة الثانية: المستشار في بعض الشركات الكبرى:

يتدخل المستشار في مجال الملكية الفكرية منذ نشأة الفكرة حيث يطلب منه وضع خطة لدراسة المنتج وما يمكن أن يعترضه من مشاكل ومنازعات وتضارب القوانين خصوصا وأن مجال الملكية الفكرية هو مجال وطني ودولي، حيث أن صاحب الفكرة يمكنه تسجيلها بالمكاتب الدولية وحمايتها سواء أكانت فكرة أو علامة أو رمز أو براءة اختراع، ويتتبع المستشار مسار المشروع ويتقرب كل تصرف قد يضيع حقوق المستشار.

كما أن من بين مهام المستشار في هذا المجال، "التدقيق الوقائي" (Audits préventifs) الذي يحدد الخسائر المحتملة لمسيري المؤسسة، وهناك أيضا "تدقيق البراءة" (Audits brevets) و"تدقيق العلامة" (Audits marques) و"تدقيق الرسوم" (Audits dessins) والأشكال حتى يحتاط المسير لكل المخاطر المستقبلية.

وهكذا وبخصوص تدقيق العلامة يمكن طرح الأسئلة التالية :

- ما هي العلامات المسجلة؟ وما هي العلامات الخاضعة للتجديد؟ وهل هي محل عقود الاستغلال؟ وهل هناك مخاطر بخصوص تزوير العلامة؟ وهل توجد حماية للملكية الفكرية في دولة

¹ - <https://www.guichet-entreprises.fr/fr/partenaires/institu> national de la propriété industrielle inpi/consulté le vendredi 27/04/2018 à 23h30min

ليست عضوا في المنظمة العالمية « OMPI »؟ فكل هذه التساؤلات ستوضح للمستشير مسار اختراعه أو علامته ومدى حمايتها القانونية في بلد معين، سواء على المستوى الوطني أو الدولي وجعل المنتج والفكرة ترقى إلى مفهوم الاستثمار بدلا من اعتبار البراءة "خسارة" "une dépense" بحيث ان مبلغ تسجيلها بمكاتب الملكية الفكرية الفرنسية مثلا يصل إلى 6000 أورو ولنجاح الدور الاستشاري داخل المؤسسة الراغبة في الاستثمار⁽¹⁾ في بلد معين.

يجب على المستشار القانوني أن يدرس جميع الخطوات التي ينبغي على المؤسسة اتباعها فهي تتعامل في بلد لا تعرف عن قوانينه شيئا (وهذا ما تبين لنا من خلال حوار أجريناه مع مدير شركة لاكوست بمدينة تماره، حيث روى لنا تضرر الشركة من جهل مستشاريها القانوني من ظهور القانون الجديد للبيئة).

وليضعها المستشار القانوني في الصورة، يقوم بنوع خاص من الدراسات، نورد نموذجا منه من فرنسا على سبيل التوضيح والاستفادة.

الخطوات الأولى لتبريء مخطط المؤسسة:

1. الاستراتيجية العامة
2. خطة العمل
3. خطة الاستثمار.

نظرة حول الاستراتيجية العامة التي يقوم بها مستشار المؤسسة

تقوم هذه الاستراتيجية على ما يلي :

نظرة تاريخية عن حياة المؤسسة (إذا كانت موجودة)، وفكرة عن نشاط الشركة، وعن المنتج

historique, activité, produits

رسم المعاملات، التصدير والسوق المحلية

Chiffre d'affaires, et marché local

المحيط الاقتصادي للمؤسسة

1- يجب على المستشار ان يأخذ بعين الاعتبار جانب المنافسة الخارجية compéitivité extérieurs.

- القوانين المنظمة للقطاع

- المحيط التكنولوجي

- الأنظمة المتعلقة بالضرائب والامتيازات التي تحصل عليها الشركات الأجنبية المستثمرة في

المغرب.

¹ - مقابلة مع مدير شركة "لاكوست la coste" بتماره حيث روى لنا كيف ان الشركة الأمل لاكوست خلقت فرعا لها في المغرب سنة 1994 بعد بعثت ممثلها ومستشاريها لدراسة المشروع، ونهجت الخطة التي ذكرنا قبل الإعلان عن فتح فرع لها بالمغرب، لكنها فوجئت بمنعها من إحراق بقايا النوب نظرا لإعمال قانون البيئة المغربي.

- الفرص المحتملة والمشاكل المرتقبة.
- 2-المركز الاستراتيجي للمؤسسة
- يتدارس المستشار المعطيات الخاصة بالسوق (الوطنية والخارجية).
- واحتتمالات النجاح والفشل، والأثمنة والجودة
- التحليل للوضعية الراهنة والمستقبلية
- وضعية المنافسة للمؤسسة
- التحليل التكنولوجي
- يهتم المستشار أيضا بدراسة المنتج المصنع والجودة
- التجهيزات والألات، (الحالة، السن، المردودية، الاستعمال، النظافة، الوقاية، الاستمرارية).
- مراقبة المنتج بوضع بطائق خاصة بحياة المنتج بالنفايات التي يخلق
- المراقبة عبر الأجهزة الإلكترونية: التجديد والابتكار والاختراع والرسوم والمعاملات
- تحليل الجودة عبر التكاليف

التخلص من النفايات

وقد لاحظنا ان هذه الشركة جد دقيقة تحليلها لكل النقط ووقوفها على كل الجزئيات، فالمدير لم يتحدث عن السوق الوطنية، لأن المنتج لا يسوق بالمغرب، كما أنه قد تحدث عن منع السلطات لإحراق مخلفات المنتج، لما تسببه من تلوث، وهذا ما غير سياستها في تدبير النفايات، حيث أصبحت تضطر لبيعه بالجملة في المغرب.

وهذا ما أضر بها لأن الدراسة الأولى كانت تتضمن حرف المنتج، وهذا ما ينتج عنه تغير القوانين وعدم التنبؤ بها.

كما أن الشركة استقرت بالمغرب منذ 1994 ولم تتنبأ باحتمال تغير القوانين، فبعد صدور مدونة الشغل⁽¹⁾ المغربية اضطرت المؤسسة إلى خلق "لجنة المفاوضة"⁽²⁾ طبقا للمادة 466 وتطبيق هذه المادة شروط بتوفير التكوين المستمر ومحو الأمية ومنح قروض صغيرة للعاملات والتشاور معهن، كما دعت الضرورة إلى ذلك.

وهذا لم يكن في حسابان الشركة الأجنبية "لاكوست" بحسب تصريح مديرها، فتغير القانون جعل الشركة تغير استراتيجيتها وتخضع لمدونة الشغل، وقد أكد لنا أن الشركة الأم استعملت الاستشارة فقط قبل خلق

¹ - ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 14 من رجب 1424/11 سبتمبر 2003، بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، ج ر 5167، بتاريخ 13 شوال 1424/8 سبتمبر 2003، ص 3969.

² - انظر المادة 466 من مدونة الشغل: "في إطار المهام الاستشارية للجنة المفاوضة يعهد إليها..."

الفرع في المغرب، وهذا خطأ من مكتب الدراسات الذي قام بدراسة المشروع مرتكزا على الامتيازات التي يمنحها المغرب للمستثمر⁽¹⁾ والإصلاح الجبائي القائم على الشفافية والتبسيط والعقلانية⁽²⁾. فالأجنبي يطلع على القوانين المغربية قبل استثماره أو استقراره بالمغرب، فهل يفعل المغربي نفس الشيء عندما يقرر الاستقرار بديار المهجر؟ وما مدى إعمال دور الاستشارة القانونية للجالية المغربية بالخارج؟

الفقرة الثالثة: الدور الاستشاري لمجلس الجالية المغربية بالخارج:

ككل أجنبي، يجد المغاربة أنفسهم أمام تنوع واختلاف القوانين للبلد المضيف فيشعر بنقص في المعارف القانونية وصعوبة التأقلم فيضطر لزيارة محامي أو مستشار، ووعيا من العاهل المغربي محمد السادس بهذه الصعوبات التي تواجه المواطن المغربي، أعطى جلالتة أوامره بخلف مجلس خاص بالجالية المغربية⁽³⁾. بغرض الرقي بأوضاع وأحوال المواطنين المغاربة المقيمين بالخارج والتشاور والمساهمة في صياغة وبلورة السياسات المتعلقة بالهجرة، وشؤون الجالية المغربية بالخارج...⁽⁴⁾.

وقد ذكر الخطاب الملكي الخطوط العريضة التي اقيم هذا المجلس من أجلها، وتتلخص في كون ان لهذا المجلس دور استشاري (المادة الأولى والثانية و12 و19 و25 من الظهير المذكور)، بالإضافة إلى ضمانه لحقوق المهاجرين وتكثيف مشاركتهم في التنمية السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية للبلاد، فالمجلس المذكور مكلف بدراسة كل ما يتعلق بالإشكاليات التي تطرحها الهجرة والقضايا التي تهم المغاربة المقيمين بالخارج⁽⁵⁾.

وفي هذا الصدد، ظهرت عدة جهات تتكلف بالمهاجرين ومنها مكاتب المحامين المرخص لهم، فكندا مثلا لا تقبل الملفات الخاصة بالهجرة إلا من الجهات المرخص لها بذلك من طرف الشركة الكندية للمستشارين في مجال الهجرة "SCCL"⁽⁶⁾، ورغم تعدد المجالس والمؤسسات التي تهتم بالمهاجر، إلا أن تغير القوانين بديار المهجر فجعل المواطن المغربي يصبطدم بالعديد من المعوقات، فالقانون الإيطالي الجديد لتسوية وضعية المهاجرين غير الشرعيين مثلا خلق عدة مشاكل: منها تسوية وضعية حوالي 300 شخص واعتبار الباقي أي 350 ألف مهاجر

¹ - فرص الاستثمار بالمغرب، موضوع لقاء بغرفة التجارة في ابرفين بكاليفورنيا، مقال بجريدة النهار المغربية، العدد 1189 الاثنين 31 مارس 2008، ص 5 (لم يتم ذكر الكاتب).

² - كلمة صاحب الجلالة الملك محمد السادس، امام رؤساء غرف التجارة والصناعة ورؤساء المكاتب الوطنية وعدد من الفاعلين الاقتصاديين، يوم 26 جمادى الثانية 25/1421 شتنبر بالجرف الأصفر خطب وندوات صاحب الجلالة الملك محمد السادس يوليوز 2000-2001، نشر وزارة الثقافة والاتصال، قطاع الاتصال، مصلحة الإنتاج غشت 2001.

³ - ظهير شريف رقم 1.07.208 صادر في 21 ديسمبر 2007 المتعلق بمجلس الجالية المغربية.

⁴ - خطاب صاحب الجلالة الملك محمد السادس بمناسبة إحداث مجلس الجالية المغربية بالخارج.

⁵ - موقع مجلس الجالية المغربية بالخارج على الإنترنت

"مجرمين"⁽¹⁾ كما أن القانون البلجيكي لمنع الحجاب في الأماكن العمومية طرح عدة مشاكل، منها اختيار المقيم بين الامتثال للقوانين البلجيكية أو العودة إلى بلده الأصل.

وكما تهتم الاستشارة بدراسة الشخص وأوضاعه الاجتماعية، فإنها تدرس المحيط البيئي الذي يعيش فيه.

الفرع الثاني: الاستشارة القانونية في مجال البيئة الوطنية والدولية:

تطرح البيئة عدة مشاكل وطنية ودولية لما قد يخلفه التلوث من آثار سلبية على الإنسان والأرض والغلاف الجوي، حيث تكثفت الجهود لمحاربة تلوث البيئة، باستعمال عدة وسائل وطرق اتفق حولها عدة فاعلين ومختصين في البيئة بعد تشاور وعميق، حيث تسارعت الدول إلى سن قوانين تحد هذا التلوث وتعاقب كل من خالفها واتجهت في نفيس الوقت إلى خلق منظمات دولية (ISO)⁽²⁾ سواء في المياه أو الهواء أو في مجالات النفايات المنزلية أو الطبية أو النووية ...

يلاحظ في هذا المجال أن اللجنة الوطنية الجهوية لدراسة التأثير على البيئة قد لعبت دورا مهما في تفعيل دراسة التأثير على البيئة المغربية، أو دراسة الملفات المتعلقة بمشاريع الأنشطة والأشغال والتهيئات وإبداء الرأي حول الموافقة البيئية للمشاريع المذكورة⁽³⁾ وحول إعادة تصنيع مخلفات المصانع وإعادة استعمالها "recyclage" وهذا ما جعل معامل إعادة التصنيع تتزايد باستمرار بالمغرب. وذلك أمام ضغط دول العالم التي أصبحت واعية بخطورة تلوث الأرض والقضاء، وقد أفضت البحوث العلمية إلى أن النفايات التي تخلفها المركبات الفضائية وصلت إلى حوالي (9300 جسم) والتي تهدد سلامة سعت الفضاء وسلامة الإنسان، ولحد الآن لازالت الدول لم تستقر على قانون لحماية الفضاء من التلوث أو الحد من انتشار هذه النفايات⁽⁴⁾ الخطيرة التي كانت نتيجة التجارب الدولية التي خلقت أثارا للمواد المشعة الناتجة عن الأسلحة النووية، فقد بلغ عدد التجارب النووية في حدود سنة 1999 (2408) تجربة منها 541 تجربة أجريت في الجو، في حين تم القيام بـ1867 تجربة تحت الأرض، مما جعل النفايات المشعة تتسرب داخل التشكيلات البيولوجية ومن المحتمل أن تنتقل على الأمد البعيد عبر البيوسفير وتتسرب إلى الوسط البيئي.

وأمام هذه المشاكل الخطيرة انتدبت الوكالة الدولية للطاقة الذرية عدة خبراء ومستشارين وأخصائيين لتقييم حجم الإشعاع داخل مواقع التجارب النووية ومنشآت الإنتاج في مواقع التفريغ وإعداد آرائهم حول الحلول المناسبة للحد من هذه الآفة أو إيجاد أفضل السبل للتعامل مع الإرث الإشعاعي، وكانت نتيجة

¹ - نور الدين الزيد، "القانون الجديد للمهاجر بإيطاليا يخلق أشياء في صفوف المهاجرين" جريدة المساء العدد 902، بتاريخ 2009/08/14.

² المنظمة العالمية للمعايير. international système organisation internationale de norme « ISO » -

³ - المادة 2 من مرسوم رقم 563 صادر في ذي القعدة 1429/4 نوفمبر 2008، يتعلق باختصاصات وسير اللجنة الوطنية واللجنة الجهوية لدراسات التأثير

على البيئة ج ر عدد 14 5682 ذو القعدة 13/1429 نوفمبر 2008، ص 4156.

⁴ - النفايات الفضائية تهدد سكان الأرض وتعرض الغلاف الجوي للخطر، سعاد دروري، جريدة المساء، العدد 902/الجمعة 2009/08/14، ص 12.

مناقشتها، مطالبة الدول بالانخراط في معاهدة "المنع الشامل للتجارب النووية"، وإعداد معاهدة تحظر إنتاج المواد الإنشطارية الخاصة بالأسلحة النووية⁽¹⁾.

ولا زال العالم يعرب صراعا حول هذه الأسلحة المدمرة، ولم تتفق كل الدول على الحد منها خوفا من أن لا تلتزم الدول الكبرى بالمعاهدة فتبقى هي المالكة الوحيدة للأسلحة الدمار الشامل، فهل هناك استشارة دولية حول المعاهدات والاتفاقيات، وما هي الآثار التي تنتج عن هذه الاستشارات الدولية؟ وهل هذه الاستشارات الدولية لها جانب إلزامي أم لا؟

خاتمة

من خلال ما أثرناه في هذه الورقة حول الاستشارة القانونية، التأصيل والأدوار خلصنا إلى ذلك الحضور والأدوار القوية التي لعبتها الاستشارة منذ القدم حتى أضحت ضرورة ملحة من خلال تأسيسها، ذلك أن الممارسة الاستشارية ما فتئت تشكل في الواقع صمام الأمان، فضلا على أنها تعتبر أرضية للقاء والنقاش السلمي ومنتدى للحوار وللتوافق قادرة على الإخطار بالنزاعات المحتملة ما بين المصالح (المصالح الخاصة فيما بينها أو ما بين المصالح الخاصة في موازنة مع الصالح العام)، كما تعمل على إخماد هذه النزاعات التي تنشب.

¹ - خمار مرابط، "آثار تجارب البرامج النووية، الإرث الإشعاعي" مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية سلسلة "الدورات" هل يشكل انتشار الأسلحة النووية عامل الردع 86/1420 ماي 1999 ص 156 دورة ماي 1999 الرباط 2110 محرم "جريدة العلم ب 31 يوليوز 2001، ع 18700، ص 4.

التحليل الاقتصادي للعقد : دراسة مقارنة

سارة عبد الصمد

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -أكادال

تتغير الحياة البشرية بتغير ظروف الإنسان و حاجاته و متطلباته الطبيعية و المادية . إلا أن هذه المعادلة الحيوية لا تطبق فقط في مجال معيشة الفرد أو على مستوى فكره ، بل تصدق أيضا على القواعد القانونية المنظمة لحياة هذا الفرد و التي من شأنها توفير الاستقرار بجميع معانيه، إذ أن هذه القواعد لا تأبى الجمود و التي من خلالها تحدد المصلحة و يقرر الجزاء .

فالتطورات التي مسّت القواعد القانونية ، أثرت أيضا في أساس النظريات و الحقائق القانونية. فالإنسان مرتبط ارتباطا وثيقا بواقعه ، و طالما كان الإنسان لا تحركه سوى حاجاته التي يطمح إلى اشباعها ، فان هذا سيؤدي لا محالة إلى انهيار القيم في ظل معناها الفلسفي. فقد أصبحت القيمة الوحيدة التي يحافظ عليها قانونا هي تحقيق المنفعة للأفراد . فالمنفعة هي الغاية الأسمى ، و هي الهدف الأساس من وجود القانون ¹.

و يطلق على هذا الاتجاه من التفكير القانوني بالنفعية القانونية ² ، أي ربط القانون بغايته. فهذا الارتباط يقوم على أساس أن الهدف الأول هو الوصول إلى المنفعة . و ارتبط هذا التوجه الفكري باسم المفكر الانجليزي ³ Jeremy Bentham و يأخذ مفهوم المنفعة عند المفكر المذكور مفهوميا اقتصاديا محضا. و من هنا ظهر التقارب بين الاقتصاد و القانون ⁴.

وقد لحق هذا التيار الفكري المعاملات و قوانينها ، حيث أصبحت هذه الأخيرة عبارة عن ميكانيزمات غايتها

¹ -فايز محمد حسين ، فلسفة القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، 2009 ، ص 237 .

² - "تقوم النفعية القانونية على فكرة تحقيق أكبر قدر من المنفعة .":

« L'utilitarisme juridique est fondé , en apparence , sur la perspective de fournir le plus grand plaisir au plus grand nombre . »

-Bjarne Melkevik, Horizons de la philosophie du droit, Collection Diké , Les presses de l'université de Laval ; 2ème Tirage ,2004 .Page 58 .

³ -أحمد إبراهيم حسن ، غاية القانون -دراسة في فلسفة القانون -، دار المطبوعات الجامعية، 2000، ص48-49 .

⁴ - حسب الفقيه René Savatier فان الحياة الاقتصادية تنعش الحياة القانونية . كما أن الدينامية الاقتصادية تترجم في القانون من خلال الرابطة "التزام-دين" . هذه العلاقة التي تمثل رافعة بشرية.

« ...C'est même cette vie économique qui alimente la vie du droit . Le dynamisme économique se traduit , en droit , par le rapport obligation-créance, qui en est le /levier humain . »

- René Savatier ,La théorie des obligations :Vision juridique et économique ; Dalloz-Paris, Troisième édition ;1974 ;Page 11,N°8.

تحقيق النفعية التعاقدية. إذ قيل على لسان بعض الفقه أنه: "لن يستطيع رجل القانون تجاهل علاقة الاقتصاد بميدان الدراسات القانونية"¹. وقد ولد من رحم هذا الاتجاه الفكري "مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون".

ويرجع منشأ التحليل الاقتصادي للقانون إلى التيار الفقهي الأمريكي بزعماء الفقيه Richard Posner. وشكلت جامعة شيكاغو المنطلق الأكاديمي للتحليل الاقتصادي للقانون بالولايات المتحدة الأمريكية. وقد كانت أول الإصدارات العلمية في هذا الموضوع ما بين نهاية الخمسينيات و بداية الستينيات من القرن الماضي². وبعد مضي هذه الفترة الزمنية، عرف هذا الموضوع نجاحاً وإقبالاً علمياً مهماً من خلال صدور جملة من المقالات والمؤلفات الأكاديمية في هذا الطرح. وقد درس هذا الموضوع بأكبر الجامعات الأمريكية في شكل محاضرات تلقى على طلبة الاقتصاد. إلا أنه ما لبث أن أصبح هذا الاتجاه الفقهي محل دراسة من قبل رجال القانون³.

وقد أثر هذا التيار الفقهي على النظرية العامة للعقد، فقد أصبح العقد بموجب مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون أداة للزيادة والرفع من النفعية الخاصة للمتعاقدين⁴. ويرمي التحليل الاقتصادي للعقد التقليص من التكاليف⁵ والتصدي للمؤثرات الخارجية. ولا نقصد هنا التكاليف في إطار المفهوم الوظيفي فقط، بل تقليص

¹ « Dans peu de temps, le juriste ne pourra plus se permettre d'ignorer les apports des économistes à son propre domaine d'étude. » -Grégory Maitre, La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, Préface Horatia Muir Watt ; Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 2005 ; Page 1.

² "The new law and economics may be dated somewhat arbitrarily from the beginning of the 1960s, when Guido Calabresi's first article on torts and Ronald Coase's article on social cost were published."

- Richard Allen Posner, Economic Analysis of Law ; Edition Little Brown -Third Edition ; 1986 .Page 19;N°2.1

³ « L'analyse économique du droit est, à l'origine, un mouvement doctrinal américain. Les premières articles datent de la fin des années cinquante et du début des années soixante et, depuis lors, un nombre impressionnant d'articles et d'ouvrages se sont succédés tandis que des cours d'analyse économique du droit étaient donnés dans les plus grandes universités, cours confiés à des économistes. Mais si au début, la plupart des auteurs sont des économistes, peu à peu, de plus en plus de juristes s'intéressent à cette question. »

-Muriel Fabre-Magnan, De l'obligations d'information dans les contrats- Essai d'une théorie ; Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1992 ; Page 49. N°57.

⁴ « Le contrat est perçu comme un instrument de maximisation des utilités individuelles et sociales. »

-Jacques Ghestin, Traité de droit civil : La formation du contrat, 3^e édition, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1993, Page 187 ;N°208.

⁵ - تقوم نظرية تكاليف المعاملة على تقسيم نفقات العقد إلى :

التكاليف التعاقدية اللاحقة Ex Post	التكاليف التعاقدية القبليّة Ex Ante
- تكاليف تطوع العقد	- تكاليف البحث عن المتعاقد
- تكاليف توجيه و تتبع المعاملة التعاقدية	- تكاليف تحرير العقد
- تكاليف إعادة المفاوضات التعاقدية	- تكاليف المفاوضات التعاقدية
- التكاليف (الاحتمالية) عند فسخ العقد.	- تكاليف ضمان الانضمام للمعاملة .

التكاليف يشمل كل من الزمن، و الجهد ، و باقي التكاليف التي قد يتكبدها المتعاقد سواء في مرحلة المفاوضات التعاقدية أو في حل صعوبة حاصلة بين الطرفين¹.

وقد ارتبط التحليل الاقتصادي للعقد بنظرية الفقيه Ronald Coase ، و الذي كشف لأول مرة عن فكرة " تكاليف المعاملات " ، من خلال مقاله الشهير حول التكاليف الاجتماعية المنشور سنة 1960². حيث جاء عن الفقيه المذكور: "حينما نأمل في إجراء مبادلة في السوق ، فمن المهم البحث عن المتعاقد و المتعاقدين الآخرين ، و تزويدهم بالمعلومات الضرورية ، ووضع شروط العقد ، وإجراء مفاوضات للانتهاء بصفقة حقيقية ، ثم وضع نظام مراقبة لتنفيذ كل طرف التزاماته³."

فالفعالية التعاقدية⁴ حسب هذا الطرح تتحقق حين يتم التخفيض من تكاليف المعاملة القانونية إلى أدنى حد ممكن بهدف الرفع الأقصى للعائد. وقد شملت مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون جملة من النظرية و الأفكار المحققة للفعالية الاقتصادية في جميع مراحل العقد، من مرحلة المفاوضات إلى حين تنفيذ العقد .

« Les coûts de transaction Ex Ante sont les coûts associés à la recherche d'un partenaire , à la rédaction , la négociation et la garantie d'un accord , tandis que les coûts de contractualisation Ex Post comprennent les coûts induits par une mauvaise adaptation des contrats aux circonstances dans lesquelles ils évoluent, les coûts de renégociation et de contrôle du respect des arrangements contractuels et éventuellement les coûts du rupture des accords . »

-Stéphane Saussier et Anne-Yvrande Billon , Economie des coûts de transaction ;Collection :Repères ; Editions La Découverte - Paris ,2007 .Page 17.

¹ « Cette analyse a pour objectif la minimisation des coûts de transaction et des effets externes ... Les coûts de transactions représentent le temps ,les efforts ,les ennuis, et autres coûts engendrés pour les parties par la négociation d'un contrat , ou encore le règlement d'un différent entre eux. »

- Jacques Ghestin, op.cit., Page 189,N°212 .

² « Le mouvement actuel d'analyse économique du droit a vraiment commencé avec l'article de Ronald Coase sur le coût social ,publié en 1960. »

-Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau ,Analyse économique du droit ,Méthodes du droit : Collection dirigée par Philippe Jestaz , Dalloz ,Les éditions Thémis , 2^e édition ,2008 ,Page 182 ,N°674.

³ "Exprimant la même idée dans mon article « Le problème du coût social », j'ai utilisé les termes de « coûts de transaction de marché ». Ces expressions sont dorénavant connues dans la littérature économique sous l'appellation de « coûts de transaction ». J'ai exposé ma pensée en ces termes : « Lorsque l'on souhaite opérer une transaction sur un marché, il est nécessaire de rechercher son ou ses cocontractants, de leur apporter certaines informations nécessaires et de poser les conditions du contrat, de conduire les négociations instaurant ainsi un véritable marché, de conclure le contrat, de mettre en place une structure de contrôle des prestations respectives des obligations des parties, etc.»"

-Ronald Coase , L'entreprise ,le marché et le droit , Traduit de l'Anglais par Boualem Aliouat , Editions d'Organisations ,2005,Page 23.

⁴ يرتبط مفهوم الفعالية بمفهوم الأمن القانوني . ففي المادة التعاقدية على سبيل المثال ، فان مفهوم الأمن القانوني يفترض أن القانون يكرس تنفيذ الالتزامات كما هو متوقع من قبل المتعاقدين . كما أن فعالية هذا التصرف القانوني تظهر في مرحلة المفاوضات التعاقدية و التي بموجبها يجد مفهوم الأمن القانوني مرتع له .

و تأسيساً على ما سبق، ارتأينا دراسة هذا الموضوع دراسة بانورامية و ذلك من أجل إبراز الوجه الحديث للفقهاء الغربي المتقدم سيما الفقه الأمريكي، و فك خيوط هذا الموضوع بتناول مؤسسات قانونية غربية باحثين عن الحقيقة الغائبة عن أغلب الباحثين. بالإضافة إلى ذلك، اتجهنا عامدين الى عدم طرح إشكال معين، بل إشكال دراستنا يمس مختلف مراحل العقد منذ مرحلة التفكير في إبرامه الى مرحلة تنفيذه.

لذا، نتناول دراسة التحليل الاقتصادي للعقد في مرحلة المفاوضات التعاقدية (المبحث الأول)، و التحليل الاقتصادي لمرحلة تكوين العقد (المبحث الثاني)، ثم التحليل الاقتصادي لمرحلة تنفيذ العقد (المبحث الثالث).

المبحث الأول: التحليل الاقتصادي للعقد في مرحلة المفاوضات التعاقدية:

تمثل المرحلة التمهيديّة للعقود مرحلة تعاقدية تجسد الحالة السيكلوجية التي من شأنها تعبيد الطريق لمرحلة إبرام العقد ثم تنفيذه. لذلك فإن مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون تجعل من هذه المرحلة المنطلق القانوني المحقق للفعالية الاقتصادية للمعاملة، و ترسخ "نظرية المبادلة" هذا الطرح.

فقد يرغب شخص مثلاً في شراء عقار ما و يريد أيضاً صاحب هذا العقار بيعه، لكن لا تكون لديه الأموال الكافية لشرائه في الحال، أو لا تكون إرادته قد استقرت على شرائه بصفة نهائية. فيلجأ بدلاً من التعاقد مع صاحبه على شرائه الحصول فقط على موافقته على البيع إذا ما رغب في إتمام البيع بعد ذلك.

و يشكل مفهوم المقابل¹ Consideration القلب النابض لنظرية المبادلة. فالغرض من فكرة المقابل أنه ثمة وعدا من شخص لآخر، و مضمون الوعد أن يقوم الموعد له بإبرام العقد والموافقة على الصفقة¹. فنظام Common

« La notion d'efficacité entretient avec celle de sécurité juridique des rapports beaucoup plus intéressants...En matière contractuelle, la sécurité juridique suppose, comme on l'a vu, que le droit favorise l'exécution des obligations que prévues au contrat. L'efficacité de l'acte, c'est-à-dire la satisfaction du but juridique prévu dans le *negotium*, participe donc la sécurité juridique. »

-Thomas Piazzon, La sécurité juridique ; Préface de Laurent Leveneur ; Collection de Thèses : Doctorat et Notariat ; Defrénois -Lextenso éditions, 2009 ; Page 67-68 ; N°52-53.

¹ -يشكل مفهوم المقابل وكذا مفهوم الإيجاب والقبول الثالث الذي لا يتجزأ و الذي يكون فكرة الصفقة. فلا يمكن تصور غياب هذه العناصر نظراً للارتباط المنطقي والتكميلي والمكون للمعاملة.

" Consideration, offer and acceptance are an indivisible trinity, facets of one identical notion which is that of bargain. Indeed, consideration may conveniently be explained as merely the acceptance viewed from the offeror's side. We can no doubt separate offer, acceptance and consideration for our convenience ... but they are logical and interdependent entities abstracted from the one entire reality which is bargain. We can no more abolish one without destroying the others than we can think of a circle without a circumference".

- Chris Turner, Unlocking Contract Law ; Taylor and Francis Group edition -London and New York ; Fourth Edition Published, 2014. Page 50; N°3.1.2.

Law يستعمل مصطلح "مقابل" كمفهوم ذو صبغة تقنية لوصف ما سيعطيه الواعد للموعد له لتحفيزه على إبرام العقد.²

فأساس هذه النظرية هي تبرير التراضي المجرد من الشكلية القانونية في ظل الفقه الأنجلو أمريكي ، إذ يتمثل هذا المبرر في أن أحد الطرفين قد حصل على مقابل أو فائدة لوعده³ . كما تمثل فكرة المقايضة Quid Pro Quo⁴ الأرضية للتحليل الاقتصادي للعقد .

وعلى سبيل المثال، فالمتعاقد "أ" يقدم مبلغ من المال ل "ب" لقاء إبرام العقد وفي المقابل يتعاهد "ب" أن يبرم العقد مع "أ". فخلال هذه الفترة الزمنية ، يكون التوقع المشروع⁵ لكل من "أ" و "ب" غير مكتمل طالما لا يزالا في مرحلة المفاوضات .

¹ -و تجدر الإشارة أنه قد يختلط المقابل بالعربون و الذي يعرف حسب الفصل 288 من قانون الالتزامات و العقود على أنه: " ما يعطيه أحد المتعاقدين للأخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده." في حين فان المقابل هو كل ما يعطى للموعد له لإبرام العقد أي السعي وراء الاحتفاظ بالصفقة .

² " Regardless of form , each bargain involves reciprocal inducement : The promisee gives something to induce the promisor to give the promisee ,and the promisor gives the promise as inducement to promise. Common Law uses the technical term consideration to describe what the promisee gives the promisor to induce the promise."

-Robert Cooter and Thomas Ulen , Law and Economics ,Addison -Wesley - Pearson ,Sixth edition 2016,Page 278.

³ -طلبة وهبة خطاب ، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الأنجلو أمريكي ، دار الفكر العربي ، 1979 ، ص 26.

⁴ -" ويرى بعض الفقه الأمريكي وجود ارتباط وثيق بين فكرة المقابل و فكرة المقايضة"

" So expressed the doctrine of consideration emphasized the idea of bargain or exchange , it must exist a relation of Quid Pro Quo."

-Rick Biguood , Exploitative Contracts ,Oxford University Press - New York ,Fist Published 2003,Page 97.

⁵ - يعرف الفقه التوقع المشروع التعاقدى على أنه : "تربح احترام المتعاقد لالتزاماته الصريحة و المحمية قانونا ، على أساس التوقع المعقول للمتعاقد الأخر الذي يلتزم بالمقابل وبشكل حر في بتنفيذ لالتزاماته التعاقدية ."

« Nous pouvons défini l'attente légitime comme la représentation subjective qui , prolongeant l'expectative du respect par le cocontractant de ces obligations explicites ,est sanctionnée par le droit, parce qu'elles s'appuie sur une anticipation raisonnable de ce que le partenaire doit déduire de la formulation littérale de ses devoirs contractuels » .

- Florian Dupuy , La protection de l'attente légitime des parties du contrat : Etude de droit international des investissement à la lumière du droit comparé, Thèse en cotutelle (Humboldt -Universitat zu Berlin) soutenue le 30 Novembre 2007 ;Ecole doctorale : Droit- Economie -Sciences sociales ;Université Panthéon-Assas (Paris II) ;Page 29 .

-كما نظم المشرع الفرنسي ولأول مرة في ظل التعديل الجديد الذي ظل القانون المدني الفرنسي ، حماية التوقعات المشروعة في ظل تكوين العقد- Article 1166 du nouveau code civil français : « Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie. »

-و في نفس الاتجاه ، فان المشرع الفرنسي كرس نظرية التوقعات المشروعة و ضمنها بشكل موضوعي في جميع أنواع العقود ضمن التعديل الجديد.

فالمشرع المغربي لم يعطي اهتماما للمرحلة ما قبل التعاقدية¹، فحسب الفصل 14 من قانون الالتزامات و العقود " مجرد الوعد لا ينشئ التزاما ". لذلك تجد نظرية المبادلة في الفقه الأمريكي ساحة للمعاملات القانونية ذات الفعالية الاقتصادية . خصوصا و أن من شأن هذه المرحلة ما قبل التعاقدية حماية التوقع المشروع للأطراف ، بدل الخوض في معاملة قد لا تدر بالنفع لأطرافها .

المبحث الثاني: التحليل الاقتصادي لمرحلة تكوين العقد :

لحق مفهوم العقد و تكوينه مجموعة من التغيرات الجذرية في فلسفة مدرسة Posner القانونية -الاقتصادية . فبعد ما كان مبدأ سلطان الإرادة الحاكم الأول في العقد ، أصبحت المصلحة الاقتصادية المؤشر و الموجه للمعاملة القانونية .

فالتحليل الاقتصادي لمرحلة تكوين العقد ، يجعل من هذا الأخير أداة قانونية لتحقيق الفعالية الاقتصادية و ذلك من خلال : التحليل الاقتصادي للالتزام بالإعلام التعاقدية (المطلب الأول) ، ثم دراسة لنظرية المحتوى التعاقدية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول -التحليل الاقتصادي للالتزام بالإعلام التعاقدية Economic Analysis of duty of disclosure

رغم تنظيم المشرع المغربي للالتزام بالإعلام في ظل قانون حماية المستهلك - بموجب المواد من 3 إلى 14- ، نجد هذه النصوص يطبعها البساطة و عدم القدرة على مواكبة ما استجد في باب النظرية العامة للعقد . فالمستهلك المتعاقد بحاجة إلى نص قانوني يجمع بين الفعالية القانونية و تحقيق النتيجة الواقعية التي من أجلها أبرم العقد . فالمعلومة هي حقيقة مستقلة يمكن تكييفها قانونا أنها شيء غير مادي ، بحيث يمكن تملكها مبدئيا . لذلك تقدم مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون الحلة المتطورة للالتزام بالإعلام Duty of Disclosure ، من خلال جعل هذا الالتزام ذو قيمة اقتصادية بدل اعتباره واجبا ملقا على كاهل الأطراف المتعاقدة .

و يجد هذا الطرح سنده في ظل التيار "القانون و الاقتصاد" في نظرية الفقيه الأمريكي Anthony T. Kronman، و

« L'article 1166 du code civil consacre la théorie des attentes légitimes , appréciée de manière objective , pour tout type de contrat (vente , services , « fourniture de biens numériques des parties..) »

-François Ancel , Bénédicte Fauvarque -Cosson et Juliette Gest ; Aux sources de la réforme du droit des contrats , Dalloz , Janvier 2017 . Page 183 , N°25.183

¹ -بالرغم من أن المشرع المغربي قد نظم عقد التخصيص في ظل التعديل الذي طال القانون المنظم لبيع العقار في طور الانجاز (ظهير شريف رقم 1.16.05 صادر في 23 من ربيع الأول 1437 -3 فبراير 2016 بتنفيذ القانون رقم 107.12 بتغيير و تتميم القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقار في طور الانجاز المتمم بموجب الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 -12 غشت 1913 بمثابة قانون للالتزامات و العقود) -الجريدة الرسمية عدد 6440 في جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016) : حيث جاء في الفصل 3-618 مكرر مرتين : "يمكن للبائع و المشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد تخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الانجاز يحزر إما في محرر رسمي أو محرر عر في ثابت التاريخ وفقا للشكل المتفق عليه من الأطراف"

الذي يقترح بموجبها الفقيه المذكور تحليل اقتصادي معمق للالتزام بالإعلام . و تصب نظريته حول التفريق بين كل من المعلومات المبحوث عنها عن قصد من طرف المتعاقد و المعلومات المحصل عليها عن غير سابق بحث عنها¹ . فالمتعاقد الذي تكبد عناء الحصول على المعلومة ، يجب حسب نظرية الفقيه Kronman أن يجعل من بحثه وسيلة للاستثمار داخل المعاملة . لذلك يقترح الفقيه المذكور أن تكون على هذه المعلومة المحصل عليها حق ملكية² .

إن نظرية الفقيه الأمريكي Kronman تشجع الأطراف المتعاقدة على الاستثمار في المعلومة التي من شأنها التأثير في فعالية المعاملة ككل . لكن هذا الطرح حسب رأي الفقيه المذكور لا يطبق على المعلومة المغلوطة ، كما لا تطبق على المعلومات التي من شأنها التأثير على تنفيذ العقد أو التي قد تؤثر على رضا المتعاقد . بل هذه النظرية هي مكنة من أجل الرفع من درجة المنفعة التعاقدية لأطراف العقد³ .

المطلب الثاني - نظرية المحتوى التعاقدية⁴ : The theory of Contents of contract

يقال أنه لا يعذر تغير الأحوال بتغير الأزمان ، فالمعاملات تتطور آلياتها و تتقدم فلسفتها بتغير أحوال الأفراد .

¹ « Dans un article célèbre paru en 1978 ,cet auteur -A. T. Kronman- a proposé une analyse économique approfondie de l'obligation d'information. Celle-ci repose sur une distinction fondamentale entre les informations acquises par une recherche délibérée et les informations acquises par hasard .»

- Muriel Fabre-Magnan ,Op. Cit. ; Page 74. N°90.

² « Ceci est en fait , selon l'auteur , la conséquence pure et simple de la définition donnée de l'information acquise délibérément . En effet, une personne qui acquiert une information de cette nature n'aura , par définition, engagé des frais que dans la perspective d'un profit .L'auteur recherche alors comment faire profiter de son acquisition celui qui a fait l'effort d'investir pour la connaissance d'une information . La meilleure façon consiste , selon lui , à lui accorder un droit de propriété sur cette information . »

- Muriel Fabre-Magnan ,Op. Cit. ; Page 75. N°91.

³ « D'une part , l'analyse économique ci-dessus présentée n'est pas valable en cas de transmission d'une fausse information. En outre, elle ne nous paraît pas applicable aux obligations d'information ayant une incidence sur l'exécution du contrat. Enfin , et surtout , elle ne concerne pas, selon nous, toutes les obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant , mais seulement celles qui portent sur la prestation reçue du cocontractant : elle est inopérante en matière d'obligations d'information sur sa propre prestation , c'est-à-dire sur la prestation fournie au cocontractant . »

- Muriel Fabre-Magnan ,Op. Cit. ; Page 80. N°101.

⁴ إن التعريف بالمحتوى التعاقدية يرمي إلى تحديد عناصر العقد ، أي تحديد الآثار المترتبة عن العقد . فالمحتوى التعاقدية إذن هو الحقوق و الالتزامات المترتبة التي تمثل أساس ميلاد العقد .

« La définition du contenu contractuel est une analyse de sa composition, définir le contenu d'un contrat , c'est déterminer les choses dont il est composé ... Pour définir le contenu du contractuel ils se posent un ensemble de question : se demander quels sont les effets des contrats ou des obligations conventionnelles , c'est donc se demander quels devoirs ils imposent à l'une des parties , quels droits ils confèrent à l'autre . »

-Ali Zarrouk , L'implicite et le contenu contractuel : Etude de droit comparé :Droit français et droit tunisien ; Préface de Philippe Delebecq ; Avant-Propos de Mohamed Kamal Charfeddine ;Collection :Logiques Juridiques ,L'Harmattan -Paris ,2012.Page 30;N°14.

هكذا الحال بالنسبة للعقود وأركانها¹ ، فقد أوضحت كل من نظرية المحل و السبب² عاجزة على احتواء المعاملات القانونية المستحدثة.

وتشكل نظرية المحتوى التعاقدية³ النتيجة التي وصل إليها الفقه الأمريكي و الذي أخذ بها أيضا المشرع الفرنسي في إطار التعديل الأخير الذي طال نظرية العقد⁴ ، و التي تجعل من العقد وحدة تعاقدية ذات أبعاد اقتصادية . وينظر إلى المحتوى التعاقدية من زاويتين : من زاوية العلاقة العقدية المكونة من قبل أطراف العقد ، و التي من شأنها ترتيب الحقوق و الالتزامات الملقاة على كاهل الأطراف المتعاقدة و التي يجب تنفيذها . ثم من زاوية العناصر

¹ - ورد في النسخة العربية من ق ل ع في الفصل 2 الحديث عن أركان الالتزام . في حين أن النسخة الفرنسية لنفس القانون أوردت عبارة « Les éléments أي العناصر . فالعنصر يشمل الركن و صحة العقد ، كما أن الأهلية ليست بركن من أركان الالتزام لأن هذا الأخير -أي الركن- هو جزء من الكنه و الماهية وبالتالي فالأهلية هي شرط صحة.

« Article 2 du D.O.C : Les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont : -1° La capacité de s'obliger ; -2° Une déclarations valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ; -3° Un objet certain pouvant former objet d'obligation ; -4° Une cause licite de s'obliger . »

-Dahir du 9 Ramadan 1331 (12 Août 1913) formant Code des obligations et des contrats :Bulletin Officiel N°46 Du 12 Septembre 1913. Page 78-172.

²-نظم المشرع المغربي محل العقد في الفصول من 57 إلى 61 من قانون الالتزامات و العقود ونظرية السبب في الفصول من 62 إلى 65 من نفس القانون .
³-يجب أن يعكس محتوى العقد تطابق الرضا بين المتعاقدين ، فيشكل محتوى العقد وسيلة لإثبات جدية الكلمة المعطاة للتعاقد و الشروع في المعاملة ووصف مدى احترام إرادة المتعاقدين.

« Le contenu du contrat est censé refléter les volontés contractuelles qui se sont accordées . Il constitue le moyen de prouver que la parole donnée n'a pas été observée ou , à l'inverse , qu'elle l'a été. Sa fonction paraît résider dans la caractérisation de la satisfaction respective des parties . »

-Frédéric Rouvière , Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution , Préface de Christian Atias ,Institut de Droit des Affaires ; Presses Universitaires d'Aix-Marseille ; 2005. Page 14 ;N°2.

⁴-تبني المشرع الفرنسي في ظل التعديل الجديد لفكرة المحتوى التعاقدية و الذي أضفى البديل لكل من نظريتي المحل و السبب ، فقد شكل هذا التعديل فرصة للتناغمية القانونية مع الحياة الاقتصادية . كما ارتبط مفهوم المحتوى التعاقدية بصحة العقد إلى جانب كل من الرضا و الأهلية (و هذا ما أكدته مقتضيات المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي الجديد).

« Le contenu du contrat, terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause. La présente sous-section reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans le code civil de l'objet du contrat, et codifie certaines solutions jurisprudentielles qui avaient été - plus ou moins artificiellement - rattachées à la notion de cause. Les contours de la notion de contenu se trouvent précisément délimités par l'ensemble des règles énoncées dans cette sous-section, de même que la portée des deux autres conditions de validité (consentement et capacité) ne se comprend que par les dispositions de chacune des sous-sections qui y sont attachées. »

-Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Sous-section 3 : Le contenu du contrat ; www.legifrance.gouv.fr

الداخلية للمحتوى التعاقدى ، وهذه العناصر تجسدها بنود العقد¹ .

وعليه ، فإن نظرية المحتوى التعاقدى ألفت كل من نظرية السبب و المحل في الوقت نفسه و حلت محلها . فتستلزم صحة العقد وجود رضا المتعاقدين ، إلى جانب وجود مصلحة محددة يرمى الأطراف المتعاقدة الى تحقيقها فعليا . فالبحث عن موضوع العقد هو محل هذا الأخير ، و البحث عن الباعث من وراء إبرام العقد هو سبب هذا الأخير ، و بالتالي تحديد هذه المفاهيم يخرج المحتوى التعاقدى إلى أرض الواقع² .

المبحث الثالث : التحليل الاقتصادي لمرحلة تنفيذ العقد :

يشكل كل من العدل و النفع أساسا للقوة الملزمة للعقود ، و البديل لدغمائية مبدأ سلطان الإرادة . فالعقد يكون ملزما ما دام نافعا و شريطة أن يكون عادلا³ . فالقانون شعبية معيارية Normative وليست تفسيرية ، لأنه لا يستصدر من خلاله أحكام تستند لمبدأ السببية ، بل يتم استصدار أحكام القيمة بناء على مبدأ الغائية . فعمق مبدأ القيمة هو الذي يجعل من القاعدة "قانونية" ، و منظمة للالتزامات في إطار المعاملات الإنسانية⁴ .

و من أهم النظريات التي جاءت بهذا الخصوص : نظرية الفسخ الفعال للعقد (المطلب الأول) و التنفيذ على حساب المدين عن طريق صفقة بديلة (المطلب الثاني) و التحليل الاقتصادي لقواعد المسؤولية العقدية

¹ "The terms of contract are discussed in the context of contents of the contract. From a majority point of view , however , the terms of contract and the contents of contract are not the synonym . For example , according to one argument , the contents of contract should be viewed from two aspects : civil legal relations and intrinsic structure . In civil legal relations aspect , the contents of contract refer to the contractual relationship created between the parties , which represent the rights and obligations that the parties have respectively .With regard to intrinsic structure ,the contents of contract because the contents are displayed by the terms ."

- Mo Zhang , Chinese Contract Law : Theory and Practice ; Martinus Nijhoff Publishers -Boston ,USA; 2006 . Page 121 .

² « ... Le contenu du contrat est en même temps la cause et l'objet du contrat ,... pour qu'un contrat se forme valablement ,il faut que les parties accordent leur volonté . Mais cet accord ne se réalise pas dans l'abstrait . Les parties veulent quelque chose de précis , pour une raison précise . Rechercher ce qu'elles veulent , c'est déterminer l'objet du contrat , rechercher pourquoi elles le veulent ,c'est déterminer la cause du contrat . En précisant ces deux notions , on concrétise donc le contenu du contrat lequel était jusqu'alors demeuré dans l'ombre . »

-Ali Zarrouk ,Op. Cit. .Page 30 ;N°14.

³ « Le juste et l'utile sont les fondements mêmes de la force obligatoire du contrat , d'où doit se déduire l'ensemble de son régime... Le rejet du dogme de l'autonomie de la volonté et du principe de solution générale et abstrait qu'il apportait , conduit ainsi d'abord à faire de l'utile et le juste les principes fondamentaux de la théorie générale du contrat . »

- Jacques Ghestin , op.cit., Page 202-203 ,N°225 .

⁴ «Nous avons bien des fois , au cours de cette étude rappelé cette donnée fondamentale que le droit est une discipline normative , et non point explicative : il ne tend pas à formuler des jugements d'existence basés sur le principe de causalité , mais des jugements de valeur fondés sur l'idée d'une finalité... le droit repose en derrière analyse sur une philosophie des valeurs : c'est en fonction même de valeur que telle règle pourra être une règle juridique , entraînant des obligations pour l'activité humaine . »

-Paul Roubier ,Théorie générale du droit : Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales ,Préface de David Deroussin ,Daloz 2005 , Page 317 , N°36 .

(المطلب الثالث) .

المطلب الأول : نظرية الفسخ الفعال للعقد¹ : The theory of efficient breach of contract

ولد من رحم مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون نظرية الفسخ الفعال للعقد² ، على اعتبار أن كل متعاقد يرمي إلى تحقيق مصلحة معينة من وراء إبرامه للعقد . إلا أنه قد تؤثر بعض الظروف الاقتصادية على العقد المبرم مما تجعله فارغا من المصلحة المرجوة من وراء إبرامه . لذلك يقترح الفقه الأمريكي المتجسد في مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون جعل فسخ العقد مسألة ناجعة على مستوى تحقيق مبدأ الفعالية التعاقدية³ .

و تجدر الإشارة إلى أن جميع حالات فسخ العقد سواء أتعلق الأمر بعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه ، أو في حالة وجود شرط فاسخ في العقد فإنه لا يتم الرجوع بحثا عن مبدأ الفعالية التعاقدية المرجوة من وراء فسخ هذا العقد ، حتى في الحالة التي تدخل ضمن عدم التنفيذ الإرادي للعقد . فالفسخ الفعال للعقد حسب هذا الفكر القانوني أولى من التنفيذ الخالي من أي منفعة محققة⁴ .

¹ - في ظل التعديل الأخير الذي طال القانون المدني الفرنسي ، أشار المشرع المذكور في المادة 1219 و 1220 إلى استثناء عدم تنفيذ العقد و الذي يتماثل و فكرة الفسخ الفعال للعقد من حيث المبدأ .

Article 1219 : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. »

Article 1220 : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »

² - تعوض نظرية الفسخ الفعال للعقد نظرية البند الجزائي الرامي إلى وضع حد للعقد سواء أكان إنهاءه في صالح المتعاقدين أو كان غير فعال للعقد .
"La théorie de la violation efficace intervient donc pour faire échec à une clause pénale dont le but était de dissuader toute rupture contractuelle, efficace ou non."

-Isabelle Alvarez , Essai sur la notion d'exécution contractuelle , Thèse pour obtenir le grade de Docteur , Délivré par l'Université Montpellier I , Préparée au sein de l'école doctorale Droit et Science politique et l'unité de recherche (UMR 5815 -Dynamiques du Droit) ,Spécialité : Droit privé et sciences criminelles ,Soutenue Le 1^{er} Décembre 2014. Page 396 ;N° 929 .

³ -وقد أخذت هذه النظرية الأمريكية الأصل اهتمام من قبل بعض الفقه الفرنسي و الذي أعتبرها أداة تحليلية تمكن من معرفة هل من شأن عدم تنفيذ العقد تحقيق للفعالية الاقتصادية .

« L'objet de cette théorie somme toute récente est donc clair : offrir un outil analytique permettant de savoir si l'inexécution est économiquement utile , et au-delà , légitimer la faute intentionnelle lorsque ses effets sont efficaces. »

- Yves -Marie Laithier , Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat , Préface de Horatia Muir Watt , L.G.D.J -Editions Delta ,2004. Page 489 ,N°408.

⁴ « On le constate donc , chacune des institutions relevant de l'idée générale de rupture en appelle à une valeur (moralité et humanité , d'une part ; liberté individuelle , d'autre part) , à l'aune de laquelle sa mise en œuvre est effectuée . Or , aucune ne relève de l'idée

و تطبيق هذه النظرية لا يتم إلا من خلال : أولاً ، وجود عقد لم يعد محقق للمصلحة المرجوة من وراء إبرامه . ثانياً ، تعويض المتعاقد الآخر و إبرام عقد جديد مع طرف ثالث شريطة أن تكون المنفعة في العقد الجديد أكثر من منفعة العقد الأول¹ .

و لتوضيح معالم هذه النظرية ، نفترض أن المتعاقد "أ" أبرم عقد بيع بضاعة مع المتعاقد "ب" ، ففي حالة ظهور متعاقد "ج" عند الشروع في تنفيذ العقد المبرم بين "أ" و "ب" و الذي يقدم ثمن أفضل لشراء البضاعة . فسيكون في إطار مبدأ الفعالية التعاقدية ألا ينفذ المتعاقد "أ" العقد مع المتعاقد "ب" ، و أو يبرم المتعاقد "أ" عقداً جديداً مع المتعاقد "ج" في ظل الفسخ الفعال للعقد. فالمتعاقد "ج" يمثل أساس هذا الفسخ الفعال لأن من شأن المتعاقد "ب" أن يجعل هذه المعاملة القانونية فارغة النفعية الاقتصادية المرجوة، وبالتالي تصبح النتيجة المنتظرة محمية مادام سيرجع المتعاقد "أ" بالتعويض للمتعاقد "ب" .

وبناء على فكرة مدرسة التحليل الاقتصادي للعقد و التي تؤكد مبدأ تقليص التكاليف ، فإنه يمكن أن نتصور المثال السلف الطرح في صورته التقليدية و التي تكمن في قيام المتعاقد "أ" بتنفيذ العقد مع المتعاقد "ب" وتسليمه للبضاعة ثم يقوم المتعاقد "ب" ببيعها للمتعاقد "ج" . فمن شأن هذه المراحل تعظيم كل من عنصر الزمن و التكاليف المادية و الأهم عدم تحقيق لعنصر الفعالية التعاقدية الاقتصادية² . وعليه ، فإنه يمثل فسخ فعال للعقد كلما در هذا الفسخ بالفائدة الكلية على الأطراف المتعاقدة .

المطلب الثاني: التنفيذ على حساب المدين عن طريق صفقة بديلة : Execution at the expense of the debtor through an alternative transaction

d'efficacité de la rupture , en tant que celle-ci est fondée sur l'admission de l'inexécution volontaire du contrat- violation efficace- et de sa rupture -rupture efficace-, dans l'hypothèse où celles-ci apparaissent plus favorables que l'exécution ou le maintien. »

- Christophe Jamin , Droit et économie des contrats ; Collection : Droit et économie ; L.G.D.J - Lextenso éditions, 2008. Page 173, N°430 .

La théorie de la violation efficace (T.V.E.) a pour objet de mettre en évidence l'intérêt pour une partie de rompre le contrat initial, "1 d'une part lorsqu'il ne remplit plus son objectif de création de richesse, et d'autre part dans l'hypothèse d'une offre ultérieure plus intéressante, lorsque le bénéfice qu'elle obtient au titre du nouveau contrat est supérieur aux pertes de la victime dans le contrat "originel.

-Rudden Bernard, Juilhard Philippe. La théorie de la violation efficace. Revue internationale de droit comparé, Octobre-décembre 1986. Vol. 38 N°4. Page 1017.

2- ان العقد يتنازع الى ضمان التوازن الاقتصادي بين الطرفين ، و الذي يسعى القانون الى تحقيقه من أجل حفظ الاستقرار في المعاملات بما ينعكس على استقرار الأوضاع الاقتصادية و الاجتماعية ، الى جانب المتطلبات الشخصية لدى الأفراد التي قد تدفعهم الى الرغبة في تحقيق أكبر نفع اقتصادي على حساب شركائهم في العملية التعاقدية .

- وليد خالد عطية و علي حسين منهل ، تفسير شروط الإغفاء من المسؤولية العقدية : دراسة في القانون الانجليزي ، منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى 2016 . ص 5.

عندما يبرم الأطراف عقدا فهم يتبعون من وراءه منفعة عقدية تؤول إلى حقوق عقدية يتمتع بها كل واحد منهم ، و بالمقابل يتولد عن العقد التزامات عقدية توجب على من ترتبت عليه احترامها و تنفيذها . و إذا أخل أحدهم بتنفيذ ما وجب عليه في العقد ، جاز للمتعاقد الآخر أن يباشر الجزاءات التي منحها القانون له.

وفي ظل مفهوم العقد و مراميه من خلال الفقه الأمريكي ذي النزعة الاقتصادية ، تمثل الصفقة البديلة¹ وسيلة تجسد عنصر الفعالية التعاقدية حيث يمكن للمتعاقد في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر للزامه ، أن يباشر الدائن عن طريق التنفيذ على نفقة المدين بإبرام صفقات مع متعاقدين آخرين و يرجع بعد ذلك على المدين بفرق ما تكبده و تحمله من أضرار² .

وتطبيقا لما سبق ، ففي عقد البيع على سبيل المثال إذا لم يقم البائع بتسليم البضاعة إلى المشتري الذي بدوره لا يستطيع تسليم البضاعة للمشتري من الباطن نتيجة إخلال البائع بعدم تسليم البضاعة ، فيإمكان المشتري التنفيذ على حساب البائع بشراء بضاعة أخرى من نفس النوع التي تعاقد عليها لغرض تنفيذ التزاماته تجاه المشتري من الباطن ، و يرجع بالفرق بين ثمن معاملة العقد المخروق و ثمن معاملة العقد الذي أبرمه مع المتعاقد الآخر . و كذلك الأمر في حالة إخلال المشتري بعدم تسلم البضاعة و عدم دفع ثمنها ، فيإمكان البائع التنفيذ على حساب المشتري بقيامه ببيع البضاعة إلى مشتري آخر ، و يرجع على المشتري بالفرق بين ثمن العقد و ثمن الشراء الجديد³ .

المطلب الثالث: التحليل الاقتصادي لقواعد المسؤولية العقدية: Economic analysis of contractual liability

يمثل الفقيه Guido Calabresi أحد أعمدة التحليل الاقتصادي لقواعد المسؤولية المدنية. و تقوم أطروحته على التقليل من تكليف الصيانة و الوقاية من المخاطر في آن واحد ، و كذا اعتبار أنه يمكن أن تقلص تكاليف

¹- يعرف الفقه الفرنسي مقابل للتنفيذ على حساب المدين من خلال صفقة بديلة و هو ما يعرف برخصة الإحلال La faculté de remplacement بموجبها يتم تحقيق نوع من الموازنة بين مصلحة الدائن من جهة و عدم المساس بمصالح المدين من جهة أخرى. و تجد رخصة الإحلال مجالها الخصب في المادة التجارية على اعتبار أن المعاملات التجارية تقتضي نوع من السرعة و المرونة .

« L'inexécution totale du contrat autorise le cocontractant victime de l'inexécution à exercer une faculté de -remplacement- aux frais du vendeur . L'acheteur dont la commande n'a pas été honorée peut, après mise en demeure du vendeur des marchandises de même qualité , aux frais du vendeur défaillant . Cette faculté de remplacement est toutefois subordonnée à un principe de proportionnalité : L'inexécution doit être suffisamment substantielle pour pouvoir justifier le remplacement . »

-Annie Chamoulaud-Trapiers , Droit des affaires ; Collection : Lexifac Droit -Bréal Editions 2^e Edition ,2007 ; Titre 1 : Les actes de commerce ,Page 34.

² - وليد خالد عطية ، التنفيذ على حساب المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة - دراسة مقارنة بين القوانين الأتكلوأمركية و المدنية و عقود البيع الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى 2017 . ص 9 .

³ -وليد خالد عطية ، مرجع سابق . ص 18

الخسائر بناء على الخفض من الأضرار وفق مقولته الشهير "تجنب الحوادث بأقل تكلفة"¹.

وتصبح قواعد المسؤولية المدنية في ظل هذا التيار الفكري وسيلة لمراقبة المخاطر، ويجسد عقد التأمين هذا الطرح². فالمبدأ الأساسي للتحليل الاقتصادي لقواعد المسؤولية هو ترقب الخطر قبل حدوثه. فالمسؤولية حسب هذا الاتجاه الفقهي ليست باللاحقة *Ex post* على وقوع الأضرار، لأن التحليل الاقتصادي لقواعدها -أي المسؤولية- تجعلها مقارنة سابقة *Ex ante* التي توجه الفرد إلى تجنب هذه الأضرار. و من هنا يتم التساؤل عن المفهوم المستحدث للعلاقة السببية، إذ لا بد من تأويل اقتصادي لهذه العلاقة³.

ففي ظل التحليل الاقتصادي للقانون، فإن العلاقة السببية لا دور لها في مؤسسة المسؤولية، على اعتبار أن هذه الرابطة لا تدر بالفعالية الاقتصادية⁴. فتطبيق قواعد المسؤولية ينطلق من عدم قيام الفرد بالاحتياطات اللازمة بصورة تقل عن تلك المحددة قانوناً. و يطلق على مستوى الاحتياط الملزم قانوناً على الأفراد بالاحتياط

¹ «...C'est surtout M. Guido Calabresi, professeur à l'université de Yale, qui est à l'origine de l'analyse économique de la responsabilité civile. Selon lui, l'objectif de la responsabilité civile est de minimiser le coût de réparation et le coût de prévention des accidents. Sa principale idée consiste à dire que le coût des accidents peut être réduit si la partie qui pouvait les éviter au moindre coût est tenue responsable pour les pertes survenues. M. Calabresi donna à cette règle le nom de « Chepest-cost-avoider ». »

- Jacques Ghestin, Op.Cit. ; Page 184; N°204.

² « L'analyse économique des règles de responsabilité souligne leurs effets sur les incitations à limiter le risque : La responsabilité civile apparaît comme un moyen de contrôler le risque (Comportement à l'origine d'un dommage). Il en est de même pour l'assurance. »
- Bruno Deffains et Eric Langlais, Analyse économique du droit : Principes, Méthodes, Résultats ; Edition de Boeck Université - Bruxelles, 1^e édition, 2009, Page 73, N°3.1.

³ « La responsabilité, dans l'analyse économique, s'attache à prévenir le dommage avant sa survenance. Ainsi, la responsabilité n'est pas une réaction *ex post* (qui intervient après la survenance des dommages) à la question d'accident. Il s'agit d'une approche *ex ante* qui conduit les individus à prévenir les accidents. C'est pourquoi, dans cette approche, trouver l'auteur et le rendre responsable n'importe pas, (alors que le dommage a été causé par un individu, mais il peut être prévenu par différentes personnes, et non fortement par son auteur). En réalité, la causalité n'est pas considérée comme une notion constructive distincte de la responsabilité. Nous précisons l'interprétation économique de causalité. »

- Reza Fadaie Ghotbi, Comprendre la responsabilité civile, Thèse de doctorat en Droit privé soutenue Le 9 Mai 2016 ; Université Panthéon - Assas : Ecole doctorale de Droit privé. Page 26 ; N° 34.

⁴ « Dans l'analyse économique du droit, le lien de causalité n'a pas de rôle dans l'établissement de la responsabilité. Celle-ci est prévue pour un acte non efficient qui ne maximise pas la richesse. Appliquer le lien de causalité à la responsabilité ne nous mène pas à l'efficacité économique. »

- Reza Fadaie Ghotbi, Thèse Précitée. Page 39 ; N° 69.

المعقول *Précaution Raisonnable* ، و الذي يسميه أنصار مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون بالاحتياط المثالي *Précaution Optimale*¹ .

و تعتبر معادلة القاضي الأمريكي *Learned Hand*² معيار لحساب المسؤولية لتحقيق الفعالية الاقتصادية . وتنقسم معادلة القاضي المذكور إلى ثلاثة عناصر أساسية: الضرر المحتمل ، و مبلغ التعويض المحتمل ، ثم تكاليف الوقاية من الضرر . فإذا كان كل من الضرر المحتمل و مبلغ التعويض المحتمل الذي يمثل الضرر المتوقع أكثر من تكاليف الوقاية من الضرر ، يتم تكييف وضعية المسؤول عن الضرر بالإهمال . أما إذا كان كل من الضرر المحتمل و مبلغ التعويض المحتمل أقل من تكاليف الوقاية من الضرر فإنه لا يعتبر المسؤول إذاك مهملًا ، إلا أنه لا يعني عدم تكبد المتضرر قسط من المسؤولية في حالة عدم اعتباره قد أخذ -بصورة اقتصادية - جل ميكانيزمات الاحتراز . و يترجم هذا الطرح بالشخص الحريص على شؤون نفسه و يسعى في ظل الفقه الأمريكي بمقياس الإهمال³ .

. Standard of Negligence

و نمثل ما سبقناه من شرح للتحليل الاقتصادي لقواعد المسؤولية بالمثال الآتي : لنفترض أن المتعاقد "أ" قد أبرم عقد كراء عقار معد للاستعمال السكني مع المتعاقد "ب" ، و بعد إبرام العقد و تمكن المكثري من منفعة ذلك العقار ، سقط جدار في البيت أدى إلى خسائر قدرها 2000 درهم ، فلو غير المكثري أنابيب المياه المارة من الجدار بتكلفة 500 درهم ، لتمت الاستفادة من مبلغ 1500 درهم . فالمكثري أضحي مسؤولاً -حسب التحليل الاقتصادي

¹ « En vertu des critères de faute, la responsabilité de l'homme n'est engagée que lorsque sa précaution est plus basse que celle déterminée par la loi. Habituellement, le niveau de la précaution imposée par la loi est appelé la précaution raisonnable, signifiant en termes économiques, la précaution optimale. »

-Reza Fadaie Ghotbi , Thèse Précitée. Page 27-28 ; N° 39 .

² -تأخذ معادلة القاضي *Learned Hand* بمبدأ الإهمال كمعيار لقياس المسؤولية . و تتسم هذه المعادلة بعدائها و نجاعتها في التصدي للمخاطر .
"Although the Hand Formula is of relatively recent origin, the method that it capsulizes has been used to determine negligence ever since negligence was first adopted as the standard to govern accident cases."

- Richard Allen Posner , *Economic Analysis of Law* ; ibid. Page 150 .

³ « Dans un arrêt d'une cour fédérale américaine datant de 1947 , le juge *Learned Hand* a retenu une formule comportant trois variables pour fixer la responsabilité :

- La probabilité « P » du dommage ;
- Le montant « M » du dommage potentiel ;
- Le coût « C » de prévention .

Si $P \times M$, qui correspond au dommage prévisible et supérieur à C , l'auteur du dommage est considéré comme négligent. Si $P \times M$ est inférieur à C , l'auteur du dommage n'est pas négligent . Cette formule ne signifie pourtant pas que l'autre partie n'aurait pas pu de manière économiquement efficace , prendre plus de précautions. Ces idées habituellement traduites par les expressions plus floues de « Bon père de famille » et au Etats-Unis de « Standard of negligence » .»

-Nicolas David ; Le directeur juridique , quelle place et quel rôle ? ; Editions le Manuscrit , 2006 .Page 474-475.

للقانون - لأن تكلفة الوقاية أقل من تكلفة الضرر الواقع . فقد كان حري بالمكري تغيير الأنابيب المائية لتقليص التكاليف المالية و الزمنية أيضا .

وعليه ، فان نظام المسؤولية العقدية حسب الطرح السالف لا يرمي إلى الحد المطلق للأثار المنثئ عن الأضرار ، والاسيتم الدخول في عالم المثالية . لذلك فان التحليل الاقتصادي يهدف في هذه الحالة إلى تأمين أقل مستوى من الخسائر الممكنة ، وهذا هو أساس مفهوم "التقليص" Minimisation الذي يشكل أهم أساسات التحليل الاقتصادي للقانون¹ .

¹ « Le système de responsabilité civile ne saurait avoir pour but la suppression complète de ces faits générateurs de dommages . Un tel objectif relèverait de l'utopie . Certains dommages sont inévitable , quelles que soient les précautions prises . C'est pourquoi l'analyse économique ne cherche pas à assurer le plus bas niveau de dommages possible , mais simplement le plus bas niveau de dommages socialement acceptable . C'est là le sens véritable du terme de « minimisation » . »

-Grégory Maitre , Op .Cit ;Page 53 ; N°99 .

خاتمة :

يمكن ختم دراستنا للموضوع بالتأكيد على أهمية العقد ، باعتباره وعاء إراديا محققا للمرونة على مستوى فعالية المعاملات القانونية . فكلما تطورت ميكانزمات العقد ، تنتعش بالضرورة القطعية النتائج الاقتصادية المحصل عليها من خلاله. و في ظل التشريع المغربي ، يمثل قانون الالتزامات والعقود العمود الفقري في المادة التعاقدية . فيشكل هذا القانون المذكور بدايات القانون الوضعي في المغرب بعد أن كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المطبقة بين الأفراد، إلا أن هذا القانون و الى حد اليوم لا يزال سجين النظريات العتيقة التي أضحت في ظل التشريعات المقارنة سوى محاور لدراسة تاريخ القانون .

فالحاجة إلى تشريع تعاقدي متطور رهين بالبحث عن التجارب المقارنة التي يشهد لها بالنجاعة¹ ، فلا يمكن في ظل عصر السرعة أن نحيين فصول قانون الالتزامات والعقود دون الاعتراف أنه قانون لم يعد يصلح لمعاملات قانونية أدرجت ضمن التشريع المغربي والتي يمكن تكييفها بالمركبة . فغياب المقاربة الاقتصادية في فصول قانون الالتزامات والعقود من شأنها تعطيل عجلة المعاملات بصورة عامة ، و الذي سيؤثر سلبا لا محالة على مستوى جودة الاجتهاد القضائي في المادة التعاقدية .

و عليه ، فالتحليل الاقتصادي للعقد هو من وحي الفكر القانوني الواقعي ، هو فكر انتشل من شبح القانون الطبيعي و الفلسفة الطوباوية Utopique ، التي تبحث عن مفهوم "المثالية" في القانون . فالواقعية القانونية أحدثت قطيعة إبستمولوجية Rupture Epistémologique مع النظريات العتيقة التي عمرت لحقب كبيرة من الزمن ، و شكلت معبرا للخروج من أطلال الفلسفة الرومانية التي أضحت غير صالحة أمام عولمة القانون .

¹ تتسم التجربة القانونية الأنجلو أمريكية بالتميز على مستوى وثيرة التقدم الذي عرفته من خلال نموذج "سرعة-الحداثة" بخلاف النموذج الفرنسي الذي يأخذ "بطء-الحداثة".

« A l'inverse, le modèle anglo-américain ne se représente pas la modernité et le progrès qui en est la justification, comme se fondant par principe sur une rupture avec le passé, mais plutôt comme un changement s'opérant dans le respect d'une continuité historique. C'est la raison pour laquelle nous qualifierons ce modèle de "soft-modernity" par opposition au modèle franco continental que nous dénommerons "deep-modernity". »

-David Ginocchi , Dorian Guinard , Sarah-Marie Maffesoli , Sébastien Robbe ; Les modèles juridiques Français et Américain : Influences croisées ; L'Harmattan , Collection : Presses Universitaires de Sceaux , 2009. Page 12-13 .

الحركة الإسلامية مكون من مكونات المجتمع المدني بالمغرب

أشن خالد

حاصل على دكتوراه في القانون العام

بجامعة محمد الأول بوجدة

ما زال الحديث عن الحركة الإسلامية بأطيافها المختلفة وتجاربها المتعددة يعاني من التباس شديد وسوء فهم كبير، مرد هذه الجيرة إلى صعوبة الإمساك بتعقيدات ظاهرة توحى آراء روادها وبساطة محتواها. فالتعقيد هنا كامن في كون الحركة الإسلامية غدت مكونا رئيسيا يصعب اجتثاثه، كما ما فتى يخطئ حسابات كبرى المقاربات. ولعله من أسباب عدم الفهم الذي تصنعه الحركة الإسلامية على شتى الأصعدة هو في عدم فاعليتها عند خصومها محمل الجد وعدم الاعتراف بإمكاناتها الفكرية والسياسية داخل أشكال التنميط والاختزال الذي تزكده روح الصراع الأيديولوجي والمنافسة السياسية وعدم اعتبارها المدى الذي قطعته هذه الأخيرة كتجربة سواء في طريقة تفكيرها أو في طريقة تكيفها مع المحيط¹.

وعموما فأهمية الحركة الإسلامية التي تبرز من خلال انتشارها الواسع تكشف عن عمقها وترسيخها في المجتمع، وهذا ما يقتضي البحث عن أكثر من عامل يقف وراء بروزها.

وأول عامل يمكن أن نفسر به الظاهرة هو العامل التاريخي، ذلك أن الظاهرة الإسلامية هي أولا وقبل كل شيء ظاهرة دينية، وقد لعب الدين منذ البداية دورا أساسيا في تشكيل المجتمع المغربي الإسلامي². وبالإضافة إلى هذا التفسير المستند إلى الوقائع التاريخية، يمكن العثور على تفسير آخر ذي بعد سياسي. فالنخب الإسلامية بشكل عام، قد أصبحت مهمشة في المجال السياسي، بعد أن كانت تمثل الشرعية الدينية التي بدونها يبقى الحاكم في نظر الشعب مجرد مغتصب للحكم³.

إن ما يؤكد أن الأمر يتعلق بصراع سياسي من أجل السلطة هو كون الحركات الإسلامية تنص في قوانينها وموائيقها الداخلية على أن الحكم في الدولة الإسلامية يجب أن يعود إلى أكثر المسلمين علما بدينهم، أي العلماء والفقهاء وكل الأشخاص الذين استثمروا في الثقافة الدينية، الشيء الذي يضيف الشرعية على مطالبهم السياسية، كما أن الطابع الشاب لقيادة الجماعات الإسلامية يظهر بشكل واضح بأن الإحباط السياسي الذي نتج عن تهميش الشباب المتخرج والراغب في لعب أدوار سياسية مهمة، يقف وراء ميلاد وظهور هذه الحركة الإسلامية.

يمكن أيضا أن نعتز على أسباب اجتماعية وراء ظهور الحركة الإسلامية، إذ ليس من قبيل الصدفة أن تنتشر هذه الحركة في أغلب الدول الحربية الإسلامية في وقت عرفت فيه اقتصاديات هذه الدول أزمات خانقة كان

¹ - إدريس هاني، "ما الذي تغير؟ في نقد نقد الأداء الهوياتي للحركة الإسلامية المغربية". حالة المغرب 2009/2010، مرجع سابق، ص 57.

² - حسن قرنفيل، مرجع سابق، ص 127.

³ - محمد عابد الجابري "المغرب المعاصر" مؤسسة بنشرة للطباعة والنشر، الدار البيضاء 1988، ص 48.

لها وقع كبير على مجتمعاتها، مما جعل الحركة الإسلامية تجد إقبالا كبيرا من طرف الفئات والجماعات المهمشة في المجتمع، كونها لم تكتف بالدفاع على مستوى الخطاب عن مطالب وحاجيات هؤلاء المهمشين، بل تجاوزت ذلك إلى خلق مجموعة من التنظيمات والجمعيات الخيرية التي تحمل على تقديم المساعدة والعون إلى المحتاجين. مستثمرة إلى أقصى حد مبدأ التضامن الإسلامي، ومساهمة في إعطاء الدليل على سلوكها السياسي والاجتماعي في حالة وصولها إلى السلطة، بل إن بعض الجمعيات الإسلامية قد تفوقت على أجهز الدولة رغم ما تتوفر عليه هذه الأخيرة من إمكانات ووسائل.

وإذا كانت التفسيرات الاجتماعية والسياسية قد لاقت حظها من الباحثين المهتمين بدراسة الحركة الإسلامية، فإن التفسير النفسي ظل غائبا باعتبار أن الأمر يتعلق بظاهرة جماعية لا يمكن تفتيتها إلى عناصرها الأولية، إلا أن الأبحاث الأخيرة المتعلقة بدراسة الأيديولوجيا استطاعت أن تظهر نجاعة التفسير السيكولوجي. أما تفسيرات كل هذه العوامل يظل الإسلام السياسي ليس بالضرورة فاعلا سياسيا بالمعنى التقليدي، ولكنه حركة ثقافية سياسية لها تجلياتها ومظاهرها وتوقعاتها برزت في العقود الأخيرة من القرن العشرين، وهو البروز الذي تزامن مع صعوبة قراءتها كظاهرة أو رسم آفاقها. بمقاييس الديمقراطية أو حقوق الإنسان، حيث كانت معايير بناء المجتمع الإسلامي تستلهم من مرجعيات تقليدية ككتابات ابن تيمية والغزالي من التقليديين وسيد قطب والمودودي من المحدثين. وكان من الطبيعي في ظل المقتربات التي تفرضها هذه المرجعيات أن تعتبر الديمقراطية كفرا أو في أحسن الحالات أقرب أنظمة الحكم إلى المرجعية الإسلامية ضمن المناخ الذي كان سائدا، كان الإسلاميون يتوقون إلى بناء مجتمع تنظمه قيم دينية صرفة على شاكلة التصور الذي يحملونه عن المجتمع الإسلامي الأول وهو تصور لا يأخذ بعين الاعتبار حق غير المسلم في المشاركة السياسية ولو كان شريكا في المواطنة، ويضع على رأس أولوياته تأسيس دولة الخلافة الجامعة المانعة التي لا تقيم وزنا للاختلاف والتعدد، والتي تقصر علاقة الحاكم بالمجتمع فيها على التشاور والنصيحة. أما فيما يخص المقاربة القانونية فقد كان هؤلاء يرفضون القانون الوضعي ويصفه بعضهم بأنه عودة إلى الجاهلية ويتبنون بدلا عن ذلك الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية بصورة مطلقة، وهو ما يتعارض مع أبجديات حقوق الإنسان¹.

وقد لقيت هذه الدعوات رواجاً واسعاً بعد نجاح الثورة الإيرانية، وساد إحساس عارم بالانتشاء أوساط الإسلام السياسي تمت ترجمته في رفع سقف التوقعات، لاسيما بعد انهيار التيارات اليسارية التي أدخلت الفضاء العمومي وتركت الساحة السياسية والفكرية فارغة بعد نهاية الحرب الباردة، ومهيأة لكي ينفرد الإسلاميون بمواجهة "الاستكبار العالمي".

لقد أدى تراكم هذه المعطيات إلى تشكيل ما سمي بالموجة الإسلامية الكبرى وهي موجة غذتها تعاضل الفقر واتساع الفوارق الاجتماعية وانعدام الثقافة الدنية أكثر من أي بديل إسلامي يمتلك إجابات فعلية لرسائل الخروج من الأزمة الاجتماعية.

¹ - المختار بنعبلاوي " الإسلاميون ودفتر التحملات الديمقراطية في العالم العربي"، مجلة رهنات عدد مزدوج 12/11 صيف وخریف 2000، ص 2.

كما أن الإسلام السياسي قدم نفسه من جهة أخرى باعتباره ردا على الآثار السلبية للعولمة بصورة خاصة، التطبيق المستعجل والجزافي لاقتصاد السوق وما حمله من تفكيك لبنيات المجتمع التقليدية واختراق المرتكزات الهوية المحلية.

ورغم كل هذه المواقف، نجد أن الإسلام السياسي ما فتى يقدم مجموعة من المراجعات، فقراءة سريعة للقوانين الأساسية لعدد من الأحزاب ذات المرجعية الإسلامية الممتلئة للاتجاه الميمين بين حركات الإسلام السياسي، وفي المنتديات الإسلامية تبين أن جملة من المفاهيم التقليدية المرجعية للحركة الإسلامية المعاصرة مثل إنشاء "خلافة إسلامية" أو شعار "القرآن دستورنا" أو بناء "المجتمع الإسلامي" أو "تطبيق الشريعة" لم تعد من بين أولويات هذه الجماعات أو أنها أصبحت متجاوزة بسبب السكوت النظري عنها، وطول الانقطاع الزمني عن تجديد الاجتهاد فيها. لقد أدارت عدد من الحركات الإسلامية الظهر لهذه المناقشات التي تجعلها تبدو غريبة عن عصرها وانخرطت في نقاش جديد يستمد مقوماته الأساسية من صيغ التكيف مع قيم العصر مثل الديمقراطية وحقوق الإنسان والحق في التعدد والاختلاف وسبل تبني مبدأ شمولية القاعدة القانونية بغض النظر عن منطلقاتها الوضعية أو الدينية على المستويات القطرية والإقليمية والدولية.

إن هذا التحول العميق داخل التيار الأعم للحركات الإسلامية ليس بالأمر المستغرب¹. فالنتائج المشجعة التي ترتبت عن المشاركة السياسية لعدد من الحركات الإسلامية، سواء من حيث الانضباط لقواعد اللعبة الديمقراطية أو التجاوب مع فئة واسعة من القاعدة الشعبية يبين أن إدماجها النهائي في الحياة العامة هر جزء من الحل وليس من المشكلة، وأن عملية الإصلاح الديني يجب أن تتم بصورة متزامنة من داخل الجماعات الإسلامية ومن خارجها، ضمن الضمانات القانونية التي توفرها هذه المشاركة السياسية، بما يرفع عنها شبهة الإقصاء والانطلاق من أن من يريد أن يستثمر في السياسة يجب أن يؤمن بأنها فن الممكن وأنها لا تتحمل أية حقائق مطلقة، وأن المطلق الوحيد في السياسة هو تغير الاحتياجات والظرفيات والإرادات².

إن منطلق هذه التصورات يجد مرجعيته في أن الكثير من الإسلاميين سيطر عليهم وهم أنهم ما أن يتحكموا في دواليب السلطة السياسية حتى يحققوا مشروعهم السياسي وهو أسلمة المجتمع، وهو وهم لأن التجربة أكدت أن كل محاولة أسلمة تأتي عن طريق القوة وبشكل فوقي من الأعلى تأتي بنتيجة عكسية، أي حرص الرأي العام بأن يتخلص من عبء الأسلمة وكمثال على ذلك إيران وقبيلها تونس.

لذا فلكي يسهل الإسلاميون عملية إدماجهم في الحياة السياسية، عليهم أن يراجعوا استراتيجياتهم، وأن يثبتوا قدرتهم على التعايش مع خصومهم في نفس الإطار، وهذا لا يكون طبعاً إلا من خلال الحوار والحمل المشترك وتزليل الخطاب من العام الأيديولوجي المفارق للواقع إلى برامج اجتماعية وثقافية وسياسية ملموسة وقادرة على الإجابة عن التحديات المطروحة.

¹ - نفس المرجع، ص 4.

² - نفس المرجع، ص 5.

ومن ثم فإنه إذا راجع الإسلاميون أسلوبهم في العمل واختاروا الاعتدال الحقيقي سيساهمون في تغيير الصورة وفي تقديم أنفسهم كطرف مقبول.

إن الإدماج السياسي واحترام قواعد الديمقراطية يضع الإسلاميون في حجمهم الحقيقي ويبرزهم كطرف إلى جانب أطراف أخرى.

وقد تأكدت هذه الفرضية مع هبوب رياح التغيير بالشعوب العربية، إذ استطاعت الحركة الإسلامية من فرض وجودها بكل من المغرب ومصر¹ وتونس. إذ تؤكد لها مدى قدرتها على الاندماج السلس وبالتالي جعل اللعبة السياسية لديها لعبة مقبولة على شتى الأصعدة ومن مختلف المنطلقات.

ثانيا: قدرة الحركات الإسلامية على التأثير مع باقي مؤسسات المجتمع المدني:

إن الجمعيات الدينية المجسدة لمؤسسات الحركة الإسلامية تظل تتأرجح حسب وصف عز الدين لعياشي² بين جمعيات تقليدية ومحافظة وأخرى إصلاحية ومعاصرة³ ورغم هذا التوصيف يظل عنصر الجمع الخصوصي ميزة كل مؤسسة من مؤسسات الحركة الإسلامية، حيث أنه في دولة حيث المجتمع المدني يبرز أكثر ديناميكية وحيث المبادرات لصالح التقدم الاجتماعي متعدد، فإن الحركة الإسلامية تظهر كتحدٍ جديد من طرف النظام، ليس كمحدد لتيار منظم، بل كحساسية مشتركة بين الحركات والتي تطالب بخصوصية مميزة بالمقارنة مع كل المسلمين⁴.

هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يختلف تعامل الحركات الإسلامية مع مؤسسات المجتمع المدني عن باقي استعمالات الأحزاب السياسية، اللهم من جهة طريقة العمل وخصوصية الفكر الذي تحمله، وهو ما كشف عنه الدخول السياسي للفاعل الإسلامي والذي جعل أدواره تتجاوز ما هو ثقافي جمعي. إن ذلك يتطلب حسب عبد الله ساعف الموقف من المشاركة، والجديد في هذا الصدد هو البرنامج، فهو مثل البرامج الأخرى بنفس آخر ومرجعية أخرى ومعطيات فكرية مختلفة، ولكن هناك إرادة للفعل في قلب الفعل السياسي، وهذا هو الجديد في المسألة حيث يمكن لذلك أن يدفع في اتجاه إدخال الأخلاق في السياسة⁵. رغم أن هناك عدم اعتراف بنضج الفاعل الإسلامي ورشده⁶ في المجال السياسي.

¹- رغم أن الأحداث الأخيرة التي عرفتها مصر جعلت الحركة الإسلامية في هذه الأخيرة، تعرف تشرذما حقيقيا.

²- للمزيد من التفاصيل بنظر الدراسة التالية لعز الدين لعياشي

« state society and democracy in morocco, the limites of associative life ». washington DC. Center for contemporary arabe studies georgetown university 1998.

³ - Marie Angeles Roque « clés politiques dans la société civil ». op cit, P 67.

⁴ - محمد الأمين، الركالة "البديل الحضاري" ورقة تعريفية، مجلة نوافذ، مرجع سابق، ص 97.

⁵ - عبد الله ساعف، "ضعف الثقافة الديمقراطية في المجتمع والدولة" الآية، 1997/02/04، ضمن أحاديث في السياسة المغربية منشورات الزمن، 2002.33، ص 146.

⁶ - عبد الله ساعف، "أزمة اليمين ومشكلة اليسار" جريدة المستقلة، نوفمبر 1997.

وقد استفادت الحركات الإسلامية في بداية عملها من الإطار القانوني المرن لتأسيس الجمعيات والمنظمات، وهي من ثم اختارت كلها تقريبا هذا المدخل للعمل وبداية التشكل، ثم راحت بعد ذلك تعلن عن نفسها في أحزاب "حزب العدالة والتنمية" أو حركات سياسية "العدل والإحسان" دون أن تفقد ارتباطها بالعديد من الجمعيات الثقافية والاجتماعية والخيرية، والتي شكلت رافدا مهما لتوسيع قاعدتها الاجتماعية من خلال ما تقدمه من خدمات مادية ومعنوية.

إن ما يجعلنا نعتبر طبيعة اشتغال الحركات الإسلامية في المجتمع المدني لا تختلف كثيرا عن تعامل الأحزاب هو ذلك التوظيف السياسي غير المباشر الذي تلجأ إليه الحركات الإسلامية في علاقتها مع الجمعيات والروابط والمنظمات التي أسستها في البداية والتي تلجأ في مواقيت الانتخابات والتظاهرات السياسية "تظاهرة البيضاء ضد الخطة الوطنية لإدماج المرأة" مثلا أو في التحريض ضد اختيارات الحكومة وتوجهاتها.

فالحركات الإسلامية لم تعتمد إلى حفظ الدور التطوعي والخدمي والثقافي لهذه المؤسسات التي أنشأتها في البداية، بل وهي ومنذ الوهلة الأولى اعتبرتها قنوات فقط للتعبئة والدعاية واستماله المتعاطفين والعمل السياسي غير المباشر، بحكم منع السلطة في غالب الأحيان لهذه الحركات من العمل السياسي المباشر ومن تشكيل الأحزاب السياسية. وهذا ما يفسر خلو أدبيات هذه الحركات الإسلامية من أي انشغال نظري أو علمي بمفهوم المجتمع المدني وقضاياها، لأنها منذ البداية تعاملت بشكل "براغماتي" مع هذه المؤسسات باعتبارها أنوية وأوعية تابعة للفعل السياسي، الاجتماعي للحركة وليست مؤسسات مستقلة لها دورها وجدول أعمالها المختلف بهذا القدر أو ذاك عن الحزب السياسي، هذا الأخير الذي يسعى إلى السلطة عبر الصراع السياسي المباشر، في حين أن الأولى لا ترمي إلى الوصول إلى السلطة بل تطمح فقط أن تلعب دور الوسيط والمدافع عن المجتمع اتجاه السلطة¹.

وبالنسبة للمغرب فمن الواضح أن النخب السياسية والثقافية والدينية في المغرب، مستمرة في الاستمرار بمنظومة المجتمع المدني كنتيجة منتظرة من عدم إكترائها بتبعات الخيار الديمقراطي فالسياسي قائم على انطولوجيا نزعته البطركية، والثقافي منغمس في نزعتة الأيديولوجية أما الإسلامي الأورتودوكسي فإنه مستمر في احتكار "حقيقة الإسلام" واحتقار كل ما يخالف الإسلام. ولعل ما يجمع ما بين هؤلاء هو إحتكار الحقيقة المفروض أن يقوم عليها مجتمع ما بسبب المنطق الكيلاني Totalitaire المستحوذ على عقلية وذهنية هؤلاء. وبسبب التهديد العضوي الذي يفرضه قيام مجتمع مدني حقيقي هو نقيض للمجتمع الشمولي (سياسويا) والأيديولوجي (ثقافويا) والاكليروسي (إسلامويا متشددا). فلا ديمقراطية بدون مجتمع مدني حقيقي وفعال، ولا مجتمع مدني دون استقلال عن الأيديولوجيا البطركية Patriarcal. أما الخطاب السلفي فقد أصبح مطلوباً منه عدم اختزال الواقع المعاش في صيغة أزمة أخلاق وقيم ومبادئ، غافلا عن تداعيات جمة تواجهها المجتمعات الإنسانية وليس العالم الإسلامي فحسب (مشكل الفقر، الغذاء، توزيع الثروة، البيئة، سباق التسلح، حقوق الإنسان وحقوق المواطنة..). صحيح أن مجتمعاتنا تختلف في سيرورتها عن تلك المجتمعات التي نشأ في أحضانها مفهوم المجتمع المدني لكن

¹ - توفيق بوعشرين، مرجع سابق، ص 4.

السيرورة التاريخية للمجتمعات البشرية تحتم علينا المرور على عملية التحديث الذي يمس شتى القطاعات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في بلدها، هو التحديث الذي يمر عبر التجديد الديني الغائب والتحديث السياسي لفكر النخب المغربية¹.

وهنا نجد صعود بعض الحركات الإسلامية كحركات اجتماعية، حاولت استثمار مخزونها العقائدي والسياسي في تنشيط و احتواء الفئات المهمشة وذلك بواسطة المساجد أو مؤسسات ذات صبغة تضامنية أو تعاونية²، إنها أكثر ظاهرة من ظواهر إحياء المجتمع المدني التي عرفتها المجتمعات العربية في نصف القرن الأخير من القرن العشرين³، مما يوحي بالرغبة التواقفة لديها لتجاوز ظواهر تحجيمها وطي صفحة الإستكانة التي ما فتئت ترتبط وبآليات اشتغالها.

ثالثا: الجمعيات الحقوقية.

إن الحديث بداية عن دور المنظمات والمؤسسات غير الحكومية المهتمة بقضايا حقوق الإنسان في العالم العربي تفرض نفسها على الباحث كونها تمثل جزءا مهما من مسيرة حقوق الإنسان والذود عنها. كما أنها مسألة من الأهمية بمكان في مسارات تطور المنظومة الحقوقية العالمية، والتي من غير الممكن تجاهل القطيعة الكبرى التي أحدثها العقل الأنواري الحديث مع الفكر الديني على مستوى هذه المنظومة المرتبطة بمجال حقوق الإنسان، إذ مع هذا العقل، لم يعد إقرار حق الإنسان والاعتراف به مجرد طقس ديني أخلاقي فحسب، على نحو ما كان عليه أمره في الثقافة الدينية، بل أصبح جزءا من التعبير من العقيدة السياسية للدولة والمجتمع، بمعنى آخر لم يعد الاعتراف بحقوق الإنسان مجرد طقس ديني يمارس ابتغاء مرضاة الله وطاعة لأمره، بل صار يمارس بوصفه عنوان الانتماء إلى المدينة السياسية الحديثة⁴.

ومن منطلق هذا التصور المدني/ المدني لحقوق الإنسان انبثقت فكرة تأسيس الجمعيات الحقوقية بالمغرب كنوافذ لإشاعة ثقافة تقوم على احترام ومراعاة الحقوق والحريات الأساسية⁵ ولتبلور النشاط الجمعوي في مجال حقوق الإنسان كأحد المكونات الأساسية للمجتمع المدني بالمغرب⁶ عبر إنشاء أول منظمة للدفاع عن حقوق الإنسان في دجنبر 1933 والتي شكلت فرعا من العصبة الإنسانية المنضوية هي نفسها تحت لواء الفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان. هذا الفرع الذي كان وجوده عابرا تم تكوينه من طرف وطنيين سيلعب البعض منهم دورا

¹ - منتصر حمادة، مرجع سابق، ص 13.

² - أحمد بنيس " المجتمع المدني العربي والتبسات التاصيل"، مرجع سابق، ص 16.

³ - Mohamed Tozi « champ politique et champ religieux au Maroc : croisement ou hiérarchisation ». D.ES Université Hassan II. Casablanca 1980. P.108.

⁴ - عبد الإله بلقزيز " في الديمقراطية والمجتمع المدني"، مرجع سابق، ص 68.

⁵ - عبد العزيز لعروسي "ملانمة التشريع المغربي مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال-الرباط، الموسم الجامعي 2001/2002، ص 374.

⁶ - سيدي عالي العلوي، مرجع سابق، ص 71.

هاما في الحركة الوطنية¹.

وبعد الاستقلال تكونت العديد من الهيئات المدافعة عن حقوق الإنسان كانت تتغذى في معظمها من الأحزاب السياسية التي تقف موقف المعارضة مثل: الإتحاد الوطني لطلبة المغرب، اللجنة الوطنية لمقاومة القمع وحركة أسر المعتقلين السياسيين.

وبعد ذلك ظلت حركة حقوق الإنسان في المغرب لزمن طويل مرتبطة بشكل حميمي بالأحزاب السياسية، وبعبارة أخرى فإن النضال من أجل السلطة كانت له الأولوية فيما بقيت مسألة الحريات داخله مسألة تابعة له².

هكذا انصبحت اهتمامات الطلائع الأولى لمكونات المجتمع المدني على مواضيع محددة، اجتهدت في عزلها عن الصخب الذي كانت غارقة في وسطه منذ الاستقلال، ويأتي على رأس هذه المواضيع، معضلة حقوق الإنسان، التي أولتها منذ البداية أهمية قصوى، وذلك لاعتبارات عديدة من أهمها:

- أن قوى اليسار كانت نفسها ضحية غياب الحريات واتباع السلطات لأسلوب القمع والتنكيل الممنهج.
- اعتبارها استحالة تحقيق تطورات ديمقراطية دون توفر ضمانات دستورية وقانونية وأخلاقية لحماية حقوق الأفراد والجماعات.

• تفعيل الخطابات السياسية التي كانت تعبر عن حسن نية واستعداد لتخليق الحقل السياسي وفسح المجال أمام قوى حية جديدة³. وعلى ضوء هذه الاعتبارات انبثقت جمعيات وتنظيمات تابعة للمجتمع المدني أخذت على عاتقها مهمة الدفاع عن حقوق الإنسان، والمساهمة وباستمرار في التتبع اليقظ لاحترام حقوق الإنسان، وفي الدفاع عن حمايتها وفي بث ونشر ثقافة حقوق الإنسان في ارتباط بالتقدم الديمقراطي للبلاد⁴. إن هذه المنظمات تعتبر زمنيا حديثة الإنشاء إذ لم تتبلور بشكل مؤطر إلا مع بداية السبعينات من القرن العشرين، وأنشأها في الغالب رجال ونساء درسوا وعاشوا في الخارج سنوات عديدة، وتشبعوا بأفكار تحررية وحدائية وأرادوا تطبيقها في بلدانهم بعد عودتهم، خاصة وأنهم اصطدموا بواقع متخلف متحجر وبأنظمة تمارس ديمقراطيتها الخاصة بوسائلها الخاصة. ورغم أن هذه التنظيمات أنشئت للدفاع عن حقوق الإنسان بشكل عام أو حقوق فئات معينة، إلا أنها خلطت بين عملها الأساسي والعمل السياسي، فدخلت في صراعات حادة مع الأنظمة الحاكمة وكأنها تحولت إلى أحزاب سياسية. وهي نفس الملاحظة التي يمكن رصدها على مستوى الجمعيات الحقوقية المنبثقة بالمغرب خاصة أنها ظلت مرتبطة بالنشأة والتطور بهذه الأحزاب السياسية. هكذا كانت المبادرة من طرف حزب الاستقلال في إطار استراتيجية القائمة على خلق تنظيمات تملأ كل الفضاءات السياسية والاجتماعية، في تأسيس أول جمعية حقوقية في 11 ماي 1972 هي (العصبة المغربية لحقوق الإنسان) والتي ركزت نشاطها على الاهتمام

¹ - عبد الله حمودي (وعي المجتمع بذاته)، مرجع سابق، ص 179.

² - محمد شرايبي، مرجع سابق، ص 114.

³ - حميد العموري، مرجع سابق، ص 7.

⁴ - المغرب الممكن، مرجع سابق، ص 73.

بمسائل ذات طابع سياسي، كالنضال ضد القمع والتركيز على ظروف المعتقلين ومساندة النضالات العمالية¹، إلا أن ارتباط هذه الجمعية ارتباطاً وثيقاً بالحزب جعل منها وسيلة للتنديد بما قد يصيب الحزب وأعضائه من لهيب السلطة، أكثر منه أداة في خدمة المجتمع المدني².

ويتاريخ 24 يونيو 1979 عمل مناظرون من الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية الذين كانوا يرفضون أن يظل حزب الاستقلال منفرداً بالدفاع عن ملف حقوق الإنسان³ على تأسيس الجمعية المغربية لحقوق الإنسان، والتي قامت بنشر بلاغات حول قضايا المعتقلين السياسيين والخروقات الخطيرة في مجال حقوق الإنسان، غير أن تطورات الأمور داخل الحزب أدت إلى سيطرة الجناح الراديكالي للحزب على قيادتها مما أدى إلى ابتعاد الحزب شيئاً فشيئاً عنها ومقاطعة أنشطتها⁴.

وفي 10 دجنبر 1988 ظهرت المنظمة المغربية لحقوق الإنسان⁵، والتي تأسست بعد حوالي ثمانية أشهر من المفاوضات المكثفة بين الأعضاء المؤسسين في البداية، وبين هؤلاء والسلطة فيما بعد. وقد تدخلت هذه الأخيرة عدة مرات من أجل تأجيل عقد الجمع العام التأسيسي، مما يبين أهمية هذا التنظيم والرهانات المرتبطة به⁶. إن تأسيس "المنظمة" في النهاية يعني اتفاقاً قد حصل بين السلطة وكل المكونات السياسية في البلاد حول ضرورة الاعتراف بميلاد المجتمع المدني⁷. وبالفعل وافقت أحزاب المعارضة على الدخول إلى المنظمة، وساهم أعضاء منها الإسراع في إنشائها، وبعد جملة من الانسحابات⁸ تشكل المكتب في الأخير من أعضاء من الاتحاد الاشتراكي، ومنظمة العمل وحزب الاستقلال والتجمع الوطني للأحرار ومن مجموعة كبيرة من الشخصيات المستقلة على رأسها المهدي الذي اختير رئيساً شرفياً⁹.

إن النص التأسيسي الموزع من طرف اللجنة التحضيرية للجمع الأول يؤكد على أن "مشكل حقوق الإنسان مرتبط بشدة بمشكل الديمقراطية ودولة القانون"¹⁰. وهذا يعني بأن السياسة ليست غائبة تماماً من اهتمامات المنظمة، إلا أن مقاربتها تتم بطريقة مختلفة عن مقاربة الأحزاب السياسية باعتبار أن "المنظمة" التعبير النموذجي عن المجتمع المدني لا تتوخى الوصول أو الاستيلاء على السلطة، بل فقط تحسين ظروف المواطن وضمان حقوقه

¹ - سيدي عالي العلوي، مرجع سابق، ص 72.

² - حسن قرنفل، مرجع سابق، ص 81.

³ - حميد العموري، مرجع سابق، ص 7.

⁴ - Ahmed Gazali « Contribution à l'analyse du phénomène associatif au Maroc » in changement politique au maghreb CNRS. Paris 1991. P 257.

⁵ - Ali Oumlil « Droit de l'homme au Maroc. Un enjeu de société » in « democracia y derechos humanos en el mundo arabe » Géma Martin Munoz(ed) Madrid. Institut de coopération con el Mundo arabe 1993. P 196

⁶ - Ahmed Gazali. Op cit, P 257.

⁷ - Mohamed Tozi « Représentation/ intercession: les enjeux du pouvoir dans les champs politiques au maghreb » in changement politique au maghreb. CNRS. Paris 1991. P 1.

⁸ - نشير في هذا الصدد إلى انسحاب من اللجنة التنظيمية المؤقتة للمنظمة. كل من خالد الجامعي مدير تحرير جريدة الرأي وعبد الجبار السحبي عن حزب الاستقلال.

⁹ - J.P. BROS « chronique Marocaine » in annuaire de l'Afrique du nord. CNRS. Paris 1988. P 690.

¹⁰ - Mohamed Tozi, Op cit, P 166.

في دولة الحق والقانون. وهذا هو التصور الذي تبناه كل الأعضاء المؤسسين ودافعت عنه باستماتة مجموعة المستقلين وهؤلاء عبارة عن مجموعة من المثقفين يرفضون الانتماء إلى الأحزاب السياسية ويتمسكون بحق العمل داخل المجتمع المدني¹. إلا أن انضمام أحزاب المعارضة لهذا التكتل الحقوقي جعل البعد الحزبي حاضرا على مستواه كذلك بقوة².

وعموما فقد حدت الصراعات الحزبية من فعالية هذه الجمعيات الحقوقية والتي حملت منذ نشأتها بذور عقمها، لأنها كانت توظف لأغراض حزبية ضيقة³. ومن ثم اتسم نشاط هذه الجمعيات بالحدودية بالنظر إلى التأثيرات التي تتعرض لها من قبل الأحزاب الوصية عليها⁴. وقد انتبه الجيل الجديد من المناضلين إلى أنه من الأفيد، الابتعاد عن التنظيمات الحزبية والعمل داخل إطار جمعي مستقل للأسباب التالية⁵:

- إذا كان الحزب يهدف إلى المشاركة السياسية على أساس برنامج عام يصبو إلى تحقيق التغيير في ميادين شتى، فإن العمل الجمعي انتقائي، يشدد على غاية معينة. ويركز اجتهاداته من أجل تحقيقها، فالحزب يعتمد على التأطير، أما الجمعية فتصبو إلى خدمة المصالح العامة عبر تنبيه السلطات إلى مكامن الخلل.
- تحقيق الاستقلالية عن الفاعلين السياسيين (السلطات والأحزاب..) وهذه الاستقلالية هي ما يضمن مصداقية مكونات المجتمع المدني ويدعم مطالبها، مما يجعلها قادرة وبكفاءة على تحقيق أغراض متعددة منها أغراض سياسية واقتصادية واجتماعية في إطار اعتراف حقيقي بمجهودات المجتمع المدني⁶.
- مرونة العمل داخل الإطار الجمعي لأن قوانين اللعبة غير مضبوطة ولأن السلطات عادة ما تجد نفسها عاجزة عن اتخاذ مواقف مناهضة للجمعيات، فالجمعية خاصة في المغرب تلعب دور حلقة الوصل بين المجتمع والسلطات لأنها تربط بين انتماءات سياسية وفكرية مختلفة تجمع بينها الأهمية

¹ - حسن قرنفل، مرجع سابق، ص 82.

² - وذلك بالرغم من تصريح رئيس المنظمة الشرقي الأستاذ المهدي المنجرة بما يلي: "لا أريد أن أصدر أي حكم على الجمعيتين الموجودتين (يقصد العصابة والجمعية) إلا أنه لا يمكنني أن أكنم حقيقة واضحة هي أنهما أنشأتا لأغراض حزبية وما تزالان تحت وصاية الأحزاب. إن من حق كل حزب أن يخلق الجمعيات التي يريد، فهذا هو حق مشروع. أما نحن من جهتنا فتريد أن ننشأ منظمة مستقلة يمكنها العمل بحرية وبعيدا عن الاكراهات التي يفرضها العمل الحزبي. P 69. 31 Décembre 1988. Kalimah N° 31

³ - حميد العموري، مرجع سابق، ص 7.

⁴ - Abdelmoughit Benmessaoud tredono: démocratie: « culture politique et alternance au Maroc ». Casablanca les éditions maghrébines 1996. P 69.

⁵ - هذه الأسباب واردة في بلاغات وتصريحات المنظمة المغربية لحقوق الإنسان.

Voir « l'organisation marocaine des droits de l'homme à travers ses communiqués et déclarations ». Mai 1988. Mars 1991. Casablanca éd. Maghrébines 1991.

⁶ - كريم متقي، "الهجرة السرية للأطفال القاصرين المغاربة نحو أوروبا دراسة في ظل المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص: جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس السنة الجامعية 2006/2005، ص 58.

التي توليها لقضية معينة. وبالتالي تبرز أهمية العمل الجماعي من حيث إتساع مدها ليشمل الكل دون إقصاء بطبيعة الحال للجزء، وذلك عكس العمل الحزبي الذي يسعى لخدمة الجزء ولو على حساب الكل.

إن مشكل اختراق الحزبي وكذا السياسي للفعل المدني سيجعل بعض التجارب المدنية بالمغرب تعاني من معضلة الانقسام على خلفية ضعف الحس الاستقلالي لدى هيئاتها، ونشير هنا على سبيل المثال لمعاناة حركة حقوق الإنسان والتي استنزفت بعضها من طاقاتها حول التنازع بين ضرورة اندراج المطالب الحقوقية في أفق علماني أو ضرورة اندراجها في أفق يستلهم قيمه من المنظومة الإسلامية. وعاد هذا الانقسام للظهور ثانية عند الإعداد للميثاق الوطني سنة 1990 بين الهيئات الحقوقية¹، فواقع الاختراق لا يمكن أن ينجم عنه إلا واقع التشرذم.

كما أن تسجيل الحركة الجموعية لحقوق الإنسان في الحقل السياسي عموما غد من التوتر الذي كان معروفا في النظام السياسي المغربي، لكن أيضا انتقل إلى ميدان حقوق الإنسان ووضع في أجندته رهان التغيير السياسي². فحتى بداية الثمانينات من القرن العشرين كانت مأمورية إصلاح المجال العمومي حكرا على مؤسسات الدولة أو التنظيمات التي تحظى بتزكية الدولة، وخلال النصف الثاني من هذا العقد، عبرت عدة فعاليات فكرية وسياسية مستقلة على رغبتها من جهة للاهتمام بمشاكل ومعضلات اجتماعية وفق معايير جديدة بعيدة عن المحفزات التقليدية (الأعمال الخيرية والجمعيات الرياضية) ومن جهة أخرى في امتطاء أشكال جديدة للتعامل مع السلطة ومؤسسات الدولة، وعليه تم تأسيس مجموعة من الجمعيات ذات النفع العام، شددت في موثيقها وتصريحاتها المسؤولين عنها أنها تشتغل ضمن إطار المجتمع المدني³، ومنها الجمعيات الحقوقية.

ومما لا شك فيه، فإن ديناميكية قوى المجتمع المدني، وتغطيتها في وقت قصير لمجموع الفضاءات السياسية والاجتماعية، جعلها تلعب دورا فعالا في الدفع إلى الأمام بمسلسل بناء دولة القانون، ويظهر حجم وعمق تسرب هذه القوى، في كونها فتحت مجالات جديدة للمطالبة، وجعلتها تأخذ حيزا كبيرا ضمن لائحة المواضيع التي تستلزم حولا سريعة⁴، ومنها المسألة الحقوقية التي فرضت وجودها إبان تلك الفترة. وقد أدى عمل هذه القوى بصفة غير مباشرة إلى تهميش وتقليص وزن أساليب العمل التقليدية واحتلال القوى العصرية لمواقع الريادة، والحقيقة فقد كان لهذا الاختراق تأثير مزدوج الأول هم الدفع إلى الأمام بعملية عصنة الدولة نفسها والثاني خص تحديث الخطاب السياسي⁵.

¹ - محمد الغيلاني. مرجع سابق، ص: 96.

² - Mouhamed Mouaquit « le mouvement des droits humains au Maroc » dans « la société civil au Maroc » op cit, P 96.

³ - Guilain Denoeux et Laurent Gateau « à la recherche de la citoyenneté » in mode arabe maghreb machrek. Niso oct. Dec. 1995. PP 1939.

⁴ - Abdelaziz Benani « le mouvement marocain des droits humains, lutte pour la citoyenneté et l'état de droit rapport inédit.

⁵ - حميد العموري، مرجع سابق، ص 8.

وكخلاصة، فإن ممارسة حقوق الإنسان في ظل دولة ديمقراطية أي دولة الحق والقانون، متوقف على توافر عدة شروط جوهرية تتمثل في وجود تشريع يحدد الحقوق ويقنن الاختصاصات وينظم المؤسسات، كما أن إشكالية حقوق الإنسان ينبغي ألا تختزل في الحقوق السياسية، بل تتعداها إلى توفير الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وضرورة تسريع وتيرة الإصلاحات بتحديث الترسنة القانونية في مجال حقوق الإنسان وتدخل آليات حمايتها، فضلا عن ترسيخ ثقافة حقوق الإنسان من خلال مؤسسات التنشئة الاجتماعية (كالأسرة، المدرسة..). وذلك لأن المعركة من أجل حقوق الإنسان هي أيضا معركة من أجل الانتقال نحو الديمقراطية¹، كما أن الطريق الوحيد لتحقيق التنمية وبلدنا، ولتحقيق الاستقرار السياسي والاجتماعي، ولتحسين صورة البلاد داخليا وخارجيا، هو العمل على ضمان حقوق الإنسان وإقرار نظام ديمقراطي². مما يفيد بمدى أهمية المكون الجمعي الحقوقى بلادنا في رسم معالم حكامه حقوقية جادة وحيدة قادرة على ترسيخ الفكرة القائلة بالاستثناء المغربى المحكوم دوما بثنائىة النفي والتأكيد، فعند تكريس هذه الحكامة يتقن الاستثناء وعند التغاضي عنها تصبح مسألة الاستثناء مسألة تحتاج إلى إعادة نظر وتوضع موضع تساؤل إشكالى.

¹ - سيدي عالي العلوي، مرجع سابق، ص 75.

² - أحمد مفيد " الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بالمغرب: مظاهر الضعف وسبل الإصلاح " ضمن " الحقوق اقتصادية والاجتماعية في المغرب " مجلة نوافذ. العدد 36/35 يناير 2008. ص 68.

الصكوك السيادية بالمغرب كألية لإرساء حكامه مالية عمومية

د محسن أبري
أستاذ مؤهل في القانون
مكون بالمركز الجهوي لمهن التربية والتكوين
الدار البيضاء سطات
mohssine67@hotmail.com

المقدمة:

عرفت الصكوك الإسلامية انتشاراً واسعاً في عديد من دول العالم وذلك لما حققته من نتائج إيجابية في مجالات التمويل والاستثمار في كثير من القطاعات الاقتصادية ، كما أنها تتميز بتعدد أنواعها كصكوك المشاركة والمضاربة والسلم وغيرها مما فتح أبواباً كثيرة للاستثمار فأدى ذلك إلى زيادة قوة الصكوك الإسلامية كأداة من أدوات التمويل الإسلامي.

وقد أكد صندوق النقد الدولي أن الأدوات المصرفية الإسلامية تعرف نمواً متزايداً ويرجع ذلك إلى تنوع الحلول والمنتجات الإسلامية التي تتجاوب مع مستلزمات قطاعات واسعة من المستثمرين سواء في القطاع العام أو الخاص.¹

وقد انخرط المغرب في تبني الصكوك السيادية كأسلوب تمويلي بديل سيما بعد مرحلة إرساء البنوك التشاركية وتمثل ذلك في قيام المملكة بأول إصدار للصكوك السيادية بقيمة مليار درهم (ما يناهز 106 مليون دولار) في الخامس من أكتوبر 2018، وقد حدد أجل الإصدار في خمس سنوات تبتدئ من شهر أكتوبر 2018 وتطفاً في نفس الشهر من سنة 2023، وقد تم تخصيصها مبدئياً للمستثمرين المؤسسيين الداخليين نظراً لتوضيح حجم التداول في المرحلة الأولى، في انتظار تقييم التجربة والوقوف على الإيجابيات ودعمها ورصد المعوقات وإصلاحها، ثم فتح المجال لمشاركة المستثمرين الخارجين وبقية الافراد والمؤسسات في عملية التداول الخاصة بالإصدارات المقبلة. وتبلغ قيمة الصك الاسمية 100.000,00 درهم للصك الواحد، وبمعدل تأجير سنوي ثابت مقداره 2,72% دون احتساب الرسوم، تدفع كل 15 أكتوبر من كل سنة. 2. ويرى الخبير الاستشاري لدى مؤسسات متخصصة في المالية الإسلامية طلال لحو "إن البنوك التشاركية تحتاج للصكوك للقيام بعدة عمليات، وأولها إعادة التمويل من

الصكوك الإسلامية كأداة للتمويل وأثرها على النمو الاقتصادي (1)
المركز الديمقراطي العربي، 4 يونيو 2018

¹ <https://democraticac.de/?p=54469>

خلال زيادة السيولة"، كما اعتبر أن الصكوك السيادية التي صدرت لأول مرة في المغرب ستسمح بإطلاق مجموعة من المنتجات الجديدة، منها المتعلقة بالاستثمار والمتعلقة بحسابات [الإدخار](#)¹. انطلاقا مما سلف تتضح الأهمية القصوى التي تكتسبها عملية إصدار الصكوك السيادية، والأثر الإيجابي المنتظر على مناخ الاستثمار والإدخار بالمغرب، وما يشكله من قيمة مضافة لأنشطة البنوك التشاركية وأنشطتها وخدماتها المختلفة والتي تغطي مختلف المجالات والقطاعات الاقتصادية الحيوية كما هو الشأن بقطاع العقار والسياحة والصحة والتعليم...

إن التوجه الجديد للمملكة نحو اعتماد الصكوك السيادية كإطار بديل لإنعاش الاستثمار، وخلق دينامية مالية يمكن الرهان عليها للهوض بمؤشرات التنمية الاقتصادية، كما يعد خطوة جريئة في مجال استراتيجيات التدبير المالي لمختلف الأنشطة الاقتصادية انطلاقا من التمويلات البنكية التشاركية، والتي من شأنها إعطاء دفعة نوعية لأنشطة الاستثمار المختلفة، والرفع من نتائجها ومؤشراتها.

اشكالات الموضوع:

يثير موضوع الصكوك السيادية وعلاقته بمقتضيات الحكامة المالية العديد من الإشكالات، منها ما يرتبط بتحديد الطبيعة والماهية وهو الجانب التأصيلي للموضوع، كما يثير مسألة تحديد الأثر الاقتصادي لهذه الصكوك على مستوى التنمية الاقتصادية سواء في بعده الآني أو من خلال نظرة استشرافية توقعية لمستقبل استخدام الصكوك السيادية كخيار تمويلي لضخ موارد تستثمر في الاقتصاد الوطني ويكون لها وقع إيجابي مهم كافة القطاعات المعنية بالاستثمار، ولا ينحصر مجال المتدخلين الاقتصاديين على المستوى الوطني فقط، بل مهم كذلك المستثمرين الأجانب، أي استحضار البعد الدولي في تنزيل هذه الصكوك وتحديد مختلف أبعادها ومستوياتها وآثارها الاقتصادية .

كما الموضوع يثير تساؤلا محوريا حول تجسيد هذا الأسلوب التمويلي لمتطلبات ومقتضيات الحكامة المالية العمومية، وما تستلزمه من مقومات أساسية لتحقيق نتائج ناجعة ومخرجات إيجابية ومثمرة . ولطرح مختلف هذه الإشكالات والتساؤلات وتحليل مكوناتها، ارتأينا اعتماد التقسيم التالي :

المحور الأول : الصكوك كبديل تمويلي اقتصادي.

المحور الثاني: واقع ارساء الصكوك بين الفعالية والنجاعة والقابلية للتطور.

² عرف أول إصدار مغربي للصكوك السيادية، والذي جرى اليوم، إقبالا كبيرا من طرف المستثمرين، إذ فاقت طلبات الاكتتاب العرض بأربعة أضعاف. وللإشارة فإن قيمة الصكوك المعروضة في شكل صكوك إجارة حددت في مليار درهم (105 مليون دولار)، فيما فاقت قيمة مجموع طلبات الاكتتاب 4 مليارات درهم (421 مليون دولار).

الدكتور محمد الإدريسي: تجربة البنوك التشاركية بالمغرب والسياق القانوني مجلة القانون والأعمال جامعة الحسن الأول
<https://www.droitentreprise.com>

¹ البنوك الإسلامية بالمغرب تنتظر ثمار الصكوك السيادية

¹ <https://www.aljazeera.net/news/ebusiness/2018/11/21> البنوك الإسلامية بالمغرب تنتظر ثمار الصكوك السيادية

المحور الأول الصكوك كبديل تمويلي اقتصاد:

لنتناول الإطار القانوني لهذا الموضوع تعين علنا التطرق من جهة للمقتضيات الخاصة بمؤسسات الائتمان، والذي حظيت بعناية تشريعية خاصة تتمثل في تنظيم مؤسسات الائتمان وضبط مختلف جوانبها ومقوماتها وسبل تتبعها والرقابة على أنشطتها وضمان حقوق عملائها واستقرار المعاملات الخاصة بها.

كما يهم وبشكل خاص المقتضيات المالية النازمة لعملية اصدار الصكوك المالية، ومسطرة أدائها الى جانب مسألة تقدير قيمتها المالية وضمان أدائها وهو ما يخضع لمجموعة من الضوابط والمقتضيات المالية العامة والخاصة نتناولها بالتحليل والدراسة .

أولا : الجانب القانوني العام الخاص بمؤسسات الائتمان :

يندرج موضوع الصكوك ضمن إطار قانوني جامع ومانع يتولى تنظيم ووضع الضوابط المختلفة لمؤسسات الائتمان ويتألف هذا النص من 196 مادة مقسمة على تسعة أقسام ومكونة من 19 بابا، وتتناول بالتنظيم مختلف الجوانب المتعلقة بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

ويمكننا التمييز في هذا الإطار بين مستويين من النصوص منها ما يكتسي طابعا تنظيميا مؤسساتيا يحدد ماهية وضوابط هذه المؤسسات واختصاصاتها وأنشطتها الائتمانية، ومنها ما يكتسي صبغة عملية وتقنية تهم كل ما يخص تتبع ومواكبة أنشطة هذه المؤسسات من الناحية المحاسبية، وعلاقتها مع العملاء وسبل الرقابة الخاصة بها، كما يحدد على سبيل ألحصر المؤسسات المكلفة بمراقبة وتتبع الأنشطة الائتمانية مما يكفل ضمان الودائع واستقرار للمعاملات، كما يؤسس لعلاقات هذه المؤسسات مع عملائها والوسطاء، دون إغفال الجانب التأديبي و الزجري الخاص بالمخالفات لأحكام وضوابط ممارسة النشاط الائتماني.

أولا الشق التنظيمي للمؤسسات الائتمانية :

يهم هذا الجانب التصنيف والإطار المؤسسي {القسم الأول المكون المواد من 1 الى المادة 33}، كما تهم مسطرة منح الاعتماد وشروط مزاولة النشاط، وحالات سحب الاعتماد {القسم الثاني من المادة 34 الى المادة 53}. وهو ما يخص الجانب التنظيمي لهذه المؤسسات .

كما حظت البنوك التشاركية بحيز تنظيمي مهم من خلال مواد هذا القانون منة خلال مقتضيات القسم الثالث من هذا النص ، سواء من حيث مجال التطبيق {المواد 54 الى 61} كما يشمل كذلك هيئات المطابقة {المواد من 62 الى 65} إضافة الى مقتضيات وأحكام متفرقة {المواد من 66 الى 70} .

ثانيا اشق التبعي والرقابي :

ولم يكتف القانون السالف الذكر بمجرد تصنيف وتحديد اختصاصات مؤسسات الائتمان والتي أفرد لها ثلاثة أقسام

{من المادة 1 الى المادة 70}، بل نجده خص جانب المراقبة والتتبع وتنظيم العلاقات بمقتضيات أساسية ومهمة ضمنها في خمسة أقسام انطلاقا من القسم الرابع {المواد من 71 الى 194}، مما يعكس أهمية الجانب التقني والعملي التبعي لهذه المؤسسات، وكذا أهمية ضمان استقرار التعاملات الائتمانية القائمة، والحيلولة دون أي تجاوز او خرق لضوابط العمل من خلال إرساء هيئات رقابية أساسية متمثلة في بنك المغرب إضافة الى دور مراقبي الحسابات في التتبع والرقابة على نشاط المؤسسات الائتمانية وضبط كل تجاوز في ممارستها لاختصاصاتها مع ما يترتب على ذلك من عقوبات تأديبية وجنائية¹،

انطلاقا مما سلف يتضح مدى أهمية اقرار نص القانون رقم 103/12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، بالنظر لماهية النصوص التي تضمنها والتي تتناول مختلف مكونات النشاط الائتماني لهذه المؤسسات من حيث تصنيفها، ومنح الاعتماد الخاص بمزاولة نشاطها، مع تحديد حالات سحبه، كما خص هذا القانون البنوك التشاركية بحيز مهم حدد من خلاله مجال عملها والمنتجات التي

تطرحها لعمالها كالمرايحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم والإستصناع².

1

ظهر شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014)

بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

الجريدة الرسمية عدد 6328 الصادرة بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)

<http://adala.justice.gov.ma/production/html/Ar/189400.htm>

² تنص مقتضات المادة 58 على :

"يمكن للبنوك التشاركية أن تمويل العملاء بواسطة المنتوجات التالية على الخصوص:

(أ) المرايحة:

كل عقد يبيع بموجبه بنك تشاركي، منقولاً أو عقاراً مجدداً وفي ملكيته، لعميله بتكلفة اقتنائه مضاف إليها هامش ربح متفق عليهما مسبقاً.

يتم الأداء من طرف العميل لهذه العملية تبعا للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين.

(ب) الإجارة:

كل عقد يضع بموجبه بنك تشاركي، عن طريق الإيجار، منقولاً أو عقاراً مجدداً وفي ملكية هذا البنك تحت تصرف عميل قصد استعمال مسموح به قانوناً.

تكتسي الإجارة أحد الشكلين التاليين:

- إجارة تشغيلية عندما يتعلق الأمر بإيجار بسيط؛

- إجارة منتهية بالتمليك عندما تنتهي الإجارة بتحويل ملكية المنقول أو العقار المستأجر للعميل تبعا للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين.

(ج) المشاركة:

كل عقد يكون الغرض منه مشاركة بنك تشاركي في مشروع قصد تحقيق ربح.

يشارك الأطراف في تحمل الخسائر في حدود مساهمتهم وفي الأرباح حسب نسب محددة مسبقاً بينهم.

تكتسي المشاركة أحد الشكلين التاليين:

ونظرا لأهمية استقرار المعاملات الائتمانية، وضمان حقوق العملاء والوسطاء واتساقها مع الجانب الشرعي للمعاملات المالية، فقد عهد هذا القانون الى المجلس الأعلى العلمي بمهمة المطابقة بين انشطة هذه المؤسسات والمقتضيات الشرعية السارية وفق ما تضمنته المواد 62 الى 64 من الباب الثاني المتعلق بهيأت المطابقة¹.

على انه وحرصا من المشرع على ضرورة احترام مختلف الضوابط المحاسبية المنظمة لعمل هذه المؤسسات، فقد أفرد الى جانب القواعد الاحترازية التي يتعين احترامها من قبل المتعاملين في المجال الائتماني، آليات للرقابة والتتبع متمثلة في بنك المغرب ومراقبي الحسابات، ومقتضيات لضمان الودائع، وتنظيم العلاقات بين مختلف المتدخلين في النشاط الائتماني، وقد تم تعزيز هذه النصوص بمقتضيات تأديبية وجنائية كفيلة بضمان احترام النصوص المختلفة وكفالة استقرار المعاملات الائتمانية وحماية الحقوق الناجمة عنها.

ثانيا الجانب القانوني الخاص بالصكوك السيادية:

من أجل الإحاطة بهذا المحور الأول الخاص بماهية الصكوك السيادية، فلا يكفي معالجة الإطار القانوني المرجعي الخاص بمؤسسات الاستثمار فقط، بل كذلك التطرق للنصوص بها وتمثل في نصوص ومقتضيات مالية عامة الى جانب نصوص خاصة نتناولها كما يلي:

النصوص المالية العامة:

- المشاركة الثابتة: يبقى الأطراف شركاء إلى حين انقضاء العقد الرابط بينهم؛
- المشاركة المتناقصة: ينسحب البنك تدريجيا من المشروع وفق بنود العقد.

(د) المضاربة:

كل عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية (رب المال) تقدم بموجبه رأس المال نقدا أو عينا أو هما معا، ومقاول أو عدة مقاولين (مضارب) يقدمون عملهم قصد إنجاز مشروع معين ويتحمل المقاول أو المقاولون المسؤولية الكاملة في تدير المشروع. يتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق بين الأطراف ويتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالات الإهمال أو سوء التدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب.

(هـ) السلم:

كل عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، مبلغا محددًا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من بضاعة مضبوطة بصفات محددة في أجل.

(و) الاستصناع:

كل عقد يشترى به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها ويشمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين.

وتحدد المواصفات التقنية لهذه المنتوجات وكيفية تقديمها إلى العملاء بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان وبعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس الأعلى وفقا لمقتضيات في المادة 62 أدناه"²

¹ تنص المادة 62:

"يصدر المجلس العلمي الأعلى المنصوص عليه في الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية¹، الرأى بالمطابقة المنصوص عليها في هذا القسم".

وتتمثل في المقتضيات التالية :

أولاً : قرار لوزير الاقتصاد والمالية رقم 2172.18 صادر في 20 من شوال 1439 (4 يوليو 2018) باللجوء لإصدار شهادات الصكوك في السوق الدخلي¹

ثانياً : ظهر شريف بتاريخ 4 محرم 1375 / 1955/08/23 في تغيير الظهير الشريف الصادر في 28 ذي القعدة 1357 الموافق ل 19 يناير 1939 المحتوي على قانون تشريعي جديد لأداء ما في الصكوك {شيكات}².

ثالثاً: ظهر شريف بتاريخ 20 محرم عام 1368 / 1948 / 11/22 فيما يخص مكتب تقدير قيمة الصكوك المالية بالدار البيضاء³.

النصوص المالية الخاصة: او الإجرائية :

- ظهر شريف رقم 1.08.95 صادر في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008) بتنفيذ القانون رقم 33.06 المتعلق بتسديد الديون والمغير والمتمم للقانون رقم 94.35 المتعلق ببعض سندات الديون القابلة للتداول والقانون رقم 24.01 المتعلق بعمليات الاستحفاظ.⁴
- قانون المالية رقم 17/ 68 / للسنة المالية 2018 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 17/110 الصادر في 6 ربيع الآخر 1439 {2017 / 12/25} ولا سيما المادتين 42 43 منه.⁵
- القانون 17/69 بتغيير وتتميم القانون رقم 33.06 المتعلق بتسديد الأصول والمنظم لشهادات الصكوك
- المرسوم رقم 2/17/614 الصادر في 6 ربيع الآخر {2017/12/25} بتفويض السلطة الى وزير الاقتصاد والمالية في ما يتعلق بالإقتراضات الداخلية واللجوء الى كل أداة مالية أخرى ولا سيما المادة الأولى منه.⁶

النصوص المالية العامة:

يمكن اجمال النصوص المنظمة للصكوك المالية في نصين محوريين يتعلق الأول بضمنان أداء قيمتها, فيما يحدد الثاني قيمتها السوقية وهو ما سنتناوله كما يلي :

أولاً: ظهر شريف بتاريخ 4 محرم 1375 / 1955/08/23 في تغيير الظهير الشريف الصادر في 28 ذي القعدة 1357 الموافق ل 19 يناير 1939 المحتوي على قانون تشريعي جديد لأداء ما في الصكوك {شيكات}

¹ قرار منشور بالجريدة الرسمية عدد 6696 بتاريخ 2018/08/02

² ظهر منشور بالجريدة الرسمية عدد 1837 بتاريخ 1948/12/24

³ ظهر منشور بالجريدة الرسمية عدد 1837 بتاريخ 1948/12/24

⁴ الجريدة الرسمية عدد 5684 الصادرة تاريخ بتاريخ 2008/11/20

⁵ الجريدة الرسمية عدد 6633 بتاريخ 2017/12/ 25

ثانيا : ظهير شريف بتاريخ 20 محرم عام 1368 / 11/22 / 1948 فيما يخص مكتب تقدير قيمة الصكوك المالية

بالدار البيضاء

من ابرز المقتضيات التي جاء بها هذا الظهير هو تحديد اختصاص عام لمدير الإدارة المالية في ما يتعلق بالصكوك المالية والقيام بمهام الصيرفة .

كما انه تضمن نصا فريدا يمنح بمقتضاه الشخصية المدنية والاستغلال المالي للمكتب البيضاوي القائم بتقدير قيمة الصكوك المالية¹.

النصوص المالية الخاصة :

أولا قانون المالية رقم 68 / 17 للسنة المالية 2018 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 17/110 الصادر في 6 ربيع الآخر 1439 {2017 / 12/25} ولا سيما المادتين 42 43 منه.

ثانيا القانون رقم 33.06 المتعلق بتسديد الديون والمغير والمتمم للقانون رقم 94.35 المتعلق ببعض سندات الديون القابلة للتداول والقانون رقم 24.01 المتعلق بعمليات الاستحفاظ.

ثالثا المرسوم رقم 2/17/614 الصادر في 6 ربيع الآخر 1439{2017/12/25} بتفويض السلطة الى وزير الاقتصاد والمالية في ما يتعلق بالإقتراضات الداخلية واللجوء الى كل أداة مالية أخرى ولا سيما المادة الأولى منه.

رابعا: قرار لوزير الاقتصاد والمالية رقم 2172.18 صادر في 20 من شوال 1439 (4 يوليو 2018) باللجوء لإصدار شهادات الصكوك في السوق الدخلي.

- لقانون 17/69 بتغيير وتتميم القانون رقم 33.06 المتعلق بتسديد الأصول والمنظم لشهادات الصكوك

في إطار إرساء منظومة متكاملة للمالية التشاركية، وإنشاء إطار تشريعي وتنظيمي يحكم مختلف مكونات القطاع المالي، بما فيها القطاع المصرفي وقطاع سوق الرساميل وقطاع التأمين صادق مجلس النواب يوم 6 فبراير 2018 على مشروع قانون 69.17 بتغيير وتتميم القانون رقم 33.06 المتعلق بتسديد الأصول والمنظم لشهادات الصكوك، وتمكن هي الخطوة من إرساء آلية محورية لتنمية نشاط الفاعلين في السوق المالي التشاركي. وقد خول هذا النص التشريعي دورا محوريا للمجلس العلمي حيث أعطاه صلاحية للبت في مدى مطابقة هذه الأنشطة المالية لأحكام ومقتضيات الشريعة الإسلامية. مما يحسم النقاش والسجال حول شرعية ممارسات هذه المؤسسات الائتمانية.

¹ الجريدة الرسمية ع ظهير 31 مارس 1948 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 1887 بتاريخ 24 دجنبر 1948 ص 2954

ويكتسي هذا القانون طابع الاستعجال لمواكبة الأبنك التشاركية، فحسب الفاعلين في المالية التشاركية فإن طرح الصكوك سيمكن الأبنك التشاركية من إعادة التمويل وتمكينها من السيولة وأداة للاستثمار للشركات المقبلة في قطاع التأمين التكافلي التي تعاني بدوها من تأخير خروجها إلى حيز الوجود. وحسب الصيغة النهائية للمادة 7-2 من مشروع القانون 69.17 بتغيير وتتميم القانون رقم 33.06 كما تمت المصادقة عليها من طرف لجنة المالية والتنمية بمجلس النواب:

" تحدد كما يلي أصناف شهادات الصكوك التي يمكن إصدارها من قبل صندوق التسنيد:

- 1- شهادات صكوك ألتموليل والتي يتم بواسطتها تملك أصول سواء تعلق الأمر بشهادات صكوك المرابحة أو ألسلم أو الاستصناع.
- 2- شهادات صكوك الإجارة والتي يتم بواسطتها ملكية أصول أو ملكية منافع أصول مؤجرة أو قابلة للتأجير سواء تعلق الأمر بإجارة عقارات، أو منقولات أو خدمات. ويمكن أن تكون هذه الأصول موجودة أو موصوفة في الذمة.
- 3- شهادات صكوك ألتستثمار والتي تتم بواسطتها تمويل مشاريع استثمارية أو توفير السيولة لها، سواء تعلق الأمر بشهادات صكوك المضاربة أو الوكالة أو المشاركة.
- 4- شهادات صكوك المحافظ الاستثمارية.
- 5- أي أصناف شهادات صكوك أخرى تحدد بنص تنظيمي.

وتحدد المضامين والخصائص التقنية لكل نوع من أنواع شهادات الصكوك المندرجة ضمن الأصناف المذكورة أعلاه بموجب نص تنظيمي بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى طبقاً لأحكام المادة 4-7 " للتذكير فإن المغرب شرع في تعديل القانون رقم 33.06 المتعلق بتسديد الأصول منذ سنة 2013 من خلال القانون رقم 119.12، وذلك فيما يخص الصكوك حيث مكن هذا التعديل من توسيع نطاق التسنيد، وفتح إمكانية إصدار صكوك سواء من طرف القطاع العام أو القطاع الخاص¹.

انطلاقاً من استعراض مختلف النصوص القانونية السالفة، يتضح حرص المشرع المغربي على توفير ترسانة قانونية متكاملة يندرج من خلالها الشق الموضوعي للصكوك مع الجانب الإجرائي التطبيقي وما يتطلبه من تدابير، وذلك في تناغم بين مقتضيات مالية تقليدية أساسية، وأخرى حديثة اقتضتها ضرورة هذا الإصدار وخصوصياته وغاياته.

على أن وضع وإرساء إطار قانوني متكامل يبقى غير ذي جدوى ما لم يدعم بإجراءات عملية مواكبة من شأنها تفعيل محتوى النصوص، وإعطائه صبغة النجاعة والفعالية اللازمة، لجعله رافعة للتنمية الاقتصادية

ومؤشراً إيجابياً ضمن مخرجاتها وهو ما سنتناوله في المحور الثاني من هذا البحث.

¹ عبد الله أربي: " هذا ما تضمنه القانون الجديد المنظم للصكوك " مقال بمجلة أنفاس بتاريخ 9 فبراير 2018
<https://anfaspres.com/news/voir/35417-2018-02-09-05-00-21>

المحور الثاني واقع ارساء الصكوك بين الفعالية والنجاعة والقابلية للتطور

ان تقييم تطبيق أي نص على أرض الواقع رهين بدرجة الاستجابة لمقتضياته، وبالنتائج المؤشرات الناجمة عن إعماله، ولا يشد موضوع الصكوك السيادية عن هذه القاعدة، باعتبار ظروف وملابسات تبنيه وكذا الإنتظارات الكبيرة التي تبرره، والتي تصب في مجملها في تحقيق التنمية الاقتصادية والرفع من مؤشراتنا المختلفة.

ويطرح هذا التحليل تساؤلات محورية من قبيل كون اعتماد الصكوك السيادية هل يشكل خيارا ماليا مناسباً ؟

هل يوفر هذا النهج المالي التنافسية والدينامكية الاقتصادية المطلوبة ويرفع من مساهمة البنوك التشاركية في تحريك وثيرة الاقتصاد الوطني؟

هل يمكننا هذا التوجه المالي من بلورة حكمة مالية فعلية، ذات بعد استراتيجي تنموي، نستعيض من خلاله عن تبعات سياسة المديونية الخارجية التي ما فئ المغرب يتبناها كمصدر تمويلي تقليدي، انبثت محدودية نتائجها ومخارجاتها؟

لمعالجة حيثيات هذا المحور وتقديم تفسيرات وإجابات عن مختلف التساؤلات المطروحة ارتأينا معالجته ضمن نقطتين أساسيتين :

أولا مقومات النجاعة المالية للصكوك المالية :

يجمع المحللون الاقتصاديون على أن مناط قياس مردودية المؤسسات الاقتصادية يكمن في مستوى النجاعة المحققة، مع العلم أن هناك مداخل عدة لتجسيد النجاعة والفعالية، منها ما يكتسي طابعا اقتصاديا، تقنيا، إنسانيا او بيئيا...¹ او

وترتكز السياسة المالية المعتمدة على المعطيات الرقمية والنتائج، بل كذلك على طريقة التدبير بالنظر للأهداف والمخططات المرسومة، مما يجعل من أهم مقوماتها الفعالية والنجاعة²

¹"la mesure de la performance revêt une dimension essentielle au sein de toute organisation dont l'existence dépend de l'efficience ... il existe, pourrait-on dire, autant d'approches de la performance que de parties prenantes : performances économique, technique, humaine, environnementale, citoyenne, éthique" ..

Marc Amblard - Maître de conférences HDR – LEA - Université de Provence

PERFORMANCE FINANCIERE : <http://gsite.univ-provence.fr/gsite/Local>

XVIème Conférence de l'Association Internationale de Management Stratégique (AIMS), 6-9 juin, Montréal

²HERBI Imene ;AIT MAMMAR Lydia Evaluation et pilotage de la performance financière
Ecole Supérieure de Commerce mémoire de licence 2012 p46

وإذا كانت الفعالية المالية تعتمد على ربط الطريقة بالنتائج المحصلة ,فإن النجاعة تكمن في ترشيد الموارد المختلفة المستعملة في سبيل تحقيق نتائج ايجابية .

ولا يقتصر تقييم مستوى ونجاعة الخيارات المالية في مجرد قياس الفعالية والنتائج قياسا مع الموارد المستعملة ,بل بهم كذلك عنصر الأثر الاجتماعي لهذه التدابير مما يحيلنا على مفهوم النجاة الاجتماعية كمناط لتقييم السياسة المالية المتبعة من قبل الدولة¹ .

مظاهر الفعالية المالية للصكوك السيادية:

تكمن مظاهر الفعالية المالية للصكوك السيادية في مواجهة مشكل السيولة النقدية التي تؤرق المؤسسات البنكية وتشكل عائقا أساسيا يحول دون تطوير أنشطتها الائتمانية بما يفي طلب السوق ويستجيب لحاجات عملائها من الديون , كما أنها تسهم في بشكل ملموس في الرفع من الناتج الوطني الخام نظرا لما يتم ضخه من موارد تؤدي الى تحريك الأنشطة الاقتصادية المختلفة وخلق حركية اقتصادية , كما تساهم الصكوك بتخفيض من نسب العجز الذي تعاني منه الميزانية , وهو ما سنتناوله كما يلي.

أ سد نقص السيولة المالية :

تعني السيولة المالية قدرة المؤسسة الائتمانية على مواجهة التزاماتها والتي تشمل وبشكل أساسي تلبية طلبات المودعين للسحب من الودائع ,وتلبية طلبات الائتمان أي القروض والسلفيات لتلبية احتياجات السوق ,ويساعد توفر السيولة الكافية المصارف على تجنب الخسارة التي قد تحدث نتيجة اضطراب المصرف إلى تصفية بعض أمواله غير السائلة . وبذلك يمكن القول بأن توفر السيولة الكافية يوفر عنصر الحماية والأمان بالنسبة للمصرف , ومعنى الأمان أمان الودائع ومعنى الحماية حماية لقيمة الأموال وثقة كافية للعملاء للتعامل مع المؤسسة البنكية² .

<https://fr.scribd.com/doc/242634489/Memoire-Performance-financiere-pdf>

¹ Proposition de communication lors de la 20ème conférence de l'AIMS 2011 (Nantes) /download Performance sociale et performance financière : Etat de l'art

<https://www.strategie-aims.com/events/conferences/4-xxeme-conference-de-l-aims/communications/1365-performance-sociale-et-performance-financiere-etat-de-lar>

² د قريشي مداموعي : أهمية السيولة النقدية وأهمية القطاع المصرفي مداخلة في اليوم الدراسي حول أزمة السيولة النقدية بتاريخ 13 فبراير 2011 مجلة الباحث العدد 9 السنة 2011 <http://rcweb.luedld.net/rc9/A922.pdf>

ويشكل نقص السيولة النقدية مشكلا جوهريا يؤثر على نشاط المؤسسات المصرفية, ويؤثر على وفائها بالتزاماتها المالية, مما قد ينعكس سلبا على علاقتها بزبنائها, بشكل يمس ثقة المستثمرين, ويؤدي الى عرقلة انشطتهم الاقتصادية الناتج عن نقص او وقف السيولة النقدية.¹

ويضطلع, بنك المغرب بدور محوري في تتبع معدل السيولة, والتحكم عبر آليات مختلفة في ضمان تزويد السوق المالية الوطنية بالسيولة الكافية لتغطية نشاطات المؤسسات الائتمانية, والاستجابة لطلبات المودعين والمقترضين بما يفي وحاجيات السوق النقدية, مما يجعله ضامنا أساسيا لاحتياجات لأبنك والمؤسسات المالية من معدلات السيولة, ورقيبا مؤسساتيا على مختلف التعاملات المالية الوطنية او الدولية من خلال مكتب الصرف.²

وتكتسي السيولة النقدية أهمية إضافية بالنسبة لإرساء البنوك التشاركية في المغرب, على اعتبار ان توفير متطلبات هذه المؤسسات من السيولة الكافية يشكل عنصرا داعما بل ومحوريا في شروعها في تقديم مختلف خدماتها الائتمانية فضلا عن تلبية حاجيات زبنائها من القروض والتمويلات المختلفة لمشاريعهم الاقتصادية المختلفة³

ويعتبر اصدار الصكوك السيادية في المغرب خطوة جريئة لتوفير السيولة الكافية للبنوك التشاركية ودفعه ايجابية لدعم انطلاقتها الفعلية في تمويل جزء من الاقتصاد الوطني, كما أن من شأنه ان يعزز الدينامكية الاقتصادية الوطنية, كم انه يشكل خيارا بديلا اعتمده المغرب عوضا عن سياسة الاقتراض التي ما فتئ يتبعها كسبيل تمويلي مختلف مشاريعه الاقتصادية⁴

على ان التساؤل الاقتصادي الذي يطرحه هذا التوجه الجديد للمغرب في سياسته التمويلية من خلال اصدار صكوك سيادية لتلبية حاجيات السوق الائتمانية التشاركية, هو في القيمة المضافة التي ستوفرها هذه الصكوك على مكونات الاقتصاد الوطني ومخرجاته .

19 د نضال رؤوف : أحمد جامعة بغداد المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية : " دراسة تحليلية لمخاطر السيولة باستخدام كشف التدفق النقدي مع بيان أثرها على كفاية رأس المال في القطاع المصرفي " مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة العدد 36 2013 <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=82789>

² ناجية عاشور : دور البنك المركزي في ادارة السيولة النقدية دراسة مقارنة بين الجزائر وتونس رسالة ماستر للعلوم الإقتصادية تخصص نقود ومالية جامعة محمد خيضر بيسكرة كلية العلوم الإقتصادية السنة الجامعية 2013 (2014 ص4 <http://dspace.univ-biskra.dz:8080/jspui/bitstream/123456789/4858/pdf>

³ نوفل الناصري : الصكوك السيادية ودورها في معالجة محدودية النموذج التنموي الوطني <https://www.maghress.com/al3omk/339636> نشر 10 08 2018

⁴ فيصل او علي اوها : المختصر المفيد في شرح اصدار الصكوك السيادية الجديدة <http://howiapress.com> (14)10 2018

ب المساهمة في دفع الناتج الداخلي الخام :

يشكل معدل الناتج الوطني الخام مؤشرا محوريا على وضعية اقتصاديات الدول، ومحورا أساسيا لسياساتها المالية والاقتصادية، كما أن المؤسسات الائتمانية الدولية كصندوق النقد الدولي والبنك الدولي تدرج مؤشر الناتج الوطني الخام ضمن أولوياتها في مختلف المشاريع والعقود التمويلية مع الدول المدينة

لقد سجل الناتج المحلي في المملكة في السنتين الأخيرتين {2017 و2018} تباطأ حيث بلغ "3.10 سنة 2018، في حين سجل نسبة 4.10 سنة 2017،¹ حَقَّق الناتج الداخلي الإجمالي للمغرب ارتفاعاً بنسبة 4.9 في المائة سنة 2017 بتحقيقه 1063.3 مليار درهم، مقارنة مع سنة 2016، وفق آخر إحصائيات صدرت عن المندوبية السامية للتخطيط.²

وتلعب الخيارات المالية أهمية بالغة في اقتصاديات الدول، كما أنها تساهم بشكل ملموس في انعاش الاقتصاد الوطني، من خلال تدابير ترمي الى تشجيع روح المقاومة وتحسين مناخ الأعمال.³

وبستنتج من خلال مختلف التقارير الاقتصادية وتوقعات الخبراء الماليين، ان تساهم الإجراءات المالية التي اعتمدها المغرب، ومن جعلتها اصدر الصكوك السيادية في تحقيق نتائج وأرقام ايجابية، بفضل النشاط التي يتوقع ان تخلقه هذه السندات المالية، وأثرها الإيجابي على مؤشرات الاقتصاد الوطني.

و من المتوقع حسب تقرير البنك الإفريقي للتنمية أن يتجاوز الناتج الداخلي الخام لأول مرة بالمغرب سقف 120 مليار دولار أمريكي بالسعر الجاري لسنة 2017، ليبلغ حوالي 121.4 مليار دولار.

وبحسب تقرير إحصائي للمؤشرات الاجتماعية والاقتصادية بإفريقيا فمن المتوقع أن يصل الناتج الداخلي الخام الوطني هذه السنة إلى 121.427 مليار دولار، مقابل ما يقارب 116 مليارا سنة 2016.⁴

23 معطيات واردة في التقرير البنك الإفريقي للتنمية حول الأفاق الاقتصادية بإفريقيا برسم سنة 2019 ثم تقديمه بأديس أبابا : البنك الإفريقي :

المغرب حقق أداءا اقتصاديا جيدا في السنوات الأخيرة

www.almassaepress.com/المساء الاقتصادي العدد 3811 الثلاثاء 12_02_2019 الصفحة 4

" يتكون الناتج الداخلي الإجمالي من القيمة المضافة للأنشطة الاقتصادية إضافة إلى صافي الضرائب على المنتجات وهو مؤشر اقتصادي يقيس القيمة النقدية لإجمالي السلع والخدمات المنتجة في بلد محدد ومدة زمنية محددة".

² <https://www.hespress.com/economie/416651.html> تقرير المندوبية السامية للتخطيط لسنة 2017

25 تقرير المكنز المغربي للطرفية نشرة خاصة تحت رقم 48 بعنوان : "أي مظهر للنمو في 2019" ت

بارتفاع الناتج الدولي الخام إلى 3.8 في المائة خلال 2019 " توقعات/ <http://www.menara.ma/ar>

وقد أكد والي بنك المغرب السيد عبد اللطيف الجواهري، هذا المنحى إيجابيا للاقتصاد الوطني سيما ما واكبه من إجراءات مالية مصاحبة كما هو الشأن بالنسبة لإصلاح نظام الصرف حيث اعتبر:، أن إصلاح نظام الصرف سيؤدي إلى زيادة في النمو الوطني بنسبة 0,2 في المائة في 2018 بحسب سيناريوهات بنك المغرب ووزارة الاقتصاد والمالية على أساس المعطيات المتوفرة وفرضية انخفاض قيمة الدرهم بنسبة قصوى قدرها 2.5 في المائة¹.

ومن بين المؤشرات الإيجابية التي تعزز هذا الطابع الإيجابي للاقتصاد الوطني، يبرز الناتج المحلي الفلاحي الذي سجل خلال سنة 2018 ما يناهز 5.7 بالمائة، في حين بلغ الناتج المحلي غير الفلاحي نسبة 3.2 بالمائة سنة 2018 و3.5 بالمائة سنة 2019².

على أن هذا التوجه الإيجابي للناتج الخام الوطني، بدعم أساسي من بعض القطاعات الأساسية كقطاع الفلاحة والبنوك، في ظل تراجع قطاعات أخرى مثل السياحة والعقار، يخفي عنصرا آخر أكثر أهمية يكمن فيغيب التوازن بين جهات المملكة في المساهمة في الناتج الوطني الخام، حيث تحتكر جهتان هما الدار البيضاء سطات والرباط القنيطرة ما يناهز 48 في المائة من الناتج الداخلي الخام، مما يساهم في تركيز قوي في خلق الثروة³.

ان المنحى الإيجابي او الوثيرة التصاعدية التي يعرفها معدل الناتج الوطني الخام، تخفي غياب مساهمات قطاعات حيوية في انعاش الإقتصاد، كما انها تؤثر على اللاتوازن المجالي في الدينامية الإقتصادية

ج: معالجة عجز الميزانية:

يتمثل عجز الميزانية في تجاوز النفقات والمصاريف للإيرادات، مما يولد نتيجة سلبية في الميزانية، وتلجأ أغلب الدول الى انتهاج أسلوب المديونية في تغطية العجز المسجل في موازنتها، وينتج عن تبني هذا التوجه تفاقم حجم المديونية، مع ما يستتبعه من تبعية للمؤسسات الدولية المقرضة، والتي تتدخل في توجيه السياسات والخيارات المالية للدول المدينة، وتحديد أولوياتها وتوجهاتها.

ويعتبر المغرب من الدول التي تعرف عجزا متناميا في الميزانية حسب معطيات بنك المغرب وصل الى 20.2 مليار

¹ والي بنك المغرب: الناتج الداخلي الخام يتوقع أن يرتفع ب0,2 بالمائة في 2018 <http://www.maroc.ma/ar>

² <https://machahid.info/168402.html> بنك المغرب: الناتج الداخلي الخام الفلاحي يتوقع أن يرتفع ب5.7 في

29 وفق معطيات المندوبية السامية للتخطيط التي وردت سنة 2013 فقد ساهمة جهة الدار البيضاء سطات بنسبة 32.2 في المئة أما جهة الرباط القنيطرة فبلغت نسبة مساهمتها 15.8 في المائة من الناتج الوطني الخام

درهم في يوليو 2018، مقابل 18.2 من نفس الفترة من سنة 2017.¹

وقد عمدت الحكومة المغربية من خلال وزارة المالية، وعيا منها بعواقب عجز الميزانية على الاقتصاد الوطني وعلى المالية العمومية، الى اتخاذ مجموعة من الإجراءات والتدابير الرامية الى التحكم في نسبة عجز الميزانية، والعودة التدريجية الى التوازنات المالية من خلال تقليص وترشيد النفقات، سيما المتعلقة منها بصندوق المقاصة، وكذا التحويلات الخاصة بالمؤسسات العمومية، والعمل على تحسين استخلاص الموارد الضريبية، والرفع من مستوى المداخل العمومية لمرافق الدولة.²

وتشكل السياسة المالية للمغرب والتدابير والإجراءات المرتبطة بها، عنصرا أساسيا في تدبير نسبة عجز الميزانية، والتحكم في وثرتها وانعكاساتها على مفاصل الاقتصاد الوطني، مما يقتضي ترشيدا وعقلنة للمصاريف العمومية خاصة في قطاعات الدولة المختلفة، للحيلولة دون أي مظاهر لهدر المال العمومي

ومن خلال إصدار المغرب لللكوك المالية، وتوفير السيولة الكافية لتغطية السوق الائتماني التشاركي تظهر حتمية ارساء حكمة مالية عمومية، وآلية للرقابة والتتبع والتقويم أخذا بعين الاعتبار الأهداف الإستراتيجية للسياسة العمومية الوطنية، ذون إغفال الالتزامات الدولية وما تستتبعه من تدخل في السياسة المالية للدول.

ويشكل التحكم في نسبة المديونية مدخلا أساسيا ضمن الإستراتيجية الوطنية الرامية الى الحد من ارتفاع عجز الميزانية، وتقليص نسبتها من الناتج الداخلي الخام³

على أنه وبالرغم من حزمة التدابير والإجراءات المالية المعتمدة، فلا تزال نسبة عجز الميزانية مرتفعة ولها انعكاسات سلبية على التوازنات الماكرواقتصادية للمغرب، مما يفرض اتهاج سياسة مالية أكثر حكمة، سيما في الجانب

30 النشرة الشهرية للخزينة العامة لشهر يوليو 2018 : بلغت قيمة المداخل العادية لسنة 2018 ما قيمته 158,9 مليار درهم، مقابل 133,7 مليار درهم برسم سنة 2017، أي بزيادة 18,8 في المائة، وترجع هذه الزيادة الى دفعة استثنائية تقدر ب 24 مليار دولار من الحساب الخاص إبهيات مجلس التعاون الخليجي لفائدة الميزانية .

<https://www.hespress.com/economie/403153.html>

وكالة المغرب العربي هبة بريس بتاريخ 25 غشت 2018 : "عجز الميزانية يفوق 20 مليار درهم"

أوضح السيد وزير المالية السابق محمد بوسعيد في تصريح لموقع قناة المنارة انه : "تم تفعيل مجموعة من التدابير لم تقتصر على ضبط نفقات المقاصة بل إمتدت إلى باقي بنود الميزانية من موارد ونفقات.."

² <http://archive.almanar.com.lb/article.php?id=882330>

32 نتيجة لهذه الإجراءات وبفضل عمليات التدبير النشط للدين، استطاع المغرب التحكم في نسبة المديونية العامة التي لم تتعد 63,5% من الناتج الداخلي الخام. وبقيت النفقات المتعلقة بفوائد دين الخزينة في حدود 11,5% من المداخل العادية، وظل «متوسط عمر الدين» في حدود 5 سنوات و 6 أشهر. وقال الوزير ان الحكومة ستواصل سعيها لتحقيق المزيد من التحكم في عجز الميزانية من أجل بلوغ نسبة عجز في حدود 3% في أفق 2017، موضحا ان هذه السياسة ستمكن الحكومة من ضمان إستدامة الدين، الذي من المرتقب أن ينخرط في خط تنازلي ابتداء من سنة 2015 لينخفض مستواه إبتداء من 2016.

التدبير للمرافق العمومية سواء على مستوى التمويلات ومسطرة صرفها, أو من خلال آليات الاستثمار المختلفة والتي تتطلب حكاما لضبط مسطرتها, وتحقيق أهدافها ومخرجاتها.

ثانيا نظرة استشرافية لمستقبل الصكوك المالية:

من بين التساؤلات التي تم طرحها في بداية الموضوع, يبرز التساؤل حول القيمة المضافة لعملية

إصدار الصكوك المالية بالنسبة للاقتصاد الوطني عامة, وقطاع البنوك التشاركية على وجه

الخصوص وانطلاقا من استعراضنا لأوجه ومظاهر النجاح, السافة الذكر, فيمكننا استشراف

يمكننا استشراف مستقبل إجراء إصدار الصكوك من خلال مستويين أساسيين أحدهما يهتم قطاع المال والأعمال من

خلال البنوك التشاركية وتجربتها ومساهمتها في تنوع العرض المالي في السوق الوطنية. ثم هناك البعد الماكر

واقتصادي, والمتمثل في اسهام هذا التوجه في انعاش الاقتصاد الوطني وإعطائه المناعة الكافية والتنافسية الازمة

لتحقيق نتائج ومؤشرات إيجابية وواعدة وهو ما سنتناوله كالتالي:

أ توسيع وتنوع العرض المالي الوطني والدولي:

ب المساهمة في تنشيط تنمية الاقتصاد الوطني والقطاعي:

أ توسيع وتنوع العرض المالي الوطني والدولي:

اتسمت انطلاقة البنوك التشاركية في المغرب بضعف وثيرة الإقبال عليها نتيجة لغياب التنوع في منتجاتها, وكذا التأخر

في تنزيل قانون ينظم الصيرفة الإسلامية, على أن أهم عنصر حال دون انطلاقة مناسبة لهذا الصنف من العرض

البنكي, يكمن في غياب السيولة النقدية الكافية لتنوع الخدمات الخاصة بهذه البنوك, وأساسا للاستجابة لمختلف

طلبات الاستثمار والقروض الخاصة بالعملاء .

ومن أجل تجاوز مظاهر التعثر التي طبعت انطلاقة البنوك التشاركية, وفي اطار خلق السيولة المناسبة لتمويل وتنوع

مختلف أنشطتها وخدماتها المقدمة للزبائن , أصدر المغرب بتاريخ 5 أكتوبر 2018 صكوكا سيادية بقيمة 106 ملايين

دولار, فيما قررت الحكومة ضمان إصدار الصكوك الإسلامية.

وقد مكن هذا الإجراء من تدعيم العرض الخاص بهذه المؤسسات التشاركية, وذلك من خلال :

1 تمكين الأبنك التشاركية من امكانية إعادة التمويل من خلال زيادة السيولة .

2 اطلاق مجموعة من الخدمات والمنتجات الجديدة المرتبطة بالاستثمار وإعادة الادخار.

3 ترسيخ عنصر الثقة بين البنوك التشاركية وعمالها, مما سيوسع من نسبة المتعاملين مع هذه المؤسسات.

4 يمكن هذا الإجراء من جعل البنوك التشاركية من الانخراط داخل منظومة البنوك الوطنية، من خلال الخدمات المقدمة .

الأکید أن الصكوك السيادية، ستعطي انطلاقة نوعية لعمل البنوك التشاركية، وتحويلها إمكانات متعددة على مستوى العروض والخدمات المقدمة، كما أنها ومن خلال توفر عنصر ضمان الدولة لأداء قيمتها، ستعزز ثقة المتعاملين معها، وبالتالي توسيع قاعدتهم وتشجيع مشاريعهم الاستثمارية الممولة.¹

على أن هذا التفاؤل بمستقبل البنوك التشاركية في ظل الدعم والضمان الذي توفره الصكوك السيادية، يبقى رهينا بتوافر حكمة مالية عمومية، قوامها تتبع عملية التنزيل، ومراقبة هذه المؤسسات من خلال آلية بنك المغرب كجهاز رقابي، والمجالس العلمية باعتبارها آلية للتصديق الشرعي على ممارسات الأبنك الإسلامية واتساقها مع ضوابط ومقتضيات الصيرفة الإسلامية .

ب المساهمة في تنمية الإقتصاد الوطني والقطاعي:

يعتبر قطاع المال والبنوك شريان أساسي لاقتصاديات الدول، ومؤشرا قويا على مؤشرات نموها وتطورها وازدهارها، والمغرب، وعيا منه بأهمية مجال الأبنك، أولى هذا القطاع أهمية خاصة، وجعله في صلب استراتيجيته الإقتصادية وسياسته المالية الوطنية والإقليمية والدولية.²

ومن أجل تنوع العرض البنكي المغربي، ثم تبني البنوك التشاركية كإطار للصيرفة الإسلامية، كما تم تدعيمها من خلال الصكوك السيادية، مما يوسع قاعدة العرض لهذه المؤسسات، ويعطيها ضمانا أكبر لتلبية حاجيات جزء من السوق المالي. وتعد هذه الخطوة نقلة نوعية في السياسة المالية الوطنية، ستعطي حتما دفعة كبيرة للإقتصاد الوطني من خلال تشجيع الاستثمار، وتقوية الثقة لدى المتعاملين، وخلق دينامية اقتصادية تهم مختلف القطاعات الإنتاجية والخدماتية، كما أن من شأن هذه الدينامية أن تستوعب نسبة من الموارد النشيطة، مما سنعكس إيجابا على نسبة البطالة، ويقلص من انعكاساتها .

ولا ينحصر هذا الوقع الإيجابي على مختلف مفاصل الإقتصاد المختلفة فقط على المستوى الوطني، بل سنجد له انعكاس كذلك على معاملات المغرب مع الخارج، مما سنعكس على معدل ووثيرة الميزان التجاري الوطني، ويندرج في

33 اخمد بن الطاهر : المغرب.. الصكوك الإسلامية تمنح البنوك الإسلامية دفعة للتطور مقال بمجلة القدس

<https://www.alquds.co.uk>

34 يمثل القطاع البنكي ما يناهز 52 في المائة من حجم الاستثمارات الاقتصادية للمغرب في إفريقيا حيث تتجاوز قيمة الإستثمارات البنكية 6 ملايين

درهم، عبد الواحد كنفراوي: " المغرب المستثمر الأول بأفريقيا الغربية مقال بجريدة الصباح بتاريخ 18 فبراير 2019

<https://assabah.ma/188335.html>

هذا الإطار طبيعة التحولات التي تطال مناخ الأعمال الدولي، ووثيرة المبادلات التجارية بين الدول، وكذا قيمة الموارد النفطية التي تستهلك جزءا مهما من الموارد والعملية الصعبة .

الأکید أن تبني حكامه مالية بمختلف قطاعات الاقتصاد الوطني، سيمكن من الاستثمار الجيد للموارد والحيلولة دون هدر الطاقات، وتحقيق نتائج 'إيجابية'، من خلال تشجيع وخلق فرص الاستثمار وطرح تحفيزات ادارية وضريبية لجلب مستثمرين وفاعلين اقتصاديين دوليين، مما سيعطي دفعة ونفسا جديدا للمسار التنموي بالمغرب

خاتمة

حاولنا من خلال هذا الموضوع تناول وتحليل واستشراف أحد المستجدات التي طبعت السياسة المالية في المغرب، من خلال إصدار الصكوك السيادية حيث استعرضنا سياقاتها وطبيعتها وماهيتها، وهو ما يطرح أسئلة محورية عديدة تهم من جهة ماهية هذه الصكوك، وضوابطها وآلياتها، حيث تعرضنا في هذا السياق للمقتضيات والضوابط القانونية التي تحكمها وآليات الرقابة والتتبع التي تطالها .

كما حاولنا في الجزء الثاني من هذا البحث القيام برصد أولي لواقع تنزيل الصكوك السيادية، وسبل توظيفها من لذن المؤسسات البنكية التشاركية. مع التركيز على القيمة المضافة التي من المنتظر ان يحققها هذه الإجراء المالي النوعي من جهة على العرض المالي لهذه المؤسسات وجاذبيتها وثقة المتعاملين معها، ومن جهة أخرى على مناخ الاقتصاد الوطني، وما يعود عليه من تنافسية وحيوية اقتصادية تنعش مختلف القطاعات التي تعرف ركودا كما هو الشأن في قطاعي العقار والسياحة، وتضاعف انتاجية القطاعات الحيوية والواعدة كالزراعة والخدمات وصناعة وتركيب السيارات، كما ستمكن من الاستفادة من الاستثمارات المتاحة بل وجلب استثمارات جديدة تنعش العديد من القطاعات وتشغل يد عاملة مغربية، مما سيخفف من وطأة البطالة، كم أنها ستعشخش الخزينة العامة من العملة مما سيكون له انعكاس إيجابي على كل مكونات الاقتصاد ومؤشرات التنمية.

وقد ارتأينا ان تشكل الحكامة المالية الجيدة عنصر ربط محوري للتنزيل السليم لمختلف مقومات المالية التشاركية، من جهة ولضمان فعاليتها ونجاحها للاقتصاد الوطني، مما يستلزم انخراطا فعليا لمؤسسات الحكامة في مختلف مفاصل النشاط الاقتصادي الوطني، باعتبارها ضامنا لصيانة الموارد و حسن تديرها وتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة .

اقتراحات:

انطلاقا مما سبق يسوغ لنا تقديم الاقتراحات، والتي ترمي في مجملها ال تامين نظام الصكوك كآلية لتوفي التمويل الكافي لدعم الاقتصاد الوطني، وتلامس جوانب مختلفة العمليات انطلاقا من إرساء الصكوك داخل المنظومة المالية الوطنية، وتتبع ومراقبة التداولات التي تهمها حتى تحصيل النتائج النهائية والتي لا ينحصر مداها على الجانب الاقتصادي فحسب، بل تكون له تداعيات تنمية واقتصادية مهمة.

_أولاً : على مستوى إرساء الصكوك السيادية ضمن المنظومة المالية المغربية , يتعين تطوير وتوسيع هذا التوجه , خاصة في ظل تسجيل نتائج إيجابية , مما قد يسرع إصدارات أخرى تزيد في انتعاش الاقتصاد الوطني .

ثانياً _ ارتباط الصكوك السيادية بمؤسسة البنوك التشاركية , يستتبع تقديم الدعم لهذه المؤسسات لتساهم في إثراء وتنويع وتنشيط العرض المالي الوطني والدولي , لا أن تبقى مجرد نموذج مصغر للصيرفة الإسلامية داخل منظومة بنكية متكاملة , بل قد تستأثر مع مرور السنوات وتحقيق النتائج الإيجابية بنسبة متزايدة من النشاط المصرفي الوطني بل والإقليمي والدولي .

ثالثاً _ تقضي مستلزمات إرساء حكمة مالية انخراطا فعليا لمؤسسات الحكامة الوطنية , الى جانب بنك المغرب في تنظيم وضبط السوق المالي الوطني وضمان التنافسية والشفافية في ادارة النشاط الائتماني الوطني وترسيخ ضوابطه ومقوماته الأساسية .

رابعاً _ هناك نماذج دولية أثبتت أهمية ونجاعة سياسة إصدار الصكوك السيادية كخيار تمويلي لدعم الاقتصاد الوطني , ودفع عجلة التنمية الاقتصادية , ولا ضير في الاستفادة من هذه التجارب كنماذج ناجحة في التمويل المالي .

خامساً : تؤكد العديد من النماذج الرائدة في المجال سواء بدول الخليج العربي او بعض دول آسيا , والتي زاوجت بين الصيرفة الإسلامية وإصدار الصكوك السيادية , ان تنوع مصادر وطرق التمويل يشكل أحد مدخلات التنمية الاقتصادية , وبديلا عن الدين الخارجي الذي يكرس تبعية الاقتصاد الوطني لتعليمات المؤسسات النقدية الدولية

العنف بالمؤسسات التعليمية: مقاربات نظرية Violence in schools Theoretical approaches

فيصل النقي،

باحث بسلك الدكتوراه، التخصص: علم الاجتماع-

كلية الآداب والعلوم الإنسانية - الرباط

ملخص

لا نسعى من خلال هذا المقال، إلى تقييم أهمية العنف في المدارس بالوطن العربي، ولا تطور هذه الظاهرة مع مرور الزمن أو توزيعها في الفضاء الاجتماعي والجغرافي. مثل هذا النهج، فنحن لا نشكك في الشرعية العلمية، والتي لا يزال يتعين علينا تنفيذها، وسنكون قادرين على الاعتماد على مجموعة مهمة من البحوث، وخاصة تلك التي تعالج العنف ليس باعتباره، ظاهرة حديثة ولكنه اكتسح العديد من المؤسسات التعليمية في الوطن العربي خلال السنوات الأخيرة لأسباب تتعلق بالثورة الرقمية وعجز السياسات الاجتماعية بهذه الدول.

The purpose of this article is not to take stock of the importance of violence in Arab schools, nor of the evolution of this phenomenon over time or its distribution in the social and geographical space. Such an approach, the scientific legitimacy of which we do not question, remains to be undertaken and we will be able to rely on an important body of research. n particular, it shows that violence is not a recent phenomenon but has gained new notoriety in recent years for reasons related to the digital revolution and the lack of social policies.

مقدمة

لا نسعى من خلال هذا المقال، إلى تقييم أهمية العنف في المدارس بالوطن العربي، ولا تطور هذه الظاهرة مع مرور الزمن أو توزيعها في الفضاء الاجتماعي والجغرافي. مثل هذا النهج، فنحن لا نشكك في الشرعية العلمية، والتي لا يزال يتعين علينا تنفيذها، وسنكون قادرين على الاعتماد على مجموعة مهمة من البحوث، وخاصة تلك التي تعالج العنف ليس باعتباره، ظاهرة حديثة ولكنه اكتسح العديد من المؤسسات التعليمية في الوطن العربي خلال السنوات الأخيرة لأسباب تتعلق بالثورة الرقمية وعجز السياسات الاجتماعية بهذه الدول.

في المقام الأول، لا من التذكير من التقدم المحرز في العملية التربوية والتعامل مع الطلاب على المستوى العالمي منذ نهاية الحرب العالمية الثاني¹، كما يتوجب علينا الإشارة، إلى التقدم المحرز في تطور السياسات الاجتماعية، لبعض الدول العربية، وخاصة دولة الإمارات العربية المتحدة، وهو ما سمح لهذه الدول بتطوير العمليات التربوية، سواء من خلال إحداث برامج علمية، تتلاءم والناشئة أو من خلال تطوير الهياكل وتدريب الكوادر المتخصصة لرعاية الطلاب.

أما من جهة ثانية، فإنه يتوجب علينا أن نؤكد على الأهمية البالغة من إنشاء التعليم الثانوي في جميع أنحاء العالم²، وقد أدى ذلك إلى مشاكل محددة في العديد من المؤسسات، من أبرزها "فشل المدرسة" وانتشار ظاهرة "العنف"³.

في ذات السياق ربط العديد من الباحثين آثار وسائل الاتصال الحديثة (مشاهدة أفلام العنف و الإباحية) وعلاقتها بارتكاب سلوكيات عنيفة، وذلك في العديد من المجتمعات، وشملت الدراسات المشار إليها شرائح عديدة من أفراد المجتمع، فالبعض قام بدراسة أثرها على فئة الأطفال ومنهم من اختصرها في فئة المراهقين، والبعض الآخر اقتصر على الذكور، والبعض الآخر اقتصر على الإناث. وهناك من الدراسات التي عززت بأراء المتخصصين من رجال ونساء التربية والتعليم والإعلام حول تأثير التلفزيون في ارتكاب سلوك العنف. ومن هذا المنطلق، فإننا نروم إلى تناول هذا الموضوع من خلال أهم الدراسات والمقاربات النظرية.

¹ Emmanuel, Peignard, Elena, Roussier-Fusco, Agnès, van Zante. « La violence dans les établissements scolaires britanniques. approches sociologiques » Revue Française de Pédagogie, n° 123, avril-mai-juin 1998, P. 123.

² Ibid; P,123.

³ Ibid; P,123.

برامج العنف وإنتاج السلوكيات العدوانية بمؤسسات التربية

اهتمت العديد من الدراسات والأبحاث بمعالجة مسألة العنف بالمؤسسات التربوية في علاقتها بما كان ولازال تقدمه بعض وسائل الإعلام، حيث اهتمت دراسات¹، بتأثير برامج العنف والجريمة على الناشئة. وقد أجرى الباحث عدنان الدوري دراسة على عينة من أطفال المدرسة المتوسطة في الكويت، وبلغ عددهم 1005 طفل من كلا الجنسين، بحيث توصل إلى عدد من النتائج نذكر منها: أن تقليد الأطفال لبطل الشاشة كان إيجابيا.

وقد اتضح من خلال هذه الدراسة أن 674 طفلا، منهم 360 ذكرا و314 أنثى، يميلون إلى تقليد بطل الشاشة. كلما زاد عمر الطفل ازداد ميله إلى التقليد، وقد جاءت أعلى نسبة للتقليد بين الأطفال الذين تزيد أعمارهم على الثالثة عشرة، أي ما يوازي 321 طفلا من هذه الفئة و65 طفلا ممن تقل أعمارهم عن الحادية عشرة و137 طفلا ممن تقل أعمارهم عن الثانية عشرة. الغالبية العظمى من الأطفال 661 طفلا لا يواجهون أية صعوبة في مشاهدة التلفزيون، حيث لا يمنعون ذويهم من مشاهدة أي برنامج، مقابل 342 طفلا يواجهون بعض المنع في مشاهدة بعض البرامج من قبل أسرهم.²

وفي نفس السياق أجرت الباحثة دراسة بي Bee (1981). قامت الباحثة بمحاولة التعرف على ما للتلفزيون من آثار على الأطفال من حيث العنف والسلوك العدواني، وتوصلت إلى عدد من النتائج في هذا الشأن: أن الأطفال يتعلمون السلوك العدواني وأعمال العنف نتيجة لمشاهدة بعض البرامج التلفزيونية، كما أن الأطفال الذين يكثرون مشاهدة البرامج والمشاهد التلفزيونية التي تحوي مشاهد على درجة عالية من العنف والعدوان هم أكثر عدوانية من أقرانهم أثناء اللعب معهم من أولئك الأطفال الذين يشاهدون هذه البرامج بدرجة أقل.

كما ذهبت إلى تأثير التلفزيون على الطفل يقل (السلوك العدواني بين الأطفال) إذا ما كان الوالدان لا يوافقان على هذا السلوك بشرط أن يعرف الطفل ذلك، حيث أن معرفته بعدم موافقة والديه على السلوك العدواني، وعدم تشجيعهما لهذا السلوك يقلل من تأثيره على الطفل، ويدفعه إلى عدم محاولة التقليد.

بينما سجلت الباحثة آثار مشاهدة أعمال العنف والتلفزيون ذات أثر تراكمي، فكلما شاهد الطفل مزيدا من الأعمال العدوانية كلما زاد سلوكه من حيث العنف والعدوانية، وأن الأطفال الذين يشاهدون أعمال العنف والعدوان في التلفزيون يتأثرون بهذه المشاهد. لأنه تبين أن أغلب الأطفال يرون أن العنف والعدوان هما أفضل الأساليب لمعالجة المواقف أو حل المشكلات، ويرون هذا السلوك سلوكا عاديا أو طبيعيا.

¹ الدوري، عدنان، جناح الأحداث، الكتاب الأول، ذات السلاسل، الكويت 1980.

² نفس المرجع السابق ذكره.

أما الأطفال الذين يشاهدون أعمال العنف في التلفزيون يصدر عنهم سلوك عدواني لا يناسب أعمارهم، فطفل التاسعة من العمر، الذي يشاهد العنف في التلفزيون يصدر عنه سلوك عدواني لشباب في التاسعة عشرة. وقد ختمت الباحثة دراستها بكون أغلب الأطفال الذين يعدون مشاغبين في المدرسة طبقاً لآراء وتقديرات زملائهم ومعلمهم هم من الأطفال الذين يتعرضون لمشاهد العنف كثيراً في التلفزيون، وممن يفضلون هذا النوع من المشاهد ويستمتعون بمشاهدتها.¹

من العنف إلى الجنوح: حينما تنهار المؤسسات التعليمية

مؤسسات التعليم، هي مؤسسات اجتماعية وظيفتها التربية والتكوين، غير أنه وأمام الزحف اللامحدود للإعلام وممارسة للعنف الثقافي واللغوي على الناشئة، فإننا نكون أمام صناعة جنوح الأحداث، في ذات السياق أجرت الباحثة حسون، تماضر زهدي² دراستها عن جرائم الأحداث الذكور في الوطن العربي، وذلك باختيار عينة من الذكور الذين ارتكبوا جرائم يعاقب عليها القانون الخاص بالأحداث وصدرت بحقهم أحكاماً وأودعوا مراكز رعاية الأحداث في كل من مركز تمارة لرعاية الطفولة في الرباط ومركز رعاية الأحداث في دمشق ومركز رعاية الأحداث في الخرطوم وبلغ حجم العينة 301 من الأحداث المنحرفين.

تناولت الدراسة الميدانية تأثير التلفزيون والسينما في سلوك الأحداث في أحد محاورها، وتوصلت إلى عدد من النتائج منها: أن 81% من أفراد العينة يفضلون قضاء أوقاتهم في الجلوس أمام أجهزة التلفزيون أو التردد على دور السينما، وأن 75% من الذين يترددون على السينما دون علم الأهل لا تمتلك أسرهم أجهزة تلفزيون، وأنهم يشاهدون التلفزيون في جميع الأوقات ويتابعون جميع البرامج دون تدخل الأهل.

في ما أشارت أنه لا توجد فروق ذات أهمية بين أفراد مجموعة الأسوياء والمنحرفين فيما يتعلق ببرامج العنف والمسلسلات والأفلام البوليسية والحربية، إلا أنها لاحظت فروقا واضحة في مشاهدة البرامج التي تتعلق بالجنس حيث اتضح أن 17% من أفراد العينة الأولى (الأسوياء) مقابل 3% من أفراد العينة الثانية (المنحرفين) يشاهدون ويفضلون متابعة الأفلام و البرامج الخليعة.

وقد استنتجت الباحثة أن الأحداث قد تعلموا بعض الانحرافات السلوكية نتيجة مشاهدة الأفلام، وذلك من خلال معرفتها بالبرامج التي تفضلها كل مجموعة من الأسوياء والمنحرفين، حيث وجدت أن الأحداث المنحرفين يفضلون البرامج والأفلام التي تعرض طرق السرقات والانحرافات الأخلاقية وتعاطي

¹ كمال، عبد العزيز عبد الرحمان، أثر البرامج التلفزيونية على النشء و الشباب، 1994 ص 59.60.

² حسون، تماضر زهدي، جرائم الأحداث الذكور بالوطن العربي، 1994 ص 5.6.

التدخين والمسكرات بينما تجذب البرامج الوثائقية والعلمية الجيدة انتباه الأفراد الأسوياء ويفضلونها على غيرها من البرامج.¹

العنف بالمؤسسات التعليمية: بين التلفزيون والفضاء الرقمي

تركزت دراسة جين، توماس² على معرفة آثار التلفزيون في الأطفال، من حيث العنف والسلوك العدواني وبعض المتغيرات الأخرى، كالحث أو الإثارة والتقليد والقدوة وغيرها، وتوصلت إلى النتائج التالية: وقد قد يتعلم الأطفال سلوك العدوان من التلفزيون ولكنهم لا يحاولون تنفيذ هذا السلوك في الواقع الحياتي إلا إذا كان هناك من يشجعهم عليه كالأصدقاء أو أولياء الأمور.

إن ما يشاهده الأطفال من عدوان في التلفزيون قد يحرك لديهم استعدادا مسبقا للعدوان ومن تمت تعمل المشاهدة: على إثارة هذا الاستعداد وتحريكه وعلى ذلك فلن يكون للمشاهدة آثار على الطفل إلا إذا كان لديه الاستعداد المسبق للعدوان أصلا، ومن تم فالمشاهدة تعد بمثابة العامل المحفز للاستعداد الموجود. إن الأطفال الذين يشاهدون العنف في التلفزيون مع تقديم مبرراته لهم يعتقدون أن هذا السلوك العدواني هو أنسب الطرق لمعالجة المشكلات مادام التلفزيون يقدم تبريرا لهذا السلوك.

العنف المدرسي: من التفسير البيولوجي إلى التفسير الاجتماعي

أصبح العنف/العدوان يشكل في عصرنا سببا هاما من أسباب أزمات الإنسان ومصائبه، وبالرغم من التقدم العلمي للإنسان وتحرره النسبي من قيود الطبيعة والبيولوجية؛ فإنه ما يزال يستخدم ميكانيزمات تكيفيه مستمدة من تاريخه الطويل منذ وجد على سطح الأرض.

يتضمن السلوك الإنساني نماذج بدائية من العنف والعدوان والميل إلى المشاغبة، وبينما كانت تلك الميكانيزمات هي الاستجابات الأكثر احتمالا في ظهورها نتيجة للضغوط الفيزيائية فإنها تحدث الآن بسبب الضغوط الاقتصادية والثقافية، وبينما استخدم السلوك العدواني العنيف للمحافظة على بقاء النوع الإنساني في أوقات الخطر فإنه الآن يهدد وجوده المستمر، حيث ازدادت قدرة الإنسان على التحطيم والإفساد في الأرض بسبب تقدمه العلمي والتكنولوجي.³

وفي هذا الصدد أشار أحمد عكاشة؛ بأن العنف هو جزء أساسي في طبيعة الإنسان، وأنه التعبير الطبيعي لعدة غرائز عدوانية مكبوتة، وأن أي محاولات لكبت عنف الإنسان ستنتهي بالفشل بل إنها تشكل خطر النكوص الاجتماعي، فلا يمكن للمجتمع الإنساني أن يستمر دون التعبير في العدوان.⁴

¹ حسون، تماضر زهدي، جرائم الأحداث الذكوري بالوطن العربي، 1994، ص 56.

² كمال، عبد العزيز عبد الرحمان، أثر البرامج التلفزيونية على النشئ والشباب، 1994، ص 59، 60.

³ محمود سعيد الخولي، العنف المدرسي الأسباب وسبل المواجهة، القاهرة، 2008، ص 103.

⁴ عز الدين جمال عطية، الأوهام المرضية أو الضلالات، في الأمراض النفسية والعنف، القاهرة، 1996، ص 173.

في ما تذهب دراسات أخرى إلى اعتبار العدوان؛ أساس لكل سلوك هادف، إذ يعد الإنسان في حالات كثيرة لأداء عمل معين سواء كان غير مرغوب فيه ولا يتضمن الإيذاء للغير، مثل حب الاستطلاع وسلوك البحث عن الإثارة والاستكشاف واستغلال الآخرين والسيطرة والتزاحم وشغل الأماكن الفارغة.¹

ويعتبر هؤلاء الباحثون أن السلوك العدواني بهذا المعنى أمر حتمي، بل يذهب بعضهم إلى أنه من الصعب فصله عن الطبيعة البشرية أو إزالته منها، لذلك فإنه يلزم أن يتحكم الإنسان في نفسه ويسيطر عليها من أجل أن يعبر عنه تعبيرا يتقبله المجتمع.²

العنف بالمؤسسات التعليمية: من المؤثر الخارجي إلى العلائقي

لقد أشرنا في بداية هذا المقال إلى كوننا نهتم بدراسة ظاهرة من خلال بعض المقاربات النظرية، وعليه؛ فإن الاتجاهات النظرية المختلفة، التي تتناول ظاهرة العنف بالدراسة والتحليل، والتي تختلف باختلاف طبيعة القائمين على دراسة هذا السلوك، تسير في اتجاهات عدة، فعلماء النفس ينظرون إليه نظرة تختلف عن علماء الاجتماع، أو الأطباء النفسيين، ومع اختلاف الاتجاهات، التي اهتمت بهذا الموضوع، بحيث تعددت وتشابكت وجهات النظر،

وقد احتلت الفنونولوجية مكانة قيمة في دراسة العنف والعدوان؛ لأنها تطرقت للقضية من منظور جديد، هو منظور تفاعلات الإنسان مع الآخرين، فيرى التيار الفنونولوجي أن العنف كغيره من أشكال السلوك، هو نتاج علاقة، أو إذا أردنا الدقة هو نتاج مآزق علائقي بالآخر، فالعدوانية تبعاً لرواد الفنونولوجية هي طريقة معينة للدخول في علاقة مع الآخر.

فترى النظرية الفنونولوجية أن العنف هو عبارة عن نتاج تفاعلات الإنسان السيء مع الآخرين، ليست مسؤولة مسؤولة كاملة عن سلوك العنف، بل إن العنف قد ينتج عن عوامل أخرى.

كما أنه ليس كل تفاعلات الإنسان مع الآخرين ينتج عنه القيام بأعمال تتسم بسلوك عنيف، فليس هناك عنف اعتباطي أو فجائي بل العنف الذي نراه هو وليد عملية تغير بطرق داخلية علائقية يقضي على عواطف الحب والمشاركة، ليفجر مكانها العنف والعدوان.

وتعد نظرية الضبط الاجتماعي والتي تسهم في تفسير سلوك العنف، من أهم النظريات السوسيولوجية، التي تنظر إلى العنف على اعتبار أنه استجابة للبناء الاجتماعي، ويرى أصحاب هذه النظرية أن العنف غريزة إنسانية فطرية تعبر عن نفسها عندما يفشل المجتمع في وضع قيود محكمة على أعضائه.

وفي نفس السياق أشار طلعت إبراهيم لطفي¹، إلى أن أصحاب نظرية الضبط الاجتماعي يرون أن خط الدفاع بالنسبة للمجتمع يتمثل في معايير الجماعة، التي لا تشجع على العنف وتستنكره، وعليه؛

¹ نفس المرجع السابق ذكره، ص 173.

² نفس المرجع السابق ذكره، ص 173.

فأعضاء المجتمع الذين يتم ضبط سلوكهم عن طريق الأسرة وغيرها من الجماعات الأولية، يتم ضبط سلوكهم عن طريق وسائل الضبط الاجتماعي الرسمية وعندما تفشل الضوابط الرسمية يظهر سلوك العنف بين أعضاء المجتمع.

كما أشار محمد أحمد خطاب²، إلى أن نظرية الضبط الاجتماعي تدور حول افتراض أساسي مؤداه أن الدافع للانحراف شيء طبيعي يوجد لدى جميع الأفراد، كما تذهب إلى أن الطاعة والامتثال هي الشيء الذي يجب أن يتعلمه الفرد. وتبرز أهم النقاط الأساسية لهذه النظرية³، في كون المجتمع ينشئ مجموعة من القواعد التنظيمية، التي تحدد للأفراد المجالات المقبولة وغير المقبولة بين أنماط السلوك الاجتماعية. وفي هذا الباب تعتبر التنشئة الاجتماعية؛ من أهم الأدوات، التي يضعها المجتمع لتحقيق أهدافه الضبطية. وحينما تصاب أدوات الضبط الاجتماعي بالضعف يصبح سلوك الأفراد أقرب إلى الانحراف منه إلى التوافق. هل وصلت المدرسة إلى حالة من العجز أمام وسائل الإعلام؟

سؤال يثير الدهشة والحيرة، لأن مجتمعاتنا صارت تستهلك بدون حدود، وصار الإعلام مادة تستهلك في كل دقيقة وثانية، وللجواب على سؤالنا نعرض على نظرية الغرس الثقافي، والتي طورها جورج جيربني Gorge Gerbner

تذهب نظرية الغرس الثقافي، إلى كون التلفزيون، قد أصبح بالنسبة للكثير مصدرا رئيسيا لبناء تصوراتهم عن الواقع الاجتماعي، والذي يعرف بأنه صورة لما هو موجود بالفعل ولما نعتبره صحيحا، وللكيفية، التي ترتبط بها الأشياء، وتركز نظرية الغرس على أربعة افتراضات أساسية: تتمثل أولها في الأفراد في المجتمعات الحديثة، صاروا يعتمدون على المصادر البديلة للخبرة الذاتية - وعلى رأسها وسائل الإعلام - في بناء مدركات مشتركة للواقع الفعلي. أما ثاني هذه الافتراضات فإنها تكمن في كون التلفزيون، أصبح يشكل نظرتنا للعالم من خلال تكرار تقديمه للنماذج المصورة.

ويبقى الافتراض الثالث كامنا في كون المشاهد يستوعب المفاهيم المقدمة له على شاشة التلفزيون لأنه يستخدم الوسيلة بشكل مستمر وبصورة غير انتقائية لساعات طويلة أكثر من تحديد برنامج معين. وعليه، فالافتراض الرابع مفاده أن العنف التلفزيوني يقوم بدور أساسي في تكوين نظرة المشاهدين نحو الواقع.

¹ طلعت ابراهيم لطفي، الأسرة و مشكلة العنف عند الشباب، دراسة ميدانية لعينة من الشباب بجامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2001، ص 14.

² محمد أحمد خطاب، مدى فاعلية برنامج سيكودرامي للتخفيف من حدة سلوك العنف لدى عينة من الأطفال المتخلفين عقليا، رسالة ماجستير، جامعة عين شمس، 2000، ص 161.

³ فوزي أحمد دريدي، العنف لدى التلاميذ في المدارس الثانوية الجزائرية، الرياض، 2007، ص 53.

ترى نظرية الغرس الثقافي أن العالم الرمزي للوسيلة الإعلامية، خاصة التلفزيون، يشكل مفاهيم الجماهير عن العالم الواقعي، ويؤكد مدركاتهم عن الواقع، فالتلفزيون بوجوده المستمر في أغلب البيوت؛ يشكل بيئة رمزية مشتركة يولد فيها الأطفال ولذلك تتشابه مصادر التعرض اليومي للنماذج الثقافية لدى الصغار.

ومن تم يصبح العالم الرمزي للتلفزيون عالماً رئيسياً يقدم فيه العنف كشيء مألوف واعتيادي، لأن العنف تستخدمه معظم الشخصيات التلفزيونية للفوز في صراع القوة، ويرتبط الاستخدام الناجح للعنف بممارسات الذكور من الشباب والذين يظهرون كشخصيات رئيسية في العالم التلفزيوني، والذي يتسرب إلى وعي المشاهدين فيرون العالم الحقيقي مشابهاً للعالم التلفزيوني.

ولا تهتم نظرية الغرس الثقافي بكم العنف المقدم في التلفزيون ولكن يتركز اهتمامها الأساسي على المشاعر الناتجة عن مشاهدته مثل الخوف والاستثارة والاعتراب التي تنتشر بين المشاهدين لبرامج العنف فيعتقدون أن العالم الرمزي العنيف المقدم في التلفزيون هو انعكاس للواقع ويصدقون أن العالم الحقيقي عنيف جداً مثل العالم التلفزيوني، وهذا تصبح لديهم الخبرة بالخوف والإثارة من ممارسة الأنشطة العادية مثل المشي في الشارع وهذا الخوف يخلق حالة من الاعتراب عن الآخرين.

العنف المدرسي: من الإحباط إلى العدوان

لتفسير العنف المدرسي تمت صياغة نظرية تقوم على أن البيئة تسبب في الإحباط للفرد، وتدفعه دفعا نحو العنف، بمعنى أن البيئة المحيطة، والتي لا تساعد الفرد على تحقيق ذاته والنجاح فيها تدفعه نحو العنف، وتؤكد بأن كل عنف يسبقه موقف إحباطي، والسلوك العدواني يحدث عقب إحساس الفرد بعدم قدرته من أن ينال ما يريده، وعندما يؤخر إشباع تلك الرغبات، فإن ذلك يؤدي إلى ظهور الإحباط، وفي هذه الحالة يبدأ يتفاعل مع العنف، وبذلك، فإن النظرية تؤمن بأن العنف ينبع من الطفولة معتمداً على التربية والتوجيه أثناء هذه الفترة.¹

أما نظرية الثقافة الخاصة والتي تدخل ضمن الاتجاه الوضعي السوسيولوجي²، فإنها تذهب ويمكننا³ إلى كون المجتمع يعتمد على مجموعة من القيم، وأن الأهداف تتحقق بالوسائل المجسدة - بشكل عام - للطبقة الوسطى دون الطبقة الدنيا. وبما أنه يوجد نقص الفرص أمام الطبقة العاملة لتحقيق أهدافها، فإن المدرسة تنظر إليهم بشكل سلبي مما يصيبهم بالإحباط. وعليه، فإن عدم تحقيق أهداف الأفراد يؤدي إلى تمردهم وثورتهم ضد قيم الطبقة الوسطى. بعد ذلك تؤدي القيم المشككة لدى الطبقة العاملة؛ إلى

¹ محمد سيد فهمي، اتجاهات الشباب الجامعي نحو ظاهرة العنف ضد المرأة و الدور المقترح للخدمة الاجتماعية في مواجهتها، مصر، 1998، ص 170.

² اهتمام النظرية كان يسعى إلى تفسير أشكال معينة من السلوك، وقد تم ذلك من خلال صياغة مفهوم الثقافة الخاصة لفهم الأنماط السلوكية.

³ ريلنزشان و فرانك ولباس، السلوك الإجرامي (النظريات)، ترجمة على السمرى، الاسكندرية، 1999، ص 176.

برزو قيم خاصة بها تواجه بها قيم الطبقة الوسطى، وسيتم نقل هذه القيم من جيل إلى آخر مما سيشكل ثقافة خاصة جانحة.

العنف المدرسي: الصراع والأنومي

يرى أصحاب نظرية الصراع أن العنف وسيلة للصراع بين النوعين (الجنسين)، إذ يعد العنف وسيلة لتأكيد عدم المساواة بين النوعين وأداة للضغط على المرأة. وقد أصبح العنف وسيلة لتأكيد عدم المساواة بين النوعين وأداة للضغط على المرأة بهدف العودة إلى الأسرة والمنزل.

أصبح الرجل يستخدم أساليب متنوعة من العنف بهدف الإنقاص من مكانة المرأة وتفوقها. ومن وجهة نظر أصحاب نظرية الصراع يمكن حل مشكلة العنف من خلال إتاحة فرص المساواة بين أفراد المجتمع وعدم استغلال فئة لأخرى وإتاحة الفرص للمشاركة في العادلة الاجتماعية وفي الثروة والقوة.¹

غير أنه دوركهايم يستخدم مفهوم الأنومي للإشارة، إلى حالة من الصراع بين الرغبة في إشباع الاحتياجات الأساسية للفرد وبين الوسائل المتاحة لإشباع تلك الاحتياجات. وقد أشار دوركهايم إلى حالة من اللامعيارية الأخلاقية باعتبارها أنومية، فعندما يفتقر المجتمع إلى مجموعة من المعايير، والتي تحدد له الأنماط السلوكية الطبيعية والواجب إتباعها، فإنه يعيش حالة من اللامعيارية الأخلاقية؛ أي فقدان المعايير الأخلاقية. ويقول دوركهايم يوجد داخل كل جماعة ميل جمعي إلى السلوك التوافقي، وهذا الميل الجمعي من تيارات الأنانية أو الغيرية، أو الأنومي، التي تنتشر في المجتمع. إن مثل هذه الاتجاهات في الكيان الاجتماعي تؤثر في الأفراد، ومن ثم تدفعهم إلى الانتحار.

ويمكن تلخيص أهم أفكار هذه النظرية كما يلي:²

- معظم أفراد المجتمع يشاركون في نسق شائع من القيم.
- هذا النسق العام من القيم يعلمنا ماهي الأشياء التي يجب أن نكافح من أجلها (الأهداف الثقافية) وكذلك أكثر الطرق ملائمة (الوسائل المجتمعية) لتحقيق هذه الأهداف.
- إذا لم تكن الأهداف الثقافية والوسائل الاجتماعية متاحة بصورة عادلة فإن ذلك سيؤدي إلى خلق موقف يتسم بالأنومية.
- في المجتمع المفكك أو المضطرب توجد درجات متباينة من حيث مدى توافر هذه الأهداف والوسائل، وهكذا فإن الوسائل موزعة بصورة غير عادلة في ذلك المجتمع المفكك.
- بعض المجتمعات مثل الولايات المتحدة الأمريكية تركز بصورة أقوى على أهداف معينة للنجاح، ويترتب عن ذلك في المجتمع سيء التنظيم وجود حالة من الكفاح والنضال من أجل تحقيق هذه

¹ طلعت ابراهيم لطفي، الأسرة و مشكلة العنف عند الشباب دراسة ميدانية لعينة من الشباب في جامعة الإمارات العربية المتحدة الإمارات، 2001، ص 13.

² فوزي أحمد بن دريدي، العنف لدى التلاميذ في المدارس الثانوية الجزائرية، الرياض، 2007، ص 55.

الأهداف، دون أن يصاحب ذلك توزيع عادل لسبل تحقيق هذه الأهداف بين فئات المجتمع.

العنف المدرسي: هل هو مجرد تقليد؟

تشير نظرية الصراع في تعريفها للعنف، إلى المعنى الراسخ في ضمير الجماعة، فالعنف هو ممارسة الإنسان للقوى الطبيعية للتغلب على مقاومة الغير، والقوى الطبيعية لا تشير فقط إلى الطاقة الجسدية وإنما أيضا إلى الحيوانات والطاقات الأخرى الميكانيكية التي يمكن استخدامها والسيطرة عليها.¹ فقد أكد جيراريل تارد G.Tarde إلى أن اكتساب السلوك المنحرف ناتج عن المحاكاة والتقليد ذلك أن الفرد يتعلم الأنماط السلوكية الإجرامية والمنحرفة من خلال عملية تقليد لا تختلف في طبيعتها عن تعلم أي مهنة أو حرفة أخرى يتعلمها الإنسان من خلال اختلاطه بالآخرين وتقليده لهم، وتتم هذه العملية بشكل غير آلي لأنها عملية نفسية واجتماعية، ويقول تارد أنه لا بد من وجود مثال أو قدوة لأي نمط من أنماط السلوك الاجتماعي يسعى الفرد لتقليده فالمجرم يجد مثالا أو نمطا في مجرم آخر.²

خلاصة

كثير من الدراسات، التي تمت مراجعتها لم تتوصل إلى نتائج حاسمة أو قاطعة بشأن التلفزيون في سلوك الأطفال وما إذا كان يسبب لديهم السلوك العدواني بسبب الطبيعة المعقدة التي تسود العلاقة بين التلفزيون والطفل في هذا المجال أم أن الأمر يتعلق بطاقة عدوانية يكتسبها الطلاب من بيئاتهم المختلفة وخاصة الاجتماعية، ويعمل التلفزيون على إيقاظها.

هذا ما حاولنا أن نعالجه في مقاربتنا لظاهرة العنف بالمدرسة، محاولين ربط هذا السلوك بما بات يقدمه الإعلام من مادة عنيفة تساهم في هدم مقومات الأفراد، وعليه فإننا نسلك توجهها يتعلق بسياسة الإعلام، والتي تعد جزء رئيسا من السياسات الاجتماعية، فعدم إشباع الحاجيات الضرورية للأفراد، يؤدي إلى زرع الإحباط ومن تمت ينتج العنف.

¹ مأمون محمد سلامة، إجرام العنف، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، 1993، ص:10.

² أحسن مبارك طالب، الجريمة والعقوبة و المؤسسات الإصلاحية، الرياض، 1998، ص:92.

حقوق الإنسان والعدالة الجنائية خلال مرحلة البحث والتحري البوليسي

د. محمد الزهري
باحث بسلك الدكتوراه
بكلية الحقوق- طنجة

مقدمة:

تعد مرحلة البحث والتحري مرحلة بوليسية بامتياز، وهي مرحلة غير قضائية تهدف إلى تجميع الملامح الأولية للجريمة، والحصول على الأدلة الأولية الممهدة للوصول إلى مرتكبها. وبالتالي فهذه المرحلة -البحث التمهيدي- غاية في الأهمية، لما تلعب من دور فعال في مكافحة الجريمة، وكذا مساعدة القضاء في الوصول إلى الحقيقة خلال فترة زمنية وجيزة.

وحتى تضطلع الشرطة القضائية بدورها الكامل في البحث والتحري عن الجرائم، فقد إرتئت التشريعات المقارنة -ومعها المغربي- تخويلها سلطات وصلاحيات واسعة وفي غاية الأهمية تتيح لها إمكانية تحقيق أهداف البحث التمهيدي. إلا أن هاته الصلاحيات هي نفسها التي جرت عليها سيلا من الانتقادات الفقهية والحقوقية اللاذعة، نظرا لتهديدها المباشر للحقوق والحريات الفردية.

فالشرطة القضائية تملك صلاحيات جد واسعة وخطيرة قد تهدد حقوق وحريات الأفراد إن أسيء استعمالها من طرف القائمين عليها، فهي تملك الحق في المساس بحريات الأفراد ووضعهم تحت الحراسة النظرية. (المبحث الأول) وتمتد هاته الخطورة لتصل إلى حد المساس بحرمة المسكن والحياة الخاصة، حيث تملك الشرطة صلاحية الحد من حرمة المساكن وتفتيشها وحجز كل ما من شأنه الكشف عن الجريمة، وكذا اللجوء إلى انتهاك خصوصية الأفراد عبر التنصت على المكالمات الهاتفية الخاصة وتسجيلها. (المبحث الثاني).

لأجل كل ذلك كان لزاما على التشريعات التدخل لحماية الحريات الفردية قدر المستطاع، عبر إقرار حقوقا وضمانات موازية للسلطات والصلاحيات -المخولة للشرطة- خدمة لحقوق الإنسان والعدالة الجنائية.

المبحث الأول: الإجراءات الماسة بالحرية، بين المبررات والضمانات.

أهم ما يميز البحث التمهيدي والجهاز المكلف به -الشرطة القضائية- هو طابع السرية الذي يطغى على إجراءاته¹، فالسرية هي أول يميز هاته المرحلة -متأثرة إلى بعيد بالمسطرة التنقيبية- وتلعب دورا إيجابيا-على نحو معين- في حماية المشتبه فيهم وعدم التشهير بهم²، خصوصا ونحن أمام تحريات أولية لا غير. غير أن هذه الصفة هي نفسها تعد من أهم عيوب المرحلة، وهي السبب الرئيسي في جر سيل من الانتقادات للجهاز المكلف به. فلا يخفى على أحد ما لهذه السرية من خطورة على الحريات الفردية، فأمام الشرطة قد تنعدم ضمانات الدفاع، الأمر الذي قد يدفعها لإنتهاك حقوقه وإرتكاب مختلف التعسفات في حق الأفراد إذا لم تتقيد بالضوابط القانونية³.

كما أنه يطغى على أعمال الشرطة القضائية الطابع التلبيسي للبحث والتحري، نظرا لكون هذا الأخير -أي التلبس- يخول للضابطة القضائية ممارسة صلاحيات إضافية تتمثل في القيام بسلطات تحقيق إستثنائية سواء بنص القانون مباشرة، أو في حالة تنفيذ إنابة قضائية. فهذه الصلاحيات سميت كذلك لأنها من صميم أعمال التحقيق، تم تخويلها للشرطة إستثناء لوجود حالة إستعجال قصوى لا تترك معها مجالا واسعا للغلط وهي حالة التلبس بالجريمة.

وبالتالي فالبحث التمهيدي يخول للشرطة القضائية صلاحيات واسعة ضد المشتبه فيهم، بحيث لهته الأخيرة ضبط المشتبه فيه واقتياده إلى المخفر، واستجوابه للحصول على كل ما يفيد في كشف الجريمة والوصول إلى مرتكبها. وفي المقابل لذلك أقرت التشريعات للأفراد ضمانات تقيم من التعسف والظلم الذي قد يشوب المرحلة (المطلب الأول) وبالإضافة إلى الاستجواب خولت التشريعات للشرطة صلاحية أخرى فعالة وخطيرة في نفس الوقت على الحريات الفردية، ويتعلق الأمر بالوضع تحت الحراسة. فهذا الإجراء يهدف إلى الإبقاء على المشتبه فيه بعيدا عن مكان الجريمة لضمان عدم تلاعبه بالأدلة المؤدية لها أو تأثيره على الشهود، إلا أنه إجراء خطير في نفس الوقت إذا ما تمت ممارسته بشكل مخالف للقانون، أو لم يقرر للأفراد ضمانات كافية. (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مرحلة الاستجواب البوليسي.

إذا ما تم ارتكاب جريمة ما فإن الشرطة القضائية تتحرك في أسرع وقت بغية الكشف عن معالمها حفاظا على أمن المجتمع، ولها في سبيل ذلك صلاحيات واسعة من أهمها الإستجواب البوليسي. هذا الأخير يخول لضابط الشرطة القضائية الحق في توقيف أي شخص تواجد في مسرح الجريمة قصد توجيه بعض الأسئلة له، فإن تبين له ما يفيد ضلوعه بالجريمة أو أهمية الأقوال المدلى بها أمكن له اقتياده إلى المخفر قصد تعميق البحث معه، وهذا الإجراء رغم أهميته في مسار البحث والتحري يبقى مع ذلك خطير، بحيث يستهدف حقوق الأفراد وحرياتهم.

¹ نور الدين التانبا: قانون المسطرة الجنائية والعمل القضائي المغربي على ضوء التعديلات الجديدة. مطبعة كافي غرافي. ط. 2014. ص: 29.

² عبد الواحد العلي: شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية ج. 1. مطبعة النجاح الجديدة. ط. 2014. ص: 349.

³ أستاذنا عبد السلام بنحدو: شرع قانون المسطرة الجنائية المغربية مع آخر التعديلات. مطبعة الأفاق ط: 2012. ص: 71.

وأمام هذه الخطورة كان لزاما على التشريعات كفالة ضمانات للإفراد في مواجهة الشرطة، محاولة منها لإرساء تشريعات تكفل التوازن بين حقوق الإنسان من جهة، والعدالة الجنائية من جهة أخرى. من أهم هذه الضمانات نجد الحق في الصمت (الفقرة الأولى) والحق في الاستعانة بالمحامي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحق في الصمت

تضطلع الشرطة القضائية بصلاحيات مهمة خلال إجراءات البحث والتحرري في جل التشريعات الإجرائية المقارنة، فهي العنصر الأساسي في جميع مراحلها¹. فحينما يصل إلى عملها - أي الشرطة - وقوع جريمة ما يتوجب على هاته الأخيرة إخبار النيابة العامة بذلك فورا والانتقال إلى مسرح الجريمة في الحال لمعاينتها وللحيلولة دون اندثار الأدلة، وكذا لضبط الأسلحة أو الأدوات المستعملة. ولها في سبيل ذلك ضبط أي شخص تبين لها أنه من المفيد أخذ أقواله وكذا إقتياده إلى المخفر قصد تعميق البحث معه.

وبالتالي فإذا كان مفهوم مدى أهمية هذا الإجراء - أي الإستجواب - بكونه يحقق العدالة الجنائية، فإنه قد لا يبدو مفهومًا تخويل جهاز الشرطة صلاحيات واسعة دون مراعاة حريات الأفراد، فما الذي يضمن لنا وقوف الشرطة موقف الحياد واكتفائها فقط بالحقيقة دون محاولة منها لإنتزاع الإقرار ولو قسرا! وبالتالي حاولت التشريعات التلطيف من حدة الإستجواب بإقرارها ضمانات وحقوق للإفراد، والتي من بينها الحق في الصمت لكل شخص تواجد أمام الشرطة.

إلا أن التشريعات المقارنة اختلفت في درجة هذا الحق، بحيث هناك من وسع هذا الحق فيها إختارت تشريعات أخرى التضييق منه أو الصمت بخصوصه.

وبالرجوع إلى التشريعات التي أقرت هذا الحق صراحة نجد غالبيتها تنتمي للمدرسة الأنجلوسكسونية ذات المسطرة الإتهامية، وهذا التوجه قد يفسره قوة جهاز الشرطة والصلاحيات الواسعة التي تضطلع بها في تلك الدول. ففي المحرك الرئيسي للإجراءات الممهدة للمحاكمة، كما أنه لا وجود للنياحة العامة ضمن قوانينها الإجرائية بمفهومها المعروف عندنا، كما خولها - أي الشرطة - القانون صلاحيات واسعة بغية تحقيق أكبر قدر ممكن من الفعالية².

وهكذا نص التشريع الإنجليزي في القاعدة الثانية من قواعد القضاء على أنه: إنك ليس ملزما لكي تقول شيء إلا إذا رغبت في ذلك، ولكن كل ما تقوله سيدون وربما يقدم دليلا³. هذا التعبير حسب الفقه⁴ له من الأهمية ما يجعله يرتقي إلى مضاف ضمانات الحريات الفردية ضد أي تعسف من طرف جهاز الشرطة، وهو يمتاز بخاصيتان ذات أهمية كبرى:

¹ تحت إشراف النيابة العامة في بعض التشريعات دون الأخرى كنا سنرى حقا.

² Delmar Karlen and Others : Anglo- Amiran, Criminal Justice, 1963.

³ Was usually understood quite well, but often misinterpreted. When has an officer made up his mind to charge a person? This was always the burning question, because once he had made up his mind to charge up, he must caution that person.

⁴ دافلن: م.س.ص: 30.

أولى هاته الخاصيات تتجلى في تحذير المشتبه فيه بكونه غير مجبر على الكلام.

وثانيتها تتجلى في تذكير المشتبه فيه بخطورة الأقوال التي يمكن أن يدلها وأنه يتوجب عليه التفكير مليا قبل الإدلاء بأقواله.

وتم تعزيز هذا عبر التوسيع من نطاقه، وذلك من خلال القاعدة الخامسة من قواعد القضاء التي ألزمت ضابط الشرطة قبل توجيه أي سؤال للمشتبه فيه أن يوجه له تحذير على الصيغة التالية: هل ترغب في أن تقول أي شيء في إجابتك عن التهمة؟

أنت غير ملزم بقول شيء ما لم تكن راغبا في ذلك، وكل ما تقوله سيدون كتابة عند الإقتضاء ويجوز تقديمه في الإثبات¹.

وقد سائر التشريع الأمريكي نظيره الإنجليزي فيما يخص الحق في الصمت، وذلك حرصا منه على تحقيق توازن عادل بين الفرد والدولة، أخذا بعين الإعتبار إنعدام المساواة بينهما، فيلزم الدولة بتبرير كل عمل ينطوي على المساس بالحريات الفردية إنطلاقا من كون هذا الأخير -أي المشرع الأمريكي- يعطي الأولوية للحريات الفردية². فلا شك أن الإستجواب البوليسي ليس مجرد إجراء روتيني يهدف إلى مجرد تجميع المعطيات الأولية للجريمة، بل هو إجراء خطير³ يهدف من وراءه الحصول على الإعتراف.

وهذا ما فطن إليه القضاء الأمريكي⁴، فإستند إلى الضمانات الدستورية الواردة أساسا في التذليل الخامس⁵، ألزم ضابط الشرطة وقبل البدئ في أي أستجواب أن يحذروا المشتبه فيه وفق الصيغة التالية:

1. لكل الحق في الصمت، فإذا رغب المشتبه فيه لزوم الصمت وجب على الضابط أن يكف عن الاستجواب.

2. إن أي قول تدلى به قد يستخدم ضدك في المحاكمة⁶.

¹ . Desirez- vous dire quelque chose on reprise cette accusation ? vous n'yetes pas obligé et vous repondez seulement si vous le desirez, mais si vous parley. tout ce que vous dire sera consigne et le cas échéaut, pourra pervire de preuve.

- les juges rules, R.C.P.C 1973 N° 269.

- كما جاء القانون المتعلق بتنظيم العلاقة بين سلطة البوليس وحقوق المتهم:

- قانون 1 يناير 1986 ليؤكد على أحقية الفرد المطلقة في الصمت والإحتفاظ بسلوكه، ولا يجبر أبدا على الكلام أو الرد على أي إجابة، بل وللمحكمة حق معاقبة الضابط المخل بهذا الحق طالما أن صمت المتهم وإمتناعه عن الإجابة إنما هو إستعمال لحق مقرر بمقتضى القانون.

² . ج.فروم، ص:345.

³ . قد يغير مسار المستجوب معه كليا ويدفع به نحو غياهب السجن.

⁴ . كما تبنى مكتب التحقيقات الفيدرالية "FBI" هو الآخر لهذه المبادئ الدستورية بعد صدور قاعدة ميراندا الشهيرة سنة 1966.

⁵ . يراجع التعديل الدستوري الخامس.

⁶ . ديلمار كارولين وآخرون: م.س.ص: 127.

وأكد القضاء الأمريكي -مجسداً في المحكمة الاتحادية العليا- هذا الحق بالقول بأن التنبيه يؤدي دوره كضمانة ضد الإستجواب البوليسي¹. كما ذهب الفقه هو الآخر نحو تأييد قرارات المحكمة العليا، بأن اشترط إعلام ضابط الشرطة للمشتبه فيه -أو المتهم نظراً للخصوصية التي يتميز بها النظام الإتهامي الأنجلوسكسوني- بأنه إن اختار طريق الصمت فإن ذلك لن يستنتج منه دليلاً على إدانته². ذلك أن الفقه الأمريكي يؤمن بخطورة المرحلة، ويرى فيه ضرورة ملحة للتغلب على مختلف الضغوطات النفسية التي قد يواجهها المشتبه فيه من جهة، ولكونه يعد تأكيداً على حرية المشتبه فيه في الإستفادة من إمتيازاته الدستورية في الوقت الذي يراه مناسباً من جهة أخرى³.

وبالتالي يتبين لنا بوضوح إقرار النظام الأنجلوسكسوني للحق في الصمت صراحة وبشكل لا يدع معه مجالاً للشك، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن موقف التشريع الفرنسي والمغربي من الحق؟

بالعودة إلى التشريع الفرنسي نجد أن هذا الحق يعد من الحقوق التي أثارت نقاشاً حاداً على مستوى الفقه والقضاء وحول الجدوى منه، حيث لقي معارضة من طرف بعض القضاة الذين وصفوه بأنه حق زائد ولا فائدة من إقراره طالما تسمح به الممارسة العملية لرجال الشرطة، فلا أحد له الحق في إجبار أي شخص على الكلام. كما ذهب البعض الآخر إلى حد القول بأن صمت المشتبه فيه ينطوي عليه إمكانية تفسير صمته ضد لمصلحته وأنه دليل على تورطه في الجريمة، فالمصلحة تقضي على المشتبه فيه الكلام إن كان فعلاً بريئاً لا الصمت⁴.

وهذا ما تبناه المشرع الفرنسي -خلال قانون 1993- حيث لم يعترف للمشتبه فيه بالحق في الصمت مكتفياً بحقه في الإستعانة بالمحامي⁵ غير أن هذا الرفض سرعان ما يستم العدول عنه بأن صدر قانون تعزيز قرينة البراءة⁶، بحيث إترف ولأول مرة للمشتبه فيه بحقه في الصمت. كما أن التخوفات التي أثارها القضاة وضباط الشرطة بخصوص الحق سرعان ما تم تبديدها، فالتجربة العملية تؤكد على أن جل المشتبه فيهم لا يلجؤون إليه رغم تنبيههم من طرف الشرطة على إعتبار أن جل المشتبه فيهم في حاجة إلى الكلام لا الصمت⁷.

هذا عن المشرع الفرنسي، فماذا عن نظيره المغربي؟

¹ . محمد أحمد ضد الترهوني: ضمانات المتهم قبل المحاكمة في الإجراءات الجنائية على ضوء المواثيق الدولية ومبادئ الشريعة الإسلامية. أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص. كلية الحقوق. الرباط أكادال. السنة الجامعية. 2000-2001. ص: 94.

² . عبد الستار سالم الكبيسي: ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة 2013 ص: 350.

³ . أو كما وصفته المحكمة الاتحادية العليا بكونه -أي الإستجواب- يهدف لوضع المشتبه فيه في مثل تلك الحالة العاطفية فيما يتصل بإضعاف قدراته لإعطاء قرار معقول.

17- راجع شادية شومي: حقوق الدفاع في الإجراءات الجنائية السابقة على المحاكمة (عناصر من أجل محاكمة عادلة) أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة. كلية الحقوق الدار البيضاء السنة الجامعية 2002. ج II ص: 348.

⁴ . La mise en état des affaires pénales p.275.

⁵ . محمد العروصي: حق الصمت في قانون المسطرة الجنائية. مجلة الملف ع: 15 نونبر 2009.

- كذلك شادية شومي: م.س.ص: 348.

⁶ . قانون 516 الصادر بتاريخ 15 يونيو 2000-م-1-63 منه.

⁷ . شادية شومي: م.س.ص: 348.

بالعودة إلى الدستور المغربي نجده ينص في الفقرة 3 من ف 23 على أنه: "يجب إخبار كل شخص تم إعتقاله على الفور وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه ومن بينها حقه في التزام الصمت..."

وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من م 66 م.ج التي تنص على: "يتعين على ضابط الشرطة القضائية إخبار كل شخص تم القبض عليه أو وضعه تحت الحراسة النظرية فوراً وبالكيفية التي يفهمها بدواعي إعتقاله وبحقوقه، ومن بينها حقه في إلتزام الصمت"

هذا الحق الذي ظل المشرع المغربي غير معترف به إلا أمام قاضي التحقيق¹ تم إدراجه لأول مرة أمام الشرطة القضائية بمناسبة البحث التمهيدي، وذلك بموجب التعديل الذي أتى به قانون 11-35 لسنة 2011.

وقد تم الإبقاء على ذات المقتضى ضمن طيات مسودة قانون المسطرة الجنائية، حيث تم الإحتفاظ بنفس الصيغة الحالية في الفقرة الأولى من المادة 66-2. إلا أن الإشكال يطرح حول توقيت بداية الاستفادة من الحق في الصمت، هل هو قاصر على الوضع تحت الحراسة، أم حتى أمام الإستجواب البوليسي سواء قبل الوضع تحت الحراسة أم بعده؟

في نظري فإن العبارة المستعملة في نص م 66-2-66-66 من المسودة- جاءت فضفاضة تسع جميع المراحل الإجرائية للبحث والتحري، ذلك أن المشرع حينما نص على أنه يتعين على ضابط الشرطة القضائية... إخبار كل شخص تم القبض عليه أو وضعه تحت الحراسة... فإنه ابتغى من وراء ذلك المرحلتين معاً، فلو أراد المشرع المغربي حصر هذا الحق على الحراسة النظرية فقط لفعل ذلك صراحة. وبالتالي يكون المشرع المغربي قد ساير التشريعات المقارنة- التي تم الإعتماد عليها في هذا المقال- بأن اعترف للمشتبه فيه بالحق في الصمت.

الفقرة الثانية: الحق في الإستعانة بالمحامي.

بداية أشير إلى أن هذا الحق عرف تساؤلات كثيرة حول الجدوى من إقراره رغم أهميته في تكوين عقيدة القاضي الجنائي، ودوره الكبير في ضمان سلامة الإجراءات عموماً والبوليسية منها على وجه الخصوص². فالإستجواب البوليسي حق مهم يساعد الشرطة على الوصول إلى الأدلة التمهيدية المؤدية للكشف على الجريمة، كما ويساعد المشتبه فيه على ضمان سرية الأبحاث وعدم التشهير به وضمان طوعية الإدلاء بالأقوال... خصوصاً وأنه مجرد مشتبه فيه ليس إلا. إلا أنه رغم كل ذلك يبقى الإستجواب إجراء خطير يهدد الأفراد، بحيث يمكن استغلاله لإنتزاع الإعتراف قسراً³، الأمر الذي مهد ل طرح التساؤلات حول مدى أهمية هذا الحق لدى مختلف الأوساط الفقهية.

فما موقف التشريع من هذا الحق؟

¹ . بموجب الفصل 134 ق.م.ج.

² . Bernard BOULOC : L'acte d'instruction, Thèse, Paris 1965.P : 166.

- أشار إليه عبد الستار سالم الكبيسي: م.س.ص: 267.

³ . عبد الستار سالم الكبيسي: م.س. الموضوع السابق.

إتفقت التشريعات المقارنة –المعتمدة في هذه الدراسة- على أهمية هذا الحق للمشتبه فيهم، إلا أنها اختلفت في التوقيت الذي يجب فيه تمكينهم منه، و امتد هذا الإختلاف ليشمل دور المحامي خلال هذه المرحلة.

1- موقف الأنظمة الأنجلوسكسونية: عملت جل الأنظمة الأنجلوسكسونية على التوسيع من دائرة الحق في الإستعانة بالمحامي أمام الشرطة، فالتشريع الأمريكي مثلاً وضع على عاتق الشرطة واجب تحذير المتهم بكونه غير ملزم على الكلام إلا في حضور محامية تحت طائلة بطلان الأدلة المتحصلة في حالة إغفال هذه الضمانة¹. والعلّة في ذلك تكمن في التعديل الدستوري السادس. الذي عمل على الإرتقاء بالحق في الإستعانة بالمحامي إلى مضاف المبادئ الدستورية².

كما تنص م.5 من ق.إ.ج الإتحادي على أنه: يجب على الإدارة –أي الشرطة- أن تقدم المساعدة للمشتبه فيه للإلمام بعناصر الواقعة المنسوبة إليه³. يتبين لنا من خلال نص المادة أعلاه أنه وإن كانت لم تتضمن الحق في الإستعانة بالمحامي صراحة، إلا أنها أشارت إليه ضمناً من خلال عبارة تقديم كل مساعدة للمشتبه فيه.

وإذا كانت المادة السالفة الذكر لم تنص صراحة على الحق في الإتصال بالمحامي، فإن المحكمة الإتحادية العليا⁴ قد حسمت النقاش بأن أقرت للمتهم الحق في الإستعانة بالمحامي أمام الشرطة في عدة قرارات، حيث ذهبت في أحد قراراتها إلى أنه: يتمتع المشتبه فيه بالموازرة من قبل المحامي في القضايا المعاقب عليها بعقوبة حبسية تساوي أو تفوق ستة أشهر⁵.

وذهبت في قرار آخر إلى أنه: متى كان المشتبه فيه خطر الحرمان من الحرية، فإنه يمكن من المحامي أمام الشرطة⁶. وتجسد هذا الحق في قضية ميراندا حينما ذهبت المحكمة الى أن: الإمتياز الوارد في التعديل الدستوري الخامس ضد التجريم الذاتي يتطلب نصح المحتجز بهذا الإمتياز، وبالحق في أن يكون له محام حاضر أثناء الإستجواب وأن يعين له محامياً إذا كان غير قادر مالياً⁷.

¹ . مصطفى العوي: ص: 574.

² . الأمر الذي دفع بالبعض إلى القول بأنه: تظل الحماية المخولة للمشتبه فيه من طرف التشريعات ذات المسطرة التفتيشية –كفرنسا مثلاً- أمام الشرطة القضائية قاصرة وغير كافية إذا ما تم مقارنتها بالحماية المخولة له من طرف التشريعات الإنهامية –وعلى رأسها إنجلترا والولايات المتحدة- فهنته الأنظمة تؤمن ضمانات فعالة لحماية حقوق الدفاع.

- للمزيد من التوضيح يراجع: شادية شومي: م.س.ص. 341 ج ١١ .³ محمد أحمد ضو الترهوني: م. س. ص: 99

³ . محمد أحمد ضو الترهوني: م. س، ص: 99

- كما نصت م. 1354 من قانون ولاية تكساس على أنه: يسمح للمشتبه فيه المحبوس بالإتصال بمحاميه الذي إختاره بنفسه دون أن يكون بينهما حاجز ودون التنصت عليهما أو إستعمال تقنية التسجيل.

- كذلك نفس الشأن نصت عليه م 82 من قانون ولاية كاليفورنيا.

⁴ . عبد الستار سالم الكبيسي: م.س.ص: 352.

⁵ . The presedent commission on Law, reinforcement & Adm of justice, the, challenge of crime in a free society 1967 p, 128.129.

⁶ . Baldoing case New York 1970.

⁷ . Miranda case 378 USA 478.429.1964.

وقضت ذات المحكمة في قضية أسكوبيدوا أنه: لحظة بدأ بنشاط المحامي تكون في بداية تحول الإجراءات من تمهيدية إلى إتهامية، وأن الحاجة إلى المحامي تتحدد باللحظة التي يركز فيها على المتهم بغية إنتزاع إقراره¹.

هذا عن التشريع الأمريكي، فماذا عن التشريع الإنجليزي؟

عرف التشريع الإنجليزي تساؤلات حول مدى أحقية المتهم في الإستعانة بالمحامي أثناء الإستجواب البوليسي، خصوصا وأن هذا الحق مضمون في حالة لجوء الشرطة إلى القبض على المتهم ووضعه تحت الحراسة.

كما اغفل القضاء الإنجليزي إقرار هذا الحق للمشتبه فيه –المرحلة الأولى من مراحل البحث والتحري- أو المتهم- المرحلة الثانية وهي مرحلة توجيه الإتهام- بشكل صريح، غير أن الواقع العملي أنذاك كان يحتم على الشرطة الإستجابة لطلب المستجوب معه وتمكينه من محاميه إمتدادا للتحذير الذي يفرض على الضابط توجيهه للمشتبه فيه أو المتهم من جهة، وكون أنه إذا رفض الضابط الإستجابة لمطالب المتهم قد يدخله في خانة خرق الإمتياز ضد تجريم الذات المنصوص عليها في قواعد القضاء²، ولبدأ سلامة الإجراءات³ وللحق في الصمت.

وقد دعت اللجنة الملكية الإنجليزية جهاز الشرطة في تقريرها عن صلاحيات الشرطة وإجراءاتها إلى ضرورة إخبار المتهم بحقه في الإستعانة بالمحامي خلال مرحلة البحث التمهيدي، وبالأخص خلال الإستجواب ما لم يرى الضابط خلاف ذلك مستندا في ذلك على أساس معقول⁴.

غير أن كل ذلك لم يكن كافيا على إعتبار أن العرف العملي وتوجهات اللجنة الملكية ليستا إلا إلتزام أخلاقي يلقي على ضابط الشرطة، لكن هذا الأمر لم يدم طويلا حيث تم منح المتهم الحق في الإستعانة بالمحامي لحضور الإستجواب البوليسي بموجب التعديل الذي أدخل على قواعد القضاء⁵. وهذا ما لقي تأييدا من الفقه الإنجليزي الذي يرى أنه من حق المتهم أن يستعين بمحاميه أثناء الإستجواب البوليسي خصوصا إن هو أصر على الحق في الصمت. كما ربط الفقه الإنجليزي الحق في الإستعانة بالمحامي بقاعدة طوعية الإلءاء بالأقوال الذي دأب القضاء

¹ . Escobedo case V. Illinois. Supreme Court. 1964.

- غير أنه لا يمكن أن نفهم من أن القضاء الأمريكي ومع النظام برمته قد تقبل بهذا الحق وسلم به منذ البداية، فلا الدستور الإتحادي ولا قوانين الولايات نصت على بداية الإستفادة منه، الأمر الذي دفع بفريق من الفقه –مدعوما بالقضاء- إلى إنكار هذا الحق برمته أمام الشرطة، حيث ذهب أحد القضاة إلى القول: إن منح المشتبه فيه حق الإستعانة بالمحامي يعني أن هناك خطرا حقيقيا على تنفيذ القانون. (القاضي هارلان في قضية ميراندا 316.12) كما أيد هذا الموقف قاضي آخر بالقول: إذا ما وصل المحامي لمركز الشرطة، فإنه من الناظر جدا أن نصل إلى الإقرار. (القاضي جاكسون في قضية واتس ضد إنديانا 338.49.59 US).

- للمزيد من التوضيح تراجع عبد الستار سالم الكبيسي: م.س.ص: 353 وما بعدها.

² . قاعدة أو مبدأ الإمتياز ضد التجريم الذاتي.

³ . الحق في سلامة الإجراءات.

⁴ . The Royal Commission on criminal Procedure, Police Interrogation London 1981 p : 10.

⁵ . The English home office, Judges Rules 1964.

الإنجليزي على إقراره مع تقرير بطلان الأدلة المتحصلة في حالة عدم الإلتزام بطوعية الإدلاء بالأقوال¹. وبالتالي فالحق في الإستعانة بالمحامي يعد إمتدادا للحقوق الواردة أعلاه.

2- موقف الأنظمة اللاتينية من الحق: اتسم موقف الأنظمة التفتيشية بخصوص الحق في الإستعانة بالمحامي بالتذبذب والتضيق من نطاقه، فالتشريع الفرنسي مثلا ظل إلى حدود سنة 1993 غير معترف بهذا الحق أمام الشرطة القضائية²، مربرا موقفه بأن هذه المرحلة غير قضائية ولا ينتج عنها إدانة المشتبه فيه، كما أنه لا يمكن إعتبار المستجوب معه متهما أمام الشرطة القضائية، وأنه سيمكن من محاميه أمام قاضي التحقيق حيث سيتم إعادة الإجراءات أمام هذا الأخير³.
إلا أن المشرع الفرنسي تنبه للخطورة التي يتسم بها الإستجواب، فعمل على إقرار هذا الحق في المادتين 63 و94 ق.م.ج بموجب قانوني 1993-1994⁴. كما عمل على تعزيزهما بموجب قانون 516 الصادر بتاريخ 15-06-2000م، غير أن كل تلك القوانين لم تتضمن حق المشتبه فيه في الإستعانة بالمحامي خلال مرحلة الإستجواب البوليسي، بل كل ما هنالك أنه أقر هذا الحق خلال الوضع تحت الحراسة، وهو ما نفهم منه أن المشرع الفرنسي ظل وفيما لمبادئ المسطرة التفتيشية، وأنه بعيد عن المستوى المنشود.

وإذا كان هذا الموقف التشريع الفرنسي، فماذا عن التشريع المغربي؟

المشرع المغربي وإلى حد قريب لم يكن يقر هذا الحق كما لم يمنعه كذلك، فنصوص قانون المسطرة الجنائية الملقاة لم تقرره صراحة ولم تمنعه كذلك. الأمر الذي أدى لتضارب الآراء الفقهية حول إستفادة المشتبه فيه من إمكانية الإستعانة بالمحامي أمام الشرطة فذهب بعض الفقه⁵ إلى القول بأنه لا يمكن للمشتبه فيه الإستعانة بالمحامي أثناء الإستجواب البوليسي، على اعتبار أن هذه المرحلة تتسم بالسرية وأنها ذات طابع تفتيشي محض⁶.

¹ . محمد أحمد ضو التهوني: م.س.ص: 98.

² . حيث برز تيار فقهي معارض لهذا الحق أبدو تخوفهم من أن يشكل حضور المحامي عرقلة للبحث والتحري، على اعتبار أن هذه المرحلة تستدعي في بعض الأحيان استعمال نوع من الجبر والقهر اللذان لا يتعارضان في مضمونهما مع حقوق الدفاع.
- للمزيد من التوضيح راجع شادية شومي: م.س.ج 2 ص: 335 وما يليها.

³ . Vroom (p) : op.cit. p : 211.

⁴ . عمل المجلس الدستوري الفرنسي على الرقي بهذا الحق إلى مصاف المبادئ الدستورية، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 11 غشت 1993.
- Le droit de la personne à entretenir avec un avocat ou course de la garde à vie, constitue un droit de la defence qui s'exerce durent la phrase d'anquete de la procedure pénale.
- Decision du consiel constitutionnel française du 11 Aout 1993.

⁵ . محمد عياط: الندوة العربية لحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ص: 465.464.

⁶ . إلا أن التسليم بهذا الرأي يقتضي أن وجود المحامي مع المشتبه فيه يخرق قاعدة السرية التي تتسم بها مرحلة البحث التمهيدي، وهذا القول مجاني للصواب فالسرية إنما قررت ضمانا لعدم التشهير بالمشتبه فيه، ومحامي المشتبه فيه يعد من بين الأشخاص الملزمين بكتمان السر المهني. وهو و المشتبه فيه يشكلان وحدة واحدة.

كما أن المشرع لم يبين الطريقة التي يلزم بها المشتبه فيه على الصريح بما عنده من معلومات، غير أن التجربة العملية تقضي بأنه لكي يحمل المشتبه فيه على الإدلاء بما عنده فيكفي وضعه رهن الحراسة النظرية مدة معينة ومنعه من حرية التنقل¹، وهذا الإجراء خطير في حد ذاته حيث يمكن استغلاله في كثير من الأحيان ضدا على قرينة البراءة²، خصوصا وأن المشرع المغربي جعل قرار الحراسة النظرية بيد الضابط يستعمله كيف يشاء كلما اقتضته ضرورات البحث. وبالتالي تتضح أهمية حضور المحامي لجلسات الإستجواب البوليسي³.

ونظرا للأهمية الملحة التي أضحت يلعبها المحامي، فإن المشرع المغربي نص على هذا الحق ولأول مرة في م 66 ق.م.ج الصادرة سنة 2002، إلا أن هذه الضمانة لم تشمل الإستجواب البوليسي بل اقتصر على مرحلة الوضع تحت الحراسة النظرية وإلى يومنا هذا يظل المشرع المغربي ينكر هذا الحق أمام الإستجواب البوليسي، بل وحتى مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية الحالية ظلت وفيه لمبادئ النظام التفتيشي وقصرت هذا الحق على الحراسة النظرية فقط. كما أن هذا الحق يشمل فقط إمكانية إجراء إتصال هاتفي ولمدة ثلاثين دقيقة فقط، وهو ما نفهم معه أنه لا مجال لإمكانية حضوره لجلسات الإستجواب والوضع تحت الحراسة.

وبالتالي يكون المشرع المغربي قد إختار إتباع نهج نظيره الفرنسي والحفاظ على الحق في الإتصال بالمحامي بعيدا عن الإستجواب البوليسي الذي يسبق إجراء الوضع تحت الحراسة. وبالتالي تظل الضمانات التي كفلتها الأنظمة الإتهامية أقوى بكثير من تلك التي أقرتها الأنظمة التفتيشية و المختلطة.

المطلب الثاني: الوضع تحت الحراسة.

الوضع تحت الحراسة النظرية إجراء خولته التشريعات المقارنة -ومعه المشرع المغربي- للشرطة القضائية بغية تمكينها من التثبت عن الجرائم وجمع المعلومات عنها للوصول إلى مرتكبها -أو مرتكبها في حالة التعدد- ضمانا لعنصري السرعة والفعالية التي تميزان جهاز الشرطة القضائية. ويعني هذا الإجراء وضع المشتبه فيه في المحتجز المخصص له داخل مخفر الشرطة مدة معينة -قد تطول أو تقل حسب كل تشريع- ومنعه من حرية الذهاب والإياب حتى يحمل على الإدلاء بما عنده من معلومات⁴.

وهذا الإجراء لا يختلف فيه إثنان في كون رغم أهميته وضرورته فإنه إجراء خطير، حيث يمكن أن يساء استخدامه ويجعل منه إجراء قمعي يهدف إلى إنتزاع الإعتراف قسرا وضدا على قرينة البراءة. وبالتالي كان لزاما على التشريعات التدخل لتعديل الكفة وموازنتها في ما بين الشرطة والدفاع خدمة للعدالة الجنائية من جهة، وحماية لحقوق الإنسان من جهة ثانية. هذه الضمانات تتجسد أساسا في الحق في الإستعانة بالمحامي (الفقرة الأولى) والحق في السلامة الجسدية (الفقرة الثانية).

¹ . أستاذنا عبد السلام بنحدو: م.س.ص: 87.

² . أستاذنا عبد السلام بنحدو: الموضوع السابق.

³ . محمد أحمد ضو التهوني: م.س.ص: 102.

⁴ . أستاذنا عبد السلام بنحدو: م.س.ص: 87.

الفقرة الأولى: الحق في الإستعانة بالمحامي.

خلافًا للمرحلة السابقة- ونقصد الإستجواب البوليسي- لم يعرف حق الإستعانة بالمحامي خلال الوضع تحت الحراسة خلافات فقهية كبيرة، فالكل شبه متفق على أهمية هذا الحق في ضمان سلامة الإجراءات، كما أن جل التشريعات اعترفت بهذا الحق للمشتبه فيه أمام الضابطة القضائية. إلا أن الإختلاف برز حول كيفية تمكنه من هذا الحق، والوقت الذي يحق له ممارسته، حيث من التشريعات من عملت على توسيع هذا الحق، فيما إختارت أخرى التطبيق من نطاقه، فمن التشريعات التي إختارت التوسيع من نطاقه نجد دائما الأنظمة الإتهامية¹ وعلى رأسها النظامين الإنجليزي والأمريكي:

فالتشريع الإنجليزي يخول للشرطة صلاحيات واسعة في المراحل ما قبل المحاكمة، حيث لها في سبيل ذلك الحق القبض على المتهم –وهو المشتبه فيه- دون الحصول على إذن قضائي سبق، بناءً على السبب المعقول للإشتباه² The Reasonable -

Cause - فهذا السبب يخول للشرطة الحق في توجيه الإتهام الرسمي للمشتبه فيه، فيصبح هذا الأخير متهمًا أمامها بإرتكابه أو محاولة إرتكابه للجريمة وبالتالي أمكن لها وضعه تحت الحراسة³⁻⁴.

وهذه الصلاحيات الواسعة التي تتمتع بها الشرطة هي التي دفعت بالمشرع للإعتراف بحق المتهم في الإستعانة

¹ . أو ما يعبر عليها الباحثين المشاركة بالنظام الأنجلوأمريكي.

² . وإلى جانب القبض بدون إذن قضائي هناك حالة أخرى للقبض القانوني الصحيح، ويتعلق الأمر بالقبض بإذن قضائي، حيث يتم توجيه التهمة للمشتبه فيه متبوعا بصدور إذا قضائي بالقبض عليه أو تكليفه بالحضور حيث يقدم إلى أحد قضاة الصلح، (Laying of an information followed by a warrant of arrest or simmons) سواء عن طريق البلاغ الكتابي أو الشفهي، كما لا يشترط في الإجراءات الجنائية الإنجليزية شكل خاص لتوجيه الإتهام، غير أنه من الناحية العملية يتم توجيه الإتهام كتابة وبعد أداء القسم إذا كان مطلوبًا أيضًا لإصدار الأمر بالقبض، أو إذا نص القانون على غير ذلك.

- أحمد عوض بلال: التطبيقات المعاصرة للنظام الإتهامي في القانون الأنجلو أمريكي ه: 15 ص: 123.

³ . وهكذا أسست القوانين الإنجليزية سلطة الشرطة في القبض على المتهم بناءً على السبب المعقول للإشتباه، ونأخذ على سبيل المثال قانون القضاء الإنجليزي لسنة 1767 والذي أجازت م 63 منه الكونستابل –ضابط الشرطة- من أن يلقي القبض على المشتبه فيه الذي أخل بشروط إطلاق السراح بكفالة. وقانون إحضار جسم السجين (Habes Corpus) لسنة 1952 والذي أجاز للضابط بموجب م 491 القبض على من تخلص من القبض المشروع بصورة غير مشروعة.

- يراجع عبد الستار سالم الكبيسي: م.س.ص: 305 وما يلها.

⁴ . Anne Reid : un nouveau départ dans le procédure pénal anglaises la police and criminal Evidence Art .R.S.C Crim 1987 N°577.

- ومدة القبض في التشريع الإنجليزي كما نصت عليها م 43 ق.ش.إ.ج هي 24 ساعة قابلة للتمديد من طرف الضابط إلى 36 ساعة بناءً على إذن ممنوح من الضابط الأعلى رتبة، مع ضرورة إرفاقه بالأسباب المعقولة للإنتباه دانما.

كما ويجوز تمديد هذا القبض لمدة 36 ساعة أخرى، لكن تحت شروط إقتضتها م 52 من ذات القانون، حيث إشتطرت الحصول على إذن صريح من قاضي التحقيق، مع ضرورة إقتران التمديد بضرورات البحث، وعموماً فالقبض وفق التشريع الإنجليزي لا يمكنه أن يتجاوز 72 ساعة كحد أقصى.

- يراجع محمد أحمد ضو الترهوني، م.س.ص: 230-231.

بالمحامي للدفاع عن نفسه في أي مرحلة من مراحل البحث البوليسي بما فيها الوضع تحت الحراسة، كما خول له الحق في الصمت وعدم الكلام إلا في حضور محاميه للتشاور معه ومراقبته لسلامة الإجراءات¹.

وما قبل عن التشريع الإنجليزي يقال عن التشريع الأمريكي، فهذا الأخير هو الآخر مكن الشرطة من صلاحيات واسعة في إدارة الإجراءات الجنائية السابقة على المحاكمة، حيث تمارس صلاحيات وسلطات واسعة تؤثر بلا شك على الحلقات الإجرائية اللاحقة². لعل أهم تلك الصلاحيات القبض على المتهم -المشتبه فيه في التشريع المغربي مثلا- دون الحصول على إذن قضائي مسبق³، بناء على السبب المحتمل للإشتباه (The Probable Cause).

وبالتالي وأمام قوة الشرطة إرتئى المشرع الأمريكي تخويل المتهم ضمانات لا تقل أهمية عن سلطات الشرطة⁴، لعل أقواها الحق في الإستعانة بالمحامي لحضور جلسات الإستجواب السابقة على قرار القبض واللاحقة عليه، وكذا للتشاور معه ومراقبة ظروف القبض وغير ذلك.

ومرد هذا الحق يكمن أساسا حتى التعديل الدستوري السادس وللقوانين الداخلية للولايات، من ذلك مثلا ما نصت عليه م 82 ق. ولاية كاليفورنيا. "يحق للمقبوض عليه الإتصال بالمحامي إذا طلب ذلك، فإذا لم يسمع الضابط للمحامي زيارة موكله عوقب بغرامة قدرها خمسمائة دولار". كما أيدت المحكمة الاتحادية العليا هذا الحق في قرارها الصادر سنة 1964 حيث قالت: "يحق للمتهم الإستعانة بمحاميه أثناء مرحلة البحث التمهيدي، ومنذ لحظة القبض عليه". كما قررت أنه "يجب على الضابط تنبيه المشتبه فيه المقبوض عليه بحقه في الإستعانة

1. وإلى جانب الحق في الإستعانة بالمحامي كفل المشرع الإنجليزي للمتهم حقوقا أخرى لا تقل أهمية كمشروعية القبض، والذي يعني أنه إذا ما أغفلت الشرطة هذه الضمانة فإن أعمالها تكون مشوبة بعدم المشروعية مما يترتب عليه البطلان. وهذا ما نصت عليه م 26 ق. ش.إ.ج: "يلزم ضابط الشرطة بإعلام المتهم بأسباب القبض ومدته، إذا ضبط متلبسا بالجرم المشهود"، أو كما يعبر على هذا الظرف بأن تكون يد المتهم ملطخة بالدماء تعبيراً عن Red Handed - Davide FELLMAN : The defendant's rights under English Law 1966 P : 61. الجريمة التلبسية.

- يراجع عبد الستار سالم الكبيسي: م.س.

- وهناك ضمانات أخرى غاية في الأهمية كفلها القانون للمتهم ويتعلق الأمر بإخطار المقبوض عليه أمام السلطة القضائية المختصة خلال أقرب وقت ممكن للنظر في أمر حبسه أو توقيفه، وهذا ما نص عليه قانون إحضار جسم السجين (Habes Corpus).

- محمد أحمد ضو الترهوني: م.س.ص: 309.

² أحمد عوض بلال: الإجراءات الجنائية المقارنة فقرة 60.

³ حيث يخول التشريع الأمريكي للشرطة الحق في القبض على المشتبه فيه دون إستصدار الإذن من القاضي المختص، وتختلف حدود هذه الساطة تبعاً لدرجة خطورة الجريمة على النظام العام والحريات الفردية على حد سواء.

- ديلمار كارولين وأخرون: م.س.ص: 111.

- عبد الستار سالم الكبيسي: م.س.ص: 324.

⁴ . حيث خول المشرع كذلك جملة من الضمانات إلى جانب الحق في الإستعانة بالمحامي من قبيل إحاطة المتهم على أسباب القبض وقبل ذلك ضرورة إقتران الجريمة المرتكبة بدرجة معينة من الخطورة، بحيث إذا كانت الجريمة تقل أو تساوي 5 سنوات حبسا، جاز في هاته الحالة القبض على المشتبه فيه دون اللجوء إلى القاضي المختص أما إذا كانت العقوبة تفوق خمس سنوات سجنا فلا مجال للقبض على المتهم إلا بعد الحصول على الإذن القضائي.

- Voir la mise on état des affaires pénal..Op.Cit. p: 42.

بالمحامي واستشارته قبل إستجوابه، ويجب تأجيل الإستجواب إلى أن يصل المحامي، فإن لم تلتزم الشرطة بذلك فإن أي إقرارات تحصلت عليها وكل الأدلة يكون مألها البطلان¹⁻².

وفي المقابل نجد التشريعات التي إختارت التضييق من نطاق هذا الحق دائما التشريعات التي المستوحات من النظام التفتيشي، ونجد ذلك على سبيل المثال كل من التشريعين الفرنسي والمغربي:

* فالمشرع الفرنسي وإن إختار طريق التضييق من نطاق الحقوق والضمانات في مرحلة الإستجواب، فإنه عمل في هذه المرة على التوسيع -بحذر- من أحقية المشتبه فيه -المتهم في الأنظمة الإتهامية- في الإستفادة من المحامي. إلا أن هذا الحق لم يتم الإقرار به بشكل سلس، بل مر بمراحل مريرة، فقانون المسطرة الجنائية الملغى³ لم يتضمن هذا الحق ولم يعترف به إلا خلال مرحلة التحقيق الإعدادي⁴. ولم يعترف المشرع الفرنسي بهذا الحق إلا بموجب قانوني 1993 و1994، معترفا ولأول مرة بأحقية المشتبه فيه في الإستعانة بالمحامي أمام الشرطة في المادتين 4-63 و94 ق.م.ج.

لكن رغم ذلك ظل الغموض يلف هذا الحق حول كيفية تصور هذا الدور، الأمر الذي أدى لإنقسام الآراء الفقهية⁵. وكنتيجة لذلك نجد المشرع الفرنسي وإن أجاز للمشتبه فيه أن يطلب الإتصال بمحاميه والإطلاع على طبيعة الجريمة التي يجري البحث بصدها، إلا أنه لم يسمح لهذا الأخير من حضور جلسات الإستجواب التالي لقرار الحراسة، وأن الإتصال لم يسمح به إلا بعد مرور 20 ساعة على بداية الحراسة والحال أن أغلب حالات الحراسة قد لا تتجاوز هذه المدة⁶. كما أن مدة الإتصال لا تتفوق 30 دقيقة.

ونتيجة لذلك عمل الفقه الفرنسي على الضغط على المشرع⁷ لمحاولة ملائمة قوانينه مع المعايير الدولية، وهذا ما استجاب له المشرع الفرنسي فأصدر قانون 560 الصادر 15.01.2000 والذي جاء بمجموعة من التدابير التي من شأنها تعزيز المراقبة القضائية على أعمال الشرطة وحماية حقوق الدفاع. فكانت أهم هذه الإجراءات تتمثل في:

- إقرار حضور المحامي منذ بداية الحراسة النظرية.

¹ . محمد أحمد ضد التروني: م.س.ص: 232.

² . إلى جانب ضمانات حضور المحامي كفل المشرع الأمريكي ضمانات أخرى نصت عليها م.5 ق.إ.ج. الإتحادي: "يجب تقديم المقبوض عليه أو الموقوف بدون تأخير غير ضروري وسوغ إلى السلطة القضائية المختصة للنظر في أمر حبسه أو توقيفه".

³ . ونقصد قانون 1987.

⁴ . الأمر الذي أدى لوقوع إعتدادات جملة على الحريات الفردية، وهو ما دفع بالفقه إلى إنتقاد التوجه التشريعي الذي إعترف بهذا الحق أمام جهة قضائية تعد محل ثقة المواطن الفرنسي، ولم يعترف به أمام جهاز غير قضائي ذي سمعة سيئة في مجال حماية حقوق الإنسان.

- Robert VOUIN : droit procédure pénale Ed. J.A. Coutts Etude Comparative. p : 16.

⁵ . يراجع بخصوص موقف الفقه من الحق شادية الشومي: م.س.ص: 331 وما يليها.

⁶ . قانون 24 غشت 1994.

⁷ . حيث اعتبر الفقه الفرنسي الحراسة النظرية النقطة السوداء في التشريع معتبرين هذا الأخير -المشرع الفرنسي- بأنه لا يقر ضمانات الحرية الفردية مثل ما يقره النظام الأنجلوسكسوني ذي المسطرة الإتهامية.

إلا أن هذا الأخير وإن كان قد إعترف للمشتبه فيه بالحق في الإتصال بمحاميه منذ الساعة الأولى من بداية الحراسة، وبعد مرور 20 ساعة على بدايتها و36 ساعة في حالة تمديد الحراسة، فإنه ظل وفيما لمبادئ المسطرة التنقيبية حيث لم يمكنه المحامي من حق الإطلاع على الملف كما لا يمكنه مؤازرة المشتبه فيه خلال الإستجواب. وما قبل على المشرع الفرنسي يقال على المشرع المغربي -الذي يستقي أغلب قوانينه من المشرع الفرنسي- فهذا الأخير لم يعترف بهذا الحق صراحة خلال مرحلة البحث التمهيدي -وإن كان لم يمنعه كذلك- ولم يعترف به إلا أمام قاضي التحقيق -متبعاً نهج المشرع الفرنسي آنذاك- في قانون المسطرة الجنائية الملغاة. وبعد صدور قانون المسطرة الجنائية الحالي -سنة 2002- يكون المشرع المغربي قد تدارك النقض الذي إعتري القانون الملغى بأن إعترف بهذا الحق أمام الشرطة القضائية في م.ج.ق.م. 66 التي تنص في فقرتها السادسة على أنه: يتم ترخيص الإتصال للمشتبه فيه بمحاميه من طرف النيابة العامة إبتداء من الساعة الأولى من تمديد مدة الوضع تحت الحراسة، وذلك لمدة 30 دقيقة في جو يكفل السرية ويمنع على المحامي إخبار أي كان بما راج خلال الإتصال بموكله قبل إنقضاء هذه الحراسة النظرية¹.

إلا أن هذا المستجد الذي جاء به قانون المسطرة الجنائية لسنة 2002² وإن إعترف بهذا الحق، فإنه قد أفرغه تماماً من محتواه، حيث لم يعترف به إلا بعد الساعة الأولى من تمديد الحراسة، أي بعد 48 ساعة من إنقضاء المدة الأصلية³. وبالتالي فما الجدوى من إقراره أصلاً! هذا الإشكال حاول المشرع المغربي التلطيف منه بأن جعله ممكناً الإتصال بالمحامي بعد الساعة الأولى من إنقضاء نصف المدة الأصلية للحراسة، أي بعد إنقضاء 24 ساعة من الوضع تحت الحراسة. إلا أن هذا التعديل إعتبره الفقه مجرد ذر للرماد على الأعين، وبالتالي طالبوا بمزيد الضمانات، وهو ما إستجاب له المشرع المغربي بعد التعديلات التي أدخلها على م.ج.ق.م. 66 بموجب قانون 35.11⁴، حيث أصبح الإتصال ممكن لمدة لا تتجاوز 30 دقيقة -دائماً- قبل إنقضاء نصف المدة الأصلية للحراسة. هذا التعديل وإن كان لا يختلف فيه إثنين حول أهميته، إلا أنه ما يلاحظ على المشرع أنه لا يبدو متحمساً كثيراً فيما يتعلق بحقوق الدفاع، فأى مادة يقرر فيها ضمانات إلا ويتبعها بإستثناءات تكاد تفرغها من محتواها، فإمكانية هذا

¹ . يرجع الفضل في هذه المادة لمجلس النواب الذي عمل على إضافة الفقرة السادسة للمادة 66 من مشروع ق.م.ج لسد هذا النقص الذي إعتري م 66 من المشروع.

² قانون 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية كما تم تغييره وتتميمه بقوانين لاحقة.

³ . نصت م 66 ق.م.ج على مدة الحراسة النظرية فجعلتها في 48 ساعة كمدة أولية هذه المدة يمكن تمديدها لمدة 24 ساعة إضافية بعد الحصول على إذن كتابي من النيابة العامة المختصة.

وإذا تعلق الأمر بجريمة المس بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي فإن هذه الحراسة تكون 96 ساعة قابلة للتمديد مرة واحدة بناء على إذن كتابي من النيابة العامة.

أما إذا تعلق الأمر بجريمة إرهابية فإن مدة الحراسة النظرية هي 96 ساعة قابلة للتمديد مرتين لمدة 96 ساعة في كل واحدة بناء على إذن كتابي من النيابة العامة.

⁴ . قانون 35.11 الصادر بشأن تنفيذ ظ.ش. 1.11.169 بتاريخ: 2011.10.17 ج.ر.ع: 5990 بتاريخ: 2011.10.27.

الإتصال -ولو على علته- أصبحت بعد التعديل ممكنه قبل إنتهاء نصف المدة الأصلية للحراسة، إلا أنه يمكن للنيابة العامة تأخير هذا الإتصال بناء على طلب ضابط الشرطة القضائية لمدة لا تتجاوز 12 ساعة ابتداء من إنتهاء نصف المدة الأصلية للحراسة على سبيل الإستثناء! كما أن هذا المقتضى الجديد لم يشمل الجرائم الإرهابية التي ظلت إمكانية الإتصال بالمحامي فيها ممكنة قبل إنصرام المدة الأصلية للحراسة.

وأمام هذا الوضع التشريعي، وبناء على الإنتقادات الفقهية والحقوقية للمقتضيات المتعلقة بالإتصال بالمحامي، فإن المشرع المغربي أصدر مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية¹ لتغيير وتتميم القانون الحالي. ومن جملة مستجداته ما تعلق ب م 2-66 التي تنص على: "يتم الإتصال بالمحامي ابتداء من الساعة الأولى لإيقاف المعني بالأمر..."

لا شك في كون هذا التعديل -إن كتب له الخروج إلى حيز التنفيذ- الذي جاءت به المسودة يشكل تعزيزا لحق الإتصال بالمحامي، إذ من خلاله يمكن المشتبه فيه من الإستفادة من هذا الحق منذ بداية الإيقاف. والمقصود من هذا الإجراء تجنب الإعترافات المنتزعة عن طريق الإكراه أو التعذيب... وضمان سلامة وسائل الإثبات من جهة أخرى.²

هذا التعديل الذي جاءت به المسودة وإن كان يشكل تقدما ملموسا إذا ما تمت مقارنته مع النص الحالي، فإنه لم يسلم من الإنتقادات، فبعض الفقه³ يرى بأن يخول المشتبه فيه من حق الإتصال بالمحامي فور وضعه رهن تدبير الحراسة النظرية ابتداء من الساعة الأولى للوضع تحت الحراسة، والفورية هنا -حسب نفس الفقه دائما- تؤدي وظيفتها بشكل أكبر إذا كانت رغبة المشرع تسير نحو الحفاظ على الكرامة الإنسانية.

إلا أن الرغبة في إحترام حقوق الإنسان والكرامة الإنسانية من طرف المشرع المغربي -والمسودة ليست بإستثناء- دائما ما يكتنفها نوع من الخوف والهاجس أمني، فكلما أقر ضمانه إلا وأتبعها بإستثناء. وهذه المرة أقر المشرع في المسودة بإستثناء يتيح للنيابة العامة بتأخير الإتصال بالمحامي كلما كانت الجريمة تشكل جنائية، أو جريمة إرهابية واقتضت ضرورات البحث تأخير هذا الإتصال بناء على طلب ضابط الشرطة القضائية، على أن لا تتجاوز مدة التأخير نصف المدة الأصلية للحراسة.

وبالتالي فما الجدوى من إقرار حق وإتباعه بإستثناء يفرغه من محتواه! خصوصا وأن التأخير مبني على طلب ضابط الشرطة القضائية بناء على ضرورات البحث، هذه الضرورة تخضع لتقدير ضابط الشرطة القضائية وهو ما يتعارض مع حقوق الدفاع.

¹ . مسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم ق.م.ج الحالي الصادر بتاريخ 2014.11.17.

² . محمد عياط: ملاحظات مبدئية حول بعض جوانب تعديلات قانون المسطرة الجنائية التي هيئتها وزارة العدل والحريات، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية 117-118 يوليو. أكتوبر 2014 ص: 13.

³ . المرجع السابق.

وبالتالي يكون المشرع المغربي -ومعه الفرنسي وإن بحدّة أقل- قد حافظ على مبادئ للنظام التفتيشي، وما يساير -بل ويبيد كل البعد- تطور الأنظمة الإتهامية الأنجلوسكسونية في إقرارها لحقوق الدفاع، حيث لم يقر حق الإستعانة بالمحامي لحضور جلسات الإستجواب ومراقبة الوضع تحت الحراسة. فكل ما هنالك أنه أقر حق الإتصال بالمحامي ولمدة لا تتجاوز 30 دقيقة، مع وجود إستثناءات تحد أو تفرغ هذا الحق من محتواه.

الفقرة الثانية: الحق في السلامة الجسدية

الحق في السلامة الجسدية أو الحق في الفحص الطبي إجراء القصد من وراءه التأكيد من طواعية الإدلاء بالإقوال أمام الشرطة القضائية، و إحترام مبادئ حقوق الإنسان أثناء فترة الوضع تحت الحراسة والإستجواب البوليسي عموماً. وهذا الحق يعد من الحقوق الهامة -بل وغاية في الأهمية- للمشتبه فيه وللشرطة القضائية على حد سواء، وذلك لعلّة تكمن في ضمان إحترام الكرامة الإنسانية ومنع التعذيب والإكراه وغيره من جهة، ولضمان سلامة الإجراءات والإطمئنان للمحاضر المحررة من طرف الضابطة القضائية من جهة أخرى.

ونظراً لأهمية هذا الحق فنتساءل عن موقف التشريعات المقارنة منه؟

بالرجوع إلى التشريعات المقارنة -المعتمدة في هذا البحث- نجد أنها لم تنهج نفس الموقف بخصوص الحق، فالتشريعات الأنجلوسكسونية لم تنص على الحق في الفحص الطبي أمام الشرطة مكتفية بتبرير موقفها يكون المتهم مؤازر بالمحامي أمام جميع المراحل الإجرائية، كما أن المتهم -ومعه المشتبه فيه- يستفيد من الإمتياز ضد التجريم الذاتي الوارد في الدستور واعتباره من المبادئ الدستورية.

وخلافاً لذلك نجد الأنظمة المستوحات من النظام اللاتيني -فرنسا والمغرب على وجه الخصوص- قد أقرت صراحة هذا الحق للمشتبه فيه لمواجهة الشرطة القضائية، وهذا حال المشرع الفرنسي، فهذا الأخير وبعد أن كان لا يعترف للمشتبه فيه بالحق في الفحص الطبي، وبعد أن خول لهذا الأخير ولوحده الحق في طلب إجراء عند وضعه تحت الحراسة النظرية وفقط في حال التمديد. جاء قانون سنة 1993 ليضع حداً لتجاوزات المراحل السابقة بأن إعترف بهذا الحق للمشتبه فيه الموضوع تحت الحراسة عند وضعه مباشرة تحت هذا التدبير، كما خول لأحد أفراد أسرته الحق في طلب إجراء. ولم يكتف المشرع الفرنسي بهذا الحد فقهاً بل أقر هذا الحق عند إتخاذ قرار التمديد الحراسة، دون أن ننسى تخويل المشرع لكل من وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق الحق في تعيين طبيب لإجراء الفحص الطبي على المشتبه فيه بشكل تلقائي إذا بدت على هذا الأخير علامات تعذيب أو عنف¹.

¹ م. 3 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمادة 3-63 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي.

كما لزم المشرع الفرنسي¹ أن يتضمن ملف القضية شهادة طبية تفيد بمدى قدرة المشتبه فيه على تحمل الحراسة النظرية، مع إشعار ضابط الشرطة القضائية المشتبه فيه بحقه في إجراء القصص الطبي وكيفية يفهمها مباشرة حق إتخاذ قرار الوضع تحت الحراسة².

وتتمينا للحق في السلامة الجسدية ومراعاة الحقوق للإنسان والعدالة الجنائية أقر المشرع الفرنسي ضمانات أخرى تدعم هذا الحق، ويتعلق الأمر بإلزام ضابط الشرطة القضائية بتضمين المحضر للمدة التي استغرقها الإستجواب، وفترات الراحة التي منحت للمشتبه فيه، واليوم والساعة التي بدأت فيها الحراسة النظرية واليوم والساعة التي إنتهت فيه. مع الإشارة في المحضر إلى جميع الطلبات التي تقدم بها المشتبه فيه³.

ولم يكتف المشرع الفرنسي بهذا الحد بل عمل بموجب قانون تدعيم قرينة البراءة-ق.560 لسنة 2000- على إدخال إصلاحات للحراسة النظرية بأن أشار ولأول مرة على الحق في التغذية الصحية للمشتبه فيه، مع إلزام ضابط الشرطة القضائية يتضمن عدد مرات التغذية الممنوحة للمشتبه فيه في المحضر⁴.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد إعتترف بالحق في السلامة الجسدية -خصوصا الحق في الفحص الطبي- فما هو موقف مشرعنا المغربي؟

بالرجوع إلى نصوص قانون المسطرة الجنائية نجد هذا الأخير -المشرع المغربي- أقر هذا الحق لكن ليس أمام الشرطة القضائية، بل أمام النيابة العامة فقط بموجب تعديل 1991. الأمر الذي دفع إلى التساؤل حول الجدوى من اللجوء إلى الفحص الطبي أمام النيابة العامة وإغفاله أمام الشرطة القضائية، خصوصا وأنا نعلم بأن الحراسة النظرية في التشريع المغربي طويلة نسبيا -بل والأطول من بين التشريعات المعتمدة في هذه الدراسة- وبالتالي فإن هذا الحق قد يفرغ كليا من محتواه على إعتبار أن هذه المدة قد تكون كافيا لمحو آثار التعذيب⁵!

1. م.1-63 ق.م.ج.

2. وتتمينا للحق في إجراء الفحص الطبي نص المشرع الفرنسي على ضمان السلامة الجسدية للمشتبه فيه الموضوع تحت الحراسة كذلك بأن نص في قانون تعزيز قرينة البراءة ولأول مرة على التغذية الصحية للمشتبه فيه، مع تضمين المحضر لعدد المرات التي حصل فيها المشتبه فيه على التغذية.

- م.64 ق.م.ج.

- أنظر شادية شومي: م س ص: 348. كذلك يراجع في هذا الشأن أسامة عبد الله قائد: م.س.

3. المادة 64 ق.م.ج.

4. م.64 ق.م.ج.

- ويمكن هذا الإجراء من تفادي قدر المستطاع لجوء الشرطة القضائية للأساليب القمعية من جهة وفرض الرقابة القضائية على أعمال الشرطة القضائية من جهة أخرى.

- يراجع شادية شومي: م س ج 2 ص: 342.

5. وخصوصا وأن التقرير الصادر عن المنظمة المغربية لحقوق الإنسان أثبت أن التعذيب مازال يمارس من قبل الضابطة القضائية إنتزاع الإعتراف، مع غياب الرقابة القضائية الصارمة.

- للمزيد حول واقع التعذيب يراجع أطروحة شادية شومي: م.س.ج.2.ص: 345.

كما أن المشرع المغربي لم يخول للمشتبه فيه حق اللجوء إلى الفحص الطبي، بل كل ما هنالك أنه للمحامي¹ أن يلتمس إجراء الفحص الطبي على موكله أمام النيابة العامة، أو تأمر هاته الأخيرة بإجراه تلقائيا إذا عاين ممثل النيابة العامة بنفسه آثار التعذيب ظاهرة على المشتبه فيه. وهذا النص مازال معمول به إلى يومنا هذا. وبالتالي نستنتج أن المشرع المغربي لم يعترف للمشتبه فيه بالحق في الفحص الطبي -وهو أهم إجراء من إجراءات السلامة الجسدية- وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عن موقف المسودة من الحق؟

بالرجوع إلى نصوص مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية نجدها تنص في المادتين 73 و74-1 على أنه للمحامي أن يلتمس إجراء الفحص الطبي على موكله "الأمر الذي يفيد بإحتفاظ المسودة عى نفس النهج المتبع حاليا، أي أن المشرع المغربي مازال لا يعترف بالحق في الفحص الطبي بشكل صريح² الأمر الذي دفع ببعض الفقه³ إلى المطالبة بضرورة تمكين المشتبه فيه بهذا الحق منذ بداية الحراسة النظرية مباشرة، وبعد إنتهائها مع تمكين هذا الحق لمحامي المشتبه فيه على اعتبار أن هذا الأخير غالبا ما يجعل حقوقه أو لكونه في وضعية لا تسمح له المطالبة بهذا الحق.

المبحث الثاني: الإجراءات الماسة بحرمة المسكن والحياة الخاصة، مبرراتها والضمانات المحيطة بها

تعد الإجراءات الماسة بحرمة المسكن والحياة الخاصة من السلطات التي خولها المشرع للشرطة القضائية الغرض منها تسهيل مأموريتها، وضمان فعاليتها وسرعتها في كشف معالم الجريمة ومرتكبها تحقيقا للأمن الإجتماعي. غير أن هذا الإجراء يعد في نفس الوقت من أخطر الصلاحيات المتاحة للشرطة القضائية، لكونه قد يشكل أداة قمعية في يد الشرطة القضائية تبتغي من وراءه إدانة المشتبه فيه، عبر اللجوء إلى الطرق غير المشروعة من تفتيش دون إذن صاحبه أو دون التقيد بالضوابط القانونية، أو التصنت على الأشخاص وتسجيل مكالمتهم دون الرجوع إلى السلطات المختصة، الأمر الذي قد يسفر عن إنتزاع دليل الإدانة ونقصد على وجه الخصوص الإعتراف.

وعلى هذا الأساس أقرت التشريعات الحق في حرمة المسكن وعملت على الرقي به إلى مصاف المبادئ الدستورية، فلا ينبغي إنتهاكها إلا على سبيل الإستثناء وبعد التقيد التام بالضوابط القانونية، (المطلب الأول) كما أن التنصت على المكالمات الخاصة وتسجيلها يعد هو الآخر إجراء خطير لكونه يضع المبادئ الدستورية على المحك، وهو ما فرض إقرار حقوق وضمانات غاية في الصرامة حتى يمكن اللجوء إليه. (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التفتيش البوليسي.

يعد التفتيش بنوعيه -تفتيش الأشخاص والمنازل- واحد من السلطات الخطيرة التي تتوفر عليها الشرطة

¹ .يراجع المادتين 73 و74 ق.م.ج.

² . خصوصا وأن المشرع المغربي لا يعترف بالحق في الإستعانة بالمحامي لحضور الإستجواب البوليسي.

³ . محمد عياط: ملاحظات مبدئية...م.س.ص: 22.

القضائية، وذلك لما لهذا الأخير من نتائج جد حاسمة قد تؤدي إلى تغيير مسار الإجراءات الجنائية. فهو إجراء قد تستغله الضابطة القضائية بطرق غير مشروعة للحصول على الدليل المادي للجريمة، وبالتالي يصبح دليل إدانة.

ونظرا لخطورة هذا الإجراء -وأهميته في نفس الوقت- كان لزاما على التشريعات إحاطته بجملة من الضمانات للموازنة بين السلطات البوليسية والضمانات الفردية، سواء تعلق الأمر بتفتيش الأماكن (الفقرة الأولى) أم بتفتيش الأشخاص (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تفتيش المساكن

تحظى المساكن بوضعية متميزة في الإجراءات الجنائية نظرا لإرتباطها الوثيق بالحق في الحياة الخاصة، فهذا الحق يعد من صميم الحريات الفردية لذلك لم تتوانى جل التشريعات المقارنة على حمايته بواسطة أسس قواعدها - ونقص بذلك الدستور- فقررت حماية الحق في حرمة المساكن لكل الأفراد ولا يمكن الحد منه إلا بمقتضى القانون، ووفقا لشروط محددة تحت طائلة البطالان.

والتشريعات المقارنة -الأجلو سكسونية واللاتينية- إتفقت في مجملها -مع إختلاف درجة الحماية بينها- على الاعتراف بالحق في حرمة المسكن، بحيث لا يمكن الحد منه إلا بقانون وتبعاً للضوابط المقررة.

* وهكذا نص المشرع الإنجليزي -عبر قواعد القضاء- على الحق في حرمة المساكن وعدم جواز إنتهاكها ضمناً للحق في الحياة الخاصة، إلا أنه ولضرورات العدالة الجنائية سمح بالحد من هذا الحق لضبط مرتكبي الجرائم وحجز الأسلحة أو الأدوات المستعملة فيها، شريطة أن يكون التفتيش قانونياً، وحتى يكون هذا الأخير قانونياً فيتوجب عليه أن يتم بموجب إذن قضائي¹. وهو ذات الشرط الذي إشتراطه قانون الشرطة والإثبات الجنائي، حيث إشتراط لإجراء التفتيش على منزل المتهم -دائماً هذه خصوصية النظام الإتهامي- أن يكون مسبقاً بإذن قضائي بناء على السبب المعقول للإشتباه دائماً².

وإستثناء من أحكام الفقرة السابقة ونظراً للظروف الإستثنائية التي تجعل من الإستحالة على الضابط الرجوع إلى القاضي المختص لإستصدار الإذن بالتفتيش، فإنه يجوز لهذا الأخير -أي الضابط- تفتيش منزل المتهم المقبوض عليه، أو المكان الذي تم ضبطه فيه، أو المنزل الذي كان يقيم فيه قصد ضبط وحجز كل ما من شأنه المساهمة في فك الجريمة³.

¹ . عبد الستار سالم الكبيسي: م.س.ص: 318.

² . م 32 ق.ش.إ.ج.

³ . ويتعلق الأمر بخصوص الظروف الإستثنائية بالجريمة التلبسية على وجه التحديد.

-يراجع م 8 ق.ش.إ.ج.

-للمزيد من التوضيح يراجع أن ريد: المرجع السابق ص: 577.

ورغم إقرار المشرع الإنجليزي بالحقوق في حرمة المسكن وأقر له ضمانات تحول دون اللجوء إلى التفتيش غير القانوني، فإنه يعاب على هذا الأخير أنه أغفل تحديد الوقت القانوني لإجراءه¹، والذي يتوجب على ضابط الشرطة التقيد به، وهذا ما يفهم منه أن للشرطة الحق في إجراءه متى شاءت فليس هناك توقيت محدد يتعين عليها التقيد به طالما كان هذا الأخير - أي التفتيش - قانونياً².

* كما نص التشريع الأمريكي هو الآخر على ضمان حرمة المسكن بل إن هذا الحق عرف منذ نشأته وإلى يومنا هذا عدة تعديلات جوهرية³، والعلّة في ذلك تكمن في إقرار قانون التفتيش من أكثر القوانين تعقيداً نظراً لإرتباطه الوثيق بالحقوق والحريات الفردية من جهة⁴، ولكون تفتيش المنازل يعد من المبادئ الدستورية الواردة في التعديل الرابع من جهة أخرى⁵.

فالتعديل الدستوري الرابع يلعب دوراً أساسياً في الحد من إنتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر فرضه جملة من القيود الهامة على الشرطة في إجراء التفتيش. لعل أهمها تكمن في:

- أن يقوم معيار السبب المحتمل لإصدار الأمر بالتفتيش، وهذا ما يدعوا للإعتقاد بأن المكان المراد تفتيشه يحتوي على الأشياء المراد ضبطها.

- تفصيل الأماكن المراد تفتيشها وضبطها.

- الحصول على أمر قضائي لإجراء التفتيش وإلا اعتبر غير مشروع⁶. وعليه فحتى يكون التفتيش صحيحاً ويتنج آثاره القانونية فلا بد من أن يتم بناء على إذن قضائي⁷.

¹ . من ذلك مثلاً ما نصت عليه م 2-26 من قانون مكافحة السرقة أنه مدير الشرطة أو من هو أعلى رتبة منه تخويل الضابط كتاباً لتفتيش المسكن، بحثاً عن المسروقات المشتبه فيه ارتكابها، وذلك في حالة ما إذا كان قد أدين خلال السنوات الخمس الماضية بجريمة السرقة أو حيازة والترويج للمسروقات.

- فهذه المادة وغيرها لم تضمن توقيت إجراء التفتيش، وبالتالي يبعث الأسل معقود على القضاء الإنجليزي والذي يضرب به المثل فيما يخص حماية الحقوق والحريات الفردية.

² . وبالتالي يعد هنا النقص الذي إعتري التشريع الإنجليزي مشجعاً للشرطة لإجراء التفتيش في أي وقت شاءت، وهو ما يشكل إنتهاكاً للحق في الخلوة وفي السكنية المكفولة لكل فرد.

³ . وهو ما جعل منه من أكثر القوانين تعديلاً.

⁴ . عبد الستار سالم الكبيسي: م.س.ص: 334.

⁵ . يراجع التعديل الدستوري الرابع.

⁶ . La mise en état des affaires pénales: Op. Cit. P: 42.

⁷ . بحيث يجوز من الناحية الدستورية إصدار أمر بإجراء التفتيش لضبط الدليل المؤدي لإثبات الجريمة ومرتكبها، وهو نفس المنحى الذي سلكته القوانين المحددة لأوامر التفتيش، ولا يجوز التقدم بطلب أوامر التفتيش إلا من طرف ضابط الشرطة أو المدعي العام، بحيث يقدم طلب إلى القاضي الإتحادي يرمي إلى إجراء تفتيش المنزل، حيث يتأكد القاضي من الأدلة المؤدية للسبب المحتمل بشكل كافي.

- للمزيد من التوضيح يراجع الأستاذ ب ج جورج : م س ص: 233.

لكن هناك حالة أخرى من حالات التفتيش يسمح معها بإجرائه من دون إذن قضائي، هذه الحالات أشار إليها المشرع الأمريكي بمناسبة ظروف إستثنائية تجعل من الإستحالة إستصدار الإذن القضائي قبل القبض على المتهم.

هذه الحالة تتجسد أساسا في حالة التلبس بحيث يجوز في هذه الحالة تفتيش منزل المتهم من طرف ضابط الشرطة دون الحاجة إلى الحصول على إذن قضائي مسبق، والعلة في ذلك تكمن في حالة الإستعجال التي لا تترك معها للشرطة الوقت الكافي للرجوع إلى القاضي لإستصدار الإذن بإجراء التفتيش. لكن شريطة قيام أحد الأسباب المحتملة التي تفيد بضرورة إجراء التفتيش¹، هذه الأسباب ستخضع لتقدير القاضي المختص فيما بعد².

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإتحادية العليا في إحدى قضاياها بأنه: "يجوز لضابط الشرطة دخول منزل المتهم حينما يرى من الخارج أن جريمة ترتكب بداخله، لأنه من غير المعقول أن يغلق عينيه عن الجريمة التي شاهدها"³.

إضافة إلى حالة التلبس هناك حالة أخرى تتيح للضابط التفتيش من دون الإذن القضائي، ويتعلق الأمر بالتفتيش تبعا للقبض القانوني الصحيح، ففي مثل هاته الحالة يجوز تفتيش منزل المتهم إذا ما لاحظ بأنه تمة ما يدعوا لإجرائه دون الحصول على الإذن القضائي، شريطة مراعاته لضمانات حرمة الحياة الخاصة بحيث يكفي الضابط في هذه الحالة بتفتيش المنطقة المحيطة بمكان القبض⁴.

فهذا التفتيش ما هو سوى إجراء وقائي الغرض منه التثبت من المنطقة المحيطة بمكان القبض لإحتمال إحتواءها على أداة الجريمة، والتي قد تكون معرضة للضياع أو التلف.

وقد علق القاضي كاردوزو على هذا التفتيش بالقول "إن التفتيش والحجز الواقع على الأماكن المشمولة بالحصانة الدستورية تبعا للقبض القانوني الصحيح، إنما أملتة الظروف المحيطة بالجريمة، فهو ناجم عن الإدراك الشديد لمتطلبات السلطة الضورية"⁵.

إلا أنه رغم أهمية الحقوق والضمانات التي كفلها التشريع الأمريكي⁶ فإن ملاحظ أنه على غرار التشريع الإنجليزي

وهو ما يفيد بأن المشرع الأمريكي شأنه شأن الإنجليزي- عكس المشرع الفرنسي- أخذ بنظام المراقبة القبلية للتفتيش، والذي بموجبه يتأكد القاضي من قانونية إجراء التفتيش قبل منحه الإذن بإجرائه، وهذا يعني أن كل من الشرطة والمدعي يتوجب عليهم إقناع القاضي بتوافر السبب المحتمل، وفي ذلك ضمانة للحق في الخصوصية الوارد في التعديل الرابع.

- Right to privacy ;), Cédras, la justice pénal aux Etats Unis, Paris. economica 1990. P 178.

¹ . جاردينار ومانيا: م.س.ص: 165.

² . محمد علي سالم الحلبي: م.س.ص: 310.

³ . Leonardo (V) The police the Judiciary and the Criminal P : 225.

⁴ . يراجع عبد الستار سالم الكبيسي: م.س.ص: 342.

⁵ . المرجع السابق: 338.

- كذلك الأستاذ ب ج جورج : م س ص : 298.

⁶ . فهذه الضمانات تعد في الحقيقة متقدمة بالمقارنة مع الكثير من التشريعات المقارنة.

قد أغفل تحديد الوقت القانوني للتفتيش، حيث لا يوجد توقيت معين تحت طائلة البطلان، مما قد يشكل خطورة على حرمة الحياة الخاصة عبر تعمد إجراءه في أوقات متأخرة من الليل.

وإذا كانت الأنظمة الإهمامية الأنجلو سكسونية قد كفلت للأفراد حقوق وضمانات -مع بعض المؤاخذات- فماذا عن المشرعين الفرنسي والمغربي؟

القوانين اللاتينية كالأنجلو سكسونية عملت هي الأخرى على الرقي بحرمة المساكن وجعلها من المبادئ الدستورية، حيث أفردت لها حصانة دستورية لا يمكن الحد منها إلا بقانون.

* وهكذا خول المشرع الفرنسي للشرطة القضائية صلاحية الحد من حرمة المسكن وتفتيشه بغيت البحث عن الأدلة المؤدية للكشف عن ملبسات الجريمة، حيث يتعين على هاته الأخيرة -أي الشرطة- أن تجرجه بمعية صاحب المنزل أو بحضور من يمثله، وفي حالة تعذر ذلك أمكن للضابط إجراءه بإنتداب إثنين من الغير لحضور هذا التفتيش¹.

كما أقر المشرع الفرنسي ضمانات أخرى غاية في الأهمية هي من صميم ضمانات حرمة المنازل، ويتعلق الأمر باحترام الوقت القانوني للتفتيش، بحيث لا يجوز إجراءه إلا بعد الساعة السادسة صباحا وقبل التاسعة ليلا². وفي حالة ما إذا خالف الضابط القواعد القانونية المتعلقة بالوقت القانوني للتفتيش فإن مأل الإجراء هو البطلان مع ما يترتب عليه من نتائج³.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد أقر ضمانات تفتيش المنازل، فماذا عن المشرع المغربي؟

بالرجوع إلى الدستور المغربي نجد هذا الأخير لم يخرج عن الركب، فقرر توفير الحماية الدستورية للمنازل بموجب الفقرة الثانية من الفصل 24 التي تنص على: "لا تنتهك حرمة المنزل، ولا يمكن القيام بأي تفتيش إلا وفق الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون".

وبالعودة إلى قانون المسطرة الجنائية نجد هاذة الأخيرة قد كفلت الحماية الدستورية للمنازل، فأقرت صراحة قدسيها وعدم الجواز تفتيشها إلا وفق الضوابط المحددة في القانون. هذه الضوابط تتمثل في النقاط التالية:
أولا: احترام الوقت القانوني للتفتيش

- Jacob W LANDYNSKI : Search and Seizure, One of the Searches edited by Stuart S. NAGEL, the rights of the Accused on Law and action.1972.p: 38.

- كذلك عبد الستار سالم الكبيسي: م.س.

¹ م. 57 و 66 ق.م.ج.

² م. 59 ق.م.ج.

³ . عبد الستار سالم الكبيسي: م س ص: 272.

نصت على هذه الضمانة م 62 ق.م.ج حيث جاء فيها: "لا يمكن الشروع في تفتيش المنازل أو معاينتها قبل الساعة السادسة صباحا وبعد الساعة التاسعة ليلا...".

من خلال ما سبق يتبين لنا بوضوح أن التفتيش الواقع على المنازل إجراء وثيق الصلة بالحريات الفردية، لذلك لم يترك المشرع لضابط الشرطة القضائية الحق في تفتيشه متى شاء ذلك، اللهم إذا تعلق الأمر بالإستثناءات التي أتبعها م 62 ق.م.ج على سبيل الحصر¹.

لكن ماذا عن حالة التفتيش الذي يجري في ساعة قانونية ويواصل حتى بعد التاسعة ليلا؟ بخصوص المسألة ذهب البعض² إلى عدم ممانعة مواصلة ضابط الشرطة القضائية لهذا التفتيش على اعتبار أن العلة في قانونية التفتيش تكمن في بدايته لا نهايته. في حين ذهب البعض الآخر³ إلى مخالفة الرأي الأول حيث رأى أنه ينبغي صراحة منع إستمرار التفتيش بعد الساعة التاسعة ليلا، حيث يقع على ضابط الشرطة القضائية واجب الشروع في تفتيش المنزل قبل إنقضاء الوقت القانوني بزمن مريح.

والمشرع المغربي وبعد هذه الإتجاهات عمل على دفع الخلاف الفقهي بأن اعتبر التفتيش الذي يبدأ صحيحا يمكن مواصلته حتى بعد التاسعة ليلا⁴.

ثانيا: وجوب حضور بعض الأشخاص أثناء التفتيش

يتعين أن يتم التفتيش بحضور صاحب المنزل سواء أكان مشتبه فيه أم لا⁵، وهذا ما نصت عليه م 60 ق.م.ج، حيث إشتربت أن يتم التفتيش بحضور صاحب المنزل إذا كان يشتبه في تورطه بالجريمة، فإن لم يكن حاضرا وجب التفتيش بحضور ممثله، فإن تعذر ذلك فإنه يتوجب على ضابط الشرطة القضائية إنتداب شاهدين إثنيين من غير الخاضعين لسلطته لحضور عملية التفتيش ضمانا لإتسام التفتيش بالمشروعية⁶.

أما إذا كان التفتيش يجري بمنزل شخص آخر غير مشتبه فيه لكن يحتمل أن يحوز مستندات أو أسلحة أو أية أشياء لها علاقة بالجريمة، فيتوجب حضوره لعملية التفتيش بنفسه، فإن تعذر ذلك وجب سلوك نفس الإجراءات المبينة أعلاه.

¹ .تنص الفقرة الثانية وما يليها من م 62 ق.م.ج على: "لا تطبق هذه المقتضيات إذا تعين إجراء التفتيش في محلات يمارس فيها عمل أو نشاط ليلي بصفة معتادة".

إذا تعلق الأمر بجريمة إرهابية واقتضت ذلك ضرورة البحث أو حالة الإستعجال القصوى أو إذا كان يخشى إندثار الأدلة، فإنه يمكن الشروع في تفتيش المنازل أو معاينتها بصفة إستثنائية قبل الساعة السادسة صباحا أو بعد التاسعة ليلا بإذن كتابي من النيابة العامة.

² .محمد الإدريسي العلوي المشيشي: المؤسسات القضائية ج 2 ص: 26.

³ .أحمد الخليلي: م.س.ص: 328.

⁴ .الفقرة الأولى من المادة 62 ق.م.ج.

⁵ .محمد عياط: دراسة في المسطرة الجنائية ص: 195.

⁶ .يراجع الفقرة الأولى من م 60 ق.م.ج.

أما إذا تعلق الأمر بجريمة غير تلبسية فإنه يمنع منعاً كلياً على ضابط الشرطة القضائية إجراءه ما لم يحصل على موافقة صريحة كتابية ويخط يد صاحب المنزل،¹ مع بعض الإستثناءات الواردة بعده في ذات المادة.² لكن في حالة عدم مراعاة الضوابط القانونية للتفتيش، فما هي الجزاءات المقررة من طرف المشرع؟ نصت على هذا الإشكال م 63 ق.م.ج³ حيث جاء فيها: "يعمل بالإجراءات المقررة في المواد 59 و60 و62 أعلاه تحت طائلة بطلان الإجراء المعيب وما قد يترتب عنه من إجراءات". على أساس ما سبق يتبين لنا أن المشرع المغربي -وبخلاف التوجه الذي سلكه بخصوص الحراسة النظرية- نص وبكيفية صريحة على بطلان التفتيش مع ما قد ينتج عنه من إجراءات تبعا للعب الذي إعتراه مخالفة للمواد 59 و60 و62 ق م ج.⁴ وبالتالي يترتب على بطلان التفتيش بطلان الأدلة المتحصلة منه نتيجة للإجراء المشوب بالعيب، الأمر الذي يستوجب إستبعاده من ملف البحث التمهيدي برمته.⁵

الفقرة الثانية: تفتيش الأشخاص

خولت التشريعات المقارنة لضابط الشرطة القضائية الحق في تفتيش المشتبه فيه أو المتهم -حسب طبيعة كل نظام كما أوضحنا سابقا- لضبط ما بحوزته من أسلحة أو مستندات أو أية أشياء لها علاقة بالجريمة، حيث أجمعت على منح هذه الصلاحية للضابطة القضائية، وفي المقابل لذلك خولت الأفراد ضمانات تقيمهم من أي تعسف محتمل.

* وهكذا خول التشريع الإنجليزي بموجب قواعد الشريعة العامة لضابط الشرطة تفتيش المشتبه فيه أو المتهم⁶ لحجز ما بحوزته من أسلحة أو أدوات أو كل ما من شأنه أن يشكل الدليل المادي للجريمة والتي من أجلها تم القبض عليه، تبعا للشك المعقول للإشتباه دائما.⁷

كما خول قانون الشرطة والإتبات الجنائي للشرطة صلاحية تفتيش الأشخاص المقبوض عليهم بغية الوصول إلى فك معالم الجريمة. غير أن ذات القانون لم يطلق هذا الحق بل عمل على إحاطته بضمانات موازية للسلطات ضمانا للحقوق والحريات الفردية. هذه الضمانات تمثلت في:

¹ .يراجع م 79 ق.م.ج.

² . كذلك إلى جانب ضرورة احترام الوقت القانوني للتفتيش، ووجوب حضور بعض الأشخاص أثناء التفتيش، يلزم ضباط الشرطة القضائية باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لضمان احترام السر المنفي.

-يراجع ف 3 م 59 ق.م.ج.

³ . يقابلها ف 79 ق.م.ج الملغاة.

⁴ . أحمد الخليلي: م.س.ص: 335.

⁵ . الموضوع السابق.

⁶ . تبعا لطبيعة المرحلة، بحيث إذا كان أمام المرحلة الأولى من مراحل البحث والتحري كان أنداك إلى مجرد مشتبه فيه، في حين إذا كان أمام المرحلة

الثانية من مراحل البحث والتحري، أي مرحلة توجيه الإتهام الرسمي أصبح أنداك مهما.

⁷ . دافيد برنارد: م.س.ص: 56.

- أن تكون هناك أسباب معقولة للإشتباه تدعوا الضابط للإشتباه في أن المشتبه فيه أو المتهم يخفي أسلحة أو أدوات تشكل خطورة على الأفراد أو بإخفائه للأدلة المادية للجريمة موضوع التفتيش، وحتى لا يبقى مجال للشك فقد قررت م 54 ق.ش.إ.ج ترك مسألة تقدير معقولية الأسباب المؤدية للتفتيش وغيره للمحكمة.¹

- أن يحترم ضابط الشرطة حرمة الإنسان وكرامته، ويتعلق الأمر بعدم إنتهاك كل ما هو مرتبط بالعورة، حيث لا يمكن أبدا تحت أي ظرف كان أن تفتش الأنثى إلا بواسطة الأنثى تحت طائلة البطان، دون الإخلال بالمسؤولية التأديبية في حق الضابط المخل، بل وحتى الجنائية إذا ما تبت ارتكابه لجريمة التحرش الجنسي.² كما لا يجوز تعنيف المشتبه فيه أو تجريده من ملابسه وإنتهاك حرمة جسده. ويتوجب على ضابط الشرطة أن يحذر محضر يتضمن جميع الإجراءات المتخذة في التفتيش، مع البيان الدقيق للأسباب المعقولة للإشتباه، وكذا تحصيل كل ما تم ضبطه وتقديمه إلى القاضي المختص للبت فيها.³

* كما خول المشرع الأمريكي لضباط الشرطة صلاحية تفتيش المتهم بغية حجز كل ما من شأنه الكشف عن جريمة ومرتكبها، لكن شريطة توافر السبب المحتمل الذي يدعوا للإعتقاد بكون المتهم -ومعه المشتبه فيه حسب طبيعة المرحلة- قد ارتكب او حاول ارتكاب الجريمة وأنه يحمل الأدلة المثبتة لها.⁴

والمشرع الأمريكي يعد من أهم التشريعات التي نظمت هذا الإجراء بشكل محكم، بحيث خول للأفراد الإستفادة التامة من قرينة البراءة، بحيث لا يمكن إجراءه إلا وفق الأحوال الآتية:

- أن يتم التفتيش تبعا لقبض قانوني صحيح، فإذا ما تم القبض على المتهم قبضا قانونيا صحيحا أمكن للضابط أن يفتشه سواء في المكان الذي تم القبض عليه فيه أم داخل مخفر الشرطة.⁵ وهذا ما أكدته المحكمة الإتحادية العليا في قرار لها حيث ذهبت فيه إلى أن تفتيش الأشخاص يكون مشروعا إذا تلى القبض القانوني الصحيح، لكونه يحترم الإجراءات القانونية، فطالما أن القبض القانوني لا يصح إلا بعد توافر السبب المحتمل وأن هذا الأخير جاء معززا بالأدلة الأولية المثبتة له، فإن التفتيش يكون هو الآخر صحيح.⁶

- أن يتم التفتيش تبعا للتوقيف⁷، فهذا الأخير وبخلاف التفتيش السابق يلاحظ فيه عدم تشدد المحكمة الإتحادية العليا، بحيث يكفي لتوقيعه بشكل قانوني أن يتواجد الضابط بالقرب من المشتبه فيه وأن يشك في إمكانية إخفائه

¹ . Anne Reid : Op Cit.

² . أسامة عبد الله قائد: م س ص 26.

³ . م 556 ق.ش.إ.ج.

⁴ . على غرار نظيره الإنجليزي وجل الأنظمة الانهامية الأنجلو سكسونية.

⁵ . محمد أحمد ضو الترهوني: م.س.ص: 153.

⁶ . شادية شومي: م س ص: 84.ج.ا.

⁷ . Stop and Frisk..

لسلاح أو مخدرات...¹

- وبالنسبة لتفتيش الأثني فالمشرع الأمريكي على غرار جل التشريعات قد تشدد فيها بأن قصر هذه السلطة على الأثني، بحيث لا تفتش المرأة إلا بواسطة ضابط شرطة امرأة أو أن يتم إنتداب امرأة من الغير للقيام بالتفتيش الجسدي تحت طائلة البطلان مع ما قد يترتب عليه من نتائج².

* والمشرع الفرنسي خول هو الآخر للشرطة القضائية الحق في تفتيش المشتبه فيه، وهذا الإجراء حسب الفقه الفرنسي لا يقل خطورة عن الوضع تحت الحراسة، فهو يمثل إنتهاك لحقوق الأفراد في ضمان حرمة الجسد والحياة الخاصة وغيره. إلا أن المشرع الفرنسي وإذ هو أقر هذه السلطة فإنما إعتبره إجراء إقتضته المصلحة العامة ومصلحة المقبوض عليه في نفس الوقت³. وبالتالي فقد أقر بعض الضمانات والتي من بينها أنه لا يجوز تفتيش المشتبه فيه إلا بعد التأكد من عدم إنتهاك حرمة الجسد، وأنه في حال تقرر تفتيش الأثني توجب أن يتم تفتيشها بواسطة الأثني.

وإذا أجمعت التشريعات على منح الشرطة الحق في تفتيش المشتبه فيهم مع إختلاف فيما بينها في حجم الضمانات، فما موقف المشرع المغربي من الإجراء؟

* عمل المشرع المغربي هو الآخر على منح الشرطة القضائية الحق في إجراء التفتيش الجسدي على المشتبه فيهم بموجب م 81 ق.م.ج التي تنص على أنه: "يجوز لضابط الشرطة القضائية إجراء تفتيش جسدي على كل شخص تم وضعه تحت الحراسة النظرية".

على أساس ما سبق فإنه وإن كان للضابط الحق في تفتيش المشتبه فيه، فإنه لا يسعه القيام به إلا بعد وضعه تحت الحراسة، وبعد احترام كافة الضوابط المتعلقة بالكرامة الإنسانية، بحيث لا يجوز تعنيف المشتبه فيه أثناء التفتيش أو إجباره على نزع ملبسه أو تجريده منها وغيره.

وبخصوص المستجدات التي جاءت بها مسودة قانون المسطرة الجنائية المتعلقة بالتفتيش الجسدي، فقد نصت م 1-60 على أنه: "يجوز لضابط الشرطة القضائية أن يقوم بإجراء تفتيش جسدي على الأشخاص المشار إليهم في المادتين أعلاه بواسطة شخص من جنسهم، وفي ظروف تصان فيها كرامتهم مع ضمان الفعالية والمراقبة".

وعلى أساس ما سبق يكون المشرع المغربي قد وسع من دائرة الأشخاص الذين يمكن لضابط الشرطة القضائية تفتيشهم، مع ضمانه إنتداب شخص ينتمي إلى نفس الجنس لإجراء التفتيش، فإذا كان الشخص موضوع التفتيش محاميا فيتم تفتيشه بحضور نقيب المحامين وهكذا.

¹ .ب.ج.جورج: م.س.ص: 297.

² .يراجع التعديلات الدستورية الرابع والخامس والسادس.

³ .Robert VOUIN : Op Cit P : 217.

وبالنسبة لوضعية الأثني، فقد حافظت المسودة على نفس المقتضى الحالي بأن أدرجت عبارة "بواسطة شخص من جنسهم" فهذه العبارة لا تدع أدنى مجال للشك بكون الأثني لا يجوز تفتيشها إلا بواسطة أثنى.

المطلب الثاني: التنصت على المكالمات الهاتفية وتسجيل الأحاديث الخاصة.

عرف العالم ثورة في المجال العلمي والتكنولوجي أدت إلى الوصول إلى ابتكارات قادرة على التقاط المكالمات الشخصية - كالتنصت والتسجيل- عن بعد وخلصه دون علم أصحابها بغية الوصول إلى الإقرار بالجريمة، الأمر الذي وضع المبادئ الدستورية والكونية على المحك، الأمر الذي دفع بالبعث إلى اعتبار هذا الإجراء يشكل إعتداء على ضمانات حرمة الحياة الخاصة، وأنه يضر في صميم مبدأ سلامة الإجراءات وطوعية الإدلاء بالإقرار.

وأمام تنامي ظاهرة لجوء الشرطة إلى وسائل العلمية -تحت مبرر مواجهة الجريمة الحديثة- فما موقف التشريعات من هذا الإجراء؟

نضم المشرع المغربي هذا الإجراء في الباب الخامس من القسم الثالث من الكتاب الأول من قانون المسطرة الجنائية المعنون بالتحري عن الجرائم ومعاينتها، حيث جاء في م 108 منه بأنه: "يمنع التقاط المكالمات الهاتفية أو الاتصالات المنجزة بوسائل الإتصال عن بعد وتسجيلها أو أخذ نسخ منها أو حجزها.

غير أنه يمكن لقاضي التحقيق إذا إقتضت ضرورة البحث ذلك أن يأمر كتابة بالتقاط المكالمات الهاتفية وكافة الإتصالات المنجزة بواسطة وسائل الإتصال عن بعد وتسجيلها وأخذ نسخ منها وحجزها..."

وعليه يكون المشرع المغربي قد قصر هذا الحق على قاضي التحقيق واستثناء للنيابة العامة عبر تقديمها لمتمس لرئيس المحكمة. لذلك سنركز في هذا المطلب على كل من المشرعين الإنجليزي(الفقرة الأولى) والأمريكي(الفقرة الثانية) اللذان حوى للشرطة صلاحية التنصت والتقاط المكالمات، نظرا للدور الكبير الذي تلعبه هاته الأخيرة في المراحل الإجرائية السابقة على المحاكمة.

الفقرة الأولى: موقف التشريع الإنجليزي من الإجراء

إلى عهد قريب ظل القضاء الإنجليزي غير مهتم بالطريقة التي يتم بموجبها الحصول على الدليل، متأثرا إلى حد بعيد بقواعد الشريعة العامة والتي بمؤداها لا يلزم لقبول الدليل سوى تعلقه بالواقعة المراد إثباتها، فإذا كان الإقرار صحيحا فلا يهم الطريقة التي تمت بها للحصول على هذا الإقرار.¹ الأمر الذي مكن الشرطة من اللجوء إلى مختلف الوسائل التي تمكنها من الحصول على الإقرار بالجريمة وللأدلة المثبتة، لها مسخرة في سبيل ذلك التكنولوجية الحديثة للتنصت على المكالمات الهاتفية للمتهمين وتسجيل محادثاتهم الخاصة.²

¹ . Cilia HAMBTON : Criminal Procedure 2end : Ed Sweet –Max-Weel 1977. London p : 23.

² . محمد أحمد ضو الترهوني: م.س.ص: 194.

وبعد ارتفاع وثيرة اللجوء إلى التنصت قامت اللجنة الوزارية الإنجليزية سنة 1976 بدراسة التنصت على المكالمات الشخصية وتسجيلها، فخلصت إلى أن هذا الإجراء يعد مقبولاً إلا أن الدليل المستمد منه يجب مقابلته بشيء من الحيطة والحذر حتى يجوز التعويل عليه في الإثبات الجنائي.¹

ويعد صدور قانون الشرطة والإثبات الجنائي سنة 1984 أصبح هذا الأخير محط إهتمام الباحثين على إعتبار أن هذا الأخير شكل نقطة تحول جوهرية في مسار الإجراءات الجنائية عموماً والبوليسية على وجه التحديد، فجاء هذا الأخير ليعالج إختصاص الشرطة وقواعد الإثبات الجنائي ودورها في مسار الإجراءات الجنائية السابقة على المحاكمة. محققاً بذلك ضمانات إجرائية هامة توازن ما بين إدارة العدالة الجنائية من جهة، و ضمانات الحريات الفردية من جهة أخرى.²

وبالتالي فما موقف القانون من الإجراء؟

عمل قانون الشرطة والإثبات الجنائي قدر المستطاع على التوفيق بين الإتهام والدفاع لتحقيق روح النظام الإتهامي، فأحدث ثورة على قواعد الكومون³ بأن نص على قواعد استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في حالات، فيما ترك حالات أخرى لسلطة تقدير المحكمة.

وهكذا نصت م 76.ش.إ.ج على وجوب إستبعاد الدليل المتحصل بطريقة غير مشروعة، إذا تعلق الأمر بإعتراف المتهم، على إعتبار أن مسألة الإعتراف يولي لها المشرع الإنجليزي -وغالبية الأنظمة الأنجلوسكسونية- أهمية خاصة، بحيث لا يأخذ به إلا بعد التأكد من صدوره بشكل إرادي، وعليه يقع العبئ على الشرطة في إثبات طوعية إدلاءه.⁴

وإلى جانب حالات الإستبعاد الوجوبي -الإعتراف على وجه الخصوص- نص ذات القانون على حالات أخرى ترك معها للمحكمة سلطة تقديره، وهكذا نصت م 78 على أنه للمحكمة سلطة تقديرية محددة في إستبعاد أدلة الإثبات التي يقدمها الإدعاء إذا كانت تلك الأدلة قد تم تحصيلها بطريق غير مشروع.⁵ وهنا يمكن القول بأن النظام الإنجليزي مازال يؤمن يقبول الدليل المشروع دون الإهتمام بكيفية تحصيله، اللهم حينما يتعلق الأمر بالإعتراف الذي مازال المشرع الإنجليزي يتشدد فيه، ولا يسمح بالأخذ به إلا إذا أثبت الإدعاء طوعية إدلاءه.

¹ . اللجنة الوزارية الإنجليزية بتاريخ 19 أكتوبر 1976.

- Ministerial Comity on 19 October 1976.

² . سيليا هامبتون: م.س.ص: 33.

- يراجع عبد الستار سالم الكبيسي: م.س.

³ . والتي كانت تقبل الدليل المادي دون الإهتمام بكيفية تحصيله.

⁴ . أحمد موز بلال: قاعدة إستبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة: م.س.ص: 56: ه: 51.

⁵ . المرجع السابق: ص 62.

وهذا من الدليل العادي، فماذا عن الدليل المستمد من عملية التنصت على المكالمات الهاتفية الخاصة وتسجيلها؟

يمكن القول بأن المشرع الإنجليزي لزم الصمت حيال المسألة، فلم يقبله صراحة كما لم يمنعه صراحة تاركاً المسألة بيد القضاء ليبت في مشروعته من عدمه. وهكذا وبالعودة إلى القضاء نجد هذا الأخير يقبل بالدليل المستمد من التنصت على المكالمات وتسجيلها خلسة، لكن شريطة توافر ضوابط و ضمانات واضحة حتى يمكن القبول بالدليل المتحصل منه، وعليه قضت المحكمة العليا: "بأن الدليل المستمد من تسجيل المحادثات الخاصة عبر التنصت لا يبطل لمجرد أن ضابط الشرطة قد وضع لاقطاً للصوت خلسة في مسكن خاص".¹

وفي قضية ستيوارت أخذ القضاء بهذا المبدأ أيضاً، حيث أوهم أحد أفراد الشرطة المسجونين بأنه واحد منهم، حيث أقام في زنزانه مجاورة لمتهمين بجريمة السرقة للتنصت على ما يدور بينهم من محادثات وتسجيل كل ما يفيد بظلوهم في الجريمة. فقضت المحكمة "بإدانة المتهمين بهذه الجريمة بناء على قبول الدليل المستمد من عملية التسجيل معتبرة بذلك الدليل مشروعاً دون الإلتفات إلى الوسيلة التي تمت معها الحصول على هذا الدليل".²

وبالتالي نخلص إلى القول بأن المشرع الإنجليزي يأخذ بالدليل المستمد من التنصت على المحادثات الخاصة وتسجيلها، معتبراً أن ذلك لا يحد من ضمانات المحاكمة العادلة وإعتبار الدليل مشروعاً لمواجهة تطور الجريمة وتطور الأساليب المستخدمة في الإجرام.

الفقرة الثانية: موقف التشريع الأمريكي من الإجراء

بخلاف الإجراءات السابقة التي إتسم فيها المشرع الأمريكي بالثبات، فإن ما يميز هذا الأخير بخصوص التنصت هو التردد وعدم الإستقرار على موقف معين، فساد الإختلاف بين كل من المشرع والفقهاء والقضاء.

1- موقف المشرع: كفل الدستور الأمريكي في تعديله الرابع للأفراد ضمانات حرمة الحياة الخاصة وحمايتها من الإنتهاك، إلا أن حمايته ظلت قاصرة على الوسائل التقليدية دون أن يتعدها ليشمل حتى التكنولوجيا الحديثة المستعملة عن بعد، وذلك لعله أن تلك التكنولوجيا لم تكن مألوفة وقت صدور التعديل.

وقد تعرض قانون مراقبة السيارات العامة وأمن الشوارع³ للتنصت وتسجيل المحادثات الشخصية، بحيث أجاز هذا الأخير للجوء إلى التنصت على المكالمات الهاتفية أو تسجيل المحادثات الخاصة على مجموعة واسعة من الجرائم، سواء أتم هذا التنصت من طرف الشرطة المحلية أو الإتحادية.¹

¹ . سامي الحسيني: م.س.ص: 365.

² . محمود عودة الجبور: م.س.ص: 533.

³ . القانون الإتحادي لسنة 1968.

لكن لا يمكن إجراء هذا التنصت إلا بعد إحاطته بجملة من الضمانات المتمثلة في ضرورة صدور أمر قضائي يبيح إجراءه، وأن هذا الإذن لا بد أن يكون كتابة. هذا الإذن لا يمكن استصداره إلا بعد تقديم الشرطة لتحريرات جديفة تفيد بكون الشخص المزمع التنصت عليه قد ارتكب الجريمة أو بصدد ارتكابها، وأن هناك إعتقاد محتمل بأن المراقبة ستؤدي إلى الحصول على دليل يثبت الجرم ونسبته إلى المتهم.² كما أن المحادثات تتعلق فقط بالجريمة وتفيد في كشف الحقيقة، مع ضرورة تحديد المدة التي يجوز خلالها إجراء التنصت، وأخيرا فلا بد لاستصدار هذا الإذن من إقناع الشرطة للقاضي بكون الإجراء ضروري في ظل عدم قدرة الوسائل التقليدية على الكشف عن معالم الجريمة.³

II- موقف الفقه: أدى اللجوء إلى مثل هذا الإجراء إلى تضارب موقف الفقه حول مشروعية مثل هذا الإجراء من عدمه، إلا أن الغالبية من الفقه الأمريكي أقر بمشروعية مثل هذا الإجراء معتبرا إياه من الوسائل الفعالة لمكافحة الجريمة، خصوص وأن الجريمة أصبحت متطورة وأن المجرمين باتوا يلجؤون إلى التكنولوجيا الحديثة لارتكاب الجرائم. ومن ثم فلا مانع من اللجوء إلى الوسائل التكنولوجية للإيقاع بالمجرمين، بل وإعتبر هذا الإتجاه أنه من غير المقبول أن يتم إهمال الوسائل المتطورة في الإجراءات القانونية. والإشاب العمليات البوليسية الجمود والتخلف، في مقابل ارتفاع معدلات الجريمة والإفلات من العقاب.⁴

هذا الرأي وإن كان معقولا إلا أنه أهمل جانب آخر لا يقل أهمية ويتعلق الأمر بضمانات الحرية الفردية، هذا الإغفال تداركه تيار فقهي⁵ آخر بحيث شاطر الرأي الأول حول أهمية اللجوء إلى الوسائل الحديثة، لكن شريطة إحاطته بقيود وضمانات تصون الحريات الفردية من جهة، وإعتباره إجراء مساعد لا يعفي الشرطة من الإستغناء عن الإجراءات التقليدية المؤدية للإثبات.⁶

IV- موقف القضاء الأمريكي: إسم القضاء الأمريكي بالتردد في موقفه وعدم الإستقرار على رأي محدد، بحيث صدرت بعض الأحكام المجيزة للتنصت فيما عارضت آراء أخرى اللجوء إليه، وهكذا ذهبت المحكمة العليا إلى القول بأن "الدليل المستمد من التسجيل الذي تم في مكتب خاص بين موظف حكومي وبين شخص يعرض يعرض عليه رشوة لا تتضمن أي إعتداء على الأسرار الشخصية، خصوصا وأن الموظف كان طرفا في الحديث ومن حقه الكشف عن الجريمة بهذه الوسيلة وهو مالا يتعارض مع أحكام الدستور".⁷

¹ . محمد أحمد ضو الترهوني: م.س.ص: 193.

² . المرضع السابق.

³ . ممدوح بحر: م.س.ص: 557.

⁴ . سامي الحسيني: م.س.ص: 367.

⁵ . زين العابدين بن سليم وأحمد إبراهيم زيد م.س.ص: 59.

⁶ . الموضوع السابق.

⁷ . Lopez V. United States. 373 U.S.427. 1963.

وفي قضية أخرى ذهبت المحكمة إلى أنه: "إذا تم إستراق السمع -التنصت- والتجسس على الهواتف بناء على أمر صادر عن القاضي المختص، فإنه قد يكون متفقاً مع بند الأوامر والتصاريح الواردة في التعديل الرابع. وبالتالي يصبح مشروعاً".¹ كما أقرت في قضية أخرى أنه: "يجوز التنصت والتقاط المكالمات وإستعمالها كدليل متى تم ذلك بموجب إذن قضائي".²

وفي مقابل ذلك ذهبت قرارات أخرى صادرة عن ذات المحكمة إلى معارضة التنصت وغيره من الوسائل، فذهب بعض قضاة المحكمة الإتحادية العليا إلى معارضة اللجوء إلى التنصت أو التسجيل أو أية وسيلة للتجسس بالقول: "إذا ما أبيع للشرطة تسجيل المحادثات الشخصية والتجسس عليها دون قيد أو شرط وأجيز للمحاكم إعتبارها دليلاً مشروعاً وكافياً للإعتماد عليه في بناء الأحكام القضائية لما وجدت ضمانات الحريات الفردية، إذ أنه من المقرر في المجتمع الحر أنه لا يجوز معه مراقبة الناس بدقة في كل كلمة يتفوهون بها أثناء المحادثات التي تدور بينهم".³

وذهبت المحكمة نفسها في قضية سيلفر إلى أن: "التنصت على المحادثات الشخصية وتسجيلها يعتبر تعدياً على الحقوق الفردية، وضمان احترام الحياة الخاصة وحق الخلو والحماية من التطفل غير معقول التحرر منه من طرف الشرطة وغيرهم بهدف التوصل إلى كشف الجرائم، والتوصل إلى الأدلة المثبتة للجريمة".⁴

وهكذا وبعد أن طبع التردد وعدم الإستقرار على موقف معين الذي ساد النظام الأمريكي، عمل الكونجرس على إصدار تشريع شامل⁵ ينظم التنصت على المكالمات الخاصة لمكافحة الجريمة من جهة، ويخول للأفراد الإستفادة من ضمانات الحريات الفردية من جهة أخرى.

هذه الضمانات تجسدت في النقاط التالية:

- 1- أن يكون التنصت غير عمدي.
- 2- التضييق من نطاق الفئات المخول لها الإستفادة من تكنولوجيا التنصت، بشكل جعل من الشرطة الجهاز المخول له إجراءه تحت الرقابة القضائية.
- 3- الحفاظ على سرية النتائج المتحصّل عليها.
- 4- وضع قرار إجراء التنصت بين يدي القاضي المختص وتحت مراقبته دون سواه تحت طائلة البطلان.⁶

¹ . الأستاذ: ب.ج. جورج: م.س.ص: 307.

² . Osborn. case.V.U.S.385.US.323.1966.

- وغير ذلك من القرارات الصادرة عن المحكمة الإتحادية العليا في ذات الإتجاه

³ . سامي الحسيبي: م.س.ص: 366.

⁴ . Silver MAN V United States. 365.U.S 505. 1971.

⁵ . قانون 18 لسنة 1983 و.م.أ. 25.510.2520.

⁶ . يراجع ب.ج.: جورج: م.س.ص: 308. وما يلها.

خاتمة:

نخلص إلى القول بأن الشرطة القضائية جهاز ذي أهمية كبرى في تسيير البحث التمهيدي، فهو يلعب دورا إيجابيا في الكشف عن الجرائم خلال مدة زمنية قصيرة، حيث تكون الأدلة المثبتة لها مازالت حديثة ولم ينلها الإتلاف. إلا أن هذا الجهاز هو نفسه قد يكون أداة قمعية وفعالة للنيل من حقوق وحرريات الأفراد إن لم يتم تسليحهم بحقوق و ضمانات موازية.

هذه الحقوق -كما رأيناها- اختلفت التشريعات المقارنة في درجاتها إلا أن الأنظمة الإتهامية الأنجلو سكسونية عملت قدر المستطاع على تنظيم هذه المرحلة بكل دقة، موازنة في ذلك ما بين السلطات والصلاحيات المخولة للشرطة. وبين الحقوق والضمانات المخولة للأفراد. الأمر الذي جعل هاذه الأخيرة بحق تسموا بقوانينها عن غيرها من التشريعات المقارنة.

صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في السياسة العقابية الحديثة

ابراهيم اشويعر

باحث بسلك الدكتوراه

.كلية الحقوق .طنجة

إن الحديث عن صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات ما هو لا امتداد لمبدأ الشرعية الجنائية الذي يعتبر مبدأ عالمي كرسه المواثيق والدساتير العالمية، بحيث يمتد نطاق الشرعية كافة مراحل المحاكمة الجنائية العادلة، القانون الجديد للمسطر الجنائية أتى في إطار وضع ضمانات فعلية توازن بين حق الدولة في ترتيب العقاب وحق الأفراد في حماية حقوقهم وحررياتهم ، واعتراف الدول بمبدأ تدخل القاضي الجنائي في مرحلة التنفيذ يعد طفرة نوعية في هذا الصدد، و ذلك من خلال التنصيص على منح صلاحيات للقضاء بالتواجد قرب المحكوم عليه ، وهو ما يجسد من خلال هذا التوجه تكريس ضمان الحقوق المنصوص عليها في إطار قانون السجون، بعد أن كان الجزاء يتسم بالزجر والإيلام والانتقام بات اليوم أداة لإعادة تأهيل المحكوم عليه و إصلاحه من خلال تنزيل مختلف برامج الإصلاح والتأهيل داخل المؤسسة العقابية، لتساير المعايير المعمول بها في التشريعات المقارنة بتربية المجرم وتأهيله للحياة الاجتماعية والاقتصادية، ومسايرة من المشرع المغربي للتوجه الحديث في المجال العقابي والداعي لضرورة استمرار الرقابة القضائية إلى ما بعد صور الحكم، نص قانون المسطرة الجنائية الجديد على مؤسسة جديدة تعتبر من المستجدات الهامة المتمثلة في إحداث قاضي تطبيق العقوبات الذي لم يكن منصوص عليه في التشريع المغربي، والذي اقتبسه من نظيره الفرنسي، ذلك راجع إلى مسايرة التشريع المغربي للسياسة العقابية الحديثة تدعيماً لحقوق المحكوم عليه وصيانة كرامته، وتوسيع دور القضاء في تتبع وتنفيذ العقوبة، ونفس الأمر كرسه مسودة قانون المسطرة الجنائية في نظام العقوبات البديلة ، حيث نجد هذه الصلاحيات تختلف من صلاحيات رقابية، وأخرى صلاحيات اقتراحية وتقديرية ،ومن هذا المنطلق ما هي الأدوار الجديدة التي أناطها المشرع لقاضي تطبيق العقوبات في قانون المسطرة الجنائية وقانون السجون ؟ وما هي الصلاحيات جديدة في مشروع مسودة قانون المسطرة الجنائية؟

المبحث الأول: صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في مراقبة شرعية التنفيذ

ولما كانت مرحلة التنفيذ القضائي للجزاء الجنائي إحدى أهم المراحل التي تتكون منها السياسة العقابية الحديثة، والتي ترسم صورة لما ينبغي أن يكون عليه مستقبل المحكوم عليه كان لابد من أن يتابع القضاء مرحلة التنفيذ بالمراقبة والإشراف، ومن هنا تم إحداث نظام قاضي تطبيق العقوبات¹، وقد تباينت الصلاحيات المخولة له باختلاف التشريعات في كل بلد، ومن بين هذه التشريعات نجد المشرع المغربي الذي حدد صلاحياته في المادة 596 من قانون المسطرة الجنائية، وتنحصر في حدود مهام إدارية، واقتراحية، وصلاحيات أخرى تقريرية، وكذلك مراعاة لكون الاختصاصات القضائية المنوطة بهذه المؤسسة إنما تستند إلى أحكام موضوعية تجد مجالها في مقتضيات القانون الجنائي².

المطلب الأول: الصلاحيات الرقابية

إن الغاية المتوخاة من إشراف سلطة القضاء على تنفيذ العقوبات الجنائية هي ضمان تنفيذ العقوبة وفقاً للقانون، وحماية حقوق المحكوم عليه، وتوجيه السياسة العقابية لضمان تحقيق أهدافها، لأن نجاحها مرتبط بهذه السلطات، وهو ما يعني أن صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات الرقابية لا تعدو أن تكون مجرد صلاحيات تتمثل في مراقبة قانونية الاعتقال (الفقرة الأولى) و في زيارة المؤسسات السجنية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مراقبة قانونية الاعتقال

لقد استجاب المشرع المغربي من خلال قانون السجون، وقانون المسطرة الجنائية عندما أكد على الرقابة القضائية في شخص قاضي تطبيق العقوبات بموجب المادة 596³ وأسند له مهمة مراقبة شروط صحة الاعتقال (أ) مخولاً له بذلك صلاحيات واسعة في التحقق من قانونية الاعتقال (ب)، و براءة المادة (608) من ق.م.ج يتبين أنه لصحة الاعتقال لابد من توفر شرطين يتمثل الأول في وجود سند قضائي مبرر الاعتقال ويتجسد القائي في ضرورة أن يكون الاعتقال في مؤسسة سجنية تابعة لوزارة العدل.

أولاً: ضرورة وجود سند قضائي مبرر للاعتقال

لا يعد هذا الشرط إلا تكرساً لخاصية قانونية أو شرعية العقوبة، وتجسيدها إجرائياً لمبدأ لا جريمة ولا

¹ عبد الحميد محمود البعلي، الحماية الجنائية للحقوق والحريات أثناء المحاكمة الجنائية - دراسة مقارنة، مجلة الحقوق العدد الرابع، السنة 1994، ص 126.

² وهو ما يستفاد من نص الفقرة الأخيرة من المادة 56 من ق.م.ج على أن قاضي تطبيق العقوبات "يمارس مهامه حسب هذا القانون وكذا بموجب أي نصوص أخرى" وهو ما يؤشر على تعزيز صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات من صدور مدونة القانون الجنائي الجديد، وهذا ما ترجم بالفعل مع المشروع القانون الجنائي الجديد لسنة 2015، الذي جاء بعقوبات بديلة للعقوبات السالبة للجريمة.

³ أنظر المادة 596 ق.م.ج.

عقوبة ولا اعتقال إلا بنص، بحيث لا يمكن وضع حد لحرية شخص معين إلا بموجب سند قانوني مستوف

مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية¹.

فالسند بذلك هو قالب الإجراءي الذي تتمظهر فيه العقوبة باعتبارها الجزء القانوني باسم الجماعة ولصالحها ضد مرتكب الفعل الجرمي، لذلك فإن أغلب التشريعات ارتأت التنصيص صراحة على هذا الشرط ضمن قوانينها²، والذي لا يمكن أن يكون -سند الاعتقال- إلا سندا صادر عن سلطة قضائية ممثلة إما في قضاء الحكم من خلال المقررات القضائية القاضية بسلب الحرية أو في قضاء النيابة العامة والتحقيق كالأمر بالإيداع في السجن والأمر بالبقاء القبض، أو الصادرة عن الغرفة الجنحية كالأمر بالاعتقال³.

وحتى تثبت للسند القوة القانونية التي تجعل منه أساسا لعلمية الاعتقال، يجب أن تتوفر في المقرر القضائي الذي ينبني عليه السند مجموعة من الشروط المنصوص عليها في المادة 608 ق.م.ج وتتخلص في:

- أن يكون المقرر صادر عن هيئة قضائية
- أن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي به
- أن يكون المقرر متضمنا لعقوبة سالبة للحرية أو لإكراه بدني⁴

ثانيا: الاعتقال بمؤسسة سجنية تابعة لوزارة العدل

يحرص قاضي تطبيق العقوبات، على أن يتم الاعتقال بمؤسسة سجنية تابعة لوزارة العدل حتى يكون الاعتقال قانونيا، وفقا لما تنص عليه المادة 8 من قانون 8-23-98 المنظم للمؤسسات السجنية والتي تحدد هذه المؤسسات السجون المركزية أو السجون الفلاحية ثم السجون المحلية، إضافة إلى مراكز الإصلاح والتأهيل.

وبذلك فإن أي اعتقال خارج هذه المؤسسة يعتبر اعتقالا تحكيميا وغير قانوني يتناقض وروح المادة 23 من الدستور التي جاء فيها أنه لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته إلا في الحالات

¹ أنظر التومي محمد، قاضي تنفيذ العقوبة بين التشريع والممارسة، وتقرير لنيل الدراسات العليا المتخصص في علوم التربية، جامعة محمد الخامس السوسني، وحدة التكوين والبحث إعادة تربية الجانحين والتأهيل المهني، الموسم الجامعي 2005-2006، ص 52.

² تنص المادة 608 من ق.م.ج على أنه: "لا يمكن حرمان شخص من حريته إلا بمقتضى سند صادر عن السلطة القضائية يأمر باعتقاله احتياطيا أو بناء على سند يأمر بتنفيذ مقرر المكتسب لقوة الشيء المقضي به صادر عن هيئة قضائية...".

³ مريم سعيد، قاضي تطبيق العقوبات في ضوء قانون المسطرة الجنائية، مرجع سابق، ص 27.

⁴ يلاحظ أن صياغة المادة 608 من ق.م.ج يفترق إلى نوع من الدقة في الصياغة اللغوية، ذلك أن تعتبر المشرع في المادة المذكورة على أنه: "لا يمكن حرمان شخص في حريته إلا بناء... أو بناء على سند يأمر بتنفيذ مقرر مكتسب لقوة الشيء المقضي به صادر عن هيئة قضائية يقضي بعقوبة السجن أو الحبس أو الاعتقال أو الإكراه البدني..."، "يوحي بأن الإكراه البدني هو عقوبة سالبة للحرية شأنه في ذلك شأن السجن والحبس والاعتقال، في حين أن الإكراه البدني لا يعتبر عقوبة والمكره لا يعد متهما، وإنما هو وسيلة الإجبار على التنفيذ، وأن هناك فروقا جوهرية بين الإكراه البدني والعقوبة بخصوص المدة والآثار ورد الاعتبار والعمو والسوابق القضائية...".

وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون، فالاعتقال التعسفي أو السري أو الاختفاء القسري من أخطر الجرائم ويعرض مقترفيها لأقصى العقوبات.

وهو ما يعتبر أن مقتضيات الدستورية واضحة في مجال شرعية الاعتقال، واحترام حقوق المعتقلين، لذلك فمسؤولية قاضي تطبيق العقوبات في مراقبة شرعية الاعتقال، تجد مرجعياتها في الاتفاقيات الدولية، والدستور والقانون الجنائي، والمسطرة الجنائية، والقانون المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية.

باعتبار الطابع القضائي يشكل ضمانا لاحترام الحقوق والحريات الفردية، فإن أمثل طريقة احترام هذه الأخيرة في واجهة السلطات العامة هو حصر تطبيقها في أيدي القضاء، بما يمثل من حياد ونزاهة وخبرة قانونية، وهي اعتبارات لا تتوفر في أي جهة إدارية أو فنية قد يعهد إليها النطق بالعقوبة، ومن جهة أخرى فإن إنزال العقوبة بواسطة حكم قضائي هو يعهد إليها النطق بالعقوبة، ومن جهة أخرى فإن إنزال العقوبة بواسطة حكم قضائي هو الضمان الوحيد للتحقيق من سلامة الإجراءات السابقة على الإدانة، وهو لازم لإشعار الجمهور بالثقة في نظام العدالة الجنائية وفي عدالة العقوبة. وعموما فإن صلاحية قاضي تطبيق العقوبات في مراقبة قانونية الاعتقال لا تقتصر على سجلات الاعتقال بل تمتد إلى جميع المخالفات لمقتضيات القانون المتعلق بتنظيم المؤسسات السجنية وكيفية تسييرها المرتبطة بالاعتقال¹.

الفقرة الثانية: زيارة ومراقبة إجراءات التأديب داخل المؤسسة السجنية

تعتبر زيارة المؤسسة السجنية المدخل الأساسي للوقوف على مجريات الوقائع ووضع المراكز القانونية داخل الفضاء السجني على اعتبار أن الانضباط والأمن داخل المؤسسة السجنية يعتبر من الضروريات التي لا يمكن تحقيق التهذيب والإصلاح بدونها، لذلك كان من البديهي أن تخول القوانين المنظمة للسجون للمؤسسة العقابية في شخص مديرها صلاحية توقيع جزاءات تأديبية على المحكوم عليهم الذين ارتكبو أفعالا تخالف النظام العام الداخلي وتشكل تهديدا للانضباط المفترض داخل المؤسسة العقابية. ذلك أنه من غير المستبعد أن تصدر عن المعتقل أثناء فترة اعتقاله تصرفات من شأنها أن تمس الانضباط والأمن بالمؤسسة السجنية في شكل أخطاء تأديبية عددها المادة 54² من القانون المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، وتبعاً لدرجة خطورة هذه

¹ عبد العكيم العيسلامي، قاضي تطبيق العقوبات على ضوء قانون المسطرة الجنائية المغربي، مرجع سابق، ص 48.

² تنص المادة 54 من قانون رقم 23-98 على أنه: يعتبر خطأ تأديبيا

- ممارسة عنف أو إيذاء ضد أحد العاملين بالمؤسسة أو الزائرين لها أو المعتقلين وكذا تعتمد تعريضهم للخطر
- حيازة أو ترويج الأدوات التي تشكل خطر على أمن المؤسسة وسلامة الأشخاص
- المساهمة في كل حركة جماعية من شأنها الإخلال بأمن المؤسسة وبنظام داخلها
- حيازة أو تناول أو ترويج المخدرات أو المسكرات أو أي مادة من شأنها أن تحدث اضطرابا في سلوك المعتقل
- السرقة أو الاستحواذ على أشياء مملوكة للغير أو الحصول على تعهدات أو تنازلات وذلك بكل الوسائل
- تعهد إحداث خسائر في بناية المؤسسة أو تجهيزاتها

الأخطاء يمكن أن يصدر في حق مرتكها تدابير تأديبية تم التنصيص عليها أيضا في المادة 55 الوضع بزنازة التأديب لمدة لا تتجاوز 45 يوما¹، وبالطبع يجب فهم تعداد هذه التدابير على أنه تعداد حصري انسجاما مع مبدأ الشرعية. لأن النظام الداخلي ما هو إلا ترجمة عملية للأحكام المنصوص عليها في الظهير المتعلق بتنظيم المؤسسات السجنية وتسييرها.

هذا ويعتبر تحليل القرارات الإدارية² ضمانا مهمة للمحكوم عليهم ضد التعسف والتحكم في اتخاذ القرارات التأديبية، وترجمة فعلية لمبدأ شرعية التدابير التأديبية من جهة، كما تشكل من جهة أخرى منطلقا للرقابة القضائية التي يباشرها قاضي تطبيق العقوبات التي يجب أن تبقى عموما بمنأى عن المسائل المرتبطة بالتسيير الإداري للمؤسسة السجنية ونظامها الداخلي وضبط الأمن داخلها، حتى لا يخرج عن الغاية المتمثلة في تحقيق هدفين يتجسد الأول في الحرص ضمان حقوق المحكوم عليهم في مرحلة التنفيذ الجنائي.

المطلب الثاني: الصلاحيات الإقتراحية

لما كانت السياسة العقابية الحديثة ترمي في كنفها إلى نجاعة وفعالية العقوبة وأسننها بإقرارها لمجموعة من التدابير لتحقيق هذه الغاية، فإن السياسة العقابية المغربية لم تزغ عن هذا التوجه، عندما نص المشرع المغربي على صلاحيات لقاضي تطبيق العقوبات بشأن العفو (أولا)، وكذا الإفراج المقيد بشروط (ثانيا).

الفقرة الأولى: صلاحيات قاضي التطبيق العقوبة في اقتراح العفو

يعتبر العفو عموما وسيلة انقضاء العقوبة، وينقسم من حيث الجهة المصدرة له وكذا الآثار المترتبة عنه إلى عفو عام وعفو خاص³، فالعفو العام الشامل هو الذي لا يكون إلا بنص تشريعي صريح⁴ صادر عن السلطة

- التهديد أو القذف أو السب الموجه للسلطات الإدارية والقضائية أو للموظفين أو لزوار أو للمعتقلين
- حيازة أشياء غير مسموح بها بمقتضى القانون الداخلي وكذا ترويجها أو التعامل بها
- القيام بأفعال من شأنها الإخلال بالحياء
- إحداث الضوضاء
- عدم المحافظة على نظام المؤسسة
- الهروب أو محاولته
- التحريض على القيام بأحد الأفعال المنصوص عليها أعلاه.

¹ وهي مادة طويلة إذا ما قورنت بعض التشريعات التي حددتها في شهر أو 15 يوما كاللشريع المصري الجزائري أو الليبي.

² محمد قصري، القرارات الإدارية التي يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء لتجاوز السلطة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 1، سنة 1995 ص 13 وما يليها.

³ يقصد بالعفو الخاص انقضاء العقوبة كلها أو بعضها أو استبدالها بعقوبة أخف منها، أو وضع حد لتحريك الدعوى العمومية أو خلال ممارستها في جميع مراحل المسطرة وأمام أي هيئة قضائية بمقتضى أمر ملكي،

- أنظر محمد ملياني، توضيحات حول مؤسسي العفو العام والعفو الخاص في التشريع المغربي، مجلة المعيار، العدد 18-19، أبريل 1993، ص: 35.

⁴ - ينص الفصل 51 من ق ج على ما يلي:

التشريعية يتم من خلاله محو بعض العقوبات دون المساس بحقوق الغير، ويمكن أن يكتسي طابعا عينيا وذلك عندما يطبق على نوع من الجرائم أيا كان مرتكبوها، كما يمكن أن يكتسي طابعا شخصيا وذلك عندما يعلق المشرع الاستفادة بشروط معينة يستلزم توفرها في مرتكب الجريمة، وهذا النوع من العفو ينعدم أي اختصاص لقاضي تطبيق العقوبات بشأنه، وليس هو المقصود في المادة 596 من ق م ج، عملا بمبدأ فصل السلطات، ولكون العفو العام ينطبع أكثر بخصوصيات سياسية واجتماعية عامة تتجاوز حدود أدبيات الإشراف القضائي على التنفيذ الجزائي.

أما العفو فيصدر عن جلالة الملك عملا بمقتضيات المادة 58 من الدستور وكذا المادة 53 من ق ج، وأيضا ما جاء في الفصل الأول من ظهير العفو الصادر بتاريخ 6 فبراير 1958 والمعدل بمقتضى ظ 8 أكتوبر 1977، وبموجب هذا الأخير اتسع نطاق العفو الخاص، الأمر الذي أدى إلى تضييق الحدود الفاصلة بين العفو العام والعفو الخاص .

ووجب الإشارة أن العفو الخاص لم يصدر إلا استجابة لمبررات مختلفة يمكن إجمالها فيما يلي:

- تدارك الأخطاء القضائية عن طريق إنهاء العقوبة المحكوم بها وتصحيح الوضعية الجنائية للمحكوم عليه.
- تشجيع المحكوم عليهم الذين أبانوا عن سلوك حسن خلال مرحلة تنفيذ العقوبة.
- التخفيف من صرامة بعض الأحكام القضائية.

ويعتبر قاضي تطبيق العقوبات هو المحطة الأولى لارتقاء سلم العفو بفضل ما خولته له الفقرة 8 من المادة 596، من صلاحية اقتراح أحد المحكوم عليهم قصد الاستفادة من العفو، فبالإضافة إلى الإمكانية المخولة لكل معتقل في تقديم طلب العفو إما شخصيا أو بواسطة الغير برفعه إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف التي ينفذ العقوبة في دائرة اختصاصها، أو برفعه مباشرة إلى مدير الشؤون الجنائية والعفو مصلحة العفو، حول قانون المسطرة الجنائية الجديد لقاضي تطبيق العقوبات في إطار المهام المنوطة به في هذا الشأن التقدم باقتراح العفو لفائدة الأشخاص المعتقلين ضمن دائرة اختصاصه.

كما يتعين على قاضي تطبيق العقوبات أن يرفق مقترح العفو المقدم من طرفه بالحالة الجنائية للمعتقل وبعدها يكاتب، مصلحة كتابة الضبط بالمحكمة مصدرة الحكم المطلوب العفو من تنفيذ العقوبة الصادر بمقتضاه، في شخص رئيسها يطلب منه تزويده بنسخة من الحكم موضوع الطلب ونسخة من البطاقة رقم 2 الخاصة بالطالب، خاصة في الحالة التي تكون فيها المحكمة مصدرة الحكم الذي يجري تنفيذه هي غير المحكمة التي ينتهي إلى دائرة اختصاصها المحكوم المراد اقتراح تمتيعه بالعفو.

" لا يكون العفو الشامل إلا بنص تشريعي صريح."

"ويحدد هذا النص ما يترتب عن العفو من آثار دون المساس بحقوق الغير"

حيث إنه غالبا ما يتم توجيه هذا الاقتراح إلى مصلحة العفو بمديرية الشؤون الجنائية والعفو دون وساطة النيابة العامة أو المؤسسة السجنية.

الفقرة الثانية: صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في اقتراح الإفراج المقيد بشروط

إن غاية إصلاح المحكوم عليه وضمأن إعادته إلى حظيرة المجتمع كانت سببا في ظهور نظام الإفراج الشرطي الذي يقتضي تعاون المحكوم عليه مع الإدارة العقابية التي تسعى إلى خلق روح التعاون والرغبة في الإصلاح لدى المحكوم عليه، فإذا ثبت أن العقوبة حققت أغراضها ولم يعد هناك مجال للاستمرار فيها، وجب تغيير المعاملة العقابية للمحكوم عليه بما يتناسب ودرجة استقامة وإصلاحه، وهو ما يفترض معه نقله من الفضاء السجني إلى الفضاء الحر¹، وهو ما يوفره نظام الإفراج الشرطي الذي عرفه المشرع المغربي في المادة 59 من القانون الجنائي بأنه إطلاق سراح المحكوم عليه قبل الأوان نظرا لحسن سيرته داخل السجن وإذا أخل بالشروط التي حددها القرار بالإفراج المقيد فإنه يعاد إلى السجن ليتم ما تبقى من عقوبته".

وقد عرفه بعض الفقه² بأنه نظام يجيز إخلاء سبيل المحكوم عليه من السجن قبل انتهاء مدة عقوبته إذ ثبت أن ما انقضى من العقوبة كان مجديا في إصلاح نفسه بشرط أن يقضي المدة المتبقية خارج السجن تحت الاختبار، فلا يعتبر مفرجا عنه قطعيا، إلا إذا ظل عند حسن الظن فيه وهذا هو معنى الإفراج تحت شرط³ وهو مرحلة وسط بين السلب الكامل للحرية، والتمتع الكامل بالحرية، ويعمل على الحد من خطورة الانتقال المفاجئ والسريع من السجن إلى الإفراج التام والنهائي الذي من شأنه أن يؤدي بالمفرج عنه إلى تنكب الطريق والعودة إلى الجريمة، فهو بمثابة إعداد للاندماج الصحي والسليم في الحياة الحرة.

إن الاستفادة من الإفراج المقيد مقرونة بتوفر مجموعة من الشروط المنصوص عليها في المادة 622 ويمكن إجمالها فيما يلي:

- أن يتعلق الأمر بعقوبة سالبة للحرية، بحيث إن الإفراج الشرطي لا يجوز اقتراحه بخصوص المعتقلين أو المكرهين بدنيا، كما لا يشمل بعض الأشخاص الخاضعين لبعض التدابير الوقائية الشخصية، كالإيداع القضائي في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية... الخ.
- أن يتعلق الأمر بعقوبة نهائية قيد التنفيذ، بحيث لا يجوز اقتراح الإفراج المقيد بشروط بالنسبة للمعتقلين الاحتياطيين أو المحكوم عليهم بحكم غير نهائي.

¹ - محمد عبد الغريب، الإفراج الشرطي في ضوء السياسة العقابية الحديثة، دار الإيمان للطباعة والنشر، طبعة 1994، ص 94

² - رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية 1997، ص: 923.

³ - يقصد بعبارة "مقيد شروط"، أنها مجموعة من الالتزامات التي تفرض على المحكوم عليه وتقيد حريته وتتمثل كذلك في تعليق للحرية على الوفاء بهذه الالتزامات.

- أنظر في هذا الخصوص: عبد الحميد الشورابي، الأحكام العامة لقانون العقوبات، مطبعة عصام جابر، بدون سنة ص: 125.

- أن يتعلق الأمر بعقوبة جنحية أو جنائية أو بعقوبة جنحية من أجل وقائع وصفت بأنها جنائية، أو من أجل جنحة يتجاوز الحد الأقصى المقرر لها خمس سنوات أو بعقوبة الإقصاء مما يعني أن المخالفات مستثناة من الإفراج المقيّد بشروط.

- أن يقضي المحكوم عليه داخل المؤسسة العقابية مدة زمنية محددة تكون كافية لتأهيله وإعداده للاندماج في الحياة الحرة، فالمرشع اعتمد في تحديد مدة الاختبار على نوع الجريمة المحكوم بها.¹

والمرشع المغربي، فلا يزال ينظر إلى الإفراج المقيّد بشروط كمكافأة تأديبية وهو ما يمكن استخلاصه من مجموع الأحكام المنظمة لهذه المؤسسة سواء في القانون الجنائي أو في المسطرة الجنائية أو في مرسوم 3 نونبر 2000 المحدد لكيفية تطبيق الظهير المتعلق بتنظيم المؤسسات السجنية وتسييرها، وهو توجه يبرره البعض بمنهج التشريع التدريجي لضمان فعالية هذه المؤسسة وعدم الوقوع في سلبيات التضخم الإجرائي²، والتي تركز في مجملها على فكرة السلوك الحسن للمحكوم عليه واستمرار هذا السلوك بعد الإفراج، دون أي تركيز على آليات الرعاية اللاحقة للمفرض عنه، وهي المقصودة أصلاً من نظام الإفراج المقيّد بشروط، الذي يسعى إلى نقل المعاملة التهذيبية من فضاء المؤسسة الإصلاحية إلى الفضاء المفتوح لكن بتصور وآليات مختلفة وبالرجوع إلى مقتضيات الفصول 622 إلى 632 من ق م ج، نجد أن استفادة المعتقل من الإفراج المقيّد بشروط يكون بناء على قرار وزير العدل بعد أن تبت فيه لجنة مشكلة لهذا الغرض ينحصر دور قاضي تطبيق العقوبات في هذا المجال في تقديم الاقتراحات فقط، مع مراعاة الشروط اللازم توفرها في المحكوم عليه للاستفادة من الإفراج.

وبعد إعداد ملف اقتراح الإفراج المقيّد بشروط وفق المادة 625 من ق م ج والمادة 155 من المرسوم 3 نونبر 2000 من لدن مدير المؤسسة السجنية التي يقضي بها المحكوم عليهم عقوباتهم ويضمنه رأيه المعلل يوجهه إلى مدير إدارة السجون وإعادة الإدماج الذي يطبق مقتضيات المادة 156 من المرسوم السالف ذكره، ويعرضه بعد ذلك على لجنة الإفراج المقيّد بشروط المكونة بوزارة العدل³ وعندما يتقرر منح سجين ما الاستفادة من الإفراج المقيّد بشروط فإن ذلك القرار توجه نسخة منه إلى قاضي تطبيق العقوبات شأنه في ذلك شأن وكيل الملك والوالي والعالم.

¹ - أنظر المادة 622 من قانون المسطرة الجنائية.

26. مولاي الحسن الإدريسي، السياسة العقابية بالمغرب بين التحديات والإصلاحات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، الموسم الجامعي 2013-2014، ص 118.

³ - تنص المادة 654 من ق م ج: "يعد رئيس المؤسسة السجنية التي يقضي بها المحكوم عليه عقوبته اقتراحات الإفراج المقيّد بشروط، إما تلقائياً أو بناء على طلب من المعني بالأمر أو عائلته، وإما بتعليمات من وزير العدل أو مدير إدارة السجون....."

المبحث الثاني: صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات في مجال الإكراه البدني ونظام العقوبات البديلة

إن أغلب التشريعات المقارنة قد أحجبت عن تطبيق مسطرة الإكراه البدني باعتباره وسيلة استثنائية لأرغام المحكوم عليه على الوفاء، في مقابل وسع من دائرة القضايا التي يشملها هذا الإجراء سواء الديون العمومية أو الخصوصية. (المطلب الأول) الصلاحيات التقديرية في مجال الإكراه البدني في مقابل فإن المشرع على ضوء مسودة القانون الجنائي التي جاءت بمقتضيات جديدة في ما يتعلق بالعقوبات البديلة، وفي هذا الإطار فالمسرح نص على مقتضيات جديدة لقاضي تطبيق العقوبات في مسودة قانون المسطرة الجنائية في ما يتعلق بنظام العقوبات البديلة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الصلاحيات التقديرية في مجال الإكراه البدني

تتمثل صلاحية قاضي تطبيق العقوبات التقديرية في ظل ق.م.ج في إصدار قرار بالموافقة، أو رفض تطبيق مسطرة الإكراه البدني استنادا لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية، (الفقرة الأولى) مراقبة إجراءات الإكراه البدني (الفقرة الثانية) طبيعة قرارات قاضي تطبيق العقوبات في مجال الإكراه البدني.

الفقرة الأولى: مراقبة إجراءات الإكراه البدني

الإكراه البدني يعرف بأنه وسيلة لإجبار المدين الصادر في حقه سند تنفيذي على أداء ما بذمته من دين، وذلك بحبسه لمدة معينة تتناسب ومقدار الدين المطالب بأدائه متى كان القانون يسمح بذلك، وبذلك فهو وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء.

ولقد حدد نطاقه وأقر عدة شروط لتطبيقه وذلك بمقتضى الأحكام الواردة في ق.م.ج (المواد من 633 إلى 647)، وفي مدونة تحصيل الديون العمومية (المواد من 76 إلى 83) وفي مدونة الجمارك .

و الملاحظ أن المشرع المغربي من خلال المواد المنظمة لمسطرة الإكراه البدني، كرس وبشكل واضح الطابع الاستثنائي لهذه المسطرة والذي تبرز تجلياته من خلال وجوب توفر مجموعة من الشروط وتتجلى في :

- توجيه إنذار بالوفاء للمدين المطلوب إكراهه بدنيا

يعد توجيه إنذار للمدين المطلوب إكراهه من الشروط التي لا مناص منها قبل مباشرة إجراءات الإكراه البدني والمنصوص عليه في المواد 640 و641 و642 من ق.م.ج، ذلك أنه لا يعتد بالإنذار إذا لم يكن مسبقا بتبليغ مقرر الإدانة والغاية من توجيه الإنذار للمدين تنبيهه إلى ضرورة أداء ما بذمته ووضعه في حالة التماطل عن تنفيذ التزاماته لذلك يمكن القول أن للإنذار دورا وقائيا، حيث يحمي المحكوم عليه من كل إجراء قضائي يطبق في حقه بطريقة مفاجئة .

الإدلاء بما يثبت عدم إمكانية التنفيذ على أموال المدين:

إلا أنه بالرجوع إلى النصوص المنظمة لأحكام التنفيذ الجبري في ق.م.ج نجد أنها تنص على عدة موانع منها ما هو قانوني وأخرى مادية تحول دون التنفيذ على أموال المدين، وأنه بثبوت هذه الموانع يتولى أمور إجراءات التنفيذ بتحرير محضر بعدم وجود ما يحجز ويقوم الطالب بالحصول على نسخة منه لإرفاقه بملف الإكراه البدني.

وفي إطار ممارسة عمله في ميدان الإكراه البدني فإنه قاضي تطبيق العقوبات يواجه بعض الإشكاليات التي تختلف من حالة إلى أخرى، ولعل أهم ما يعترض عمل قاضي تطبيق العقوبات في ميدان الإكراه البدني هو ضيق نطاق اختصاصه في هذا المجال، فدوره يقتصر على تلقي الملفات من وكيل الملك والتحقق من توفرها على الشروط القانونية، ومن ثم اتخاذ القرار بتطبيق الإكراه البدني.

كما أن إقرار المشرع المغربي في المادة 636 من ق.م.ج عدم إمكانية تطبيق الإكراه البدني متى تعلق الأمر بحكم صادر بعقوبة الإعدام أو بالسجن المؤبد، كانت الغاية منه أن هذا النوع من العقوبات الجنائية ستستغرق حياة المحكوم عليه مما يتعذر من الناحية العملية تصور تطبيق هذه الوسيلة الإدعائية في هذه الحالة، غير أن ما يلاحظ هو أن الاستثناء المتعلق بالمؤبد لم يعد واردا في المادة 749 من ق.م.ج الفرنسي، بعد التعديل الذي جاء به قانون 9 مارس 2004 وذلك لاعتبارين مرتبطين بالصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها قاضي تطبيق العقوبات الفرنسي في هذا القانون، ويتمثل الاعتبار الأول في تمكينه من استبدال عقوبة السجن المؤبد بعقوبة محددة المدة¹، أما الثاني فهو متعلق بإعطائه الحق بتمتع المحكوم عليه بعقوبة السجن المؤبد بعقوبة محددة بنظام الإفراج الشرطي، وهو ما يسمح لهذه المؤسسة القضائية بإصدار مقرر بتطبيق هذه الوسيلة الإدعائية لقهر المدين على سداد مبلغ العقوبة المالية إما قبل الاستفادة من الإفراج.

و هذه الصلاحيات لا نجد لها مثيلا عند قاضي تطبيق العقوبات المغربي، ونأمل أن يتدخل المشرع من أجل توسيع صلاحيات هذه المؤسسة القضائية في هذا المجال أسوة بنظيرتها في التشريع الفرنسي.

• تقديم طلب كتابي يرمي إلى إيداع المدين في السجن

يعتبر هذا الطلب تعبيرا صريحا من لدن الدائن رغبة منه في الزج بالمدين في السجن حتى تكون هذه الوسيلة الأخيرة حافزا على الوفاء، وعلى إثره يشكل الإكراه البدني الذي يتأكد وكيل الملك من احترامه للمقتضيات القانونية المنظمة للإكراه البدني قبل إحالته على قاضي تطبيق العقوبات لطلب الموافقة، بحيث لا يشرع في تنفيذ الإكراه البدني إلا بعد صدور القرار المذكور.

20. توفيق ادريسي ودغيري، دور قاضي تنفيذ العقوبة في قانون المسطرة الجنائية، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الملك السعدي، كلية الحقوق، طنجة، السنة الجامعية، 2014، ص 89

لقد نص المشرع المغربي في المادة 640 من ق.م.ج على ضرورة إدلاء طالب الإكراه البدني بما يثبت عدم إمكانية التنفيذ على المحكوم عليه لكي يستفيد من مسطرة الإكراه البدني، وخاصة " محضر بعدم وجود ما يحجز"، وهو ما يعكس الطابع الاستثنائي لمسطرة الإكراه البدني.

الفقرة الثانية: طبيعة قرارات قاضي تطبيق العقوبات في مجال الإكراه البدني

و لقد تم طرح مشكل طبيعة قرارات قاضي تطبيق العقوبات لأول مرة لدى المشرع الفرنسي الذي لم يكن ينص على طبيعة هذه القرارات ومدى قابليتها للاستئناف إلى أن أتى قانون 7 يونيو 2000 الذي اعتبرها إجراءات ذات طابع إداري وغير قابلة للاستئناف، قبل أن يتراجع ويقر بأنها قرارات قضائية تقبل الاستئناف بمقتضى تعديل 9 مارس 2004¹.

و إن للمشرع المغربي فلم يتعرض لمسألة تحديد طبيعة القرارات التي يصدرها قاضي تطبيق العقوبات بصدد بته في مسطرة الإكراه البدني²، وهذه القرارات لا تخرج عن ثلاثة أنواع إما بتطبيق الإكراه البدني أو بتطبيق الإكراه البدني مع تحديد مدة الإكراه في حالة التضامن، أو أن قاضي تطبيق العقوبات يتخذ قرار بعدم تطبيق الإكراه البدني، وهذا القرار الأخير هو الذي أثار نقاشا حادا بخصوص طبيعته القانونية، مادام أن القرارين الأولين لا يشكلان إضافة إجرائية مهمة لمسطرة الإكراه البدني، حيث يقتصر دور قاضي تطبيق العقوبات على التصريح بتوفير الشروط الموضوعية والشكلية لمسطرة الإكراه البدني، نظرا لكون القرار بعدم تطبيق الإكراه البدني يتمحور أساسا حول عنصر التعليل المتمثل في المانع في تطبيق مسطرة الإكراه البدني، والذي قد لا يقتنع طالب الإكراه بموضوعيته، ومن جهة ثانية كثرة الملفات المرتبطة بالإكراه البدني خصوصا ما يتعلق بالغرامات و المصاريف القضائية مما قد يثقل كاهل قاضي تطبيق العقوبات³.

الملاحظ أن المشرع لم يتعرض لهذه المسألة بنص صريح، وهو ما يشكل خلافا تشريعيًا يتوجب تداركه، ذلك أنه أمام سكوت المشرع فقد تباينت الآراء الفقهية في هذا الصدد بين من يقول بأن قرارات قاضي تطبيق العقوبات هي من قبل إجراءات الإدارة القضائية، لا تقبل الاستئناف خلافا للقرارات القضائية، وبين من اعتبرها قرارات قضائية تقبل الطعن.

المطلب الثاني: الصلاحيات الجديدة لقاضي تطبيق العقوبات على ضوء المسودة

أمام الانتقادات اللاذعة التي وجهت لقاضي تطبيق العقوبات في منظوماتنا القانونية بالنظر للحيطه والحدز

21. أنظر عرض "دومينيك سوزان" دور المستشار المكلف بتطبيق العقوبة في محكمة الاستئناف، لقاء القضاء المغربي الفرنسي المنعقد سنة 2004 بالمعهد العالي للقضاء، منشور بمجلة المحكمة، عدد 5 ماي 2005، ص 74
22. عبد العالي مغشيش، أزمة الساسة العقابية بالمغرب، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي كلية الحقوق طنجة، السنة الجامعية 2015.2016 ص 63
3. عبد السلام حسني رحو: مؤسسة قاضي تطبيق العقوبات، دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2002، ص 71

التي اتخذها المشرع المغربي في إسناد المهام لهذه المؤسسة، فإن في وقتنا الراهن أصبح لقاضي تطبيق العقوبات صلاحيات جديدة، وهذا ما نجد سنده في مشروع المسودة الجديدة لقانون المسطرة الجنائية الجديدة، حيث اسند له السهر على تنفيذ وتبعية العقوبات البديلة (الفقرة الأولى) وكذلك البت في رد الاعتبار ومراقبة التخفيض التلقائي للعقوبة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: السهر على تنفيذ وتبعية العقوبات البديلة

أولاً: مفهوم العقوبات البديلة

بالرغم من العيوب التي تشوب العقوبات القصيرة المدة فلا زال المشرع المغربي يعمل بهذه العقوبات، وإن

كانت التجربة الميدانية قد أثبتت عجزها وقصورها في أداء وظيفتها ومحدودية نتائجها، لا سيما أمام ارتفاع معدل الجريمة وعجز آليات المكافحة عن مسايرة هذا المد الإجرامي، ذلك أن الجميع فوجئ بحقيقة صادمة ونتيجة كارثية، فلا معدل الجريمة انخفضت مستوياته، ولا المجرم من جهته ردع عن معاودة سلوكه الإجرامي، ولا المؤسسة السجنية أصبحت قادرة على تطبيق استراتيجيتها التربوية والإصلاحية نتيجة الاكتظاظ¹ إن وضعاً شاذاً من هذا القبيل، لا يمكن إلا أن يساهم في تفاقم مظهرات أزمة العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة².

لكل هذه الأسباب نص المشرع المغربي على العقوبات البديلة في المواد من 1-35 إلى 15-35 بحيث عرفها على أنها تلك العقوبات التي يحكم بها في غير حالات العود كبديل للعقوبات السالبة للحرية في الجنب التي لا تتجاوز العقوبة المحكوم بها من أجلها سنتين حبساً.

ثانياً: أنواع العقوبات البديلة وسلطة قاضي تطبيق العقوبات بشأنها

أ- العمل لأجل المنفعة العامة:

إن عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة تتمتع بقيمة إصلاحية تهيئية بالأساس تساعد على إدماج الجاني في المجتمع وأسرته وتحافظ على الروابط الأسرية وتحمي ن التفكك بفعل تطبيق العقوبة الحبسية، كما أنها تنفرد باقتصادية تعفى مالية الدولة من تكاليف باهضة تخصص كميزانية لتوفير التغذية والرعاية الصحية

¹ جمال المجاطي بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في ضوء التشريع المغربي والمقارن دراسة تحليلية وعملية، مكتبة الرشاد، الطبعة 2015 ص: 17.

29. للإشارة فإن المشرع أقر لأول مرة بدائل العقوبة السالبة للحرية في مسودة مشروع القانون الجنائي، بحيث لم يكن لها وجود في المجموعة الجنائية، وهي خطوة مهمة من المشرع الجنائي من أجل تجاوز سلبيات العقوبة القصيرة المدة وما أفرزته من اكتظاظ للسجون وارتفاع حالة العود.

والتجهيزات المختلفة لضمان صحة وسلامة السجناء.¹

وقد اشترط المشرع المغربي بعدم الحكم بعقوبة العمل للمنفعة العامة كبديل للعقوبة السالبة للحرية إلا إذا توفرت الشروط التالية:²

- أن يكون المحكوم عليه بالغاً من العمر 15 سنة على الأقل وقت ارتكاب الجريمة.

- ألا تتجاوز العقوبة المنطوق بها سنتين حبساً.

ب- الغرامة اليومية:

تشكل الغرامة اليومية إحدى أهم العقوبات البديلة الرامية إلى تجاوز إشكالية العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة والحد من ظاهرة اكتظاظ المؤسسات السجنية، وقد عرفها بعض الفقه بأنها: نظام يقوم على أساس إعطاء القاضي إمكانية الحكم أولاً على المتهم بفترة زمنية معينة، ثم بعد ذلك يتم تقييم هذه المدة مالياً وتحويلها إلى غرامة".³

ج- تقييد بعض الحقوق أو فرض تدابير رقابية أو علاجية أو تأهيلية:

لقد نص المشرع على هذه العقوبات كبديل للعقوبات السالبة للحرية التي لا تتجاوز منطوقها في المقرر القضائي سنتين حبساً في المواد 13-35 إلى المواد 15-35 من مسودة المشروع، والتي تهدف بالدرجة الأولى إلى اختبار المحكوم عليه والتأكد من استعداده لتقويم سلوكه واستجابته لإعادة الإدماج.⁴

الفقرة الثانية: البت في رد الاعتبار ومراقبة التخفيض التلقائي للعقوبة

أولاً: السهر على مراقبة قرارات التخفيض التلقائي للعقوبة

من بين أهم الصلاحيات التي أصبح يمارسها قاضي تطبيق العقوبات تلك المتعلقة بالإشراف القضائي على التخفيض التفاضلي، ذلك أنه في ظل سياسة إعادة الإدماج أصبح بإمكان السجناء الذين أبانوا على حسن السلوك خلال تنفيذ العقوبة الاستفادة من تخفيض القاضي من طرف لجنة معينة بذلك، شريطة أن يكون الحكم حائزاً على قوة الشيء المقضي به، وأن يكون المحكوم عليه قد قضى ربع العقوبة السالبة للحرية على الأقل.

كما يستفيد المحكوم عليه الذي تأخر صدور حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به في حقه من التخفيض التلقائي، ابتداءً من التاريخ الذي يستوفي فيه الشرط المتعلق بقضاء ربع العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها عليه.

¹ - جمال المجاطي، م.س، ص: 202.

² - المادة 6-35 من مسودة مشروع القانون الجنائي الحالي.

³ - عبد الله درميش، مختلف أشكال بدائل العقوبات السالبة للحرية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 86، يناير 2001، ص: 22.

⁴ - أنظر المادة 13-35 من مسودة مشروع القانون الجنائي الحالي.

ويمكن أيضا الاستفادة السجناء الذين شاركوا في برامج الإدماج وابتانوا عن مجهودات متميزة في متابعة دراستهم أو في التكوين المهني أو الخضوع للعلاج من تخفيض إضافي في حدود خمس مرات، وذلك بحسب مدة 4 أيام عن كل شهر بالنسبة للعقوبات المحكوم بها التي لا تتجاوز سنة أو شهر واحد عن كل سنة بالنسبة للعقوبات التي تفوق السنة، ويمكن سحب آخر تخفيض تلقائي للعقوبة استفاد منه السجين الذي أبان عن سلوك سيء بناء على ملتمس كتابي يقدمه مدير السجن أو وكيل الملك أو الوكيل العام للملك.¹

وتتجلى صلاحيات قاضي تطبيق العقوبات بشأن التخفيض التلقائي للعقوبة في كون أنه بعد إحالة مدير السجن نسخة من قرار التخفيض التلقائي داخل أجل ثلاثة أيام على قاضي تطبيق العقوبات وعلى وكيل الملك، يمكن للأول - إسوة بالثاني - وكيل الملك أن يطلب إيقاف التنفيذ المقرر من لدن مدير السجن من خلال ثلاث أيام من إشعاره ويعرض بعد ذلك الأمر على لجنة مراقبة تطبيق التخفيض التلقائي المنصوص عليها في المادة 4-326 للبت فيه.

وعلى العموم تبقى هذه الصلاحيات المتعلقة بالتخفيض التلقائي للعقوبة مهمة وأساسية في تدعيم المركز القانوني لقاضي تطبيق العقوبات كخيار تبنته مسودة المشروع الحالي من أجل حماية حقوق وحريات المحكوم عليهم والمساهمة في إعادة إدماجهم من جديد في حظيرة المجتمع.

ثانيا: البت في طلبات رد الاعتبار القضائي

إن رد الاعتبار هي تلك الوسيلة التي يراد بها محو أثر العقوبة، بالنسبة للمستقبل، والنتيجة عن العقوبة وحالات فقدان الأهلية المترتبة عنها، بحيث عرفه بعض الفقه على أنه إزالة حكم إداري بالنسبة للمستقبل على وجه تنقضي معه جميع آثاره، ويصبح المحكوم عليه ابتداء من تاريخ رد الاعتبار في مركز من لم تسبق إدانته.

ورد الاعتبار يمكن أن يكون بقوة القانون² أو بقرار قضائي، فالأول يسهر على تنفيذ تلقائي وتحت مراقبة النيابة العامة، ورئيس كتابة الضبط بالمحكمة التي يقع بدائرة نفوذها مكان ولادة المحكوم عليه، أما الثاني فيرد بقرار لقاضي تطبيق العقوبات وفق التعديلات الجديدة.

¹ - أنظر المادة 6-632 من مشروع مسودة قانون المسطرة الجنائية.

² - تنص المادة 679 من قانون المسطرة الجنائية: "يحق لكل شخص صدر عليه حكم من إحدى المحاكم الجزئية بالمملكة من أجل جنابة أو جنحة الحصول على رد الاعتبار"

"يمحور رد الاعتبار بالنسبة للمستقبل الآثار الناتجة عن العقوبة وحالات فقدان الأهلية المترتبة عنها"

"يرد الاعتبار إما بقوة القانون أو بقرار تصدره الغرفة الجنحية بمحكمة الإستئناف"

وفي ختام ما سبق ذكره فإن الغاية من السياسة الجنائية حفظ الأمن وتحقيق العدالة الجنائية، وهو ما يتكسر في فعالية السياسة العقابية المعتمدة من طرف المشرع، وعليه فإن الأدوار التي أناطها المشرع لقاضي تطبيق العقوبات تهدف لتأهيل وإصلاح المحكوم عليه وإصلاحه وإعادة إدماجه في المجتمع، لكن يلاحظ على أن قاضي تطبيق العقوبات غير متفرغ بالإضافة لدوره كقاض الحكم يعمل على إعداد ملفات الجلسات والحكم فيها، تضاف لكاهله مهمة السهر على تنفيذ العقوبات وهو الأمر الذي يصعب عليه ممارسة مهامه على الوجه الأفضل، بالإضافة لعدم التنصيص على الطبيعة القضائية لعمل قاضي تطبيق العقوبات في مجال تفريد الجزاء الجنائي، وفي هذا الصدد لتفعيل الدور الأساسي لقاضي تطبيق العقوبات فإن الأمر يتطلب ضرورة التوسيع من أدواره على غرار المشرع الفرنسي ذلك بمنحه صلاحيات ايجابية تدخلية تمكنه من تحقيق الغاية التي أحدث من أجلها، من خلال التدخل في مدة العقوبة واتخاذ بعض التدابير المتعلقة بتفعيل البدائل خصوصاً لما تعرفه المؤسسة العقابية من سلبات العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة والتي تؤثر على تنزيل البرامج الإصلاحية، بالإضافة لارتفاع معدل العود والاحتفاظ بالمؤسسة السجنية، مما يتطلب في نفس الوقت تنزيل العقوبات البديلة المنصوص عليها في إطار المسودة ذلك للرفع من نجاعة النظام العقابي وفعاليتها في الردع العام والخاص.

خصوصيات مساطر الإلزام الضريبي "مسطرة الفرض التلقائي نموذجاً"

سفيان صابر

باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس الرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا

مقدمة:

يعتمد الإلزام الضريبي في سائر بلدان العالم على سياسة الدولة وتشريعاتها، وعلى العامل الأخلاقي والقيم الاجتماعية لدى الأشخاص المكلفين، حاله كحال القوانين الأخرى سواء كان هذا الإلزام يتم بطريقة طوعية أو إجبارية.

ويفيد مفهوم الإلزام الضريبي في جوهره إجبار المكلفين طبيعيين كانوا أو معنويين على تحويل بعض الموارد الخاصة بهم للدولة قسراً بصفة نهائية وبدون مقابل لتحقيق ما تسعى إليه الدولة من أهداف تنموية طبقاً لقواعد ومعايير محددة، كما يقصد به ذلك الأثر الذي بواسطته تتحقق الشروط القانونية اللازمة لأداء الضريبة، بمعنى أن الإلزام يكون دائماً مرتبطاً بالواقعة المنشئة للضريبة، والذي من شأنه أن ينشأ حق الخزينة العامة في أن تطلب في لحظة معينة، ومن الشخص الملزم، أداء مبلغ معين من الضريبة.

ويستمد الإلزام الضريبي أساسه القانوني من عدة مقتضيات تشريعية وتنظيمية أبرزها الفصل 39 من الدستور الذي ورد فيه: "على الجميع أن يتحمل كل على قدر استطاعته التكاليف العمومية التي للقانون وحده الصلاحية لإحداثها وتوزيعها حسب الإجراءات المنصوص عليها في الدستور".

ليتضح بشكل لا يدع مجالاً للشك أن المشرع المغربي عمل على دسترة الإلزام الضريبي، بحيث عهد أمر إنشائه وتعديله وإلغائه إلى القانون، كما لم يستثن أحد من التقيد بأحكامه إلا في الأحوال المبينة في القانون.

ولما كان النظام الضريبي المغربي قد اعتمد في السابق على الإدارة الجبائية في تحديد القدرة التكليفية للملزمين، فإنه ومنذ سنة 1983 أصبح يقوم على مبدأ التصريح التلقائي، هذا الأخير سار يعد منطلق الإلزام الضريبي سيما في الأنظمة الإقرارية.

وهكذا فإن الأصل في تحديد المادة الخاضعة للضريبة يتجلى في الإقرار¹ الذي يتقدم به الملمزم من تلقاء أنفسهم إلى الإدارة، حيث يتم ربط الضريبة انطلاقاً من العناصر التي توفرها تلك التصريحات، علماً أن الملمزمين ليسوا كلهم بذات الإرادة في الاستجابة للإلزام الجبائي، بحيث قد يتغاضى أحدهم عن تقديم إقراره داخل الأجل القانوني المحدد لذلك، أو قد لا يتضمن إقراره كل العناصر التي تفيد في تحديد وعاء الضريبة، وقد يحجم عن وضع وثائقه المحاسبية رهن إشارة الإدارة في حال عزمها سلوك مساطر المراقبة، ومن ثم فإن ارتكاب الخاضع للضريبة لأحد هاته المخالفات وغيرها قد يفتح المجال للمصالح المختصة من أجل التدخل قصد إعمال القواعد المسطرية لتحقيق الإلزام الضريبي بطريقة أحادية من خلال مباشرة مسطرة الفرض التلقائي للضريبة.

ويقصد بمسطرة التحديد التلقائي للوعاء الضريبي قيام الإدارة الضريبية بصورة انفرادية بتقدير وعاء ضريبة معينة،² وبعبارة أدق يعني الفرض التلقائي للضريبة إعمال سلطة الإدارة في تقدير المادة الخاضعة للضريبة بشكل أحادي، مما يفيد على أن هذه المسطرة تقتزن بمفهوم السلطة التقديرية للإدارة³

وتعتبر مسطرة الفرض التلقائي من جملة المساطر التي خولها المشرع للإدارة الجبائية ضماناً في انتقال الأموال من جيب الخاضعين للضريبة إلى خزانة الدولة، إذ تمثل هذه المسطرة جزءاً مهماً من السلطات القوية التي تتوفر عليها الإدارة لمحاربة كل أشكال التملص والهرب الرامية إلى التحلل من أداء الضريبة كلاً أو بعضاً.

هذا وتظفر مسطرة الفرض التلقائي للضريبة بمجموعة من الخصوصيات يمكن رصد أهمها كالآتي:

إن أول خصوصية يمكن تسجيلها بصدد هذه المسطرة، تتمثل في إلغاء كل مناقشة وكل حوار مع الملمزم في تقدير أساس الضريبة قبل وضعها قيد التنفيذ، ولكن ليس معنى هذا أن الإدارة الضريبية تحدد مبلغ الضريبة تحديداً عشوائياً، ولكنها ملزمة بالاستناد في ذلك إلى مجموعة من القرائن المستنبطة من المعلومات التي تتوفر عليها، أو معايير قانونية أو عرفية أو علمية تعزز الرقم الذي تقدره حتى يكون تقديرها أقرب ما يكون إلى الواقع.⁴

ومن خصوصيات مسطرة الفرض التلقائي أيضاً، أن عبئ الإثبات فيها يقع على عاتق الملمزم، الذي يتعين عليه إثبات حصول مغالاة في تحديد الإدارة للأساس المفروض عليه بصفة تلقائية، حيث يمكن له سواء في مرحلة الطعن الإداري أو القضائي، أن يحصل على تخفيض للضريبة، أو إعفاء كلي منها، إذا أكد أن الطريقة المتبعة من

1- تعد الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لنظام الإقرار، فعن أبي هريرة وأبي أسيد رضي الله عنهما، أن الرسول صلى الله عليه وسلم أنهما قالاً: "إن حقا على الناس إذا قدم عليهم المصدق أن يرحبوا به، ويخبروه بأموالهم كلها ولا يخفوا عنه شيئاً، فإن عدل فسيب ذلك، وإن كان غير ذلك واعتدى لم يضر إلا نفسه".

² محمد شكيري، الملمزم والإدارة الضريبية (تقديم الأطراف وتحليل أطوار المواجهة)، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2002/2003، ص 322.

³ عبد الغني خالد، المسطرة في النظام الضريبي المغربي (تشخيص وتحليل ومقارنة)، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2000/2001، ص 255.

⁴ سفيان صابر، خصوصية المساطر الإدارية للإلزام الضريبي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القضاء الإداري، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا الجديدة، السنة الجامعية: 2013/2014، ص 31.

قبل الإدارة، لا يمكن تطبيقها لأي سبب قانوني، كأن يثبت التقادم أو وجود عيب مسطري¹.

كذلك من مميزات هذه المسطرة، أن الضريبة المقدرة فيها يمكن دائما مراجعتها بالزيادة أو التخفيض، حيث يمكن للإدارة الضريبية أن تتدارك خطأ ارتكبته في التقدير كأن تقدر الضريبة بأقل مما يجب نتيجة لإغفالها احتساب دخل معين، غير أنها تكون في هذه الحالة مقيدة بشرطين أساسيين، أولهما أن يحصل التدارك داخل أجل التقادم الجبائي، وثانيهما أن يتم هذا التدارك وفق مسطرة الفرض التلقائي المنصوص عليها قانونا².

وتنفرد مسطرة الفرض التلقائي بخصوصية أخرى كونها مسطرة تذكيرية لا يكون منطلقها هو تحديد الأساس الضريبي، بل تهدف في عمقها تنبيه الخاضع للضريبة بضرورة التقيد بالتزاماته القانونية متى كان غير مكترث لها عن قصد أو عن غير قصد.

ولمعالجة موضوع خصوصيات مسطرة الفرض التلقائي، يتعين علينا معرفة موجبات تطبيقها (المبحث الأول)، ثم الإحاطة بالإجراءات المتبعة بشأنها، قبل الركون إلى الآراء والتفسيرات التي أثيرت من لدن الفقه والقضاء الإداريين بصدد بطلانها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: موجبات إعمال مسطرة الفرض التلقائي للضريبة

تطبق مسطرة الفرض التلقائي للضريبة في حالات حصرية تناولتها المواد 228 و 229 و 230 من المدونة العامة للضرائب.

المطلب الأول: الفرض التلقائي في غياب التصريح

نصت المادة 228 على ثلاث حالات يمكن بموجبها للإدارة فرض الضريبة بصورة تلقائية وهي: حالة عدم تقديم الإقرار أو تقديمه خارج الأجل المحددة، و حالة تقديم الإقرار الناقص، ثم حالة عدم دفع المبالغ المحجوزة في المنبع.

أولا: حالة عدم تقديم الإقرار أو تقديمه خارج الأجل القانونية

يمكن تعريف الإقرار أو التصريح على أنه تلك الواقعة الأولية التي بواسطتها يقر الملتزم أو يسلم بالمداخل التي حققها خلال فترة معينة، إلى الإدارة الضريبية أثناء المهلة المحددة لذلك، وبشكل يتيح لهذه الأخيرة معرفة كل عناصر تقدير أساس فرض الضريبة³، كما يعرف على أنه أداة أساسية تتيح للإدارة الضريبية الوقوف على المادة الخاضعة للضريبة، بغية تقدير مكوناتها واحتساب مبلغها، وكذا التأكد من صحة المعلومات المرتبطة

¹ سفيان أدريوش و رشيدة الصابري، تصحيح الأساس الضريبي. دراسة مقارنة، مطبعة دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى ماي 2002، ص 30.

² عبد الرحمان أبليل، الإثبات في المادة الجبائية بين القواعد العامة وخصوصيات المادة (على ضوء الممارسة والاجتهاد القضائي)، مطبعة الأمنية، الرباط، يناير 2013، ص 123.

³ فتيحة لعاشي، وضعية المكلف في التشريع الضريبي المغربي وعلاقته بالإدارة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. أكادال، السنة الجامعية: 2001/2000، ص 185.

بها، حيث يشكل تقديمها للإدارة الضريبية حجة على الملزم لا يمكن التراجع عنها إلا في حالة الغلط، أو إهمال بعض الدخول الخاضعة للضريبة¹.

وباعتبار الإقرار الضريبي العمل الأول والأساسي في مسلسل ربط الضريبة، فقد رتبت التشريعات الضريبية على خرق هذا الالتزام العديد من الجزاءات، من قبيل جزاء تطبيق مسطرة الفرض التلقائي للضريبة التي تستهدف بالأساس الخاضعين للضريبة الخواص أو المقاولات. الذين يمتنعون عن الإدلاء بمختلف التصريحات اللازمة لأداء الضريبة في الوقت المحدد².

ولما كان الهدف من التصريح، هو إقرار الملزم بما تحقق له من دخل، أو رقم أعمال خاضعين للضريبة، بقصد إيفاد الإدارة ببيانات متنوعة، وتقديمها داخل أجل معين، فإن غياب التصريح يحول دون تمكين الإدارة من ربط الضريبة في الوقت المناسب، سواء لم يقدم الملزم تصريحه بتاتا، أو قدمه لكن دون احترام الشروط الواجب توافرها فيه³.

وتعد حالة غياب التصريح، من أكثر الحالات شيوعا في الممارسة الجبائية بالمغرب، حيث يجيز المشرع للإدارة مباشرة مسطرة الفرض التلقائي للضريبة عند عدم تقديم إقرار بالنتيجة أو بالواقعة المنشئة للضريبة⁴.

وغني عن البيان أن النصوص الضريبية، حددت آجالا معينة لإيداع الإقرارات لدى إدارة الضرائب تحت طائلة الفرض التلقائي للضريبة، ومن أمثلة الإقرارات التي يتعين على الملزم الإدلاء بها عند حلول الأجل، نذكر منها:

➤ الإقرار بالحصيلة المفروضة عليها الضريبة وبقسم الأعمال، حيث يتوجب على الشركات توجيه إقرار بالحصيلة الخاضعة للضريبة خلال أجل الثلاثة أشهر الموالية لتاريخ اختتام كل سنة محاسبية⁵.

➤ الإقرار السنوي بمجموع الدخل، حيث يتعين على الخاضعين للضريبة على الدخل أن يوجهوا إقرارا بمجموع دخلهم قبل فاتح مارس من كل سنة بالنسبة لأصحاب الدخول المهنية المحددة حسب نظام الربح الجزائي، و قبل فاتح أبريل بالنسبة لأصحاب الدخول المهنية الخاضعة لنظام النتيجة الصافية الحقيقية⁶.

¹ رضوان اعميمي، ضمانات المدين في الاستخلاص الجبائي بين امتيازات الغدارة الضريبية وسلطات القضاء الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2014/2015، ص 33.
² - MARTIN COLLET, Procédures fiscales - contrôle, contentieux et recouvrement de l'impôt, Presses Universitaires de France, 6 avenue Reille, 75014 Paris, 1 ère édition, Février 2011, p 142.

³ عبد الغني خالد، المسطرة في القانون الضريبي المغربي، مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع الدار البيضاء، طبعة 2002، ص 186.

⁴ عبد الرحمان أبليل، مرجع سابق، ص 124.

⁵ المادة 20 من المدونة العامة للضرائب.

⁶ المادة 82 من المدونة العامة للضرائب.

وتبعاً لذلك يعتبر التصريح مقدماً خارج الأجل، عندما يقع الإيداع بعد الأجل الممنوح للملزم للقيام بهذا الواجب، علماً بأن الأجل هو الفترة الزمنية التي حددها القانون للقيام بإجراء معين داخلها أو قبلها أو بعد نهايتها، وذلك تحت طائلة عدم قبول الإجراء¹.

وبالرغم من تباين هذه الأجال واختلافها بحسب وضعية الملزم، إلا أن المشرع ألزم الخاضع للضريبة بوضع إقراره وفقاً لما تحدده النصوص القانونية، وإلا كان عرضة لتطبيق مسطرة الفرض التلقائي مع ما يصاحبها من غرامات وذعائر، وهو ما أكدته العمل القضائي من خلال جملة من الأحكام والقرارات من بينها، حكم إدارية الرباط الذي قضى بما يلي: "وحيث إن الضريبة على الدخل وفق أحكام المادة 71 من المدونة العامة للضرائب تفرض كل سنة على مجموع الدخل الذي حصل عليه الخاضع للضريبة خلال السنة السابقة بما فيها الدخول المهنية وفق أحكام المادة 22 من نفس المدونة، وإذا لم يقيم الملزم بوضع إقراره داخل الأجل المحددة وفق أحكام المادة 228 تقوم الإدارة بفرض الضريبة تلقائياً بعد استنفاذ مسطرة التبليغ المنصوص عليها في المادة 219"².

ثانياً: حالة تقديم الإقرار الغير التام

اعتبرت المادة 228 من المدونة العامة للضرائب أن تقديم إقرار غير تام أو عقد لا يتضمن العناصر اللازمة لتحديد وعاء الضريبة أو تحصيلها أو تصفية الواجبات، يجيز للإدارة فرض الضريبة بصورة تلقائية، لاسيما وأن التصريح الناقص في نظر القانون يوازي انعدامه.

لكن هذا التعريف ورغم بساطته إلا أنه أثار صعوبة لدى بعض مفتشي إدارة الضرائب في فهم قصد المشرع منه، حيث اعتبروا أن الإقرار الذي ينقصه دخل ما حققه الملزم، أو جزء من هذا الدخل إقراراً ناقصاً، والنتيجة السلبية لهذا الفهم الخاطئ تمثل في لجوء هؤلاء إلى مباشرة مسطرة الفرض التلقائي.

والواقع أن هذا النوع من الإقرار، ليس إقراراً ناقصاً أو غير تام مادام أنه يتضمن جميع العناصر اللازمة لتحديد وعاء الضريبة، وإن كان هذا الوعاء أقل مما يجب أن يكون.

ومن تم فالإقرار الغير التام هو الذي يستحيل فيه على الإدارة إصدار الضريبة نظراً لأنه لا يتضمن أحد البيانات اللازمة، كعنوان الملزم، أو رقم جدول الضريبة، أو كاسمه الصحيح، أما إذا كان الإقرار يتضمن جميع البيانات اللازمة بما فيها وعاء الضريبة، ولكن الإدارة تتوفر على معلومات تفيد وجود مادة ضريبية إضافية لم يتضمنها هذا الإقرار عن قصد أو عن غير قصد، فإن الإقرار في هذه الحالة يكون تاماً، ولكنه غير صادق. وبين كلا النوعين من الإقرار تختلف المسطرة الواجبة التطبيق، فحيث كان الإقرار غير تام وجب

¹.عبد الغني خالد، المسطرة في النظام الضريبي المغربي (تشخيص و تحليل و مقارنة)، مرجع سابق، ص 258.

2- حكم رقم 3690 بتاريخ 2012/10/16 في الملف عدد 2012/7/275.

تفعيل مسطرة الفرض التلقائي، وحيث كان الإقرار غير صادق تعين تطبيق مسطرة التصحيح¹.

وهكذا، وحتى يتسنى للخاضع للضريبة الاحتجاج بالإقرار الجبائي الذي قدمه للإدارة قصد الحد من سلطتها التقديرية، يجب أن يكون هذا التصريح منتظما في الشكل، أي مستكملا لجميع بياناته الإلزامية، وأن يكون صادقا².

وفي هذا الصدد فهناك من البيانات التي يؤثر غيابها على وضعية الخاضع الضريبة، كإغفاله ذكر أحد العناصر التي يتكون منها دخله الإجمالي أو عدم تسجيله لرقم أعماله³، ومن ذلك مثلا أن يبدي الملزم بإقراره عن الأرباح العقارية مرفوقا بعقد التفويت، دون أصل التملك الذي سيمكن الإدارة من معرفة ثمن التملك، وهنا يعتبر الإقرار ناقصا لأنه لن يفيد الإدارة في احتساب الضريبة، وبالتالي لا يمكن اعتبار عمل الملزم هذا بمثابة تصريح على الوجه القانوني.

وهناك من البيانات التي لا يؤثر إغفالها في تحديد مبلغ الضريبة كونها ثابتة ولا تخضع لتغييرات إلا نادرا، كالمعلومات المتعلقة بهوية الملزم المصرح، ورقم بطاقته وعنوانه ونوع مهنته... بحيث تكون موجودة في الملف

الجبائي لدى إدارة الضرائب، ويمكن الأخذ بها في فرض الضريبة كعناصر قارة⁴.

لكن وإن كانت مثل هذه البيانات ثانوية، فقد تكون حجة للملزم أو عليه، كاسم الخاضع أو توقيعه⁵، وهو ما أكده العمل القضائي في اجتهاداته من خلال قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض الذي جاء فيه: "وحيث... لا تشترط القوانين الضريبية وجوب توقيع الإقرار من قبل الملزم، بل إن صحة البيانات الواردة فيه من رقم البطاقة الوطنية ورقم الخضوع وغيرها من البيانات الأساسية تشكل قرينة على نسبته للملزم، وأن المحكمة لا تكون ملزمة للتحقيق من صحة التوقيع المذيل به في حالة إنكاره تطبيقا للفصل 89 من قانون المسطرة المدنية، بعد أن تبين لها أن لا فائدة من ذلك"⁶.

تعبيرا على هذا القرار فإن تقديم إقرار من لدن الخاضع للضريبة داخل الأجل القانوني مستوف للشروط التي يتطلبها القانون واللازمة لربط الضريبة يقوم قرينة على نسبته إليه، ويكون في وسع الخاضع للضريبة إثبات عكس هذه القرينة ليس من خلال إنكار التوقيع، وإنما من خلال تأكيده على تقديمه إقرارا غير ذلك الذي

1- يوسف آيت الحضري، دور القاضي الإداري في ضبط امتيازات الإدارة الضريبية أثناء تفعيل مسطرة الفرض التلقائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في

القضاء الإداري، جامعة محمد الخامس الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2014/2015 ص 22.

2- فدوى حيبي، حجية التصريح في المادة الجبائية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القضاء الإداري، جامعة محمد الخامس السويسي -كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا الجديدة، السنة الجامعية: 2013/2014 ص 10.

3. أشرف الغروص، منازعات الفرض التلقائي للضريبة على الدخل. الدخول المهنية نموذجا، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القضاء الإداري، جامعة محمد

الخامس السويسي. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا الجديدة، السنة الجامعية: 2010/2011، ص 14.

4. عبد الغني خالد، المسطرة في القانون الضريبي المغربي، مرجع سابق، ص 189.

5. أشرف الغروص، مرجع سابق، ص 17.

6. القرار عدد: 497، بتاريخ: 2006/06/14، ملف إداري عدد: 2002/2/4/1091.

تتمسك به إدارة الضرائب.

وفي ختام هذه النقطة يجدر التنبيه إلى أن الإدارة الضريبية لا تعتمد دائما إلى تفعيل ميكانيزمات الفرض التلقائي عند معاينتها لإقرار غير تام، بل تلجأ بخصوص بعض الإقرارات المتضمنة لبيانات ناقصة إلى تطبيق جزاءات متمثلة في صورة زيادات ودعائر، مباشرة بعد عدم استجابة الخاضع للضريبة لإشعارها الداعي إياه إلى تنميط إقراره خلال المهلة المنصوص عليها قانوناً¹.

ثالثا: حالة عدم دفع المبالغ المحجوزة من المنبع

يعني حجز الضريبة في المنبع، قيام المؤسسة الدافعة للمبلغ المستحق عليه الضريبة، بعدة مهام هي في الأصل من اختصاص إدارة الضرائب، أهمها تصفية مبلغ الضريبة قبل حجزه.

وتعني تصفية مبلغ الضريبة أولا، تحديد الأساس الخاضع للضريبة بعد خصم المبالغ المعفية بحكم القانون، ليبقى صافي الدخل أو رقم الأعمال المراد تضريبه، و ثانيا تطبيق السعر المعمول به على الأساس أعلاه.

وبعد أن يكون المسؤول عن الحجز في المنبع، قد قام بتحديد الأساس الخاضع لها، فإنه يقوم بتصفية الضريبة وتطبيق السعر المعمول به، ليصبح حينذاك عالما بمبلغ الضريبة المستحق على المستفيد، ويجب عليه أثناء تسليمه مبلغ الأجر أو العمولة، أن يقتطع المبلغ المصفى، ولا يسلم للملزم سوى الأجر أو العمولة الخالصتين من الضريبة، ومفاد ذلك أن يحتفظ بمبلغ الضريبة في خزائن الطرف الدافع الذي يحمله مسؤولية كبرى أمام إدارة الضرائب، تتمثل في التصريح من جهة أولى بهذه المبالغ، ثم إيداعها لدى الخازن العام من جهة ثانية².

وهكذا فالمشغل مثلا يجب أن يقوم باقتطاع الضريبة عن الأجر، قبل أن يسلم الأجر الصافي للأجير، وأن يدفع تلك المبالغ لمفتش الضرائب التابع له المؤسسة التي يديرها، وفي حال تقاعسه عن القيام بالتزامه القانوني تقوم الإدارة بفرض الضريبة عليه بكيفية تلقائية.

المطلب الثاني: الفرض التلقائي بعد إجراء المراقبة

تكلفت المادتين 229 و 230 من المدونة العامة للضرائب، ببيان حالات أخرى تستلزم فرض الضريبة بصورة تلقائية أهمها: حالة عدم تقديم الوثائق المحاسبية، وحالة رفض الخضوع للمراقبة، وحالة وجود إخلالات في المحاسبة، ثم حالة مخالفة حق الاطلاع.

1- تنص المادة 230 المكررة من المدونة العامة للضرائب على أنه: "في حالة عدم تضمين الإقرارات المشار إليها في المواد 79 و 81 و 151 و 152 و 153 و 154 أعلاه للبيانات المنصوص عليها في هذه المواد والتي ليس لها أثر على وعاء أو مبلغ الضريبة، وجهت إلى الملزم رسالة وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 أعلاه لتنميط إقراره داخل أجل خمسة عشر (15) يوما الموالية لتاريخ تسلم الرسالة المذكورة.

وإذا لم يتمم الخاضع للضريبة إقراره داخل الأجل المشار إليه أعلاه، أخبرته الإدارة بواسطة رسالة وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 219 أعلاه بتطبيق الجزاءات المنصوص عليها في المواد 194 أو 195 أو 196 أو 200 أعلاه. تفرض الجزاءات المشار إليها أعلاه عن طريق الجدول".

² عبد الغني خالد، المسطرة في النظام الضريبي المغربي (تشخيص و تحليل و مقارنة)، مرجع سابق، ص 328.

أولاً: حالة عدم تقديم الوثائق المحاسبية

إن عدم تقديم الوثائق المحاسبية للمفتش المحقق أو تقديمها ناقصة، يعتبر قرينة على عدم مسك المحاسبية، وعلى عدم القيام بواجب التصريح على الوجه القانوني، مما يخالف القانون الجبائي مخالفة تستوجب تصحيح الوضع عن طريق الفرض التلقائي للضريبة، وفي هذا السياق رفضت المحكمة الإدارية بالرباط طلب المعارض الرامي إلى إلغاء الفرض الضريبي حينما قضت بالآتي: " لكن حيث إنه باستقراء الوثائق والمستندات التي تم الإدلاء بها من طرفي الدعوى، تبين للمحكمة أن الشركة موضوع الفحص قد أدلت ببيانات ناقصة في الإقرار المتعلق بالمكافآت المدفوعة للغير برسم السنوات 2006 و 2007 و 2008 طبقاً للمادة 151 من المدونة العامة للضرائب، ويعد ذلك إخلالاً لأزم الإدارة الضريبية بتطبيق نسبة زيادة تقدر ب 25 % طبقاً لمقتضيات المادة 194 من المدونة العامة للضرائب.

وحيث إنه تأسيساً على ما ذكر أعلاه، فإن الضريبة على الشركات والضريبة على القيمة المضافة والضريبة على الدخل برسم السنوات المحاسبية 2005 و 2006 و 2007 و 2008 قد فرضت تلقائياً على الشركة طبقاً لمقتضيات المواد 151 و 152 و 194 و 196 من المدونة العامة للضرائب، مما يبقى معه الطلب غير مرتكز على أساس قانوني سليم ويتعين الحكم برفضه"¹.

و قد يدعي الملمزم بأنه لا يتوفر على الوثائق المحاسبية بسبب ضياعها، غير أن ذلك لا يمكن أن يسعفه في شيء²، على اعتبار أن المشرع الضريبي تنبه لهذا الأمر حينما نص بموجب المادة 211 من المدونة العامة للضرائب على أنه " إذا ضاعت الوثائق المحاسبية لأي سبب من الأسباب، وجب على الخاضعين للضريبة أن يخبروا بذلك مفتش الضرائب حسب الحالة التابع له محل موطنهم الضريبي أو مقرهم الاجتماعي أو مؤسسهم الرئيسية في رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتسليم داخل الخمسة عشر (15) يوماً الموالية للتاريخ الذي لاحظوا فيه ضياعها "

ويستفاد من فحوى النص المذكور، أن المشرع فرض على الخاضعين للضريبة التزام الاحتفاظ بالوثائق المحاسبية لمدة عشر (10) سنوات، وفي حال ضياعها وجب عليهم إشعار مفتش الضرائب بذلك، حيث اعتبرت إدارية مكناس أن: "عدم احترام الملمزم الجبائي لالتزام وضع الوثائق المحاسبية رهن إشارة الإدارة الجبائية، بعد مرور خمسة عشر (15) يوماً من إشعاره بإجراء المراقبة ورغم إمهاله بأجل ثان، يبرر الجزاء المرتب قانوناً، والمتمثل في الفرض التلقائي للضريبة وفقاً لمقتضيات الفقرة 3 من المادة 111 من قانون الضريبة العامة على الدخل"³.

ثانياً: حالة رفض الخضوع للمراقبة

1- حكم رقم 2080 بتاريخ 2014/04/16 في الملف رقم 2011/7/117.

2- عبد الغني خالد، المسطرة في القانون الضريبي المغربي، مرجع سابق، ص 192.

3- حكم المحكمة الإدارية بمكناس عدد: 5/008/155 ش، بتاريخ: 2008/04/09، أورده أشرف الغروص، مرجع سابق، ص 20.

حدد المشرع مجال المراقبة الضريبية في إطار الفرض التلقائي، ليشمل مجموعة من الضرائب أو الرسوم أو بعض البنود أو عمليات معينة واردة في التصريح أو في ملحقاته أو فهمها معا المتعلقة بكل الفترة غير المتقدمة¹.

واستنادا إلى ذلك، إذا كانت الإدارة الضريبية تتمتع بسلطات واسعة لفحص المحاسبة، حيث تقوم بمجموعة من العمليات للتحقق في عين المكان، من صحة المحاسبة والوثائق المؤيدة لها التي يمسكها الخاضعون للضريبة، لمقارنتها مع تصريحاتهم، أو مع المعلومات والمعطيات المتوفرة لديها، فإن ممارسة هذا الحق في الرقابة، لا يستعمل بكيفية مطلقة، بل تقيده ضوابط وشكليات²، أبرزها إشعار الملزم بالزيارة التي سيقوم بها المفتش المحقق، وذلك قبل 15 يوما من إجراء المراقبة، إذ تكمن الغاية من ذلك في عدم أخذ الملزم على حين غرة من جهة، و تمكينه من الاستعداد لاستقبال المفتش المحقق من جهة ثانية، غير أنه في حالة عدم استقبال الملزم للمفتش . كأن يجد الأبواب موصدة في وجهه، أو عندما يرفض الأعوان تقديم أية مساعدة للمفتش . فإن ذلك يعني بكل بساطة عدم وجود محاسبة، وبالتالي لا يصبح للتصريح أية قيمة إثباتية.

والملاحظ عموما أن جل المحاكم الإدارية أجمعت أنه في حال عدم انصياع الخاضع للضريبة لموجبات المراقبة، كانت الضريبة المفروضة عليه تلقائيا قانونية، ما لم يثبت انتهاك الإدارة للضوابط المسطرية، حيث صرحت إدارية الدار البيضاء في أحد أحكامها بما يلي: "وحيث تقتضي المراقبة بداية على الخاضع للضريبة أن يبدي بجميع الإثباتات اللازمة، ويقدم على المأمورين المحلفين جميع الوثائق المحاسبية المطلوب الاطلاع عليها، حتى يمكن له التمسك بالإجراءات المتصلة بالمراقبة.

وحيث إن المدعية فوتت على نفسها فرصة فض خلافها رضائيا مع إدارة الضرائب، وذلك بعدم تقديم الوثائق الضرورية لمفتش الضريبة، ولم تثبت للمحكمة إدعاءاتها في شأن خرق مسطرة المراقبة، مما يكون معه الدفع في غير محله"³.

ثالثا: حالة وجود إخلالات في المحاسبة

يحيل مفهوم الإخلالات المحاسبية، على نتيجة عدم قيام الملزم الخاضع للنظام المحاسبي بتمسك محاسبة مطابقة للقوانين وللمصداقية تمكن من تحديد أساس فرض الضرائب التي تتوقف على المحاسبة⁴.

¹ المادة 212 من المدونة العامة للضرائب.

² أشرف الغروص، مرجع سابق، ص 20.

³ - حكم رقم 434 بتاريخ 1998/11/11 ملف عدد 97/1976 غ، أورده نصير مكاوي، تأويل القاضي الإداري لقواعد القانون الضريبي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، جامعة محمد الخامس السويدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، سنة 2013، ص 151.

⁴ مصطفى مدرع، الإخلالات المحاسبية والرقابة القضائية، مداخلة قدمت في لقاء مشترك بين المجلس الأعلى و المديرية العامة للضرائب حول "العمل القضائي و المنازعات الضريبية"، أشغال اليومين الدراسييين 28 و29 مارس، عدد 2005/8، دفاثر المجلس الأعلى، ص 227.

و بالتالي فالرقابة الضريبية، يمكن أن تفضي إلى وجود إخلالات في المحاسبة، حيث تولى المشرع الإشارة إلى طبيعة هذه الإخلالات في المادة 213 من المدونة العامة للضرائب كما يلي :

- 1 .عدم تقديم محاسبة ممسوكة وفقا للقانون الجبائي و المحاسبي: أي غياب دفاتر قانونية أو بيانات غير مسجلة وفق القانون المحاسبي أو انعدام المستندات القانونية، ومن الأمثلة التي لها ارتباط بهذا الإخلال:
 - انعدام دفتر اليومية أو دفتر الجرد، حيث يعكس هذا الإخلال عدم تقديم محاسبة ممسوكة وفق القانون و يؤدي بالتالي إلى التشكيك في قيمة إثبات المحاسبة،
 - مسك دفتر اليومية أو دفتر الجرد في تاريخ لاحق لتاريخ نهاية السنة المحاسبية،
 - عدم تسجيل العمليات في تاريخ حدوثها.
- 2 .انعدام الجرد: أي انعدام بيان مفصل لمخزونات البضائع والمواد الأولية في آخر السنة، إذ أن المغزى من إلزامية وضع جرد مفصلة هو تمكين أي جهة متدخلة إدارية كانت أم ير إدارية ، من القيام بمراقبة صدق البيانات المحاسبية.
- 3 .إخفاء بعض الأثرية أو البيوع إذا أثبتت الإدارة ذلك.
- 4 .الأخطاء أو الإغفالات أو البيانات غير الصحيحة الجسيمة والمتكررة الملاحظة فيما تتضمنه المحاسبة من عمليات، مثلا تسجيل عملية في غير حسابها، أخطاء في جمع العمليات المدرجة في حساب.
- 5 .انعدام أوراق الإثبات الذي يجرد المحاسبة من كل قيمة إثباتية، مثلا انعدام فواتر البيع أو الشراء.
- 6 .عدم إدراج عمليات في المحاسبة بالرغم من إنجاز الخاضع للضريبة لها، مثلا عدم تسجيل بيع معدات.
- 7 .إدراج عمليات صورية في المحاسبة، مثلا إدراج مصاريف غير موجودة في الواقع تكون أحيانا مثبتة في فواتر مزورة.¹

و يترتب عن اقرار أحد هذه الإخلالات آثار قانونية هامة تتمثل في:

- تحديد أساس فرض الضريبة باعتبار العناصر المتوفرة لدى الإدارة.
 - جعل عبء الإثبات على عاتق الخاضع للضريبة.²
- لكن أعمال الآثار الميئة أعلاه رهين بأن تثبت الإدارة عدم صدق المحاسبة بوجود مستندات وأدلة تؤكد حدوث خرق للقواعد المحاسبية، وليس فقط حصول شك، وهو ما أبرزته عبارة "إذا ثبت للإدارة ذلك"

¹.إبراهيم الشيكور، مرجع سابق، الصفحات 232 و 233.

².خالد زعزوع، مرجع سابق، ص 132.

المنصوص عليها في المادة 213 من المدونة.

رابعاً: حالة مخالفة حق الإطلاع

حول المشرع للإدارة الضريبية في إطار مقتضيات المادة 230 من المدونة، إمكانية مباشرة مسطرة فرض الضريبة بصورة تلقائية في مواجهة الملتزمين الذين يرفضون الامتثال لمقتضيات حق الإطلاع الذي يوجب عليهم السماح لأعوان الإدارة الضريبية بالحصول على جميع المعلومات من السجلات والوثائق التي تفرض مسكها القوانين والأنظمة الجاري بها العمل وكذا من العقود والمحركات الموجودة في حوزتهم، قصد البحث في محتوياتها والتحقق من مدى جديتها، مع ما يستتبع ذلك من توقيع الجزاءات المالية المنصوص عليها في المادة 191 من المدونة العامة للضرائب، متى وجدت إخلالات بها.

بيد أن هاته المقتضيات لا يؤخذ بها بالنسبة لإدارات الدولة والجماعات الترابية والقاضي المكلف بالتوثيق، ولأجل ذلك اعتبر بعض الباحثين أن في هذا الاستثناء تقليصاً من فعالية حق الإطلاع ومساساً بضمانات الملتزمين الشيء الذي يقتضي إخضاع الهيئات العمومية لنفس الأحكام المطبقة على الخواص في هذا الشأن، مراعاة لمبدأ العدالة الضريبية وحفاظاً على الحقوق المالية للجزئية¹.

وعلى كل حال فإن تحقق إحدى حالات التضريب التلقائي كما تم استعراضها لا تخول للإدارة حرية واسعة في تحديد الوعاء الضريبي بكيفية عشوائية، بل لا بد لها من اعتماد قواعد منطقية مبنية على أسس واقعية تراعي القدرة التكليفية للخاضع للضريبة على الرغم من مخالفته لالتزاماته التصريحية.

المبحث الثاني: سير مسطرة الفرض التلقائي للضريبة وموقف الفقه والقضاء الإداريين من بطلانها

تعتبر مسطرة الفرض التلقائي للضريبة، عن السلطة القوية التي تتوفر عليها الإدارة الجبائية لمحاربة التملص الضريبي، لكنها مع ذلك سلطة ما فتأت تعرف قيوداً مسطرية قوامها، احترام حق الملتزم في الإخبار وعدم مفاجأته، إلا إذا كان تقاعسه هو السبب في ذلك².

وقد توخ المشرع من خلال سنه للقواعد الناظمة لمسطرة الفرض التلقائي، ترجيح كفة الإدارة على حساب الملتزم نظراً لجسامة المخالفات المقترفة من لدن هذا الأخير ما يستتبع رده من التشديد في الجزاءات، غير أن كلا من الفقه والقضاء الإداريين واعتباراً للوضعية الدفاعية الضعيفة التي يكون عليها الملتزم إزاء مباشرة هذه المسطرة في مواجهته، أكدت على ضرورة مراعاة الإدارة لمبدأ حق الدفاع، ورتبا على المساس به بطلان الفرض الضريبي المجرى حياداً عن الضوابط القانونية.

1- يونس مليح، الضمانات المسطرية للملزم في مواجهة الإدارة الضريبية، السلسلة المغربية للعلوم والتقنيات الضريبية، العدد التاسع، مطبعة الأمنية - الرباط 2015، ص 44.

2- كريم لحرش، المنازعات الضريبية في القانون المغربي، سلسلة اللامركزية والإدارة الترابية، العدد 21، مكتبة الرشاد سطات، الطبعة الأولى 2013، ص 36.

لأجل ذلك سنعالج في ظل هذا المبحث الإجراءات التي تسير وفقها مسطرة الفرض التلقائي (المطلب الأول)، على أن نتقصى موقفى الفقه والقضاء بشأن بطلان المسطرة من عدمه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سير مسطرة الفرض التلقائي للضريبة

لا يتم فرض الضريبة تلقائيا إلا بعد إتباع الإدارة لإجراءات مسطرية تراعى بمقتضاها الشكليات والبيانات التي استلزمها المشرع لضمان سيرورتها بكيفية مشروعة.

وهكذا سنتناول إجراءات الفرض التلقائي للضريبة تبعا للحالات السالفة الذكر.

أولا: إجراءات الفرض التلقائي للضريبة في غياب التصريح

بعد أن تعين الإدارة الضريبية مخالفة الخاضع للضريبة لأحد الالتزامات المنصوص عليها في المادة 228 من المدونة العامة للضرائب، كعدم تقديم الإقرار أو تقديمه خارج الأجل المحددة، أو عدم تضمينه لكافة المعلومات الأساسية لتحديد وعاء الضريبة أو تصفيته، أو عدم دفع المبالغ المحجوزة في المنبع...، تلجأ إلى تطبيق مسطرة الفرض التلقائي للضريبة، التي تقوم في أساسها على تذكير الملتزم بالتزاماته، عبر تبليغه برسالة مع منحه أجلا معيناً للجواب تحت طائلة الفرض الحكيم للضريبة¹.

وهكذا فيمجرد تبليغ الخاضع للضريبة وفقا لإجراءات التبليغ المنصوص عليها في المادة 219 من المدونة العامة للضرائب، فإننا نكون أمام احتمالين:

الاحتمال الأول: ويتجلى في جواب الخاضع للضريبة عن رسالة الإدارة الجبائية داخل الأجل المذكور، مع القيام بما طلبته الإدارة منه، من إيداع أو تميم إقراره، أو دفع المبالغ التي قام بحجزها من المنبع لفائدة الخزينة، وبذلك تكون مسطرة الفرض التلقائي قد استنفذت، مع ما يترتب عنه من فرض للضريبة حسب الأسس المصرح بها من طرف الملتزم، دون إغفال تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في القانون.

الاحتمال الثاني: يتمثل في عدم جواب الخاضع للضريبة داخل الأجل المضروب على الرسالة الأولى، و في هذه الحالة وجب على الإدارة الجبائية استنادا إلى مقتضيات المادة 228 السالفة الذكر، أن تخبر الخاضع للضريبة وفق إجراءات التبليغ المعمول بها في القوانين الجبائية، بالأسس التي قدرتها والتي على أساسها ستفرض عليه الضريبة بصورة تلقائية، إذا لم يقم بإيداع أو تميم إقراره أو عقده، أو دفع المبالغ التي حجزها في المنبع إلى الخزينة، داخل أجل ثان مدته ثلاثون (30) يوما من تاريخ تبليغ الرسالة الثانية.

وفي حالة جواب الخاضع للضريبة عن الرسالة الثانية داخل الأجل المذكور، مع القيام بما طلبته الإدارة منه من إيداع أو تميم إقراره أو عقده، أو دفع المبالغ التي قام بحجزها من المنبع لفائدة الخزينة، فإن مسطرة

¹ - عبد الرحمان أبليللا، مرجع سابق، ص 123.

الفرض التلقائي تنتهي مع ما يترتب عنه من إصدار لجدول الضريبة أو قوائم الإيرادات أو أوامر بالاستخلاص، حسب الأسس المصرح بها من طرف الملزم، و دون إغفال تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في القانون.

أما في حالة عدم جواب الخاضع للضريبة على الرسالة الثانية، أو في حالة الجواب خارج الأجل القانوني، فإن الإدارة الجبائية تقوم بفرض الضريبة بصورة تلقائية، بإصدار جداول الضريبة أو قوائم الإيرادات أو أوامر الاستخلاص، حسب الأسس المحددة في الرسالة الثانية، مع تطبيق الزيادات والغرامات والذعائر المتعلقة بالضريبة موضوع الفرض، والتي لا يمكن للخاضع للضريبة أن ينازع فيها، إلا وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 235 المدونة العامة للضرائب¹.

ثانيا: إجراءات الفرض التلقائي للضريبة بعد إجراء المراقبة

تتمتع الإدارة الجبائية بالحق في إخضاع الوثائق المحاسبية التي يمسكها الخاضعون للضريبة، لفحص أو لمراقبة ضريبية ترمي إلى التأكد من صحتها و صدق ما ورد فيها².

وفي هذا السياق واستنادا إلى مقتضيات المادة 229 من المدونة العامة للضرائب، إذا لم يقدم الخاضع للضريبة الوثائق المطلوبة لإجراء المراقبة، وجهت إليه الإدارة رسالة أولى تدعوه من خلالها للامتثال إلى الأحكام القانونية، داخل أجل خمسة عشر (15) من تاريخ تسلمها، وفي حالة عدم استجابته داخل الأجل المذكور، أخبرته الإدارة في رسالة ثانية بتطبيق الغرامة المقررة في المادة 191، وتمنحه أجلا إضافيا مدته خمسة عشر (15) يوما من تاريخ تسلم الرسالة المذكورة، للتقيد بالتزاماته أو تبرير عدم وجود محاسبة.

فإذا انصرم هذا الأجل، ولم يقدم الخاضع للضريبة الوثائق المحاسبية، أو لم يبرر عدم تقديمها، فرضت عليه الضريبة تلقائيا دون سابق تبليغ، مع تطبيق الغرامة التهديدية اليومية المنصوص عليها في المادة 191 من هذه المدونة³.

أما فيما يتعلق بإجراءات الفرض التلقائي المطبقة على الخاضعين للضريبة المخالفين لأحكام حق الإطلاع، فإن المشرع لم يفرض لها ضوابط وشكليات معينة، مكتفيا بخصوصها على سلوك نفس المراحل الواردة في المادة 229 من المدونة، مستثنيا من ذلك إدارات الدولة والجماعات الترابية والقاضي المكلف بالتوثيق.

وجدير بالذكر فيما يتعلق بالرسائل المبلغة للخاضع للضريبة في إطار مسطرة الفرض التلقائي، أنها ترتب آثارا مهمة، إذ يؤدي تبليغ الرسالة الأولى إلى قطع التقادم¹، بحيث تسري مدة جديدة للتقادم تبتدئ من تاريخ

¹ الحسن كثير، مرجع سابق، ص 130 و ما بعدها.

² عبد الرحمان أبليل، مرجع سابق، ص 125.

³ تنص المادة 191 من المدونة العامة للضرائب على أنه: "إذا لم يقدم الخاضعون للضريبة الوثائق المحاسبية و الثبوتية المشار إليها في المادتين 145 و 146 أعلاه، أو رفضوا الخضوع لإجراء المراقبة المنصوص عليها في المادة 212 أدناه، فإنهم يتعرضون لغرامة مبلغها ألفي (2.000) درهم و إن اقتضى الحال غرامة تهديدية قدرها مائة (100) درهم عن كل يوم تأخير، على ألا يتجاوز مجموعها ألف (1.000) درهم وفق الشروط المقررة في المادة 229 أدناه. غير أنه بالنسبة للضريبة على الدخل يتراوح مبلغ هذه الغرامة من خمسمائة (500) إلى ألفي (2.000) درهم".

توصل الملزم بالرسالة بصورة صحيحة، وهو ما يمنح للإدارة الجبائية فترة إضافية مدتها أربع (4) سنوات، للقيام بعملية إصدار جداول الضريبة أو قوائم الإيرادات أو أوامر بالاستخلاص².

كما ينجم عن رسالة التبليغ الثانية، فتح أجل جديد للملزم لأجل الجواب، وكذلك تحديد أسس فرض الضريبة، مع يصاحباها من تعيين للغرامات والزيادات والذعائر.

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء الإداريين من بطلان مسطرة التضرير التلقائي

يعرف البطلان على أنه الجزاء المقرر لتخلف كل أو بعض شروط صحة القواعد الإجرائية الجوهرية³. وبالرجوع إلى المقتضيات القانونية الجبائية نجد أن المشرع نص على بطلان المسطرة في حالتين فقط:

- حالة إخلال الإدارة بأجل الخمسة عشر يوما المنصوص عليه في مسطرة الفحص.

- حالة إخلال الإدارة بأجل الستين يوما المنصوص عليه في مسطرة التصحيح.

وأول ملاحظة يمكن إبدائها في هذا الإطار هي عدم وجود نص قانوني خاص يقضي بالبطلان في حالة الإخلال بمسطرة الفرض التلقائي.

لنتساءل تبعا لذلك عن سبب حصر المشرع الجبائي جزاء البطلان على حالتين فقط، دون أن يقرره في مسطرة التضرير التلقائي ؟

إن الجواب على التساؤل المطروح يقتضي البحث في موقف الفقه والقضاء بشأنه.

أولا: موقف الفقه

ذهب بعض الفقه⁴ إلى القول أن عدم تطرق المدونة العامة للضرائب إلى أسباب بطلان مسطرة الفرض التلقائي، يعود إلى الحالات التي أوردتها المواد 228 و229 و230 المتعلقة بأفعال ارتكبتها الملزم تكتسي درجة بالغة من

¹ تنص المادة 232 من م.ع.ض التي غيرت وتممت بموجب قانون المالية 2016 وذلك في فقرتها الخامسة علي أنه: "ينقطع التقادم بالتبليغ المنصوص عليه في المادة 220 والمادة 221 والمادة 221 المكررة والمادة 222. ألف والمادة 224 و في المادة 228 و في المادة 229 (الفقرة الأولى) أعلاه".

² الحسن كثير، مرجع سابق، ص 131.

³ اتجهت التشريعات إلى تبني مذهبين للبطلان: مذهب البطلان القانوني ومذهب البطلان الذاتي، فالأول يقوم على أساس أنه لا بطلان بغير نص، ومعناه أن الذي يقرر البطلان هو المشرع لا القاضي فلا يجوز للقاضي أن يقرر البطلان جزاء لمخالفة قاعدة إجرائية لم يقرر المشرع لها هذا الجزاء، كما أنه لا يجوز أن يمتنع عن تقرير البطلان حيث يكون المشرع قد قرره، أما مذهب البطلان الذاتي وفيه يعترف للقاضي بسلطة تقديرية في تحديد القواعد التي يترتب البطلان على مخالفتها، ويضع المشرع معايير مجردة يستعين بها القاضي على ذلك للتفرقة بين القواعد الإجرائية الجوهرية والقواعد الإجرائية غير الجوهرية، ولكن الذي يقرر البطلان في هذا المذهب هو القاضي لا المشرع.

⁴ الحسن كثير، بطلان المسطرة في القانون الجبائي على ضوء مقتضيات المدونة العامة للضرائب، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 99-100 يوليوز-أكتوبر، سنة 2011، ص 87.

الخطورة في نظر المشرع، من شأنها عرقلة فرض الضريبة الأولية، وبالتالي حرمان خزينة الدولة من الموارد اللازمة لتمويل نفقاتها.

زد على ذلك أن إخلال الملزم بواجباته الإقرارية، أو منع الإدارة من ممارسة حقها في المراقبة والاطلاع، تشكل أفعالاً تستوجب تطبيق الجزاءات اتجاه الملزم وليس اتجاه الإدارة الجبائية بالتنصيص على بطلان مسطرة الفرض التلقائي للضريبة، لأن من شأن ذلك أن يشجع بعض الملزمين على التهرب من أداء الضريبة، والتحلل من التزاماتهم بالاحتجاج على الإدارة بعييب مسطري.

ويعزز جانب آخر من الفقه وجاهة الرأي السابق، بالنظر إلى كون أن طبيعة مسطرة الفرض التلقائي والأسباب المبررة لسلوكها لا تنسجم بتاتا مع نظام البطلان كجزاء، باعتبار أن الفرض التلقائي وضع أساسا كقاعدة للتعامل مع الملزمين المتقاعسين عن التقيد بالالتزامات التصريحية، فهو في أصله جزء للملزم نتيجة تواجده في وضعية غير نظامية اتجاه الإدارة الضريبية، الشيء الذي لا ينبغي معه والحالة هاته إعمال البطلان كجزاء آخر مقابل يلغي الجزء الأول¹.

وخلافا للتفسيرات المتداولة أعلاه، أفاد بعض الفقه على أن مسطرة الفرض التلقائي تنطوي على ضمانات أقرها المشرع نفسه لفائدة الخاضع للضريبة، وذلك من خلال وجوب تذكيره بإيداع إقراره وإخباره بالأسس المعتمدة قبل توقيع الفرض التلقائي في حقه، وبالتالي فإذا كان الإخلال بالإجراءات المسطرية لتصحيح وعاء الضريبة يرتب جزاء البطلان بقوة القانون نظرا لمساسها بإحدى ضمانات الملزمين، فإنه من باب العدالة أن يتم التنصيص على جزاء البطلان أيضا في حالة الإخلال بالمقتضيات القانونية المنظمة لمسطرة الفرض التلقائي، وذلك لأن إجراءاتها وردت بصيغة إلزامية، وهذا المعنى تعتبر قواعدها أمرة من النظام العام، يتحتم على الإدارة احترامها ولو كان الملزم سيء النية، يحاول التخفي وراء عيب مسطري لإبطال الضريبة².

ثانيا: موقف القضاء

دأب القضاء الإداري على اعتبار أن كل إخلال يشوب إجراء من إجراءات الفرض التلقائي يترتب عنه خرق لحقوق الدفاع يؤدي إلى بطلان المسطرة وبالتالي إلغاء الضريبة، وهو ما يمكن تبينه من خلال الإطّلاع على العمل القضائي، حيث قضت إدارية الرباط في أحد أحكامها³ بما يلي: "من المبادئ العامة التي تم تكريسها فقها وقضاء، أن مسطرة الفرض الضريبي بوجه عام تقوم على أساس قاعدة جوهرية تتمثل في مدى احترام المسطرة التوجيهية بين الملزم وإدارة الضرائب كضمانة أساسية لحقوق الطرف الأول في مواجهة الفرض المبالغ والمفاجئ

1 - إبراهيم أحطاب، مسطرة تصحيح الثمن في العقود - ضريبة التسجيل نموذجا، مكتبة الرشد سطات، الطبعة الأولى 2014، ص 84.
2- عدنان أبودرار، حالات بطلان مسطرة الفرض الضريبي بين النص القانوني والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، تخصص القضاء الإداري، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، سلا الجديدة، السنة الجامعية: 2012/2013، ص 29.

³ - حكم عدد 1243 الصادر بتاريخ 10/10/2006 في الملف رقم 04/3/204.

الذي تقدم عليه الإدارة حتى يتمكن الملزم من تقديم أوجه دفاعه حول الإخلالات التي تنسبها إليه هذه الأخيرة ويتداركها قبل اللجوء إلى فرض الضريبة بشكل تلقائي، وبالتالي فإن المنطق القانوني في المادة الضريبية يقتضي من الإدارة قبل اللجوء إلى مسطرة الفرض التلقائي، أن تشعر الملزم بطريقة لا لبس فيها.

وحيث إنه أمام هذه المعطيات، وطالما أن الإدارة لم تدل بما يفيد احترامها للمسطرة المشار إليها، تكون الضريبة موضوع النزاع غير مبنية على أساس ويتعين إلغاؤها".

هذا ويثار إشكال مهم حول مدى مشروعية مسطرة الفرض التلقائي في حق الخاضع للضريبة، إذا ما قامت الإدارة مثلا بدعوته إلى تقديم إقراره في مرحلة أولى دون أن تخبره بالأساس المزمع اعتماده في فرض الضريبة في المرحلة الثانية، ومع ذلك لم يقدّم بواجبه التصريحي، فهل يعتبر الإجراء الثاني باطلا دون الأول، يحق معه للإدارة تصحيحه أم يتحتم عليها إعادة سلوك المسطرة بكاملها؟

استقر العمل القضائي على اعتبار مسطرة الفرض التلقائي غير مشروعة حتى لو اقتصر الخرق على أحد إجراءاتها، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية بالرباط¹ في حكمها الصادر بتاريخ 2009/01/14 الذي جاء فيه: "تبلغ الرسالة الثانية لا يمكن أن يكون صحيحا إلا إذا تضمنت الأسس التي تنوي الإدارة الضريبية اعتمادها وأن عدم تضمين الرسالة لهذه المعطيات القانونية يجعل مسطرة الفرض التلقائي غير سليمة تستوي في ذلك من حيث الآثار القانونية مع عدم القيام بها أصلا"، الشيء الذي يفهم منه أنه يقع لزاما على الإدارة تصحيح المسطرة بكامل إجراءاتها سواء التي تمت بطريقة صحيحة أو معيبة، مادام أمد التقادم لازال مفتوحا.

إن المتتبع للأحكام والقرارات الصادرة في الموضوع، سيلاحظ عدم تردد القضاء في تقرير الحكم ببطلان مسطرة فرض الضريبة، متى تبين له أن الإدارة الضريبية لم تحترم الإجراءات التي نص عليها المشرع في صلب المسطرة، بل إن القضاء ذهب إلى اعتبار أن كل إجراء من شأنه الإخلال بالضمانات التي أقرها المشرع للملزم، يعتبر باطلا ولو لم ينص المشرع بشأنه على جزاء، مستندا في ذلك إلى قاعدة "لا بطلان إلا بضرر"، وهو بذلك ربط بطلان المسطرة بإثبات الضرر الذي لحق الملزم من العيب المسطري، ما لم تكن الغاية قد تحققت من الخلل المذكور.

1. حكم عدد 70 صادر بتاريخ 2009/1/14 في الملف رقم 07/66.

في الختام إذا كانت مسطرة الفرض التلقائي للضريبة تمنح للإدارة الجبائية صلاحيات واسعة من خلال إخضاعها لإقرارات المكلفين لضوابط مقننة بقصد صيانة موارد الدولة، فإن المشرع في مقابل ذلك عمل على إحاطتها بمجموعة من الضمانات حماية لحقوق المتنازعين مع الإدارة من كل تعسف أو جور يمكن أن يشوب إجراءاتها أو أساس وسعر الضريبة المفروضة وفقها، وكل ذلك لإضفاء نوع من التوازن بين أطراف العملية الضريبية، خصوصا وأن تحديد الأساس الضريبي في ظل مسطرة الفرض التلقائي يتم بناء على الإرادة المنفردة للإدارة وبصورة أحادية ينعدم فيها دور الملزم بشكل شبه كلي في تحديد الأساس المذكور، اعتبارا لكونها مسطرة إنذارية تنبئية تهدف في جوهرها تذكير الخاضع للضريبة بضرورة الامتثال للالتزامات الملقاة عليه من خلال إشعاره برسالي تبليغ ومنحه أجالا للجواب والتدارك تحت طائلة تطبيق الجزاءات الضريبية في حال استمرار وجوده في وضعية غير قانونية.

الطبيعة الخاصة لعقد نقل التكنولوجيا وأثرها على توازن العقد.

هند الحدوتي

طالبة باحثة بصف الدكتوراه

الكلية: كلية الحقوق جامعة محمد الاول وجدة.

مخبر: قوانين التجارة والاعمال.

مقدمة

نمت التجارة الدولية وتطورت بشكل ملحوظ في غضون السنوات الأخيرة، وخاصة العشرين سنة الأخيرة لدرجة ان مفهومها بدأ بتغير بشكل لافت، فالي جانب الأشكال والصور التقليدية للبيوع ومبادلات البضائع، ظهرت علاقات تعاقدية جديدة تركزت على الاموال المادية والمعنوية، مثل المعرفة وبعض العناصر التي يحتويها مفهوم التكنولوجيا ونقلها

لذلك تعد عملية نقل التكنولوجيا ظاهرة قانونية حديثة وعقدة، كونها تشكل مطلباً هاماً واساسياً للدول النامية، التي ادركت منذ فترة ان هذه الآلية تشكل بالنسبة لها وسيلة لا غنى عنها من وسائل التنمية. ونظراً للأهمية النظرية والعملية التي تمتاز بها هذه العقود فأغلباً ما تمر بعدة مراحل قبل إبرامها النهائي، وأهم هذه المراحل هي مرحلة المفاوضات والتي يتم من خلالها تبادل وجهات النظر بين الأطراف المتفاوضة من اجل الوقوف على حقيقة التكنولوجيا المراد نقلها والاطلاع على جوانبها الفنية والمعرفية والقانونية بعد المفاوضات يتم ابرام العقد ثم تنفيذه. الا انه يمكن تنفيذ هذا العقد بتفوق احد المصالح مما يطرح اشكالية التوازن العقدي بحكم تواجد طرف ضعيف هو المتلقي واغلبها دول نامية وطرف قوي المانح الدول المتقدمة مما تظهر الشروط التعسفية في الواجهة التي يمكن قبولها نظراً لاحتياج التكنولوجيا وهذا التفاوت بين طرفي العقد يخلق ضرورة وجود حماية قانونية وفي هذا السياق نتساءل عن الحل لتحقيق من خلاله التوازن ما بين مبدأ الحرية التعاقدية باعتباره الركيزة الاساسية في حياة التجارة الدولية وبين مطلب العدالة الاجتماعية بوصفها السند الذي يحمي الطرف الاضعف عقدياً من تسلط الطرف القوي؟

لذلك سنحاول تقسيم هذا الموضوع الى:

المبحث الاول: الطبيعة الخاصة لعقد التكنولوجيا

المبحث الثاني: اشكالية التوازن العقدي في عقود نقل التكنولوجيا.

المبحث الاول: الطبيعة الخاصة لعقد نقل التكنولوجيا

ولاشك ان روح هذا العقد توجب على المدين ان يقوم بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بحسن نية تعد عقود نقل التكنولوجيا من العقود المركبة التي تحتوي بين طياتها العديد من العقود البسيطة كعقد البيع والإيجار والمقاوله ونحو ذلك ، يكون الهدف من النقل عادة تمكين المتلقي من محل العقد الذي هو المعرفة المنهجية المتعلقة بإنتاج أو تطوير شيء ما ، أو تطبيق طريقة أو وسيلة ، أو تقديم خدمة في تخصص معين .

لذلك سنتناول في (المطلب الاول) من هذا المبحث ماهية عقود التكنولوجيا (المطلب الثاني) عن التكييف القانوني للعقود نقل التكنولوجيا

المطلب الاول: ماهية للعقود نقل التكنولوجيا

تكمن اهمية العقد بشكل اساسي في نطاق عملية نقل التكنولوجيا باعتباره المدخل او المنفذ التي عبرت من خلاله التكنولوجيا الى دائرة القانون بشكل عام الى دائرة قانون التجارة الدولية بشكل خاص، ذلك ان هناك حقيقة معينة ينبغي التسليم فيها وهي ان فكرة عقود نقل التكنولوجيا لم تظهر الى حيز الوجود الا عندما اصبحت التكنولوجيا موضوعا ومحلا للنقل المتعاقد الى اخر ولهذا كان من الضرورة والاهمية بمكان ان يتم اضافة مفهوم قانوني على عملية نقل التكنولوجيا¹ من هنا يمكن تعريف عقد نقل التكنولوجيا (الفقرة الاولى) والتحدث عن خصائصه في (الفقرة الثانية)

الفقرة الاولى: مفهوم عقد نقل التكنولوجيا

يعد العقد الاداة الاساسية والاكثر شيوعا في تنفيذ جميع عمليات التجارة الدولية عموما وذلك نظر لأنه يعبر عن الارادة التعاقدية للطرفين المتعاقدين رغم ما قد يتبين من تعارض مصالحهم في بعض الاحيان وهذا تجسيدا لمبدأ سلطان الارادة ، وبالتالي فإن لعقد يتمتع بقوة الزامية سواء في مواجهة اطرافه او في مواجهة الغير. وضمن دائرة نقل التكنولوجيا فان العقد اصبح الاداة القانونية الاساسية والاكثر استخداما وشيوعا من اجل القيام بالمبادلات التكنولوجية بين الدول المتقدمة من ناحية والدول النامية ومشروعاتها من ناحية اخرى حيث ان معظم هذه المبادلات التكنولوجية تتم على اساس من العلاقات التعاقدية بين المورد والمستورد،² ولهذا فإن عملية نقل التكنولوجيا تتطلب في الواقع ادوات واليات يكون لديها القدرة على ضمان نقل فعلي وحقيقي للمعارف والعلوم التكنولوجية وذلك من اجل اشباع متطلبات التنمية الاقتصادية بالنسبة للدول النامية، بالرغم من ان عمليات نقل التكنولوجيا تتم بأساليب وادوات قانونية متنوعة ومختلفة فان هذا العقد يبقى اكثر هذه

¹ Sheapira j les contats internacional de transfert technologie. op.cit p 21

² ابراهيم سيد احمد عقد نقل التكنولوجيا فقها وقضاء الطبعة الاولى المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية عام 2003 ص 115

الادوات والوسائل انتشارا واهمية في ذات الوقت.¹ والحقيقة ان كل عقد من عقود نقل التكنولوجيا يختلف عن الاخر وذلك تبعا لنوع التكنولوجيا التي يرغب المستورد في الحصول عليها وما يلزم ذلك ويتبعه من عناصر ثانوية لازمة لتطبيق هذه التكنولوجيا. ويتمحور مضمون عقد نقل حول فكرة التكنولوجيا ونقلها وهو عقد يرد على محل المعرفة الفنية التي يملكها المورد وهو ذلك العقد الذي يغطي عمليات معينة. ويتضمن اداءات محددة تتضمن اخذ احد الأطراف من الاخر نظاما للانتاج والادارة . نقل حيث ان عقد نقل التكنولوجيا يعد نتاج ارادة المورد والمستورد.²

وهذا العقد يحتوي من حيث الواقع تصرفات ذات ابعاد متشابهة تمتزج بها عناصر عقد مسمى اخر او اكثر كعقد العمل وعقد المقاولة في بعض الاحيان او بعناصر مستجدة ليصبح عقدا واحدا ، لذا فأن عقد نقل التكنولوجيا يتخذ طابعا مختلطا او مركبا . لاحتوائه الى جانب العناصر المادية والمتمثلة بالعدد والآلات ، عناصر معنوية والتي تعد جوهر اتفاق عملية نقل التكنولوجيا المتمثلة بحقوق الاختراع وحق المعرفة وما يرافقها من الالتزام بنقل المعارف الفنية والمهارات والخبرات اللازمة للتعامل مع التكنولوجيا المنقولة من خلال المساعدة الفنية والالتزام بتدريب العاملين المحليين للمتلقي.³

وقد اعتبره جون شابيرو بأنه لا توجد في الانظمة او في النظام القانوني الدولي اي صيغة اتفاقية موحدة يطلق عليها مصطلح عقد نقل التكنولوجيا انما توجد سلسلة من تلك العقود ذات طبيعة متباينة لكل منها شروطه المتميزة ونظامه القانوني الخاص والتي يكون من اثارها بصفة اساسية اوتبعية نقل المعارف التكنولوجية.⁴ وقد اتجه المشرع المغربي في نفس الاتجاه ولم يقن عقد نقل التكنولوجيا وافرج نقل المعرفة الفنية والتي تعتبر محل هذا العقد في عقود ذات طبيعة متباينة مثل عقد الفرانشيز وعقد التراخيص .

وقد تعددت اجتهادات الفقه في تعريف بالعقد وشأنها شأن الفقه الفرنسي كان القاسم المشترك بينها التركيز على محل العقد وهو حق المعرفة الفنية.

وقد جاء تعريف عقود نقل التكنولوجيا في المدونة الدولية للسلوك بأنها ترتيبات بين الاطراف متضمنة نقل المعرفة المنهجية لصناعة منتج او لتطبيق عملية او لتقديم خدمة ولا تمتد لتشتمل الصفقات المتضمنة مجرد بيع

حسام عيسى الشركات نقل التكنولوجيا دراسة في الاليات القانونية للتبعية الدولية الطبعة الاولى دار المستقبل العربي دار المستقبل العربي

¹ القاهرة 1987 ص52

² مرتضى جمعة عاشور: عقد الاستثمار التكنولوجي منشورات الحلبي الحقوقية ص 23

³ وليد عودة الهمشري عقود نقل التكنولوجيا الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع ص37.

⁴ Jean chabira les contrat internationaux technologique no1/1978 p23

أو تأجير البضائع.¹

وبذلك فالعقد كي يكون عقد نقل التكنولوجيا لا بد وان يرد على المعارف فنية تستخدم في الانشطة الانتاجية ويستبعد من زمرتها عقود التي تقتصر على شراء أو تأجير أو استئجار السلع دون ان تمتد الى ما يقف خلف انتاجها من معارف فنية ولأمر نفسه بالنسبة الاقتصار العقد على الاذن باستخدام علامة تجارية أو باسم تجاري دون تزويد المرخص له بالمعلومات الازمة لانتاج المنتجات التي تحمل العلامة أو ما يمتلكه صاحب الاسم التجاري من اسرار صناعية أو معلومات فنية يستخدمها في المؤسسة أو الشركة التي تحمل الاسم.

الفقرة الثانية: الخصائص المميزة لعقود نقل التكنولوجيا

تمتع عقود نقل التكنولوجيا بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن باقي العقود التجارية كونها تمتاز بتنظيم قانوني خاص ذي بعد اقتصادي وسياسي واجتماعي مع الاحتفاظ هذه العقود بذات الخصائص التي تمتاز بها العقود التجارية بشكل عام من حيث الرضائية التي تؤسس على مبدأ سلطان الإرادة أي ان هذا العقد يتم وينعقد بوسطة ارادة الطرفين المتعاقدين الإرادة السليمة الخالية من العيوب الرضى وتوافر الاركان العامة للعقد وكونها ملزمة للجانبين وتعتبر من عقود المعاوضة وعقود المدة ، كما انها تعتبر من الاعمال التجارية² ، عقد نقل التكنولوجيا يتسم ببعض الخصائص و اهمها

اولا: عقد نقل التكنولوجيا عقد دوليا وطويل الأمد

يعد دوليا هذا العقد اذا كان موضوع الاتفاق نقل التكنولوجيا عبر حدود دولة ما ، سواء اكان طرفين الاتفاق يقيمان ام يمارسان نشاطا تجاريا أو صناعيا في نفس الدولة ام في دولتين مختلفتين بمعنى لاعبرة لجنسية الاطراف ، وكذلك فان الصفة الدولية تتحقق اذا كان موضوع عقد نقل التكنولوجيا بين طرفين لا يقيمان في نفس الدولة ولا يمارسان فيها أي نشاط تجاري³ . تختلف مدة العقد على حسب موضوع العقد الاننا نستطيع القول عموما ان مدة العقد يجب ان تكون كافية لتحقيق موضوعه وسببه وتماشيا مع طول المدة يمكن ادراج شروط تسمع بمراجعته أو تعديلها وفقا لظروف المحيطة بتنفيذه مما يعطيه طبيعة متغيرة كما يمكن تجزئة العقد ذاته الى عدة مراحل بحيث يحدد لكل مرحلة فترتها الزمنية المعقولة وعند نهاية كل مرحلة يقرر المتعاقدون فيما لو رغبوا بالانتقال للمرحلة التالية⁴.

¹ وقد عدت المادة 1-2 من هذه المدونة ان العقود التي تمثل عقود نقل التكنولوجيا بأنها عقود: نقل ملكية بيع ترخيص كل اشكال الملكية الصناعية/تزويد بالمعرفة الفنية والخبرة الفنية/التزويد بالمعرفة التكنولوجية الضرورية لمشاريع تسليم المفتاح/ التزويد بالمعرفة التكنولوجية الضرورية لاكتساب واستخدام المواد الاولية والوسيطة وكيلهما/التزويد بالتسهيلات التكنولوجية الخاصة في اتفاقيات التعاون الصناعي والتقي

² اكرم يا ملكي شرح القانون الاعادة النظر في كاتب مغربي

³ محسن شفيق م، س ص 20

⁴ موسى متری العقود الدولية للتعاون الصناعي م، س. ص 36

ثانيا: عقد نقل التكنولوجيا عقد اذعان

يعتبر عقد الاذعان مفهوما حديثا ابتكره الفقه والقضاء لا يراز اختلال التوازن بين طرفي العقد بحكم الوضعية الاقتصادية والتقنية لكلاهما وكذا الاحتكار الذي يستفيد منه الموجب بالعقد . وعرفت كذلك بأنها العقود التي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلعة او مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني او فعلي او تكون المناقشة محدودة النطاق¹ وقد عرفه القانون المدني الكيبيكي في المادة 1379 بانه " العقد الذي يفرض فيه احد الاطراف شروطه على الطرف الاخر او يحررها بمفرده ولمصلحته دون امكانية مناقشتها بحرية وان كل عقد ليس بعقد اذعان فهو عقد مساومة " ولقد عرفت السنوات الاخيرة ظهور مجموعة من عقود الاذعان التي جعلت الكثير من الدول تعتمد الى اصدار مدونة خاصة لتنظيم هذه العقود وقد سار المشرع المغربي في هذا الاتجاه ولكن بشكل محتشم عندما اصدر القانون رقم 99.06 المتعلق بحرية الاسعار والمنافسة وقانون الملكية الصناعي والتجارية فمن خلال هذه التعاريف فهل فعلا عقد نقل التكنولوجيا هو عقد اذعان.²

هناك اختلافات فقهية واسعة بهذا الموضوع نظرا ان عقود نقل التكنولوجيا متشعبة ومتنوعة بحيث لم تتمكن الجهود الدولية من التوصل الى صيغة مقبولة للتعامل على اساسها فان هناك من يرى ان تلك العقود هي فعلا من عقود الاذعان .

ويدعم هذا التصور شيوع العقود النموذجية في التعاملات التجارية مما يعني تغييب مسبق لإرادة الدولة المتعاقدة اذ ليس عليها سوى الموافقة على مثل ذلك العقد برمته او رفضه بمجمله.

اما الاتجاه الاخر يرى انه لم يعد مقبول في العلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية في الوقت الحاضر بان للمتعاقد الاجنبي ان يفرض ارادته على الدولة المتعاقدة بسبب نفوذه التكنولوجي والمالي لان تلك الدولة تصد نفوذه بسلطاتها السيادية كدولة مما يخلق توازنا للعقد ويبعد عن عقود الاذعان.³

وهكذا يتضح ان رأي الغالبية ان عقد نقل التكنولوجيا في تسلسله الموضوعي وامتداده الزمني بمختلف اشكاله يكرس اختلالا واقعيما ما بين الاطراف مما يقربه من عقود الاذعان

لكن لا يمكن الجزم بذلك فلو نظرنا الى عقد نقل التكنولوجيا من وجهة نظر قانونية لا نجده عقد اذعان فالإيجاب لا يأتي عاما ونموذجيا وكذلك وجود مفاوضات شاقة ومطولة قبل ابرام العقد والاكثر من ذلك هناك بعض العقود تتطلب بعض الفحوصات والتجارب.

¹ محمد شكري سرور التامين ضد الاخطار التكنولوجية دار الفكر العربي القاهرة 1978 ص 45

العربي مياد عقود الاذعان طبعة الاولى 2002 ص 63²

³ العربي مياد عقود الاذعان ص 60

المطلب الثاني: تكييف عقد نقل التكنولوجيا

يترتب على تكييف العقود نقل التكنولوجيا اثار هامة متعددة في مقدمتها تحديد النظام القانوني الذي تخضع له هذه العقود ،فاذا تم تكييفها بالاتفاقية الدولية يتصدى القانون الدولي لتنظيمها وان تم تكييفها كعقد اداري وجب تطبيق القانون العام الاداري ومن تم القانون الخاص فيما لو كيفت على انها عقد مدني اما لو كيفت على انها عقد جديد غير مسمى فما هو القانون الجديد الذي تخضع له.

الفقرة الاولى: عقود نقل التكنولوجيا ما بين القانون العام والقانون الخاص

سنحاول وضع مقارنة مزدوجة لهذه العقود تجمع ما بين القانون العام والقانون الخاص

اولا:عقود نقل التكنولوجيا اتفاقية دولية

اثار الفقه والقضاء الدولي خلافا واسعا حول اعتبار عقود نقل التكنولوجيا اتفاقية دولية خاصة حينما يفرض القانون الدولي العام كقانون واجب للتطبيق.

وقد ذهب جانب من الفقه ر ادراج من بينهم الفقيه الالماني¹ هذه العقود في نطاق الاتفاقيات الدولية كلما توفرت فيه الشروط، الا ان هذا الاتجاه لم يحظ بتأييد العديد من الفقهاء اذ ان هذا العقد ليس اتفاقية بين دول او منظمات دولية². كذلك فقه وقضاء القانون الدولي قد اتجه الى ان تضمنين العقد شرطا يقضي بان القانون الدولي او المبادئ العامة للقانون هي القواعد الواجبة التطبيق على العلاقة العقدية لا يستتبع تحول العقد الى اتفاقية دولية بالمعنى الذي تقصده اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات سنة 1969³

ثانيا:عقد نقل التكنولوجيا عقد اداري

يزهـب جانب من الفقه⁴ الى ادراج عقد نقل التكنولوجيا ضمن طائفة العقود الادارية في محاولة لمنح الدولة المتعاقدة الحق في تعديل العقد وانهائه بإرادة منفردة وبما يحقق المصلحة العامة⁵.

¹ وفاء مزيد فملوط المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا الى لدول النامية منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الاولى 2008 ص 148
جلال وفاء محمدين الاطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية واحكام نقل التكنولوجيا في القانون التجارة الجديدة دار الجامعة الاسكندرية 2001 ص 48

جلال وفاء محمدين الاطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية واحكام نقل التكنولوجيا في القانون التجارة الجديدة مرجع سابق ص 55³

⁴ ثروت حبيب دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة الطبعة الثانية سنة 2003 ص 115
لكي يكون العقد اداريا يجب توافر ثلاثة شروط⁵.

ان يكون احد اطرافه شخصا من اشخاص القانون العام يتعاقد بصفة سلطة عامة 1

ان يتعلق بإنشاء او تنظيم او تسيير مرفق عام 2

انطلاقا من صفة العقد الاداري هناك تقارب بين هذه الصفة و عقد نقل التكنولوجيا ، املته مجموعة من الاعتبارات تتمثل في ان كليهما تكون الدولة او احد مؤسساتها طرفا فيه في حين ان الطرف الآخر هو احد اشخاص القانون الخاص ، غير ان هنالك مجموعة من العوامل ترفض هذا التقارب بين العقدين وينطلق هذا الراي من ان القانون الدولي لايعرف اصلا ما يطلق عليه بنظرية العقد الاداري ، وخاصة ان وجود مثل ذلك العقد يحتاج الى وجود قضاء اداري دولي له استقلالية وهو ما لم يتحقق حتى الان هذا من جهة اما من جهة تحقق شروط العقد الاداري فثمة عقود لنقل التكنولوجيا قد لا تكون الدولة او احد هيئاتها طرفا فيها ، ورغم تضمينها شروطا استثنائية وتعلقها بمرفق او مصلحة عامة فلا يعد العقد عقدا اداريا ، وثمة عقود تكون الدولة طرفا فيها ولكنها تتعاقد كطرف خاص.¹

الفقرة الثانية: عقد نقل التكنولوجيا ما بين عقود البيع والمقاولوة

في محاولة لتقريب عقد نقل التكنولوجيا نجده يأخذ احكاما من عدة عقود دون الخلط بينهما كعقد بيع (اولا) وعقد ايجار ومقاولوة(ثانيا)

اولا: عقد نقل التكنولوجيا عقد بيع

لقد عرف المشرع المغربي البيع في الفصل 478 من ق.ل.ع عقد بمقتضاه ينقل احد المتعاقدين للأخر ملكية بدفعه له" وبالرغم من ان هذا النص ما هو الا انعكاس لنص المادة1582 مدني فرنسي الا ان المشرع المغربي جاء كثر دقة من نظيره الفرنسي حيث ان صياغة المشرع المغربي جاءت أكثر اتساعا لان البيع حسب هذه الصياغة لا يقتصر على نقل ملكية الاشياء فحسب وانما يشمل ايضا نقل الحقوق المالية الاخرى سواء كانت حقوق مادية او حقوق معنوية ناشئة عن استعمال المجالات الادبية او الفنية وهو نفس الاتجاه صار عليه المشرع المصري في المادة 418 من التشريعات المدنية²

ومن هنا يثور تساؤل فيما لو كانت العبارات والنصوص العامة المتعلقة بعقد البيع تسمح باعتبار العمليات الواردة على براءة الاختراع والآلات والمهمات الصناعية او حتى توريد مساعدة تقنية محلا للبيع ؟ .

ذهب بعض من الفقه ان عقد نقل التكنولوجيا يقترب الى عقد البيع فلا مانع من ان تكون الحقوق الفكرية موضوعا لعملية بيع لان عقد البيع ينطوي على نقل الملكية كاملة ولما كان موضوع عقد نقل التكنولوجيا هو نقل الخبرة فإنه يترتب على اعتبار عقد نقل التكنولوجيا عقد بيع نقل الملكية مع كافة الوثائق التفسيرية للتكنولوجيا دون اي شرط يحدد او يخص الحق بحيث يتمكن المتلقي من استثمارها حسب مشيئته واعادة بيعها ان اراد.

ان تأخذ الإدارة او شخص القانون العام المتعاقدة بأساليب وامتيازات ال القانون العام في العقد ويتحقق هذا الشرط بتضمين شروطا غير مألوفة 3 في عقود القانون الخاص

¹ ابراهيم سيد احمد عقد نقل التكنولوجيا فقها وقضاء الطبعة الاولى المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية عام 2004

² عبد القادر العرغاري م س ص 12

من الواضح ان هذه النظرية قد ساوت بين البضائع والمعدات من جهة والتكنولوجيا من جهة اخرى اذ اعتبرت التكنولوجيا مجرد سلعة تباع وتشترى وهي بذلك تكون قد تأثرت بشكل كبير بالرؤية الاقتصادية التي تتبنى نظرة خاصة للعناصر المكونة للتكنولوجيا التي تظهر كأموال متداولة ومباعة وهذا مايقع في عقود بيع المجمعات الصناعية. واذا كان عقد البيع يضمن للطرف الاخر الذي انتقلت اليه الملكية حق التصرف وحقا الاستعمال والاستغلال كما عرفه المشرع المغربي فهل هذه الاثار نفسها في عقود نقل التكنولوجيا؟

واذا كان يترتب على عقد البيع نقل الملكية من البائع الى المشتري فإنه في العقود نقل التكنولوجيا لاتنتقل الملكية وانما حق استغلال المعرفة والتكنولوجيا كما ان نقل حق الاستغلال لا يتم بشكل مطلق بحيث يتوقف على ارادة الاطراف وطبيعة العقد المبرم. اضافة الى ذلك ان المساعدة التقنية والتكوين المهني والتطبيقي ليس لها وجود في عقود البيع مما يجعل هذه النظرية لاتصلح للتكييف القانوني للعقود نقل التكنولوجيا.

ثانيا: عقد نقل التكنولوجيا عقد مقاولة

في عقد المقاول قد يلتزم المقاول بتقديم العمل فقط او العمل والمادة معا ولقد عرفه المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 723 من ق.ل.ع على انه " اجارة الصنعة عقد بمقتضاه يلتزم احد طرفيه بصنع شيء معين في مقابل اجر يلتزم الطرف الاخر بدفعه له " وقد كified بعض الفقهاء بعض الاداءات في عقود نقل التكنولوجيا كعقود مقاوله مثل: تشييد المباني: فمحكمة النقض الفرنسية تعتبر ان بناء على ارض رب العمل عقد مقاوله فقد اعتبرت الارض هو الأساس بغض النظر عن قيمتها ورغم ان المقاول ينقل ملكية المواد للمالك الارض يظل العقد عقد مقاوله.¹

آلا ان هذه النظرية تبقى محل نقاش من حيث الاثار القانونية التي ترتبها في الوقت الذي نجد فيها ان اساس عقد المقاوله هو التزام المقاول بصنع الشيء المتفق عليه نجد ان الالتزام الجوهرى للمورد الناقل في عقود نقل التكنولوجيا هو نقل الحق في استغلال تكنولوجيا معينة وهذا الالتزام يعد التزاما اجنبيا وغريبا عن عقد المقاوله اضافة الى ان دور المقاول في عقود المقاوله ينتهي بمجرد انتهاء الاشغال التي تم الاتفاق على انجازها اما في عقود نقل التكنولوجيا فتتأسس على التعاون بين الطرفين ويفرض من خلالها على المورد الناقل ليس فقط الاستمرار في تقديم المساعدة التقنية وتكوين الاطر بل القيام بالتزامات اخرى كتبادل التحسينات ومراقبة كيفية تطبيق التكنولوجيا المنقولة.

يتضح من خلال ما سبق انه ليس من السهل حصر الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا بسهولة كون هذا العقد من حيث الواقع يحوي تصرفات ذات ابعاد متشابهة تمتزج بها عناصر عقد مسى بعناصر عقد قد مسى اخر او اكثر كعقد البيع والاجارة او عقد العمل وعقد المقاوله في بعض الاحيان او بعناصر مستجدة ليصبح عقد واحد، لذا فان عقد نقل التكنولوجيا يتخذ طابعا مختلطا او مركبا لاحتوائه الى جانب العناصر

¹ نصيرة بوجمعة سعدى عقد نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدوالي ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1993 ص 641/642

المادية والمتمثلة بالعدد والالات عناصر معنوية والتي تعد جوهر اتفاق عملية نقل التكنولوجيا المتمثلة بحقوق الاختراع او حق المعرفة ومايرفقاها من الالتزام بنقل هذه المعارف الفنية و الخبرات اللازمة للتعامل مع التكنولوجيا .

المبحث الثاني: اشكالية التوازن العقدي في عقود نقل التكنولوجيا

ان مبدا سلطان الإرادة المعول عليه في مدونة نابليون الصادرة سنة 1804 والقوانين المتأثرة به لم يعر اهمية خاصة لحماية المتعاقد الا اذا عيبت ارادته وبالتالي كان على هذا الاخير ولاسيما في عقود نقل التكنولوجيا ان يتحرى بنفسه عن الظروف الملائمة للالتزام .

ان قاعدة العقد شريعة المتعاقدين قد ادى الى سيطرة احد اطراف العقد على الاخرى خاص في المعاملات الاقتصادية المبنية على العرض والطلب .وبالتالي استغلال المنتج للمتلقي في ضل تصور ينطلق من قوانين السوق قادر على جلب المنفعة للسوق .لذلك ارتأينا ان نتحدث في هذا الفرع على مبدأ سلطان الإرادة مدى نجاعته في التوازن العقدي (المبحث الاول) وعن الشروط التعسفية ومدى مقومتها للعقد (المبحث الثاني)

المطلب الاول: مدى نجاعة النظريات التقليدية في اعادة التوازن

ان العدالة في المعاملات التعاقدية يجب الاتأتي من خارج اطار العقد ، وانما من داخله بدعوى ان اي تدخل من طرف الغير في العقد يمس بمبدأ التراضي ، فالإرادة هي اساس الالتزام التعاقدية، ولاشك ان التعديلات الجوهرية التي مست الاسس الاقتصادية القانونية ادت الى قلب المفاهيم التقليدية لمؤسسة العقد لذا نتساءل عن مدى نجاعة النظريات التقليدية في اعادة التوازن (الفقرة الاولى) .

الفقرة الاولى: النظريات التقليدية وتحقيقها التوازن العقدي في عقود نقل التكنولوجيا

يعد مبدا سلطان الإرادة في مجال العلاقات العقدية من الاكثر المبادئ التي تعرضت للدراسة والنقد ورغم الكثير من الضوابط الفقهية او التشريعية او القضائية التي حاولت تقيده ظلت ارادة الاطراف على مختلف صورها تملك ما يكفي من الدلالات لحسم الكثير من المسائل القانونية. و اذا كانت الإرادة هي التي تولد الالتزام ، فيجب ان تكون هذه الإرادة سليمة وخالية من اي عيب من عيوب التي تؤثر على صحتها تحت طائلة الابطال . وقد نص الفصل 29 م ق ل "بانه يكون قابلا للأبطال الرضى الصادر عن غلط او الناتج عن تدليس او المنتزع باكراه"¹

انطلاقا من النص ومن خلال طبيعة عقود نقل التكنولوجيا سنتناول الغلط من اهم عيوب الرضا التي يمكن ان تمس مثل هذه العقود .

¹ قانون الالتزامات والعقود

أولاً: حماية المتعاقد من الغلط

قد ميز بعض الفقه بين 3 مراتب الغلط في أعلاها تؤثر على وجود العقد فتعدهم كالغلط في طبيعة العقد، وفي المرتبة الثانية تؤثر على صحة العقد وفي المرتبة الأخيرة لا تأثير له لا على العقد ولا على صحته كما هو الشأن بالنسبة للغلط في الصفة غير الجوهرية في الشيء أو في الشخص المتعاقد الآخر. ولما كانت عقود نقل التكنولوجيا من العقود المدعنة فمن الجائز أن نتوقع حدوث المتعاقد المدعن في الغلط بشأنها.

لذا يمكن التساؤل عن مدى نجاعة تمسك المتعاقد المدعن بالغلط لإعادة التوازن لعقد نقل التكنولوجيا ؟

إن تحقيق التوازن في العقد مطمع مثالي ناهيك عن أن الغلط لا يخول الإبطال الإلتزام إلا إذا وقع في النوع أو في صفة جوهرية ومن ثم فإن التوسع في ادعاء الغلط وهدم التصرف القانوني من شأنه الإخلال باستقرار التعامل بالعقد .

إن الشروط التي تجعل من الغلط عائباً للرضى هي شروط تهدف إلى التوفيق بين مبادئ العدالة وحماية المتعاقد والاستقرار الذي يفضل على التصرف القانوني قائماً وعليه حتى يمكن اعتماد الغلط كسبب للأبطال في عقود التكنولوجيا لا بد من تحقيق شرطين¹ :

أولهما: أن يكون الغلط فادحاً وغير ممكن العذر عنه

ثانياً: وقوع الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل العقد

إن التمسك بالغلط هو ادعاء يجب على المتضرر إثباته وفي كثير من الأحيان لا يستطيع تحقيق ذلك لأنه مسألة نفسية.

الفقرة الثانية: مدى نجاعة نظرية التعسف في استعمال الحق في إعادة التوازن

من أهم النظريات التي يمكن أن تعيد التوازن العقدي ويستخدمها الطرف الضعيف لاسترجاع حقوقه هي نظرية التعسف في استعمال الحق.

بداية يمكن أن نتساءل هل الشخص الذي يمارس حقوقه يمكن أن يكون مسؤولاً عن دفع التعويض إذا نجم عن الممارسة الحاق الضرر ولا سيما إذا كان المتعاقد مدعناً.

تبعاً للفقه التقليدي فإن هذا القول مردود بعللة أنه لا يمكن نسب الضرر للشخص الذي يمارس حقاً مشروعاً رغم أن المنطق يفرض على من تعسف في استعمال حق جبر على التعويض المتضرر إذا كان سبباً في الحق الضرر. ولقد وجدت نظرية التعسف في استعمال الحق سندها الفلسفي في الفصل 231 من ق ل ع الذي ينص على أن كل تعهد يجب تنفيذه بحسنة، أن هذا المفهوم الذي يتنافى والتعسف الذي يجعل صاحبه يخرج عن وظيفة

¹ ادريس العلوي العبدلاوي شرح القانون المدني النظرية العامة للإلتزام ص 417

الحق في مفهومه الطبيعي أي عدم الأضرار بالغير، وهذا يعني ان التعسف في استعمال الحق يتطلب حق مورس بتعسف.¹

تسال المطروح هو هل رفض التعاقد يعتبر تعسفا خاصة في عقود نقل التكنولوجيا الذي يعتبر من العقود تسبقها مفاوضات طويلة ومعروفة بالعقود المكلفة؟ ان المشرع المغربي كان متفوقا عندما حسم هذا النقاش بنصه في الفقرة الاولى من المادة 49 من قانون 6.99 يتعلق بحرية الاسعار والمنافسة على " انه يحظر الامتناع عن بيع منتج او تقديم خدمة الى المستهلك دون سبب مقبول"² وهذا يعني ان رفض التعاقد يعتبر خرقا لالتزام القانوني وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع الفرنسي. وبذلك نقرب الى تعسف في استغلال ضعف وجهل المتعاقد المذعن. وباعتبار عقود نقل التكنولوجيا من عقود الاذعان هناك طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية وباعتبار انه من العقود طويلة الامد يجب الاخذ بهذه النظرية من اجل حماية رضى المتعاقد. ومجمل القول فانه ان لم تستطع القواعد التقليدية لعيوب الرضى توفير حماية الكافية للطرف المذعن بسبب التعقيدات في الاثبات بالإضافة الى ان الاعتماد الابطال كنتيجة للتصرف المعيب قد يضر بمصالح هذا الأخير أكثر من نفعه فان القضاء لا يتورع في اعتماد نظرية التعسف في استعمال الحق من اجل مقاومة التصرفات التعسفية من جانب المحتكر لمضمون العقد من جهة اخرى . ومع ذلك فهذه الوسائل تظل غير كافية وتفتقد الى فعالية اللازمة للحد من هذه الظاهر.

المطلب الثاني: دور القضاء في تحقيق التوازن في عقود نقل التكنولوجيا
إن موضوع العقد الدولي لنقل التكنولوجيا³ انعكاس للاستراتيجية التي بناها أطرافه، بما سيتضمنه موضوعه من حاجيات يليها كل طرف للأخر كنتيجة مباشرة لأهداف العقد، لذلك فإن العلاقة بين الطرفين يطبعها عدم التوازن من حيث علاقة أطراف العقد، ومن حيث الالتزامات.

فما هو دور القضاء إذا في مجابهة إختلال التوازن في هاته العقود؟

الفقرة الاولى: سلطة القاضي في ضمان التوازن للعقد
سنحاول أن نبين مدى الدور الحمائي والرقابي الذي يمكن أن يؤديه القضاء الوطني في مجابهة ظاهرة إختلال التوازن التي تطبع عقود نقل التكنولوجيا، وحماية التوازن العقدي في نطاق هاته العقود، التي تفرض في العادة تحت ضغط الحاجة الملحة لدول العالم الثالث، التي تأمل في اللحاق بركب التنمية والتقدم، فتفرض الشركات المتعددة الجنسية العديد من الشروط التعسفية⁴ التي تخل بالتوازن الاقتصادي، والذي يحقق مصالح هاته الشركات ويضمن لها دوام التبعية.

¹ العربي مياد مرجع سابق ص 580

² القانون المتعلقة بحرية الاسعار والمنافسة الصادر بشأن تنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.255 بتاريخ 05 يونيو 2000

³ - أحمد سعيد الزروق: نحو نظرية عامة لصياغة العقود لنقل التكنولوجيا، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق، العدد 3، السنة 2001، ص 29.

⁴ الشروط التي تفرضها الشركات الأجنبية كمثال عليها أولا: توفر مستوى معين من الخدمات قبل نقل التكنولوجيا، أن تتم بحوث التنمية والتطوير في الدولة الأم، إقتصار النقل التكنولوجي على الجانب المادي دون المعرفي، عدم القيام ببرامج التنمية والتدريب للعمال الوطنية... إلى غير ذلك من الشروط التعسفية.

إن وتطبيق القانون الوطني بواسطة القاضي الوطني على عقد نقل التكنولوجيا لا يثير مشاكل. خاصة أنه سيتعامل مع هذا العقد كما يتعامل مع العقد الداخلي، ولا خلاف في أنه سيلتزم بكل القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام داخل بلده ومن المتفق عليه في كل القوانين الوطنية أن المشرع يترك للقاضي سلطة تكملة إتفاق الطرفين بالنسبة للمسائل التفصيلية التي لم يتفقا عليها، أي أن القاضي له سلطة تفسيرية أو تكميلية للعقد. لكن في عقود نقل التكنولوجيا التي يبدو فيها التعقيد وعدم التوازن واضح، فإن التكوين القانوني للقاضي الوطني سيتعارض حتما مع طبيعة هاته العقود المعقدة محل الدراسة وقد يؤثر هذا بشكل سيئ يعمق نوع التبعية عوض أن يحل الإشكال المطروح.

كما أن الوسيلة التي يخولها المشرع الوطني للقاضي لمجابهة ظاهرة اختلال توازن العقد الدولي المثار أمامه لإعادة التوازن إليه عن طريق نظرية عيوب الإرادة، فإن لها حدود ضيقة في عقود نقل التكنولوجيا، والتي تملّي الشركة الأجنبية شروطها على الدول النامية¹.

ذلك أن المعيار الذي يتحدد وفقا له الإختلال في الأداءات المتقابلة في العقد، هو معيار مزدوج - ليس بالشخصي البحث ولا بالموضوعي الصرف- أي لا يمكن الإعتداد بقيمة الشيء في التعامل المعتاد مع الأخذ في الإعتبار الظروف المحيطة بالمتعاقدين مما يجعل قيمة التكنولوجيا مرتبطة بظروف تتميز من حالة لأخرى ومن عقد لأخر، فعقد الفرانشيز، ليس هو عقد الترخيص، وليس هو عقد تسليم المفتاح في اليد مما يجعل هذه القيمة مرتبطة بظروف تتميز من حالة لأخرى، ولا ترتبط بحدود قانونية جامدة²، ومن هنا تظهر أن السلطة التقديرية للقاضي الوطني في مجابهة اختلال توازن العقد مقيدة بنوعية معينة من العقود والتي خلقت للعقود الداخلية، وليس للعقود الدولية وحتى إذا افترضنا أن القاضي حاول مجابهة اختلال التوازن في هذه العقود بإمكانياته المتاحة في قانونه الداخلي فإن الجزء³ قد لا يتناسب مع هذه العقود وقد يأتي بنتائج عكسية قد تؤثر على السياسة الاقتصادية داخل بلده.

وإن كان المشرع يحاول أن يمنح قاضيه عدة وسائل هامة يمكنه بمقتضاها من أن يمارس سلطة معقولة يجابه بها اختلال التوازن التعاقدية أثناء مرحلة تنفيذ العلاقة التعاقدية. فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين تطراً عليه حوادث استثنائية عامة لا يمكن توقعها ويترتب على حدوثها أن يصبح تنفيذ الإلتزام التعاقدية مستحيلاً أو مرهقا، وهنا يتدخل القاضي تبعا للظروف وإمكانية الموازنة بين مصلحة الطرفين لكي يصير الإلتزام المرهق إلى حد المعقول.

فهل يمكن البحث عن حل آخر يواجه به هذا الموقف الجديد، إن القوانين الوطنية هي تقنيات وضعت لتجابه مشاكل والإلتزامات المتعارف عليها في العقود الداخلية البسيطة، أما في العقود المركبة فالمشكل يتفاقم

- سميحة القليوبي: تقييم شروط التعاقد والإلتزام بالضمان، مرجع سابق، ص 97.

¹ - وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 180.

² - جميل الشرقاوي: النظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، ص 155.

³ - كإبطال العقد، أو التعويض عن الضرر بالشكل الذي لا يناسب حجم الضرر، أو كانت الإلتزامات المتعاقدين المغبون لا تقبل الإنقسام.

فرغم أن الممارسة العملية في تحرير العقود جرت على أن الأطراف فيها يدرجون شروطا تعاقدية يجاهون بها احتمال التغيير في الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد ومعها شروط إعادة التفاوض، خصوصا في عقود نقل التكنولوجيا التي تكون دورية أو تبعا لتغيير الظروف¹.

ومع الإمكانيات المتاحة أمام القاضي لمحاولة إعطاء توازن للعقود، وللمرونة الكبيرة المتاحة للأطراف في إملاء شروطها في العقد إلا أن القوانين الداخلية تبقى عاجزة عن احتواء مثل هذه النزاعات لأن القاضي لا يمكن أن يجابه اختلال توازن العقود بخلق قواعد موضوعية بل هو مقيد بتأنيبية معينة في تطبيق القانون، لا يمكن الإخلال بها.

الفقرة الثانية: عدم ملائمة الجزاء في إعادة التوازن لعقود نقل التكنولوجيا:

تثير مسألة الإختلال بعقود نقل التكنولوجيا بما يترتب عليها من نتائج قانونية منازعات طويلة الأمد، وعلى درجة من التعقيد، ومن هنا يفترض - منذ البداية- إدراج شروط عقدية تحدد بوضوح التزامات الأطراف، وما يعد خرقا لها، والجزاء المترتب على كل حالة من حالات الإخلال على أن يراعي عند صياغة تلك الشروط خلق نوع من التوازن والإنسجام ما بين نتائج فشل تنفيذ الالتزامات، ودرجة جسامة خرق العقد، مع صياغة أحكام القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بهذه المسألة إذ لا يستبعد أن تعتبر بعض من تلك الجزاءات مخالفة للنظام العام، أو خاضعة لرقابة القضاء².

وتنص كافة التشريعات الوطنية على الأحكام الناظمة لجزاءات عدم التنفيذ عموما، "بما في ذلك الفعل الضار المثير للمسؤولية التقصيرية"³، كما تلتقي في عدة نقاط تعد قواسم مشتركة، بينها إلا أنها تعود لتفترق من جديد عبر مجموعة هامة من الأحكام⁴.

فالتعويض والفسخ⁵ مثلا جزاءات يردان في غالبية تلك التشريعات، إلا أن شروط استحقاق التعويض وكيفية تقديره مازالت محل خلاف فيما بينها⁶.

والدفع بعدم التنفيذ في عقد نقل التكنولوجيا كوسيلة لضمان التنفيذ تتوسط الوسائل التنفيذية " كالحجز على أموال المدين" والوسائل التحفظية "كقطع التقادم" وتستهدف الضغط على إرادة المتعاقد الآخر قبل اللجوء إلى التنفيذ العيني أو طلب الفسخ أو التعويض¹.

¹ - فالإختلال الدائم في اقتصاديات العقد، لا يمكن جبره عن طرق نظرية الظروف الطارئة، لأن هذه النظرية لم تخلق لتبرير ودفع تعويضات إلى ما لا نهاية، كما أنه لا يمكن إدراجه ضمن المفهوم التقليدي لنظرية القوة القاهرة لأنه لم يرتب عليه استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة.

سلامة فارس عرب: اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 1999، ص 492.

² - حسام محمد عيسى: نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتنمية الدولية، الطبعة الأولى، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1978، ص 62-72.

³ - محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 94.

⁴ - محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 456.

⁵ - الفصل 336 و338 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

⁶ - محسن شفيق: تسليم المفتاح، نموذج عن عقود التنمية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 79.

إلا أننا نجد انعكاس هذه الوسيلة في نطاق عقود نقل التكنولوجيا مختلفا أحيانا كما هو متعارف عليه في القواعد العامة حيث تأخذ في العادة شكل "احتجاز الضمان" أو فيما لو أصدر المورد تعليماته للبنك المعتمد من قبل الأطراف بعدم الوفاء للمتلقي بسبب امتناع الآخر عن تنفيذ التزامه بخصوص الثمن.²

أما عمليا فرغم أهمية هذه الطريقة في الضغط على إرادة المدين إلا انه يخشى فيما لو استعملت على نحو مطلق، أن تدفع بالطرف المخل للتوقف عن تنفيذه إلتزامات أخرى غير تلك المتنازع عليها فتتفاقم الأضرار ويصعب معها تحديد المسؤولية³، وفي الواقع فإن عقود نقل التكنولوجيا تتمتع بذاتية لا تنسجم مع تلك الأحكام، فمثلا يشترط فيما يتعلق بالإلتزامات التي يجب أن يسهل تنفيذها أن تكون الإلتزامات متعادلة في الأهمية، فإذا كانت الإلتزامات تظهر بثيء من الوضوح على صعيد العقود الشائعة⁴ كعقد البيع إلا أنها لا توجد بذات الكيفية في عقودنا محل الدراسة إذ نمة الإلتزامات متعددة ومتظافرة لتحقيق هدف نهائي "نقل التكنولوجيا بالمعنى الدقيق" بحيث لا يمكننا الحكم على إحداها منفردا بأنه الإلتزام قليل الأهمية على نحو قد يسفر في النهاية إلى عدم تمكن المتلقي من التمسك بحق الدفع بعدم التنفيذ.

ولهذا تلعب القوة التفاوضية دورا هاما في صياغة البند العقدي المتعلق بالتعويضات، كأن يدرج المورد مثلا شرط إعفائه منها كلما كان عدم التنفيذ غير راجع لإهماله أو تقصيره⁵ تم يتذرع بخطأ المتلقي في استقبال التكنولوجيا لنفي مسؤوليته وعندما لا يتصدى العقد لمسألة التعويضات تاركا تقديرها للقضاء، يعاني هذا الأخير من صعوبة تحديد قيمتها خاصة لو كان الإخلال بالإلتزام مثل الإلتزام بضمان النتائج.

¹ - كما لا يعد الدافع موردا كان أم متلقيا، مسؤولا عن التأخير في التنفيذ وبالتالي عن الفوائد التأخيرية راجع محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 456-464. وفي القانون المغربي راجع الفصل 259 و263 من ق. ل. ع المغربي.

² - محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 458.

³ - محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 458.

⁴ - كالإلتزام بنقل ملكية الشيء المبيع، والإلتزام بأداء الثمن في عقد البيع، أو الإلتزام بتأمين المتأجر من العيابة الهادئة والنافعة للعين المؤجرة لكي في عقد الإيجار.

⁵ - صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص 51-55.

خاتمة:

لأشك ان عقود نقل التكنولوجيا أصبحت اليوم تلعب دورا جوهري في عملية نقل المعرفة الفنية، وهذه العقود تجسد غالبا العلاقة غير المتوازنة وغير المتكافئة بين الطرفين المتعاقدين حيث ان المستورد يكون غالبا من الدول النامية اما المورد فيكون غالبا من الدول المتقدمة او من الشركات المتعددة الجنسيات التي تتبع هذه الدول بالتنمية، وبالتالي تباينت واختلفت الاستراتيجيات لكل منهما، حيث يسعى المستورد الى الحصول على المعرفة الفنية محل هذا العقد من اجل القيام بالتنمية اللازمة في كافة مجالات الحياة خاصة في المجال الاجتماعي بالرغم من امكانياته المحدودة، اما المورد فهو يسعى الى الزيادة الربح الذي يجنيه من ابرام هذه العقود دون ان يهتم بمصالح المستورد، ولأشك ان هذا الامر خلق حالة من عدم التوازن خلال مرحلة المفاوضات وكذا عند تنفيذ عقد نقل التكنولوجيا، وهذا امر طبيعي مادام ان المراكز تختلف وتتفاوت تبعا لقوة وضعف كلا من المورد والمستورد.

من هنا تستلزم السياسة التنموية من الدول النامية المتلقية للتكنولوجيا توحيد جهودها على المستوى الاقليمي بغرض صياغة قواعد مشتركة تنظم عمليات النقل التكنولوجي اليها، مع التصدي سلطاتها التشريعية المحلية لمهمة صياغة قوانين خاصة بنقل التكنولوجيا وفقا لتنظيم دقيق يحدد نطاق اعماله لتغدو بمثابة قواعد ضرورية التطبيق.

عوائق التنمية السياسية بالمغرب

سليم عبد الكريم
طالب باحث بكلية
الحقوق- سطات

يعد المغرب من البلدان العربية الأكثر انفتاحا على التجارب الديمقراطية الغربية، وكذا من أكثر البلدان العربية تطورا ومسيرة للإصلاحات حسب الأحداث المتسارعة، ولقد كان الحراك العربي الأخير في سنة 2011 خير مثال على ذلك؛ إذ كان المغرب من البلدان العربية السبّاقة إلى النفس الإصلاحي عبر سن دستور جديد وإطلاق انتخابات برلمانية مبكرة وغيرها من الإجراءات التي سعى من خلالها المغرب إلى الإصلاح في ظل الاستمرار.

وتعود طبيعة المغرب الإصلاحية والانفتاحية هذه إلى مسلسل الانتقال الديمقراطي الذي بدأ بشكل أساسي في فترة التسعينات عبر دستور 1996 وآلية التناوب، ثم تكرر بشكل أكبر مع العهد الجديد الذي جاء فيه الملك محمد السادس بالمفهوم الجديد للسلطة، ثم توالى بعد ذلك محطات مسلسل الانتقال الديمقراطي في سعي كبير إلى بلوغ النظام الديمقراطي الذي ينهل من الخصوصية المغربية.

إلا أن هذا المسلسل وما رافقه من مجهودات في التنمية السياسية تعرض لمجموعة من الكبوات والعراقيل التي حدثت من سرعته، مما جعل من الانتقال الديمقراطي في المغرب عملية يطول أمدها أكثر فأكثر، فما هي إذن أهم عوائق التنمية السياسية بالمغرب؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال التطرق للعوائق المؤسسية آخذين الأحزاب السياسية كمثال على ذلك، ثم ننتقل بعدها إلى العوائق الثقافية باسطين المشاركة السياسية كأهم تجلياتها.

أولا: العوائق المؤسسية (الأحزاب السياسية)

تضطلع المؤسسات السياسية والدستورية في المغرب بأهمية بالغة في مجال تأثيث الحياة السياسية وترسيخ المبادئ الديمقراطية والتأسيس لقواعد التنمية السياسية، لكن هذه الأهمية قد تكون سلاحا ذو حدين؛ خاصة إذا ما تخلت هاته المؤسسات عن أدوارها وواجباتها، أو قصرت في تأديتها.

ولا شك أن المؤسسات الدستورية الأساسية تضطلع بإمكانيات هامة في النهوض بالتنمية السياسية، وذلك بفضل ما تتوفر عليه من فرص وصلاحيات للنهوض بالتنمية السياسية والتأسيس لمسار قويم لها؛ غير أن هذه المؤسسات عينها قد تكون في بعض الأحيان عائقا أمام الهدف المنشود في تأمين تععيد سليم لأهم آليات التنمية السياسية.

فالمؤسسة الملكية مثلا لها كافة الصلاحيات والإمكانات التي تمكنها من النهوض بالتنمية السياسية. غير أن سعي هذه المؤسسة في بعض الأحيان إلى الحفاظ على استقرارها أو استقرار البلاد، أو سعيها إلى الحفاظ على التوازنات السياسية داخل الدولة يمكن أن ينتج عنه تعطيل للتنمية السياسية في المغرب أو تأجيلها على الأقل. وإذا أخذنا الدستور على سبيل المثال، فإن جميع الدساتير المغربية كانت دساتير ممنوحة من قبل المؤسسة الملكية، عكس مبدأ الجمعية التأسيسية الذي تأخذ به الدول الديمقراطية العريقة، مما يجعل كل الإصلاحات الدستورية في المغرب من صنع الملك أو من اقتراح محيطه، أو حتى بناء على اقتراحات يبقى للمؤسسة الملكية الحق في الفصل فيها وعرضها على الاستفتاء، مما يجعل هذه التعديلات الدستورية تدخل في إطار ما يصطلح عليه بـ "التغيير في ظل الاستمرارية"¹.

كما أن معظم السلطات التي يتوفر عليها الملك تتسم بطابع السمو، زيادة على أنها لم تكن مقيدة على مر كل الدساتير المغربية السابقة²، وهذا ما جعل سلطات واختصاصات المؤسسة الملكية تشمل كل جوانب الحياة السياسية، حتى صارت بعضها تطرح سؤال الحيادية من قبيل صفة الحكم الأسمى، إذ أن الملك باعتباره يملك اختصاصات ضمن معظم المؤسسات الدستورية؛ فإن مهمة التحكيم بين هذه الأخيرة لا تستقيم مع منطلق الحيادية، إلا إذا أخذنا بالتأويل القائل بكون المؤسسة الملكية أسمى من كل المؤسسات³.

من جانب آخر، فإن المؤسسة التنفيذية بدورها يمكن أن تكون سببا في عدم السير قدما نحو ترسيخ التنمية السياسية في المغرب، فبالرغم من كافة الإمكانيات والاختصاصات الدستورية التي رصدتها لها المشرع؛ والتي تتيح للحكومة إمكانية النهوض بالتنمية السياسية باعتبارها سلطة تنفيذية، إلا أن ذلك لا يمنع من كونها تقع في خانة المؤسسات التي يمكن أن تثبط هذا النهوض المنشود للتنمية السياسية.

فضلا عن كون أمر إرساء القواعد الديمقراطية وسياسات عمومية ناجعة من صميم اختصاصات الحكومة، فإن تفعيل الدستور وسائر توجهاته تظل هي الأخرى من أبرز المهام المنوطة بالحكومة، حيث يعتبر الإخلال بهذه المهمة من أهم الأسباب التي تجعل كل الإصلاحات القائمة مجرد شكليات ونصوص مكتوبة لا تصل إلى درجة الفعل المؤثر الذي يتيح احتمال نشر تجربة الإصلاح مع قدر كبير من الحيوية السياسية⁴، مما يجعل النهوض بالتنمية السياسية أمرا مرهونا بهذا التفعيل الحكومي.

إضافة إلى ذلك، فإن بعض الممارسات التي تطبع العمل الحكومي يمكن أن تكون عائقا أمام هدف التنمية السياسية المنشود، حيث يلاحظ أن حكومة ما بعد دستور 2011 مثلا لم تلتزم ببعض المبادئ الدستورية

¹ عبد الرحيم العلام، صلاحيات الملك في الدستور المغربي: دراسة نقدية، مشاركة ضمن العددان 41-42، في المجلة العربية للعلوم السياسية، الجمعية العربية للعلوم السياسية بالتعاون مع مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت- لبنان، العددان 41-42، 2014، ص 138.

² عبد الإله بلقزيز، المغرب والانتقال الديمقراطي: قراءة في التعديلات الدستورية، سياقاتها والنتائج، مشاركة ضمن المؤلف الجماعي: رياح التغيير في الوطن العربي، حلقات نقاشية عن مصر والمغرب وسورية وليبيا، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية، 2012، ص 117.

³ عبد الرحيم العلام، صلاحيات الملك في الدستور المغربي: دراسة نقدية، مرجع سابق الذكر، ص 139.

⁴ عبد الإله بلقزيز، المغرب والانتقال الديمقراطي: قراءة في التعديلات الدستورية، سياقاتها والنتائج، مرجع سابق الذكر، ص 145.

كمطلب الحكامة الذي أفرد له الدستور مؤسسات عديدة، ومجموعة من الفصول التي توطئه، والذي تعهدت به كذلك معظم الأحزاب المشكلة لها خلال حملاتها الانتخابية. حيث تمثل خرق هذا المبدأ في استمرار الهيكلة الوزارية على حالها بما فيها عدد الوزراء والمرافق الوزارية والنفقات الحكومية، حيث ظلت شعارات الترشيد والعقلنة مجرد شعارات لم تترجم إلى أفعال¹، كما اتسمت هذه الحكومة كذلك بالطابع التكنوقراطي، ما يعني تراجع الأعضاء المنتخبين والسياسيين، حيث وصلت إلى نسبة تزيد عن 20 في المائة من مجموع أعضاء الحكومة²، مما يجعل أمر المسؤولية والاختيار الديمقراطي على المحك.

ولا تخرج المؤسسة التشريعية عن دائرة الشك في إرساء قواعد التنمية السياسية بالمغرب، فبالرغم من كافة الإمكانيات المتاحة لها دستوريا هي الأخرى، إلا أن البرلمان المغربي لم يواكب مسيرة الإصلاح الدستوري وترسيخ آليات التنمية السياسية بالشكل المرغوب فيه.

حيث أن المؤسسة البرلمانية ظلت حتى في مرحلة ما بعد دستور 2011 تتسم بالضعف وعدم التجدد، إلى درجة أن كل الأرقام والنسب والمواضيع والمجالات والقطاعات الوزارية تثبت أن هناك غياب شبه تام للقטיعة في العمل البرلماني بين مرحلة ما قبل وبعد دستور 2011³.

وهذا يعني أن التحولات الدستورية لم تغير من مستوى البرلمان المغربي، إذ ليس هناك تحول كبير للرفع من مردودية البرلمان، وبالتالي فإن هذا الواقع لم يسمح بإعادة تشكيل المؤسسة البرلمانية وفق نموذج جديد يسمح بتغيير الصورة النمطية لدى الرأي العام وحتى لدى النخبة البرلمانية نفسها.

أما فيما يخص العمل الرقابي، فإنه لم يخرج عن إطار استعمال الآليات التقليدية، كالأسئلة الكتابية والشفوية، مع غلبة الكتابية منها، كما يلاحظ أن هناك طغيانا كبيرا وهيمنة مطلقة لمشاريع القوانين وصلت إلى أزيد من 90 في المائة، مقابل ضهور في نسبة مقترحات القوانين التي لا تتعدى 11 في المائة⁴، مما يؤكد ضعف العمل البرلماني.

زيادة على ذلك، يظهر إهمال ملحوظ في بعض الاختصاصات التي حظيت بها السلطة التشريعية ضمن دستور 2011. حيث طال هذا الإهمال لجان تقصي الحقائق، والتي غالبا ما ترتبط بالفضايا الكبرى، في وقت يجب أن تمارس صلاحياتها بشكل عاد، كما أن الإهمال طال اختصاصات المعارضة والتي عادة ما تكون محتشمة في تدخلاتها أمام الأغلبية البرلمانية التي تسعى دائما إلى تغييب حقوق الأقلية من أجل إضعافها وسلها أهم الآليات

¹ وقد اتضح ذلك بجلاء في كون العدد الذي تعهد به رئيس الحكومة السابق السيد "عبد الإله بنكيران" في ما يخص الوزراء قد انتقل من 20 وزيرا ليصبح 39 وزيرا، ما يعني عدم تقليص النفقات كما كان مطلوباً من قبل.

² محمد الرضواني، محاولة في توصيف الحكومة المغربية بعد دستور 2011، مشاركة ضمن العددان 44-43 للمجلة العربية للعلوم السياسية، الجمعية العربية للعلوم السياسية بالتعاون مع مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت- لبنان، العددان 44-43، 2014، ص 104.

³ بن يونس مرزوقي، مداخلة ضمن الحلقة الثانية من فعاليات المنتدى الذي نظمه معهد "بروميثيوس" للديمقراطية وحقوق الإنسان، بعنوان: محاولة لتقييم الممارسة البرلمانية منذ مرحلة ما بعد دستور فاتح يوليوز 2011، الرباط، بتاريخ: السبت 15 يوليوز 2017.

⁴ عبد الحفيظ آدمينو، مداخلة ضمن الحلقة الثانية من فعاليات المنتدى الذي نظمه معهد "بروميثيوس" للديمقراطية وحقوق الإنسان، نفس المرجع.

التي تخولها المشاركة في مراقبة السياسات العمومية بغرض إبعاد أي إخراج يمكن أن يطاول الحكومة¹. وبالتالي يتضح بجلاء أن المؤسسة التشريعية، إلى جانب كل من المؤسستين الملكية والتنفيذية، يمكن أن تكون حجرة عثرة أمام النهوض بالتنمية السياسية بالمغرب عكس ما هو منتظر منها، وذلك في حال ما إذا تخلت عن صلاحياتها ومسؤولياتها المنوطة بها.

إن الخلل المؤسساتي لا يستثني المؤسسات الدستورية الأساسية التي تضطلع بأدوار هامة في مجال النهوض بالتنمية السياسية، لكن الإشكال الأكبر يطال مؤسسة أخرى غير اللاتي ذكرناها آنفا، والتي تتمثل في المؤسسة الحزبية في المغرب.

وبالنظر إلى تعريفات الحزب السياسي فإنها تختلف حسب كل توجه، وحسب أهداف ووظائف الحزب وأعضائه أيضا، حيث أن هناك من يعتبر الحزب السياسي جماعة سياسية تتقدم للانتخابات وتكون قادرة على أن تقدم من خلال تلك الانتخابات مرشحين للمناصب العامة²، في حين يرى البعض الآخر أن الحزب السياسي هو تجمع منظم هدفه المشاركة في الحياة السياسية بقصد الاستيلاء كليا أو جزئيا على السلطة، حتى يتمكن من تحقيق أفكار ومصالح أعضائه³، مما يوضح بأن الوصول إلى السلطة هو الهدف الأسمى للحزب السياسي.

لكن وبغض النظر عن التعريفات المختلفة، فإن كيفية ظهور الأحزاب السياسية لا تخرج عن عاملين مؤثرين اثنين، حيث يكون ظهورها ناتجا إما عن تأثير عوامل داخلية أو عوامل خارجية، ففي حالة ما إذا كانت العوامل الداخلية هي التي ساهمت في ظهور الأحزاب السياسية، فإن هذه الأخيرة ستكون أكثر تنسيقا من الناحية الإيديولوجية وتعمل على تنمية المصالح الاقتصادية والاجتماعية في النظام القائم، أما في حالة الأحزاب التي ظهرت تحت تأثير عوامل خارجية، فإنها تنشأ خارج الجهاز التشريعي، وهي بذلك تحمل إيديولوجيات مغايرة للمجتمع الذي تنشط فيه، وتحدث صراعات مع الجماعات الحاكمة⁴.

وإذا نظرنا إلى الأحزاب السياسية من هذا المنظور في إطارها التاريخي، نجد أن القراءة التاريخية تقدم لنا نماذج لتنظيمات حزبية وطدت أركان دولها، كما أن هناك أحزابا قوية أسست دولا قوية، وذلك بخلاف الوطن

¹ زكرياء أقتوش، دراسة سلوك المعارضة من داخل وخارج المؤسسة البرلمانية، سلسلة منشورات دفاتر سياسية، العدد 108، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء- المغرب، 2009، ص 8.

² هذا التعريف يعود لـ "جيوفاني سارتوري G.sartori"؛

- شميران حماوي، الأحزاب السياسية والنظم الحزبية، مطبعة الإرشاد، بغداد- العراق، الطبعة الثانية، 1975، ص 16.

³ هذا التعريف يعود لـ "كوكفل F.Gogvel"؛ أوردته:

- إسماعيل غزال، القانون الدستوري والنظم السياسية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1982، ص 204.

⁴ حسن عبد الحميد، التغيير الاجتماعي والتنمية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة- مصر، 1997، ص 18.

العربي، ومن ضمنه المغرب، حيث أن الدولة هي من ينشئ الأحزاب في الغالب¹، مما يجعل هذه الأخيرة بعيدة عن تحقيق أهداف التنمية السياسية أو حتى المساهمة في النهوض بها.

وتكمن أهمية الأحزاب السياسية في كونها ضامنة لثبوت النظام الديمقراطي، وتدعيم الممارسات الديمقراطية الكفيلة بتمثيل الأفراد على مستوى السلطة (سواء السلطة التنفيذية أو التشريعية)، كما تتجلى هذه الأهمية أيضا في كون الأحزاب السياسية بمثابة سمة أساسية للتحديث²، خاصة من خلال ما تضطلع به من وظائف والتي تعتبر التنشئة السياسية والمشاركة السياسية أهمها.

حيث يظهر دور الأحزاب السياسية في ما يتعلق بقضية المشاركة السياسية من خلال تعبئة الجماهير على ضرورة الانتخاب لإحداث التغيير، في حين تتمحور مهمة التأطير حول مجموع ما يقدمه الحزب السياسي من معلومات وتكوينات عبر ملتقياته وندواته من أجل تعزيز الوعي السياسي لمنخرطيه وللمواطنين بشكل عام.

ولقد عهد المشرع ضمن دستور 2011 إلى الأحزاب السياسية المغربية مجموعة من المهام تعتبر من صميم أهداف تأسيسها، حيث أناط بها مهام العمل على تأطير المواطنين وتكوينهم السياسي، وتعزيز انخراطهم في الحياة الوطنية، والمساهمة في تدبير الشأن العام، والمساهمة في التعبير عن إرادة الناخبين، والمشاركة في ممارسة السلطة، على أساس التعددية والتناوب، بالوسائل الديمقراطية، وفي نطاق المؤسسات الدستورية³.

إلا أن مجموع هذه الأدوار المنوطة بالأحزاب السياسية انتقلت إلى توصيات بدل كونها التزامات دستورية بسبب ما آلت إليه أوضاع الأحزاب المغربية، إذ قل ما نجد حزبا يضطلع بمهامه التأطيرية والتكوينية للمواطنين، أو يقوم بحملات توعوية أو ملتقيات تجمع قاداته بالمواطنين خارج وقت الانتخابات، وذلك راجع بالأساس إلى كون هذه القيادات صارت تعيش بعيدة عن القاعدة، ولا تهتم بها إلا في وقت الحاجة إليها (الفترات الانتخابية)، مما جعل العلاقة بين الحزب والمواطن علاقة مصلحة أنية لا تقوم على النظرة المستقبلية والمصلحة العامة، حتى أصبحت علاقة منفعية بحثة، الشيء الذي حول المواطن إلى مجرد رقم انتخابي، ووضع الأحزاب المغربية في صنف "الأحزاب التي تلتقط كل شيء"⁴.

¹ بن يونس المرزوقي، مشاركة بعنوان: الدستور والبناء الديمقراطي في المراحل الانتقالية، ضمن العددان 41 و42 للمجلة العربية للعلوم السياسية، مرجع سابق الذكر، ص 209.

² حسن عبد الحميد، التغير الاجتماعي والتنمية، مرجع سابق الذكر، ص 16.

³ الفصل 7 من دستور 2011، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 شعبان 1432 الموافق لـ 29 يوليوز 2011، منشورات مجلة المقال، مطبعة دار القرويين، الطبعة الأولى، 2011.

⁴ "الأحزاب التي تلتقط كل شيء" هي تسمية إنكليزية أطلقت على نموذج جديد من الأحزاب السياسية التي أصبحت تنبني على الزعة الانتخابية، للمزيد من التفصيل أنظر:

- محمد الرضواني، محاولة في توصيف الحكومة المغربية بعد دستور 2011، مرجع سابق الذكر، ص 98.

إن تخلي الأحزاب السياسية عن أدوارها ومهامها الدستورية الملقاة على عاتقها، أو حتى التقيصير فيها، دفع العديد من الأفراد إلى النأي بأنفسهم عن الممارسة والمشاركة السياسية، وفقدان الثقة في هذه الأحزاب السياسية وفي قياداتها، هذه القيادات التي تتصف عموماً بكونها تتألف من عناصر مثقفة بمرجعية غربية، وذات زاد تاريخي في النضال ضد المستعمر، غير أنها - حال تقلدت مناصباً أو موقع قوة - فإنها تسعى إلى جلب الجماهير والحضور الدائم في الساحة السياسية، وكذا التضييق على الصوت المعارض لها عبر تحجيمه، والعمل على الحفاظ على المبادئ والمؤسسات التي تكرس بقاءها¹.

لقد اكتسبت القيادات السياسية والنخب الحزبية في عمومها خلفية إيديولوجية نابذة من الثقافة الغربية، حيث اتسمت أغلب توجهاتها وسلوكياتها بتناقض كبير وفجوة عميقة بين المبادئ المعلنة وأثارها الواقعية، وذلك بسبب محاولة استيراد الديمقراطية الغربية بصفة شكلية فقط، غير أن المحاولة فشلت نظراً لاختلاف الخلفيات الاجتماعية السائدة في كل بلد، ولقد تبين هذا التناقض من خلال خرق هذه الأحزاب لبعض المبادئ الدستورية الأساسية، كمنع الترحال السياسي مثلاً، ورغم أن هذا المبدأ لم يتم خرقه بشكل رسمي، إلا أن احتضان الحكومة مثلاً لبعض الوزراء بغير انتمائهم الحزبي السابق يضرب هذا المبدأ الحزبي في العمق²، مما أدى إلى تحجيم قيمة الانتخاب الحزبي ومن ثمة أحد المبادئ الديمقراطية الأساسية، وهذا ما من شأنه عرقلة مسار التنمية السياسية.

كما أن هذه الفجوة تأكدت في السياق الدستوري الذي كان مأمولاً منه أن يكون دافعاً قوياً للأحزاب السياسية، لكن العكس هو الذي حدث؛ حيث اكتفت هذه الأحزاب السياسية ونخبها الضعيفة خلال الحراك المغربي المتمثل في حركة "20 فبراير 2011" كما في "حراك الريف" الأخير بما هو كائن، ولم تستطع أن تستوعب جموع المحتجين أو توصل صوتهم ومتطلباتهم، فضلاً عن تليبيتها، كما أن السياق الدستوري كذلك كشف مدى ضعف الأحزاب السياسية هذه، إذ نجدها مثلاً، بعد أن كانت تؤكد في بداية الاستقلال ضرورة انتخاب مجلس تأسيسي لوضع الدستور، أصبحت منذ منتصف سبعينات القرن الماضي تكتفي بمطالب في مضامين الدستور،

¹ عبد الحليم الزيات، التنمية السياسية: دراسة في الاجتماع السياسي، دار المعرفة الجامعية، القاهرة- مصر، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2002، ص 71-72.

² لقد نص دستور 2011 في الفصل 61 منه على أنه: "يجرد من صفة عضو في أحد المجلسين، كل من تخلى عن انتمائه السياسي الذي ترشح باسمه للانتخابات، أو عن الفريق أو المجموعة البرلمانية التي ينتمي إليها. وتصرح المحكمة الدستورية بشغور المقعد، بناء على إحالة من رئيس المجلس الذي يعنيه الأمر، وذلك وفق أحكام النظام الداخلي للمجلس المعني، الذي يحدد أيضاً آجال ومسطرة الإحالة على المحكمة الدستورية". ولقد عرفت حكومة السيد عبد الإله بنكيران التي تلت دستور 2011 نموذجين في هذا الصدد، يتعلق الأول بالسيد "عزيز أخنوش" الذي شغل منصب وزير الفلاحة والصيد البحري، الذي استقال من حزبه وانضم إلى الحكومة بصفة وزير مستقل، فيما يتعلق النموذج الثاني بالسيد "محمد الوفا" الذي شغل منصب وزير منتدب لدى رئيس الحكومة مكلف بالشؤون العمة والحكامة، والذي استمر في منصبه هذا رغم خروج حزبه من الأغلبية الحكومية وفقدانه لانتمائه بعد طرده من الحزب.

بغض النظر عن طريقة وضعه، إضافة إلى بعض التناقضات الكبيرة التي سقطت فيها من قبيل رفض الدستور ومقاطعته ثم المشاركة في المؤسسات المنظمة على أساسه¹.

وضمن نفس السياق، فإنه وبعد سنوات من اعتماد الدستور الجديد لسنة 2011، ظل المشهد السياسي العام أكثر تراجعية عما كان عليه من قبل، واستمرت الأحزاب في عدم تطابق ممارساتها مع حمولات الدستور وما يحتاجه من نفس تحديتي ليوأكب انتظارات الشارع الذي بات يرفض آليات الوساطة التقليدية وعلى رأسها الأحزاب السياسية، وذلك نتيجة غياب تعددية سياسية حقيقية، قائمة على شرعية المؤسسات الحزبية وعلى معايير الديمقراطية والكفاءة والنزاهة والقدرة على خلق فرز جديد في المشهد السياسي، وغياب عروض استثنائية من شأنها إرجاع الثقة في المسار الديمقراطي.

إن الوصول إلى السلطة والبقاء فيها هدف أساسي للأحزاب السياسية، حيث أن القاعدة الديمقراطية تحتم التداول عليها، وبالتالي فالمهمة الأساسية للأحزاب السياسية هي تطبيق برامجها من خلال وصولها إلى مواقع السلطة، أو على الأقل برامج معدلة وفقا لتحالفات حكومية مستجدة، غير أن الإشكال عند أحزابنا السياسية هو تحايلها على تلك الالتزامات عبر الاقتصاد في الجهد والاقتراح والعمل؛ سواء ادخارا للاستحقاق الانتخابي القادم، أو لفقدانها أدوات وكفاءات وإرادة لتحقيق ذلك، وهو ما جعلها تستند في خطاها على أفكار إيديولوجية عقدية وأخلاقية صيرت التنافس بينها إلى معركة "هوياتية"، بدل معركة تخص البرامج والخيارات الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، والبيئية²، وبالتالي يتم إفراغ العملية السياسية والانتخابية من أبعادها الحقيقية.

ولقد أدى وضع الأحزاب السياسية هذا إلى ازدياد درجة التأزم في المسلسل الديمقراطي المتطور للمغرب، وكذا إلى فقدان الثقة في الطبقة السياسية وانتشار ظاهرة العزوف السياسي لدى شرائح واسعة من الشباب أمام أزمة التواصل السياسي وضعف تمثيل وتأطير المواطنين.

ويمكن التذليل على تفاقم هذه الوضعية بما جاء في خطاب رأس الدولة نفسه، إذ أن الملك نبه إلى تقاعس الأحزاب في خطبه، حيث انتقد انتهازية الأحزاب السياسية واختبائها وراء القصر الملكي، وإرجاع كل الأمور إليه في حالة الأزمات الاجتماعية والسياسية، في حين أنها تنهافت على اقتسام المنافع في حالات الرخاء، مما يفيد بأن الأحزاب السياسية لم تغير عقلياتها، بل وفقدت القدرة على التنفيذ والإبداع، وذلك بسبب التراجع والاستنكاف عن قيامها بدورها كاملا، عن قصد وسبق إصرار أحيانا وبسبب انعدام المصداقية والغيرة الوطنية أحيانا أخرى³.

¹ محمد باسك منار، دستور سنة 2011 في المغرب: أي سياق؟ لأي مضمون؟، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة- قطر، يناير 2014، ص 6، على الموقع الإلكتروني: www.dohainstitute.org

² ولقد ظهر ذلك جليا في خضم الصراع الانتخابي لسنة 2016 بين حزبي العدالة والتنمية والأصالة والمعاصرة: عبد المطلب أعميار، مقال بعنوان: في المسألة الدستورية ومتطلبات تعاقد سياسي جديد، بتاريخ: الثلاثاء 05 شتنبر 2017، على الموقع الإلكتروني لجريدة هسبريس <http://www.hespress.com/writers/363487.html>

³ عبد الرحمان شحشي، مقال بعنوان: خطاب العرش.. المكاسب والتحديات، بتاريخ: الثلاثاء 01 غشت 2017، على الموقع الإلكتروني لجريدة هسبريس <https://www.hespress.com>

يتضح مما سبق إذن، أن الأحزاب السياسية بالمغرب اعتبرت بمثابة عائق مؤسساتي للتنمية السياسية بالبلاد في كثير من الأحيان، حيث اتسمت في مجملها بالانتهازية والانتفاع عبر السلطة، كما أن جهودها المحتشمة والفاخرة من محتواها كانت موسمية وفنوية، بالإضافة إلى أن النقاش الدائر بينها هو نقاش استهلاكي بدل أن يكون نقاشا حول تقييم طبيعة الاختيارات الاقتصادية والمالية والاجتماعية لتشكيل رأي عام انتخابي بما ينسجم ومتطلبات الترسخ الديمقراطي، وأعراف وقواعد العملية السياسية، وبالتالي فإن التطور السياسي والتنموي، الذي يعرفه المغرب، لم ينعكس بالإيجاب على تعامل الأحزاب التي لم تعرف تنمية سياسية، فضلا عن أن تنقلها للقواعد والمواطنين بشكل عام.

ثانيا: العوائق الثقافية (المشاركة السياسية)

إن الثقافة السياسية باعتبارها إحدى الركائز الأساسية للتنمية السياسية: تشكل منطلقا أساسيا لترسيخ الآليات الديمقراطية وتعميد الممارسات المثلى بشأنها، مما يعني أن غيابها أو معاناتها من أي خلل ينتج عنه بالضرورة خلل في التنمية السياسية السليمة وأهدافها.

وتشير الثقافة السياسية عادة إلى أنماط ثقافية محددة في مجتمع ما وفي زمن محدد، حيث تدل على سلوك سياسي ما في سياق ثقافي معين، مما يجعل أغلب التعريفات حولها تتعلق بالتوجهات والمواقف والمعتقدات والقيم نحو النظام السياسي¹، وبالتالي تعرف الثقافة السياسية بأنها نمط معين من التوجهات نحو النظام السياسي يتمثل بمجموعة من المواقف والإدراك والقيمة والمشاعر نحو هذا النظام وأدواره المختلفة ونخبه وشاغلي الوظائف فيه².

غير أن للثقافة السياسية مجموعة من القيم تحدد مدى إسهامها في البناء الديمقراطي وفي التأسيس للتنمية السياسية المنشودة، ويمكن بسط أهم هذه القيم كالتالي:

- المساواة: تعتبر المساواة قيمة أساسية في الثقافة السياسية، ذلك أنها تساهم في عدم التمييز بين الأفراد بغض النظر عن الاختلافات العرقية والدينية واللغوية وغيرها، فانتشار قيمة المساواة والوعي بها من قبل النخب والجمهور يعتبر أساس الانخراط في العملية السياسية، والمطالبة بتطبيق القانون والخضوع له³.

- الحرية: تكمن أهمية قيمة الحرية في كونها تأطر علاقة الفرد بالسلطة، حيث تجعلها مبنية على أساس الاقتناع وليس الخوف، مما ينمي إحساسا بالقدرة على التأثير في مجريات الحياة السياسية والمشاركة الإيجابية وتحقيق التناعم مع السلطة الحاكمة لدى الفرد، مع التأكيد على ربط قيمة الحرية هاته بنوع من

¹ وليد سالم محمد، الثقافة السياسية وأهميتها في مأسسة السلطة وبناء الدولة في العراق: الرؤية والآليات، مشاركة ضمن العددان 41-42، المجلة العربية للعلوم السياسية، مرجع سابق الذكر، ص 122.

² Ronald P, Formisano, the concept of political culture, Journal of Interdisciplinary History, vol 31, N° 3, 2001, p 426.

³ محمد الرضواني، الحداثة السياسية في المغرب إشكالية وتجربة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط-المغرب، الطبعة الأولى، 2009، ص 100.

العقلانية التي تتيح للفرد التوازن والتعامل مع الظواهر السياسية بمعزل عن ما هو تقليدي أو غامض في المنطلقات والأهداف¹.

- المشاركة : تعد قيمة المشاركة قيمة فاصلة في الثقافة السياسية للفرد ضمن نظام معين، وذلك لارتباطها بتشكيل النظام السياسي وانشغالاته وقراراته وتكوين الرأي العام، وكذا باعتبارها تساهم في الانتقال الديمقراطي والاستقرار السياسي، حيث يؤمن المواطن بكون نشاطه ومشاركته السياسية سبيلا حقيقيا للتأثير الفعلي على سياسة الحكم في البلاد².

وهكذا فإن كافة هذه القيم مع اختلاف طبيعتها بحسب الأزمنة والأنظمة والمجتمعات والثقافات التي تحكمها تعطي للثقافة السياسية أهمية كبيرة في سياق بناء النظام الديمقراطي الصلب عبر التأسيس لقواعد متينة للتنمية السياسية.

وتكمن أهمية الثقافة السياسية أساسا في كونها مفتاحا لإعادة تنظيم المواقف والتوجهات وقولبتها بالشكل الذي يتوافق مع أهداف النظام السياسي، حيث تلعب دورا أساسيا في مساعدة الأنظمة على توجيه وإعادة توجيه معتقدات وسلوكيات شعوبها نحو ترسيخ أكبر للمنهج السياسي الذي يرتضيه كل نظام على حدة³، وإن كانت الأنظمة الديمقراطية والمتقدمة تعمل على تطعيم الثقافة السياسية لمجتمعاتها بمزيد التوجهات والقيم الديمقراطية، فإن الأنظمة غير الديمقراطية والأقل تقدما لا تزال تعرف العديد من الاختلالات في هذا الصدد. حيث نجد أن الأنظمة السياسية في الدول النامية أو الأقل تقدما تركز جهودها في تشكيل وإعادة تشكيل ثقافة سياسية سلطوية لدى شعوبها، إذ يظل الفرد حبيس الخطاب الواحد، ويبقى منقادا نحو نفس القوالب الفكرية التي نشأ عليها، والتي لا تخرج عن تعظيم الحاكم وترهيب المعارض⁴، بينما تغلو من الأسس الديمقراطية الصلبة والعملية التي تفضي إلى ثقافة سياسية تنتج ممارسات حرة وديمقراطية، وذلك عبر التنشئة السياسية وآلياتها، والتي تتم عبرها عمليات التلقين المقصود للمعلومات السياسية والقيم والممارسات الفعلية عن طريق الهيئات المسؤولة عن ذلك بصورة رسمية بهدف توحيد الفرد مع النظام السياسي وتحديد مدركاته السياسية وردود أفعاله إزاء هذا النظام السياسي⁵.

ولا شك أن الدول العربية – ومنها المغرب – لا تخرج عن هذا الإطار، إذ أن كل هم الأنظمة العربية تركز في كيفية توجيه المواطنين وسلوكهم والتحكم في وعيمهم وتحويلهم إلى مجرد تابعين يدورون في فلك النظام السياسي، وبالتالي لا يؤثرون فيه ولا يغيرون سياساته، بمعنى ولاء تام للنظام السياسي، وتنفيذ سياساته كأنها

¹ عبد الغفار رشاد القصبي، التطور السياسي والتحول الديمقراطي، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، القاهرة- مصر، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 2006، ص 193.

² محمد الرضواني، الحدائة السياسية في المغرب إشكالية وتجربة، مرجع سابق الذكر، ص 101.

³ عبد الغفار رشاد القصبي، التطور السياسي والتحول الديمقراطي، مرجع سابق الذكر، ص 181.

⁴ حازم العقيد، كيفية صناعة التطرف : التنشئة السياسية و دورها، دار العربي للنشر والتوزيع، القاهرة- مصر، 2016، ص 41.

⁵ Michael Rush, Politics and Society an introduction to political Society, New-york, Prentice, 1992, p 92.

نتاج أفكارهم وثقافتهم، وذلك بهدف الحفاظ على وجوده واستمراره، مما يؤكد أن مشكلة الثقافة السياسية التي تعرفها المجتمعات العربية حاليا مرجعها إلى الدولة والأنظمة السياسية، إذ أن العديد من العقبات تعد من صنع الأنظمة القائمة نفسها¹.

لكن واقع الأنظمة هذا لا يلغي مسؤولية الأفراد في تدني ثقافتهم السياسية، إذ يكفي المواطن ببعض المعارف السطحية ولا يسعى إلى المشاركة، مما يكرس لديه ثقافة الخوف من السلطة والإذعان لها والعزوف عن المشاركة السياسية.

وبالتالي يتضح بأن الأنظمة الديمقراطية بحاجة إلى ثقافة سياسية قوامها بالأساس عملية المشاركة السياسية، فيما يكون النظام الغير ديمقراطي بحاجة إلى ثقافة من النوع التقليدي ليبقى مستمرا².

وفيما يتعلق بالمغرب، فإن الثقافة السياسية شكلت في ما مضى عائقا كبيرا في وجه النهوض بالتنمية السياسية في البلاد، إذ غداة الاستقلال، وسعيا منه إلى تصفية الفكر الاستعماري الذي كان سائدا إبان فترة الاستعمار، قام النظام المغربي بالتأسيس لقيام إعادة بناء مؤسساتي تحترم فيه الخصوصية المغربية، الأمر الذي شاركت في تنزيله الأحزاب السياسية عبر الدور الموكول إليها القيام به ألا وهو تأطير المواطنين، غير أن الإشكال الأساسي تمثل في عدم جاهزية أو قابلية الأفراد لخوض غمار التجربة السياسية الحديثة بالبلاد، وذلك لافتقارهم للقناعات التي تحفزهم على الاهتمام بالشأن السياسي.

من جهة أخرى، شكل توجه النظام المغربي ذاته عائقا أمام التأسيس لقواعد التنمية السياسية منذ البداية، حيث تركزت مجمل توجهاته في توحيد البلاد ترابيا وإداريا وسياسيا، والسعي نحو مغربة الأنظمة الإدارية والتعليمية، ومحاولة استعادة الطابع المغربي مع دمجه ببعض معالم التحديث، والاهتمام بالجانب الأمني أكثر من غيره، وإن كانت هذه التوجهات تجد تبريرها في حداثة الدولة المستقلة، والرغبة في إعادة البناء بطابع مغربي بعيدا عن القلاقل والصراعات، إلا أنها ساهمت بشكل أو بآخر في ترسيخ ظاهرة سيطرة السياسي على الثقافي؛ وبالتالي إهمال التثقيف السياسي للأفراد.

حيث شكل الموروث الشمولي للسلطة في المغرب قاعدة مرجعية للأفراد إزاء السياسة وما يتعلق بها، واعتمد هذا الموروث السلطوي على بعض أفكار الحركة الوطنية التي شكلت لأجيالها وللأجيال اللاحقة ثقافة سياسية شابها بعض النقائص التي جعلتها لا تسلم من الكذب والافتراء، واستعمال المقدس الديني للإقصاء السياسي للخصم، وهيمنة هاجس المصلحة الشخصية على المصلحة العامة، واستعمال مواقع السلطة كوسيلة لجمع الثروة، زيادة على الانتهازية والوصولية، والازدواجية الخادعة في المواقف؛ وذلك بالتظاهر بالدفاع عن

¹ زباني الصالح، واقع وأفاق المجتمع المدني كآلية لبناء وترسيخ التعددية في العالم العربي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة- الجزائر، عدد 9، 2004، ص 75.

² عوض عثمان السيد (آخرون)، التحول الديمقراطي في دول المغرب العربي، تحرير: أحمد منيسي، مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية، القاهرة- مصر، 2004، ص 8.

قناعات وتطبيق عكسها عمليا، مما جعلها من ضمن الأسباب التي أوصلت المغرب إلى مراتب غير مرضية في سلم التنمية والتقدم والديمقراطي على المستوى العالمي¹.

كما اعتمد هذا الموروث السلطوي كذلك على الثقافة السياسية التي رسخها "المخزن" في وعي المغاربة، والتي انبنت على علاقة الشيخ بالمريد أو العلاقة الأبوية بين الحاكم والمحكوم؛ والتي ظلت العمود الفقري لشل كل محاولة للتحديث، وأدت إلى صياغة نوع من عقد الخوف من كل ما هو سياسي، حتى اعتبر الحديث عن أمور السياسة تهديدا للأمن.

ذلك أن الثقافة السياسية في المغرب ما فتئت تعاني من أزمة بنيوية عميقة كان وقع "المخزن" فيها ظاهرا بجلاء، إذ ظلت تنهل من الثقافة الرعوية، والذاتية، وثقافة الانهزامية والإقصاء، والتراتبية السلطوية القهرية، وثقافة الرداءة، والرشوة، والانتظارية، والفساد، والزبونية، واحتقار أخلاقيات وقيم المواطنة، مما أنتج حقلا سياسيا غير مؤهل، وتخلفا اقتصاديا واجتماعيا كبيرا، وغلبة سياسة الرعب والإقصاء، ودمورا في الوعي السياسي وفي أداء الفاعلين السياسيين، ومن هنا كان بالإمكان تفسير محدودية جماهيرية "حركة 20 فبراير" مثلا، إذ اعتبر من أهم أسباب تلك المحدودية؛ الثقافة السياسية السائدة التي تضي هالة مبالغ فيها على "المخزن" أو السلطة، وتستبطن الخوف منه، ووجوب الولاء له، وتحاشي الاعتراض عليه²، وهذا بالضبط ما ينتج خلال في الأداء الديمقراطي وضعفا في الانخراط في الحداثة السياسية.

لقد تمخض عن غياب الثقافة السياسية في المغرب، أو على الأقل عن الاختلالات التي عانت منها، عزوف كبير عن المشاركة السياسية التي تعد - كما أسلفنا أنفا - إحدى القيم الأساسية للثقافة السياسية، وإحدى الدعائم الرئيسة للتنمية السياسية، إذ أن افتقاد المواطن المغربي للثقافة السياسية السليمة أفقده الإحساس بمسؤوليته السياسية.

فالثقافة السياسية هي التي تحفز الفرد على المشاركة في العملية السياسية داخل النظام السياسي، حيث يكون لدى الفرد الإحساس بالمسؤولية، وبأنه مطالب بالمساهمة في العملية السياسية على اعتبار أن الظاهرة السياسية تخضع للتأثير على صانعي القرار، وتتبع مجريات الحياة السياسية، إلا أنه - وعلى عكس ذلك - تربي

¹ محمد بودهان، مقال بعنوان: الثقافة السياسية-للظهير البربري- وأسباب التخلف السياسي والاقتصادي للمغرب، بتاريخ: 2009/09/07، العدد 2762، على الموقع الإلكتروني لموقع الحوار المتعدد: <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=183880>

² محمد باسك منار، دستور سنة 2011 في المغرب: أي سياق؟ لأي مضمون؟، مرجع سابق الذكر، ص 4.

- للمزيد حول دور المخزن في تشكيل الثقافة السياسية بالمغرب، راجع: هند عرب، المخزن في الثقافة السياسية المغربية، منشورات دفاتر وجهات نظر، 2003.

لدى المواطن المغربي إحساس بالسلبية السياسية من خلال إيهامه بأن السياسة هي من اختصاص نخبة معينة ولا مجال للمشاركة فيها¹.

ورغم أن المشاركة السياسية لا تترادف بالضرورة مع الثقافة السياسية، إلا أنها تعد قيمة مهمة من ضمن قيم الثقافة السياسية كما تقدم معنا، بل إن عدم المشاركة السياسية مرتبط في الغالب بطبيعة الثقافة السياسية السائدة في النظام السياسي، لكن هاته القاعدة لا تتماشى وحالة الدول العربية مثلا، إذ أن المغرب على سبيل المثال يعرف نسبة من المشاركة لا تتوافق وحجم التحفيز والدعاية التي تحاول الدولة تسخيرها من أجل حث المواطنين وخاصة منهم الشباب على المشاركة السياسية بكل أنواعها².

وبغض النظر عن أسباب العزوف السياسي وعدم المشاركة السياسية؛ والتي تكون غالبا مرتبطة بجدوى هذه المشاركة التي تبدو عديمة القيمة في ظل أنظمة غير ديمقراطية³، فإن هذه المشاركة تتسم بالموسمية والتعبئة الظرفية حين تعرف ارتفاعا في نسبها، إذ بخلاف ما تعرفه الاستحقاقات العادية من نسب متدنية، بلغت نسب التصويت للتعديلات الدستورية لسنة 2011 داخل المغرب وخارجه - من خلال السفارات والقنصليات المغربية - معدلات مرتفعة، حتى أن هناك من اعتبر أن هذا الاستفتاء كان استفتاء سياسيا أكثر منه استفتاءا دستوريا، وأنه كان مجرد استفتاء مصادقة وتزكية⁴، وذلك راجع بالأساس إلى التعبئة غير المعهودة التي مارسها السلطات لدفع جمهور الناخبين ليس للتصويت فقط ولكن للتصويت بنعم لمشروع التعديلات الدستورية.

إن المشاركة السياسية آلية أساسية تفرضها الثقافة السياسية القويمة، وتلتقي مع التنمية السياسية في جميع أهدافها وغاياتها، فالتنمية السياسية تعني في أحد أبعادها مزيدا من المشاركة في العملية السياسية بواسطة التكوينات الاجتماعية العديدة⁵، غير أن حصر هذه المشاركة في الشكل الانتخابي وبشكل موسمي يفقدها قيمتها وغايتها في الرفع من إسهام كافة المواطنين في تدبير شؤونهم، الشيء الذي يجعل من المشاركة السياسية دليلا على كون الثقافة السياسية تشكل عائقا أمام النهوض بالتنمية السياسية بالمغرب، وبالتالي أمكننا القول أن

¹ رشيد الإدريسي، مقال بعنوان: الثقافة السياسية والإصلاح: نحو تجديد الثقافة السياسية، بتاريخ: 09 يوليو 2011، على الموقع الإلكتروني: <http://www.mohammediapresse.com/news1379.html>

² ويمكن في هذا الصدد إيراد بعض المعطيات التي تؤكد على أن نسبة إقبال الناخبين المغاربة على التصويت في الانتخابات انخفضت بشكل متواتر في السنوات الأخيرة، ففي العام 1970 كانت نسبة التصويت 85.34 في المائة، لتتخفف بعدها إلى 62.75 في المائة، في العام 1993، أما في العام 2002 فقد واصلت نسبة التصويت انخفاضها مسجلة 51.61 في المائة، فيما بلغت نسبة التصويت أدنى معدلها انتخابات عام 2007 حيث وصلت في 37 في المائة.

- تقرير بعنوان: تاريخ الانتخابات المغربية: إقبال ضعيف ونسبة تصويت دون المتوسط، فريق بوصلة الناخب وإذاعة هولندا العالمية، نشر بتاريخ: 04 - 11 2011، على الموقع الإلكتروني لجريدة لكم: <http://www.lakome.com/?so=1>

³ عوض عثمان السيد (وآخرون)، التحول الديمقراطي في دول المغرب العربي، مرجع سابق الذكر، ص 9.

⁴ محمد مدني، الدستور الجديد ووجه التغيير، دفا تر وجهه نظر: العدد 24، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، 2011، ص 89.

⁵ عبد المنجلي يحيى، التنمية السياسية في العالم الثالث، مجلة الباحث العربي، عمان-الأردن، العدد 9: أكتوبر- دجنبر، 1986، ص 77.

معضلة الديمقراطية في المغرب هي من غير شك معضلة متعددة الأبعاد، لكن يبقى بعدها الثقافي هو البعد الأهم والمحوري في هذا الصدد.

على سبيل الختم

لقد تأكد من خلال ما سبق بأن عوائق التنمية السياسية متعددة ومتراطة فيما بينها ومختلفة في طبيعتها نظرا لتشابكها وكذا لاتساع مجال التنمية السياسية، كما تأكد أن المؤسسات الدستورية والسياسية وكذا الخلفيات الثقافية من أبرز تلك العوائق.

إذ بالرغم من كل ما تتمتع به المؤسسات الدستورية بالمغرب من إمكانيات وفرص ومسؤوليات في النهوض بالتنمية السياسية بالمغرب؛ فإن ذلك لم يمنع من كونها شكلت ولا تزال عائقا غير هين في وجه ترسيخ التنمية السياسية في المغرب، ونخص بالذكر في هذا السياق المؤسسة الحزبية التي أبانت عن فشلها في النهوض بمسؤولياتها التي أنيطت بها خاصة بموجب دستور 2011، وبالتالي الفشل في النهوض بالتنمية السياسية.

كما أننا توصلنا بأن العائق الثقافي حاضر بقوة في وجه مطلب النهوض بالتنمية السياسية المغربية، إذ أن الأنظمة العربية - ومنها المغرب - قد نهجت ترسيخ ثقافة سياسية توطد بها نفسها وتحنكر بها السلطة بعيدا عن أي انتقاد، فيما تشبعت الشعوب العربية - ومعها الشعب المغربي - بثقافة سياسية يغلب عليها الانعزال والتخلي عن المسؤولية وكذا الجهل بأهميتها، مما أثر بشكل واضح على قيمة المشاركة السياسية لدى المغاربة؛ بمعنى ضعف قدرة المواطن على التعبير العلني والتأثير في اتخاذ القرارات سواء بشكل مباشر أو عن طريق ممثلين يفعلون ذلك، مما جعل المشاركة السياسية - في حال وجودها - مشاركة شكلية ليس إلا، وبالتالي تقوية العراقيل أمام التأسيس لقواعد التنمية السياسية.

نظام كفالة الأطفال المهملين في المغرب: دراسة قانونية

إدريسات عبد السلام

الطالب الباحث بجامعة محمد الخامس

تقديم:

إن الاهتمام بالطفل وحماية حقوقه من كل انتهاك، أصبح يحتل حيزا هاما في التشريعات الحديثة، وذلك لسيادة الوعي بأن حماية هذه الفئة من المواطنين تشكل عماد ومستقبل الدولة، الأمر الذي دفع الشارع إلى وضع ترسانة قانونية قصد إقرار الحماية اللازمة لهذه الفئة. ولم يقتصر الأمر على القوانين الداخلية لكل دولة بل امتد إلى إبرام اتفاقيات ذات طابع دولي غايتها توفير الحماية اللازمة للطفل، لعل أبرزها اتفاقية حقوق الطفل التي حثت الدول على توفير جملة من الحقوق للأطفال لتنشئتهم على نهج سليم.

وإذا كان الأمر كذلك وفق القوانين الوضعية، فإن الشريعة الإسلامية الغراء كانت سباقة لهذه الحماية اللازمة للطفل، فقد أولته بالعناية الكاملة منذ كونه جنين في بطن أمه إلى غاية بلوغه سن الرشد، وكفلت له كافة حقوقه الجسدية والنفسية والمالية والتعليمية والتربوية بأفضل صور الرعاية والمحافظة عليها ورسم معالمها. إن المعيار الطبيعي لنشوء الطفل هو كنف الأسرة وتحت رعاية الأم والأب، إلا أنه في بعض الأحيان ولأسباب مختلفة يتواجد أطفال في وضعية الحرمان من هذه الأسرة، وبالتالي يصبحون أكثر عرضة للأخطار والضياع وللإستغلال من قبل ذوي النفوس الضعيفة، وقد أطلقت القوانين الوضعية على هذه الفئة ومن في زمرتها الأطفال المهملين وأولتها بالعناية والحماية اللازمتين، والمغرب لم يكن بمنأى عن ذلك وصادر نظاما يعالج هذا المقتضى أطلق عليه نظام معالجة كفالة الأطفال المهملين.

وقد عرف موضوع معالجة كفالة الأطفال المهملين ببلادنا عدة محطات على مستوى القوانين انتهت بصدر قانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، والذي تضمن الشروط الموضوعية لكفالة الطفل المهمل، كما نص على الإجراءات المسطرية التي يتوجب إتباعها من طرف طالب الكفالة والجهات المخول لها النظر في كليه وإسناد هذه الكفالة وتتبع تنفيذها ومدى الوفاء بالالتزامات الناشئة عليها.

فماهي إذن الكفالة وشروطها؟ وماهي مختلف الإجراءات اللازمة لها وماهي الجهات المختصة بمنح الإذن باسناد الكفالة؟ وما هي الالتزامات المترتبة عنها؟ وكيف يمكن تتبعها؟ ولإجابة على هذه الإشكاليات وغيرها من الأسئلة الفرعية ارتأينا تناول الموضوع وفق الآتي:

المطلب الأول: الإطار العام لكفالة الأطفال المهملين

المطلب الثاني: المسطرة المتبعة في كفالة الأطفال المهملين

المطلب الأول: الإطار العام لكفالة الأطفال المهملين

سنتناول في هذا المطلب المقصود بالكفالة وطبيعتها القانونية في الفقرة الأولى، في حين سنخصص الفقرة الثانية لتحديد المقصود بالطفل المهمل وشروط كفالته، ثم الإجراءات السابقة لطلب الإسناد في الفقرة الثالثة.

الفقرة الأولى: مفهوم الكفالة وطبيعتها القانونية.

• أ- مفهوم الكفالة

جاء في لسان العرب لإبن منظور الكافل: العائل، كفله، يكفله، وكفله إياه¹.

والكاful هو القائم بأمر البيتيم المرابي له، وهو من الكفيل، الضمين، والكاful والكفيل الضامن.

ومفهوم الكفالة في اللغة ينصرف تماما إلى الكفالة بالمال حيث يقال تكفلت بالمال، أي التزمت وتحملت به وهذا هو المقصود².

وتعرف في الاصطلاح القانوني في المادة الثانية من ظهير 13 يونيو 2002 بأنها...الالتزام برعاية الطفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث.

وقد حددت آيات من القرآن الكريم، اللبناات الأساسية لمصطلح الكفالة، وقد كرس مصطلح الكفالة في القرآن الكريم، بقوله تعالى ... فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقًا قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ³

ويعني مصطلح الكفالة في الآية الكريمة، في قوله تعالى (وكفله زكريا) بتشديد الفاء ونصب زكرياء على المفعولية أي جعله كافلا لها وضمها إليه وضمن القيام بها⁴.

والملاحظ أن المعنى الذي يأخذه مصطلح الكفالة في القرآن الكريم، هو المعنى نفسه للمصطلح في اللغة، وهو نفسه في الذي أخذت به المادة الثانية من القانون المشار إليه أعلاه.

¹ ابن منظور، لسان العرب، الجزء 11، ص: 589-590

² -ادريس اجويل: اسناد كفالة الأطفال المهملين مقارنة في ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، ص: 114

³ - صورة آل عمران، الآية 37.

⁴ - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، الجزء الثاني، الطبعة الثانية 1420/1999م، دار طيبة للنشر والتوزيع، ص: 35.

وهذا فكفالة الطفل تعني التزام الكافل برعاية الطفل المهمل، وتربيته وحمايته والنفقة عليه، من دون أن يتلقى مقابلًا لذلك، ولا الرجوع عليه بما دفعه له من مصاريف أو نفقات.

• ب- الطبيعة القانونية للكفالة

بداية نشير إلى أن المشرع المغربي في ظهير 1993 المتعلق بالأطفال المهملين لم يحدد الطبيعة القانونية للكفالة، هذا الفراغ ولد اختلافًا وتضاربًا في التفسيرات، فهناك من اعتبر الكفالة ذات طبيعة مزدوجة إدارية وعقدية، وإن كانت الصبغة الإدارية هي الغالبة، لأن قرار إسناد الكفالة يصدر من طرف اللجنة الإدارية الإقليمية ثم يوثق في عقد عدلي¹، هذا الوضع ولد عدة انتقادات لهذا الظهير، وهو ما جعل مشرع ظهير 13 يونيو 2002 يأخذها بعين الاعتبار، فلم يجعل أمر إسناد الكفالة لا من اختصاص اللجنة ولا من اختصاص العدلين وإنما من اختصاص القاضي المكلف بشؤون القاصرين، جاء ذلك في نص المادة 14 التي تنص " يعهد إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الطفل المهمل، بإسناد الكفالة إلى الشخص أو الجهة الراغبة في الكفالة طبقًا للمادة 9 أعلاه". ونصت كذلك المادة 17 من نفس الظهير على أنه " يصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين أمرا بإسناد الطفل المهمل إلى الشخص أو الجهة التي تقدمت بالطلب، إذا أسفر البحث عن توفر الشروط المطلوبة ...".

من المادتين أعلاه يظهر أن المشرع كان واضحا في جعل طبيعة الكفالة طبيعة قانونية من اختصاص القضاء.

وهذا التعديل في طبيعة الكفالة وإسنادها إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين، يهدف المشرع من وراءه إلى إقرار حماية أكثر لحقوق الطفل المكفول، فكفالة الطفل المهمل بما تشمل عليه من التزامات تتعلق بحضانة الطفل والنفقة عليه وممارسة النيابة القانونية عليه كلها أمور خطيرة، فكان من اللازم أن تكون من اختصاص القضاء.

الفقرة الثانية: ماهية الطفل المهمل

لقد تناول المشرع المغربي نظام الكفالة بمقتضى القانون المنظم لها كما حدد مفهوم الطفل المهمل عن طريق بيان الحالات التي يكون فيها كذلك (أ)، كما ركز على اختيار أفضل الأشخاص لرعاية هذه الفئة من الأطفال وحدد الشروط الواجب توفرها في طالب الكفالة (ب)

• أ- مفهوم الطفل المهمل

حددت المادة 1 من قانون كفالة الأطفال المهملين الطفل المهمل بكونه²:

¹-مولاي عبد العزيز اليوسف علوي، كفالة الاطفال المهملين، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس أكادال، 1999-2000، ص:227.

²- المادة الأولى، ظهير شريف رقم1.02.172، صادر في 13/06/2002 بتنفيذ القانون رقم 01.15 المتعلق بكفالة الاطفال المهملين، المنشور بالجريدة الرسمية، عدد 5031.

- إذا ولد من أبوين مجهولين أو من أب مجهول و أم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها،
- إذا كان يتيما، أو عجز أبواه عن رعايته، وليست له وسائل مشروعة للعيش،
- إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن كما في حالة سقوط الولاية الشرعية.

• ب- الشروط المتطلبية في طالب الكفالة

- 1- الزوجان المسلمان الذين تتوفر فيهم الشروط التالية:
 - البلوغ.
 - الاستقامة (أخلاقيا واجتماعيا...)
 - التوفر على الوسائل المادية اللازمة لتوفير حاجيات الطفل
 - السلامة من كل مرض معد أو مانع من تحمل المسؤولية
 - عدم وجود نزاع قضائي بينهما وبين والدي الطفل أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المكفول.
 - 2- المرأة المسلمة التي تتوفر الشروط أعلاه
 - 3- المؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات والمنظمات والجمعيات ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة المتوفرة على الوسائل والموارد المالية اللازمة والموارد البشرية الضرورية لرعاية الطفل وحسن تربيته وتنشئته تنشئة إسلامية.
- وتجدر الإشارة إلى انه لا يمكن كفالة طفل واحد من طرف عدة كافرين في آن واحد ، فإذا تعدد الطلبات تمنح الأسبقية للزوجين الذين ليس لهما أطفال أو الذين لهما أفضل الظروف لحماية الطفل ولا يمنع وجود أطفال لدى الزوجين من كفالة أطفال مهملين شريطة مساواتهم مع الأبناء ، غير انه إذا تجاوز عمر الطفل 12 سنة كاملة فانه لا تستمر كفالته إلا بعد موافقته الشخصية ولا تشترط الموافقة إذا كان طالب الكفالة مؤسسة عمومية مكلفة برعاية الأطفال أو هيئة أو منظمة أو جمعية ذات منفعة عامة

الفقرة الثالثة: الإجراءات السابقة عن تقديم طلب إسناد الكفالة

يقوم نظام كفالة الأطفال المهملين كما نصت على ذلك المادة 2 من قانون 01-15 على الالتزام برعاية الطفل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث إلا انه وقبل تقديم طلب إسناد الكفالة إلى الجهة المختصة لا بد من مراعاة مدى سلوك مسطرتين أساسيتين تقوم بهما النيابة العامة، باعتبارها تتولي النيابة عن هذه الفئة، وتقوم بكل ما يلزم لتسوية وضعيتهم القانونية، وأول هذه المساطر مسطرة تسجيل الطفل المهمل بالحالة المدنية (أ) إضافة إلى مسطرة التصريح بالإهمال (ب)

• أ- مسطرة تسجيل الطفل المهمل بالحالة المدنية:

إن الطفل المهمل قد يوجد في وضعية سليمة بسجلات الحالات المدنية، كما قد لا يكون كذلك، وهو الأمر الذي يتطلب التدخل من أجل معالجة هذه الوضعية وتسويتها بما يتوافق مع القانون.

ومن اجل ذلك أوكل المشرع المغربي أمر السهر على تسجيل الأطفال المهملين بسجلات الحالة المدنية إلى النيابة العامة حيث يقوم ممثل النيابة العامة لدى المحكمة التابع لدائرة نفوذها مكان ولادة الطفل أو مكان العثور عليه بأمر تسجيل لضابط الحالة المدنية مباشرة إذا لم يتجاوز الأجل القانوني المنصوص عليه بنظام الحالة المدنية والمحدد في ثلاثين يوما من تاريخ الولادة.

أما إذا تجاوز تاريخ ازدياد الطفل الأجل المسموح به قانونا فان أمر تسجيله موكول إلى الجهة القضائية بناء على طلب النيابة العامة التي يتعين عليها إما تلقائيا أو بعد إشعار من طرف الغير أن تتقدم بطلب تلتمس من خلاله تسجيل الطفل المهمل بسجلات الحالة إلى قسم قضاء الأسرة مرفق بالوثائق الضرورية التالية:

- شهادة التعريف بولادة الطفل

- شهادة عدم التسجيل بالحالة المدنية.

- شهادة الحياة الفردية.

- شهادة اختيار الاسم العائلي في حالة كون الطفل مجهول الأب.

- شهادة اختيار اسم الأب والام أو احدهما مجهول الأبوين أو احدهما

تسلم هذه الشواهد من الجهة التابع لها مكان ازدياد الطفل او المكان الذي وجد فيه.

يفتح له ملف وفق النموذج المعد لذلك، و يبث القاضي في الملف بأمر قضائي بتسجيل الطفل المهمل، ويوجه أمر لضابط الحالة المدنية التابع لها مكان ولادة الطفل أو مكان العثور عليه الذي يقوم بناء على ذلك بتضمين ولادته بسجلات الحالة المدنية

• ب- مسطرة التصريح بالإهمال

يقوم وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل أو مكان العثور عليه بإيداع الطفل مؤقتا بإحدى المؤسسات الصحية أو احد المراكز أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية المهتمة بالطفل سواء كانت تابعة للدولة أو غيرها أو أي شخص يرغب في كفالاته والذي تتوفر فيه شروط الكفالة ، إما تلقائيا أو بناء على إشعار من طرف الغير .، و يقوم وكيل الملك بإجراء بحث بشأن الطفل.

يقدم وكيل الملك على الفور طلب التصريح بان الطفل مهمل، إلى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل أو مكان العثور على الطفل أو مقر المركز الاجتماعي المودع به¹.

فإذا كان الطفل مجهول الأبوين ، فان المحكمة تصدر حكما تمهيدا يتضمن كافة البيانات اللازمة للتعريف بالطفل بالاستناد إلى الأبحاث والوثائق المرفقة بالمقال، ولها القيام بكافة الأبحاث والخبرات قبل إصدار حكمها ويتم في هذه الحالة بتعليق الحكم بمكاتب السلطة المحلية بمكان العثور على الطفل أو الموجود به مقر إقامته أو المؤسسة المودع بها أو أي مكان تقرره المحكمة ، وبعد مضي ثلاث أشهر من تاريخ التعليق دون أن يتقدم أي شخص لإثبات أبوته له و المطالبة باسترداده تصدر المحكمة حكما تصرح فيه بان الطفل مهمل مشمولاً بالنفاذ

¹- هشام فرح، الطفل المهمل في الفقه والقانون، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، قانون خاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة

والهجرة، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق وجدة، 2007/2008، ص: 69

المعجل وتوجه نسخة منه بطلب من وكيل الملك أو من الشخص الذي يرغب في كفالة الطفل إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين بالمحكمة المختصة.

المطلب الثاني: المسطرة المتبعة في كفالة الأطفال المهملين

لقد أحاط المشرع المغربي بنظام الكفالة بمجموعة من الضمانات توخى منها تحقيق حماية الطفل وتوفير بيئة سليمة لتنشئته.

وتبعاً لذلك فقد عمل على وضع مجموعة من الإجراءات الواجب إتباعها من أجل الحصول على أمر بإسناد كفالة طفل مهمل، وهو ما من شأنه أن يرتب أثراً عديدة على الكافل (الفقرة الأولى) كما أنه أوكل أمر تتبع تنفيذها إلى جهة معينة، منذ إسنادها إلى غاية انتهائها بأحد الأسباب المنصوص عليها في هذا القانون (الفقرة الثانية)، في حين سنخصص الفقرة الأخيرة لحقوق الطفل الكفيل.

الفقرة الأولى: إجراءات الحصول على كفالة الأطفال المهملين والآثار المترتبة عن ذلك

يتعين على من يرغب في كفالة طفل مهمل أن يتبع الإجراءات المنصوص عليها قانوناً (أ) إن الحصول على أمر بإسناد كفالة يرتب على الكافل مجموعة من الآثار تتمثل في التزامات تلقى على عاتقه، كما قد يستفيد من مجموعة من الحقوق التي يمنحها القانون على ذلك (ب)

أ- إجراءات الحصول على كفالة الأطفال المهملين

يتعين على الشخص أو الجهة الراغبة في كفالة طفل مهمل تقديم طلب إسناد كفالة إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين بمقر إقامة الطفل، مرفق بالوثائق التي تثبت توفر الشروط الواجبة في طالب الكفالة والسابق ذكرها.

وإذا تعلق الأمر بتزاحم عدة طالبي كفالة طفل واحد، تمنح الأسبقية للمتزوجين الذين ليس لهما أطفال أو للذين لهما أفضل الظروف لضمان المصلحة الفضلى للطفل.

وقد أوكلت المادة 16 من هذا القانون للقاضي المكلف بشؤون القاصرين قبل إسناد الكفالة مهمة جمع المعلومات والمعطيات المتعلقة بالظروف التي ستتم فيها كفالة الطفل المهمل، عن طريق بحث خاص يجريه بواسطة لجنة حددها المرسوم الصادر في 7 يونيو 2004، تتكون من وكيل الملك وناظر الأوقاف، وممثل السلطة المحلية، والمساعدة الاجتماعية، ومندوب وزارة الصحة.

إذا أسفرت هذه الأبحاث عن توفر الشروط المطلوبة يصدر القاضي أمراً بإسناد الكفالة إلى الشخص طالبا ينص فيها على تعيين الكفيل مقدماً عن المكفول يكون مشمولاً بالنفذ المعجل مع إمكانية الطعن بالاستئناف في الأمر لدى محكمة الاستئناف الذي تبث فيه بغرفة المشورة.

ينفذ الأمر بإسناد الكفالة من طرف المحكمة التي صدر بها الأمر داخل أجل 15 يوماً من تاريخ صدوره بحضور ممثل النيابة العامة والسلطة المحلية والمساعدة الاجتماعية ويحرر محضر تسليم الطفل المكفول إلى الجهة الكفيلة يتضمن هوية الكافل والمكفول والأشخاص الذين حضروا التسليم، وساعة التسليم، يحرر

في ثلاث نظائر يسلم واحد منها إلى الكافل والأخر إلى قاضي شؤون القاصرين، ويحتفظ بالثالث في ملف التنفيذ ويوقع من طرف عون التنفيذ والكافل.
توجه نسخة من الأمر القاضي بإسناد الكفالة إلى ضابط الحالة المدنية المسجل لديه الطفل المكفول داخل شهر من إصداره قصد تضمينه مسطرة رسم ولادته
ب- الآثار المترتبة عن الأمر بإسناد الكفالة:

يترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة كما نصت على ذلك المادة 22 من هذا القانون ما يلي:¹
-تحمل الجهة الكفيلة بتنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل وحضنته ورعايته وتنشئته تنشئة إسلامية، وتلبية حاجياته إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني،.
-إذا كان المكفول أنثى تستمر نفقتها إلى أن تتزوج أو تتوفر على الكسب،
-تستمر النفقة على المصاب بإعاقة أو العاجز عن الكسب مدى الحياة،
-استفادة الكافل من التعويضات والمساعدات الاجتماعية المخولة للوالدين عن أولادهم من طرف الدولة أو غيرها من المؤسسات الخاصة أو العامة،
-كون الكافل مسؤولاً مدنياً عن أفعال المكفول ،
-تطبق على الكافل عند ارتكابه جريمة في حق المكفول مقتضيات القانون الجنائي التي تعاقب الوالدين عن الجرائم التي يرتكبوها في حق الأولاد وتطبق على المكفول مقتضيات الأولاد في حق الوالدين.
وانسجاماً مع أهلية الطفل لقبول التبرعات فان مقتضيات القانون المتعلقة بكفالة الأطفال المهملين خولت للكافل التبرع لفائدة المكفول سواء بطريق الهبة أو الوصية أو التزليل أو الصدقة مع سهر القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع ضمن دائرة نفوذه محل إقامة الطفل المكفول على إعداد العق اللازم لذلك وعلى حماية حقوق المكفول

الفقرة الثانية: تتبع تنفيذ الكفالة وأسباب انتهائها
إن حماية الطفل المكفول توجب تتبع تنفيذ الكافل لالتزاماته عند إسناد الكفالة له (أ)، إضافة إلى ذلك فان هذه الكفالة لا تعتبر أبدية بل تنتهي بأحد الأسباب التي حددها القانون (ب)
أ- تتبع تنفيذ الكفالة.

إن الأمر بإسناد الكفالة لا ينتهي بمجرد صدوره بل إن حماية الطفل المكفول تقتضي مراقبة مدى وفاء الكافل بالتزاماته ، وقد عهد المشرع من اجل ذلك إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مهمة تتبع الكفالة و له إن يعهد من اجل ذلك بإجراء الأبحاث التي يراها مناسبة إلى الجهات التالية:
-ممثل النيابة العامة أو السلطة المحلية أو المساعدة الاجتماعية.

¹ - المادة 22 من قانون 15.01

- لجنة مكونة من ممثل النيابة العامة ، ممثل الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، ممثل السلطة المحلية ، ممثل السلطة الحكومية المكلفة بالطفولة.
يقع على عاتق هذه الجهات رفع تقارير إلى القاضي ليتخذ ما يراه ملائماً لمصلحة الطفل، وفي حالة امتناع الكافل عن تنفيذ التزاماته يحال الملف على النيابة العامة لتنفيذه بواسطة القوة العمومية، أو بما تراه مناسباً.
ومن أجل بسط رقابته على هذه الكفالة وتتبعها فقد منع المشرع على الكفيل السفر بالطفل المكفول للإقامة الدائمة خارج المغرب إلا بعد حصوله على الإذن بذلك من طرف القاضي بناءً على طلب بشأن ذلك.
و ترسل نسخة من الإذن عند صدوره إلى المصالح القنصلية المغربية لمحل إقامة الكفيل للقيام بدور تتبع وضعه المكفول هناك.

ب: أسباب انتهاء الكفالة:

تنتهي الكفالة بإحدى الأسباب التالية:

- بلوغ المكفول سن الرشد (ولا يسري ذلك على البنت الغير متزوجة و لا الولد المعاق او العاجز عن الكسب)

- موت المكفول ،

- موت الكافل،

- فقدان الكافل الأهلية

- حل المؤسسة أو المنظمة أو الجهة الكافلة،

- إلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالة الإخلال بالالتزامات أو تنازله أو إذا اقتضت مصلحة المكفول ذلك.

ولا تنتهي الكفالة بالطلاق أو التطليق بين الكفيلين، وهكذا فإذا انفصمت عرى الزوجية بينهما، اصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناءً على طلب من الزوج أو الزوجة أو النيابة العامة أو تلقائياً أمراً إما باستمرار الكفالة لأحدهما، أو باتخاذ الإجراءات التي يراها مناسبة في هذا الصدد بعد إجرائه للبحث المنصوص عليه في المادة 16 من هذا القانون.

إذا انتهت الكفالة بأحد الأسباب أعلاه أشير إلى ذلك برسم ولادة المكفول، كما يبت القاضي عند الاقتضاء بأمر في شأن التقديم على الطفل المكفول بناءً على طلب من الشخص المعني أو النيابة العامة أو تلقائياً.

الفقرة الثالثة: حقوق الطفل المتكفل به.

بعد تحديد مفهوم الطفل المهمل ومسطرة الكفالة لا بد من الحديث الحقوق التي يجب ضمانها للطفل المتكفل به من طرف متكفله هذه الحقوق التي تتمثل في الحق في التسجيل في سجلات الحالة المدنية للحقوق المالية للطفل المتكفل به.

● 1- حق التسجيل في سجلات الحالة المدنية

قبل إعطاء الطفل المتكفل به إسماً عائلياً يجب أولاً تقييده بسجلات الحالة المدنية وفي هذا الصدد تقضي

المادة 5 من القانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بأن يقوم وكيل الملك عند الاقتضاء بكل الإجراءات الضرورية لتسجيل الطفل بالحالة المدنية قبل تقديمه طلب التصريح بالإهمال حيث يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية أو بناء على طلب من السلطة المحلية أو من كل من يعنيه الأمر، معززا تصريحه بمحضر في هذا الشأن وبشهادة طبية تحدد عمر المولود وجه التقريب. ويبلغ ضابط الحالة المدنية وكيل الملك بالولادة التي سجلت بهذه الكيفية داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التصريح.

كذلك يوجه القاضي المكلف بشؤون القاصرين نسخة من الأمر القاضي بإسناد الكفالة إلى ضابط الحالة المدنية المسجل لديه رسم ولادة الطفل المكفول وذلك لأجل شهر من تاريخ إصدار هذا الأمر. وتجب الإشارة إلى الأمر الصادر بإسناد الكفالة برسم ولادة الطفل المكفول طبقا للمقتضيات المتعلقة بالحالة المدنية. غير أنه لا يشار إلى إسناد الكفالة في نسخ الرسوم المسلمة للكافل أو المكفول طبقا لقانون الحالة المدنية

• ب- الحق في اختيار الاسم

الكافل لا يمنح للمتكفل به اسمه العائلي وذلك في الكفالة عكس التبني الذي أقرته بعض الأنظمة حيث يتم منح نفس الاسم العائلي الذي يجعله الكافل للمتكفل به. طبقا للمادة 16 من القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية يختار للطفل المكفول اسم شخص واسم عائلي وأسماء أبوين أو اسم أب إذا كان معروف الأم، ويشير ضابط الحالة المدنية بطرة رسم ولادته إلى أن أسماء الأبوين أو الأب، حسب الحالة قد اختارت له طبقا لأحكام هذا القانون¹. يتضح مما سبق أن الكفالة لا تنتج الآثار القانونية المترتبة عادة عن النسب الشرعي فالطفل المتكفل به يبقى دائما أجنبي عن الكافل فيما يخص الاسم العائلي، ولا يمكن له مطلقا حمل الاسم العائلي للكافل أو الكافلة إذا كان مجهول النسب، بل يختار له اسما طبقا لأحكام القانون المنظم للحالة المدنية، ولعلا السبب في منع الطفل المهمل من حمل الاسم العائلي للكافل أو الكافلة هو اختلاط الأنساب كما أن الكفالة لا تعتبر تبنيًا تنتج أثر البنوة الشرعية وبالتالي يصبح الطفل المتبني إبنًا للمتبني مع ما يترتب عن ذلك من حقوق وواجبات فالتبني في القانون المغربي يعتبر باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية

• ج- الحق في الجنسية

لا يطرح أي إشكال بالنسبة للطفل المهمل المعروف النسب حيث يفضي الفصل 6 من قانون الجنسية المغربي بأنه يعتبر مغربيا
"الولد المولود من أب مغربي وأم مغربية"
ومن هنا يتجلى أن الطفل يكتسب الجنسية المغربية عن طريق النسب من جهة أبيه المغربي أو من جهة أمه

¹ - م 16، ظهير شريف رقم 239-02-1 صادر في 25 من رجب 1423 بتفويض القانون رقم 37-99 المتعلق بالحالة المدنية (ج. ر. بتاريخ 2 رمضان 1423 - 7 نوفمبر 2002).

الجريدة الرسمية رقم 5054 الصادرة يوم الخميس 7 نونبر 2002.

المغربية إذا كانت متزوجة بأجنبي مسلم

أما بالنسبة للطفل المجهول الأبوين فإنه يكتسب الجنسية المغربية عن طريق الولادة في المغرب حيث يعتبر مغربيا حسب قانون الجنسية

أ- الولد المولود في المغرب من أبوين مجهولين وذلك طبقا للفصل 7 من قانون الجنسية، هنا يتم اكتساب الطفل الجنسية وفق الرابطة الترابية ما لم يثبت خلاف ذلك فيما بعد.

ب-ويمكن للشخص المغربي الجنسية الذي يتولى كفالة طفل مولود خارج المغرب من أبوين مجهولين مدة تزيد عن خمس سنوات أن يتقدم بتصريح لمنحه الجنسية المغربية ما لم يعارض وزير العدل وذلك طبقا لمقتضيات الفصلين 26 و27 من قانون الجنسية¹. ويمكن للمكفول في حالة توليه شؤون القاصر ولينظر له بنظر التقديم الشامل المطلق طبقا لمقتضيات المواد من 246 إلى 275 من مدونة الأسرة.

• د- الحقوق المالية للمكفول

من المستجدات المهمة والأساسية التي تترتب عن إسناد كفالة الطفل المهمل والتي خلقت ردود أفعال مختلفة لدى كل العاملين والمهتمين بقضايا الطفل ، نجد الضمانات أو الحقوق المالية للطفل المكفول نصت المادة 23 من ظهير الكفالة 13 يونيو 2002 على أنه " إذا ارتأى الكافل جعل المكفول يستفيد من هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة يسهر القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع ضمن دائرة نفوذه محل إقامة الطفل المكفول على إعداد العقد اللازم لذلك وعلى حماية حقوق المكفول."

إنه في الحالة التي يتم فيها تفعيل المادة 23 أعلاه سيكون من شأن توفير ضمانات أكثر حمائية للطفل المكفول سواء فيما تتعلق بضمان حقه في الحياة أو النماء لكن إذا كان من المتعذر إجبار الكافل على تنزيل المكفول ، لما قد يترتب عن ذلك من إحجام بعض الأسر عن الكفالة فلا أقل من أن تتخذ بعض التدابير المختلفة والتي تراها الهيئة المسندة للكفالة مناسبة للكافل لضمان استيفاء الحاجيات الأساسية للطفل المكفول، وخاصة في حالة الطوارئ كوفاء الكافل مثلا.

خاتمة:

إن موضوع الكفالة مجال واسع تتجاوز أبعاده البعد القانوني الصرف لتتلمس أبعادا اجتماعية وسيكولوجية متداخلة ، خصوصا في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية المتسارعة، ولعل أهمها ما يعرف المجتمع المغربي من تحولات عميقة على مستوى الأسرة ، من تنامي ظواهر الأطفال المهملين الأمر الذي يفرض استشرافا قانونيا لمعالجة الظاهرة.

1- ظهير شريف رقم 1-58-250 بتاريخ 21 صفر 1378 بسن قانون الجنسية المغربية (ج. ر. بتاريخ 4 ربيع الأول 1378 19 - شتنبر 1958).

الجديد في التنظيم التشريعي للنقل البحري الدولي للبضائع

محمد محمود خليل

الدكتوراه في القانون تخصص قانون تجاري بحري من جامعة القاهرة

محامي لدى محاكم الاستئناف في جمهورية مصر العربية

المقدمة

مرت القواعد التي تحكم عقد النقل البحري الدولي للبضائع بتطور طويل على مر الزمن، حيث كان تنظيم العلاقة بين الناقل والشاحن في بداية الأمر متروكا للاتفاقات الشفوية التي كانت تبرم بينهما، إلا أنه وفي ظل هذه الاتفاقات الشفوية كان الشاحنون يعجزون عن إثبات حقوقهم عندما تحصل خلافات بينهم وبين الناقلين، وبخاصة فيما يتعلق باستلام البضاعة وطبيعتها. فبدأ الناقلون يمسون سجلات تسجل فيها البضائع المستلمة ثم يسلم إلى الشاحن إيصال يشير إلى استلام البضاعة من قبل الناقل ولكن دون ذكر أية تفاصيل حول البضاعة أو حقوق والتزامات الطرفين، إلا أنه وبعد أن تسببت الخلافات التي بدأت تتفاقم بين الناقلين والشاحنين حول حقوق والتزامات طرفي عقد النقل، بدأ الناقلون يدونون شروطا في هذا السجل، وكانت هذه الشروط يتم التوصل إليها على أساس مبدأ حرية التعاقد بين الطرفين الذي كان سائد آنذاك، وبمرور الوقت تطورت الوثيقة التي كانت تتضمن شروط عقد النقل وأخذ يطلق عليها.

وعندما شاع استعمال سند الشحن استغل الناقلون وضعهم كونهم الطرف القوي في عقد النقل لإدخال شروط عديدة في هذا العقد الغاية منها إعفاء أنفسهم من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالبضائع أثناء عملية نقلها، وبالطبع فإن كثرة هذه الشروط التي تعفي الناقل من المسؤولية كان لها تأثير سلبي على مصالح الشاحنين، لذا فقد أثار هذا الوضع حفيظة الشاحنين وبدأت أصواتهم تتعالى في المطالبة بالتخفيف من حدة هذه الشروط. الموقف الحالي للتشريع الدولي للنقل البحري للبضائع

ترتب على الصراع بين الشاحنين من جهة، والناقلين البحريين من جهة أخرى، حول مسؤولية الناقل البحري والإعفاء أو الحد منها، عن إبرام اتفاقيتين شهيرتين:

الأولى، هي: اتفاقية بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن الموقعة بتاريخ (25) آب/ أغسطس 1924. وقد عمدت هذه الاتفاقية إلى التخفيف من عبء التزام الناقل، فجعلته التزاما مختلطا بين التزام بتحقيق نتيجة من جهة، والتزاما ببذل عناية من جهة أخرى، وبذلك ثقل عبء الإثبات الذي يقع على المرسل إليه، فلم يعد قاصرا على إثبات هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في تسليمها، بل توسع ليشمل إثبات خطأ الناقل أو تابعيه في بعض الحالات. كما منحت هذه الاتفاقية الناقل الحق في اشتراط إعفائه من المسؤولية في حالات كثيره. حيث إنها وضعت في وقت كانت فيه مخاطر الملاحة البحرية كثيرة ووسائل الاتصال محدودة، ولهذا

روعيت في أحكامها مصلحة الناقل⁽¹⁾ فقررت له إعفاءات عديدة يستند إليها للإفلات من المسؤولية، وفي مقدمتها الدفع بالخطأ البحري الذي كان له أكبر الأثر في إفساد دعوى المسؤولية وحرمان صاحب الحق في البضاعة من الحصول على التعويض العادل عند هلاكها أو تلفها.

وحيث وجد في التطبيق العملي: إن "اتفاقية بروكسل" جاءت قاصرة عن مسيطرة ومجاراة التطور السريع في فنون الملاحة البحرية، واتساع نطاق التجارة البحرية، فقد دعت هذه الضرورات إلى إعادة النظر فيها وتعديل بعض أحكامها، فتم ذلك بإبرام بروتوكول قواعد لاهاي فسي عام (1968) وعدلت من جديد بروتوكول عام (1979) إلا أن هذه البروتوكولات أبقى على الأمور الجوهرية التي جاءت بها الاتفاقية. ولأن اتفاقية بروكسل والبروتوكولات المعدلة لم تكن لتغير مركز الناقل من حيث إنه الأقوى، وعجزت عن مجاراة التطور الاقتصادي للنقل البحري واستغلال السفينة، فكان لابد من إيجاد بديل لها يحقق بعض أهداف الشاحنين.

أما الاتفاقية الثانية، فهي اتفاقية الأمم المتحدة في شأن نقل البضائع بحرا عام (1978) والتي تعرف باسم: (قواعد هامبورج). وهذه الاتفاقية لم تحظ بقدر كافٍ من الاختبار على المستوى الدولي نظراً لقصر فترة سريان هذه الاتفاقية مقارنة مع اتفاقية بروكسل من جهة، وقلة الدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، فقد بلغ إجمالي الدول المصدقة عليها إلى الآن 34 دولة فقط مقارنة بـ (48) دولة مصدقة على اتفاقية بروكسل مما يقلل من شأنها في مجال النقل البحري.

ورغم دخول هذه الاتفاقية حيز النفاذ، إلا أنها لم تلاق قبولا من الدول البحرية المهمة، فقد مالت هذه الاتفاقية بخلاف اتفاقية بروكسل بشكل نسبي إلى جانب الشاحنين، الأمر الذي ترتب عليه انقسام دول العالم إلى قسمين: قسم اتجه إلى الاحتفاظ بالتصديق على اتفاقية بروكسل لسنة (1924)، وعدم الانضمام لقواعد هامبورج لسنة (1978)، وهي تمثل الدول الناقلة، وقسم اتجه إلى التصديق على قواعد هامبورج، والانسحاب من اتفاقية بروكسل وهي تمثل الدول الشاحنة المستقبلية للبضائع، الأمر الذي دفع بعض الدول إلى عدم التصديق على أي منهما.

كما يؤخذ على هذه الاتفاقية إنها كسابقتها لم تأخذ بالتطورات التكنولوجية الجديدة في مجال النقل البحري، فقد تطورت الظروف الاقتصادية والتكنولوجية والملاحية على مستوى العالم أكثر فأكثر، الأمر الذي قد ترتب عليه أن بدت نصوص اتفاقية هامبورج قاصرة على مجاراة هذه التطورات.

وأمام الانقسام الذي حصل بين الدول، قامت منظمة الأمم المتحدة بوضع اتفاقية جديدة تم التوقيع عليها في مدينة روتردام الهولندية ووصفت الأحكام التي تضمنتها بقواعد روتردام Rotterdam Rules، فتناولت تحديث ما تضمنته كل من قواعد لاهاي وقواعد هامبورج. فجاء في الأسباب الموجبة لإبرامها، أن الأمم المتحدة " إذ يساورها القلق القائم الذي يحكم النقل الدولي للبضائع بحرا ويفتقر إلى التوحيد ولا يأخذ في الاعتبار بشكل كاف ممارسات النقل الحديثة، بما في ذلك النقل بالحاويات، وعقود النقل من الباب إلى الباب، واستخدام وثائق

(1) أستاذنا الدكتور محمد بهجت فايد، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في اتفاقية هامبورج، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، بند 2-ص 4.

النقل الإلكتروني. وإذ تلاحظ أن تنمية التجارة الدولية على أساس المساواة والمنفعة المتبادلة، عنصر مهم في تعزيز العلاقات الودية بين الدول، واقتناعاً منها بأن اعتماد قواعد موحدة من أجل تحديث ومواءمة القواعد التي تنظم النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر من شأنه أن يعزز اليقين القانوني وأن يزيد من الكفاءة ومن إمكانية التنبؤ التجاري في مجال النقل الدولي للبضائع، وأن يحد من العوائق القانونية التي تعترض تدفق التجارة الدولية فيما بين جميع الدول، وإذ تلاحظ عدم وجود نظام عالمي ملزم ومتوازن للشاحنين والناقلين يدعم عقود النقل التي تشمل طرقاً متنوعة...".

أسباب اختياري لموضوع البحث:

تنتاب كل باحث في مجال الدراسات القانونية الحيرة، وتتجاذبه شتى الأفكار، وهو يحاول اختيار موضوع لبحثه، إذ ينبغي عليه، وهو يحاول البت في ذلك الاختيار، الأخذ بعين الاعتبار التطورات الهائلة التي تشهدها الحياة في شتى مجالاتها، وما يصاحب ذلك من مشاكل تستدعي وضع الحلول المناسبة لها وإعطاء صورة واضحة عنها.

ولا يخفى على الباحث في تخصص القانون الخاص بخاصة، أو القانون بعامه أو على القارئ من غير متخصصي القانون الأهمية البارزة للتجارة الدولية عبر البحار ودورها في تطوير وتبادل السلع بين أرجاء الكرة الأرضية، بل تكاد أن تكون الوسيلة المثلى لالتقاء شعوب الأرض وحضاراتها مع بعضها البعض ناهيك عن التطور المذهل الذي يصاحب هذه التجارة. ومن كل هذا تبرز أهمية التعرف على النظام القانوني للنقل البحري للبضائع، فيكاد يكون محور هذا التطور والسياق حول تبادل الثروات والبضائع عبر دول العالم. وهكذا فقد ارتأينا اختيار الجديد في التنظيم القانوني للنقل البحري للبضائع موضوع بحثنا هذا.

مشكلة البحث:

4- إشكالية البحث تتمحور حول معرفة ما الجديد الذي جاءت به قواعد روتردام على صعيد النقل البحري الدولي للبضائع؟، وفي هذا السياق ارتأينا أن نطلع على أهم الأحكام التي جاءت بها، لنكشف الجديد والمتجدد منها.

منهج البحث المستخدم:

5- اقتضت منا دراسة موضوع: (الجديد في التنظيم التشريعي للنقل البحري الدولي للبضائع) الاعتماد على منهجية وظيفنا من خلالها ثلاثة مناهج مختلفة: (التاريخي، التحليلي المقارن، الوصفي) أما اعتمادنا على المنهج التاريخي، فقد فرضه التطور المتواصل لقواعد وأحكام عقد النقل البحري التي تعرف حركية مستمرة، فلم يكتب لها الاستقرار، ولن تستقيم هذه الدراسة، دون البحث في التطور التاريخي الذي عرفته والأسباب التي دعت لذلك، والنتائج التي ترتبت عنه.

أما استخدام المنهج التحليلي المقارن، فكان من المنطق نظراً لتعدد الأنظمة القانونية الحاكمة لعقد النقل البحري للبضائع على الصعيد الدولي، إذ بدا ضرورياً في موضوع كهذا ضرورة المقارنة والمقاربة بين مختلف الاتفاقيات عند كل عنصر من عناصر الموضوع.

أما المنهج الوصفي، فقد تم توظيفه كذلك، وذلك عند استعراض المفاهيم العديدة لعقد النقل وطرفيه ومحتواه.

خطة البحث:

نستعرض في هذا البحث التطور التشريعي للأحكام القانونية التي تحكم عقد النقل البحري للبضائع عبر مبحثين: اختص الأول بالإطار التاريخي لعقد النقل البحري، ويتناول الثاني: المقدمات التي ساعدت على وجود اتفاقية روتردام.

المبحث الأول: الإطار التاريخي للتنظيم الدولي لعقد النقل البحري للبضائع

تعرضت أحكام مسئولية الناقل البحري إلى صراع طويل بين الناقلين والشاحنين حيث قسمت الظروف الاقتصادية العالم البحري إلى: قلة ناقله تملك رؤوس أموال ضخمة وأساطيل بحرية هائلة. وكثيرة شاحنة لا تملك سوى بضائعها التي تبتغي نقلها من ميناء إلى آخر بيد أنها لا تملك ما تنقل عليه نظرا لضعف إمكانياتها الاقتصادية.

وقد أدى هذا التقدم الاقتصادي الذي يتمتع به الناقلون على حساب الشاحنين إلى اختلال التوازن بين الطائفتين، فكان من الطبيعي أن تميل الدفة ناحية الطائفة الأقوى اقتصاديا وهي: طائفة الناقلين الذين استغلوا هذا التفوق الاقتصادي في وضع الشروط التي تعفيهم من المسئولية في عقد النقل البحري⁽¹⁾.

وكان من أبرز تلك الشروط: "شرط الإهمال" الذي يعني إعفاء الناقل من المسئولية عن الأخطاء الملاحية سواء وقعت من الناقل نفسه أو من تابعيه، وبالتالي أصبح الناقل معفيا من أية مسئولية، وانتقلت مخاطر النقل إلى عاتق الشاحن، وتحول عقد النقل البحري وأصبح من عقود الإذعان حيث يمكن للناقلين أن يكتبوا ما يشاءوا من شروط في هذا العقد، ولا يمكن لأصحاب البضائع مناقشتها⁽²⁾ وعلمهم التنفيذ فقط نظرا لما يتمتع به الناقلون من سطوة وسيطرة واحتكار على وسائل النقل المختلفة⁽³⁾.

ونظرا لشيوع شروط الإعفاء في عقد النقل البحري، فقد أصبحت هذه الشروط بمثابة بنود عادية، الأمر الذي أدى إلى تعاضل إهمال الناقلين وتابعهم في العناية بالبضاعة لما يتمتعون به من حماية فرضتها بنود العقد

(1) د. علي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص 177.

(2) ولم يقتصر الضرر على طائفة الشاحنين، بل أمتد ليشمل شركات التأمين البحري التي كان الشاحنون يلجئون إليها للتأمين على بضائعهم لضمان حقوقهم، فقد اصطدمت شركات التأمين هي الأخرى بشروط الإعفاء من المسئولية المنصوص عليها في سندات الشحن. الأمر الذي أدى إلى صعوبة استرداد قيمة تعويضات التأمين التي دفعها للشاحنين: د. محمود سمير الشرفاوي، العقود البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1991، ص 96 وأستاذنا الدكتور محمد بهجت عبد الله قايد، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 270 وما بعدها.

(3) د. علي جمال الدين عوض، القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 269 - 271، د. مصطفى كمال طه، القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 281، د. سميحة الفيلوي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 225.

لصالحهم⁽¹⁾ .لذا فقد كافح أصحاب المصالح في البضائع في الدول المختلفة لاستصدار تشريعات يتم بمقتضاها إبطال شروط الإعفاء من المسؤولية أو على الأقل الحد منها⁽²⁾ .

وقد كان للشاحنين في الولايات المتحدة الأمريكية الفضل الأكبر في فرض مثل هذه الحماية⁽³⁾ ، على أساس أن أمريكا كانت في السابق من الدول الشاحنة، فبالرغم من تجارتها الخارجية الواسعة الكبيرة ، إلا أنها لم تكن تملك الأساطيل البحرية للقيام بهذا النشاط، فكانت الولايات المتحدة تصنف بأنها دولة شاحنة وليست دولة ناقلة، ومن ثم جاء قانون هارتر الأمريكي إلى الوجود وصدر هذا القانون في 13 فبراير/ شباط سنة (1893)⁽⁴⁾ . وبموجب هذا القانون نص المشرع الأمريكي صراحة على بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية عن الهلاك أو التلف اللاحق بالبضاعة والناشئ عن الإهمال أو الخطأ في شحنها ورضها والمحافظة عليها وتسليمها، على أن يعفى الناقل من الأخطاء الملاحية أو الأخطاء في إدارة السفينة، بشرط أن يبذل الناقل الهمة الكافية لجعل السفينة صالحة للملاحة قبل السفر.

ولاقى قانون هارتر ترحيبا كبيرا بين أوساط أصحاب المصالح في البضاعة، وكثرت الإحالة إليه في عقود النقل البحري لتنظيم ما ينشأ عن العقد من علاقات⁽⁵⁾ ، كما اعتبر هذا القانون نقطة انطلاق مناسبة بدأت منها الجمعية البحرية الدولية محاولاتها من أجل وضع اتفاقية دولية ملزمة. لذلك عقدت الجمعية البحرية الدولية اجتماعا في لاهاي في ستمبر/أيلول من عام (1921) يضم ممثلين عن كافة الطوائف البحرية لمحاولة إقرار تشريع دولي يستمد نصوصه من قانون هارتر الأمريكي، وقد انتهى عمل المؤتمر إلى وضع مجموعة من القواعد التي تنظم مسؤولية الناقل البحري تعرف باسم: قواعد لاهاي⁽⁶⁾ .

وقد تضمنت هذه القواعد أهم أحكام قانون هارتر الأمريكي، ووضعت في شكل سند شحن نموذجي موحد وأهم ما جاءت به هذا القواعد من أحكام هو: تقرير بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء التجارية في مقابل إعفاء الناقل من المسؤولية عن الأخطاء الملاحية وبعض الحالات الأخرى.

وإذا كانت قواعد لاهاي تعتبر خطوة موفقة إلى طريق الحد من شروط الإعفاء من المسؤولية التي يضعها الناقلون في سندات الشحن، إلا أنها لم تأت بالحل الموفق لفض النزاع، لا سيما وأن هذه القواعد جاءت نتيجة اتفاق الشاحنين والناقلين وإنما لم تكن لها صفة ملزمة، بل كانت مفسرة ومكملة لإرادة المتعاقدين، وهو ما لم يرض به، إذ قلما كان يقبل الناقلون بتطبيق قواعد لاهاي على سندات الشحن التي يرمونها، ومن أجل هذا تقدم

(1) د. مصطفى كمال طه، التوحيد الدولي للقانون البحري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص 94.

(2) د. علي رضا، محاضرات في الحقوق التجارية البحرية، مطبعة الشرق، جامعة حلب، ص 289 وما بعدها.

(3) Carver, Carriage by Sea, Vol 1, 1982, 13 th ed, Stevens & sons.p.294

(4) Abdallah, ABOUSSOROR l exécution du contrat de transport maritime de marchandises en droit marocain et en droit francais, Litec, pairs, 2001.n 7. p.5

(5) د. صلاح محمد السعيد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات الإيجار، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1980، ص 237

(1) د. محمد عبد الفتاح ترك، عقد النقل البحري طبعة 2005، مرجع سابق، ص 35 : د. علي جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 576 وما بعدها.

الشاحنون بشكاوى يطالبون فيها بوضع قواعد قانونية ملزمة تنظم مسؤولية الناقل، وتحد من غلوه في وضع شروط الإعفاء من المسؤولية في سندات الشحن.

وهكذا ظهر بوضوح إن التوحيد الدولي للقواعد المطبقة على النقل البحري للبضائع لا يمكن الوصول إليه بالتطبيق الاختياري لهذه القواعد، بل لابد من وضع اتفاقية دولية ملزمة تضع هذه القواعد موضع التنفيذ الإيجابي من قبل الدول الموافقة عليه⁽¹⁾.

وهذا التوحيد الإيجابي للقواعد المطبقة على النقل البحري بسند الشحن هو ما طالبت به الدول المشتركة في المؤتمر الدبلوماسي المنعقد في بروكسل في أكتوبر/تشرين الأول سنة (1922) حيث شكل هذا المؤتمر لجنة مراجعة قواعد لاهاي وإدخال التعديلات اللازمة عليها في المواقع التي يتطلب فيها ذلك، وانتهى عمل المؤتمر بالتوقيع على اتفاقية دولية خاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن ببروكسل في 25 أغسطس/آب 1924، والتي جرى الكتاب الإنكليزي على تسميتها بقواعد لاهاي.

وتضمن بروتوكول توقيع الاتفاقية النص على حق الأطراف المتعاقدة في تنفيذها إما بإعطائها قوة القانون، أو بإدخال أحكامها في تشريعها الوطني بالشكل الذي يتناسب مع هذا التشريع⁽²⁾.

وقد انضمت جمهورية مصر العربية إلى هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم 18 لسنة 1940، وصدر مرسوم بقانون في 31 يناير سنة 1944 يقضي بالعمل بها اعتباراً من 29 مايو 1944⁽³⁾، أما بالنسبة للمملكة الأردنية الهاشمية فعلى الرغم من عدم انضمامها للاتفاقية، فقد أخذت بأحكامها بموجب القانون رقم 12 لسنة 1972.

وبدأت اتفاقية بروكسل في تصورها لمبدأ مسؤولية الناقل البحري بتحديد الالتزامات التي تقع على عاتق الناقل وذلك في مادتها الثالثة. كما أرسيت مجموعة من القواعد القانونية المهمة في تنظيم مسؤولية الناقل البحري، في ظل تنظيم قانوني أمر. قرر بطلان الشروط الاتفاقية المعفية من المسؤولية أو المحددة لها بأي شكل من الأشكال.

وإن كانت اتفاقية بروكسل لسنة 1924، قد ساهمت في التخفيف من معاناة الشاحنين، إلا أنها قد جاءت في معظم أحكامها لصالح الناقلين البحريين فاستبعدت الشحن على سطح السفينة ونقل الحيوانات الحية من إطار انطباقها. يضاف إلى ذلك، فقد تبنت قائمة طويلة من حالات الإعفاء من المسؤولية توفر للناقل البحري مجالاً واسعاً لدرء مسؤوليته والتخلص منها وبخاصة تلك الحالة المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الملاحية. وبالرغم من أن هذه الاتفاقية قد تم تعديلها مرتين عبر بروتوكول 1968 الذي عرفت قواعده بقواعد فيسي⁽⁴⁾، و بروتوكول 1979، إلا أن التعديلين السابقين لم يضيفا شيئاً إلى توضيح حالات الإعفاء من المسؤولية

(2) أستاذنا الدكتور محمد بهجت عبد الله قايد، القانون البحري طبعة 1984، مرجع سابق، ص 272.

(2) د. أحمد حسني، النقل الدولي البحري للبضائع طبقاً لمعاهدة بروكسل لسندات الشحن لسنة 1924 كما عدلت ببروتوكول بروكسل لسنة 1968 مع الإشارة إلى القوانين البحرية ومعاهدة هامبورج، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الثانية، ص 10.

(3) د. أحمد حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، مرجع سابق، ص 10.

(4) Legend (C) La conférence de stoc olm du comité maritime international, D.M.F, 1964 P.387

، ومدى ملاءمتها للتطور في صناعة النقل البحري ، حيث جاءت التعديلات لمواجهة التغيرات التي طرأت على حدود مسؤولية الناقل البحري ، وما نتج عن ذلك من إشكاليات قانونية تتعلق باحتساب حدود المسؤولية وطريقة تحويل الوحدة المعتمدة إلى العملات النقدية للدول المختلفة.

وفي ظل الوضع السابق ، ولانطواء اتفاقية بروكسل وتعديلاتها على قصور في معالجة الكثير من الموضوعات المهمة في مجال مسؤولية الناقل واعتبارها لصالح الناقلين البحريين الأمر الذي دفع بالشاحنين إلى المطالبة بإلغائها واستبدالها بأخرى.

وهكذا تعالت أصوات الدول الشاحنة إلى المطالبة بتشريع بحري دولي يضمن مصالحها ، ويحقق التوازن بين هذه المصالح ومصالح الدول الكبرى على نحو أفضل مما حققته اتفاقية بروكسل ، وذلك من خلال منابر الجمعية العامة للأمم المتحدة وأجهزتها المشاركة في تنمية هذه الدول مثل: مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

وأمام هذه التطورات السياسية وتحت تأثير الانتقادات القانونية الموجهة إلى اتفاقية بروكسل وتعديلاتها ، قررت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، بناء على اقتراح مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية ، إدراج موضوع النقل البحري للبضائع ضمن الموضوعات ذات الأولوية المطروحة في اجتماعات دورتها الثانية في مارس/آذار (1969) وفي تلك الدورة أنشئت مجموعة عمل شكلت من إحدى وعشرين دولة وذلك بهدف إعداد مشروع اتفاقية دولية جديدة في هذا الشأن⁽¹⁾.

وأفضت جهود هذه المجموعة إلى وضع مشروع اتفاقية جديدة أقرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها التاسعة في مايو / أيار 1976 ، ثم انعقد مؤتمر دبلوماسي يضم سبعا وسبعين دولة في هامبورج بألمانيا لمناقشة هذا المشروع بناء على دعوة من الجمعية العامة للأمم المتحدة بعد توصية من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وذلك في الفترة من 6 إلى 31 مارس/آذار سنة (1978) ، وفي ذلك المؤتمر تم إبرام اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر بتاريخ 31/3/1978 وعرفت بقواعد هامبورج⁽²⁾.

وحققت اتفاقية هامبورج نقلة نوعية في تنظيم نقل البضائع بحرا (في ذلك الوقت) ، وتمكنت من مجازاة التقدم الاقتصادي وملاحقة تطورات النقل البحري وصناعته. وأسست مسؤولية الناقل البحري على أساس الخطأ المفترض ، بحيث يسأل الناقل عن الخسارة الناتجة عن البضاعة إذا وقع الحادث الذي تسبب في تلك الخسارة أثناء وجود البضاعة في عهده ، ما لم يثبت الناقل أنه قد اتخذ هو أو مستخدموه جميع الإجراءات المعقولة المطلوب اتخاذها لتجنب الحادث وتبعاته ، ويبنى على ذلك: إن الشاحن غير ملزم بإثبات الخسارة ، فدليله الوحيد هو سند الشحن النظيف الذي بمجرد إشهارة يعني بأن الناقل قد أخل بالتزامه التعاقدية. وبالإضافة إلى تأسيس مسؤولية الناقل على أساس الخطأ المفترض ، فقد تناولت أساسا آخر للمسؤولية عند تضرر البضاعة

(1) الوثائق الرسمية لمؤتمر الأمم المتحدة المعني بالنقل البحري للبضائع ، الدورة الثامنة والأربعون للجنة القانون التجاري الدولي " هامبورج " ، 6-21 آذار مارس (1978) الوثيقة (a/Conf.89/13) المرفق الأول.

(2) Honnold, J, Ocean Carriers and Cargo: Clarity and Fairness- Hague or Hamburg, Journal of Maritime Law and Commerce (J.M.L.C), Vol 24, No.1 1993.P.75-76.

نتيجة حصول حريق على ظهر السفينة، فقررت عدم مسئولية عن الضرر، ما لم يثبت الشاحن بأن الحريق ما كان ليحدث لولا خطأ الناقل أو إهمال تابعيه أو ممثليه، وهذا المعيار فإن المسئولية تقوم على أساس الخطأ واجب الإثبات.

ولأول مرة تعرضت الاتفاقية للتأخير في إيصال البضاعة ورتبت مسئولية الناقل عن التأخير في تسليم البضائع. وأوردت الاتفاقية سببا عاما للإعفاء من المسئولية مع بعض الاستثناءات، ويقوم السبب العام عندما يتمكن الناقل أو وكلاؤه أو مستخدموه بإثبات اتخاذ الإجراءات المعقولة لتفادي وقوع الهلاك أو التلف أو التأخير. كما قامت بإلغاء عدد من شروط الإعفاء الواردة باتفاقية بروكسل مثل: حالة إعفاء الناقل من المسئولية على الأضرار اللاحقة بالبضاعة نتيجة الأخطاء الملاحية وكذلك عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة نتيجة العيب الخفي في السفينة.

ولا يخفى على أحد إن هم واضعي هذه الاتفاقية كان: تقديم حماية أفضل للشاحنين إزاء الناقلين، وقد نجحوا فعلا في هذا الصدد وذلك بتقديم مزايا مهمة للشاحنين، لا بل إن شئنا الدقة قلنا: إن ما كان يتدمر منه الشاحنون في اتفاقية بروكسل انقلب رأسا على عقب وأصبح الناقلون يتدمرون منه، فأنت اتفاقية هامبورج منحازة لصالح الشاحنين بالرغم من وجود بعض السلبيات بحقهم وهذا لا يمكن نكرانه بطبيعة الحال. نفاذ اتفاقية هامبورج:

قضت المادة الثلاثون من اتفاقية هامبورج بنفاذها من اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء سنة واحدة على تاريخ إيداع الوثيقة العشرين من وثائق التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام، وقد صدقت زامبيا، وهي الدولة العشرون، على الاتفاقية بتاريخ 1991/10/7، وعلى ذلك تكون اتفاقية هامبورج قد دخلت حيز النفاذ الدولي اعتبارا من أول نوفمبر/ تشرين الثاني سنة 1992.

وبمراجعة أسماء الدول التي أصبحت أطرافا في اتفاقية هامبورج نجد إن غالبيتها تنتهي إلى مصاف الدول الشاحنة، الأمر الذي يضيق من مجال تطبيقها، فإن كانت قواعد هامبورج قد وضعت لتحل محل اتفاقية بروكسل لسندات الشحن لسنة 1924، فإن نفاذها على المستوى الدولي لا يعني اختفاء كل أثر لاتفاقية بروكسل، بل على العكس من ذلك فإن نفاذ قواعد هامبورج جعل المسائل أكثر تعقيدا في نطاق النقل البحري الدولي للبضائع، فتطبيق قواعد هامبورج أصبح منحصرا في الدول التي صدقت عليها، أما الغالبية العظمى من الدول، فلا زالت أطرافا في اتفاقية بروكسل.

لذا فإن النقل البحري الدولي للبضائع أصبح محصلة للتصادم بين مصالح الدول الشاحنة التي تأخذ بدورها بقواعد هامبورج⁽¹⁾ والدول الناقلة التي مازالت تحرص كل الحرص على عدم المساس باتفاقية بروكسل لسندات الشحن.

(1) بلغ عدد الدول التي صدقت على اتفاقية هامبورج حتى عام (2016) 34 دولة وهي: الأردن في 10 أيار/ مايو 2001، ألبانيا في 20 تموز/ يولييه 2006، أوغندا في 6 تموز/ يولييه 1979، الباراغواي في 19 تموز/ يولييه 2005، بربادوس في 2 شباط/ فبراير 1981، بوتسوانا في 16 شباط/ فبراير 1988، بوركينا فاسو في 14 آب/ أغسطس 1989، بوروندي في 4 أيلول/ ستمبر 1998، تونس في 15 أيلول/ ستمبر 1980، الجمهورية التشيكية في 23 حزيران/ يونيه 1995، تنزانيا في 24 تموز/ يولييه 1979، الدومنيك في 28 أيلول/ ستمبر 2007، سوريا في 16 تشرين الأول/ أكتوبر 2002، جورجيا

وأمام تشتت الدول بين هذه القواعد وتلك ، فقدت أحكام النقل البحري الدولي صفة التوحيد المنشود، وساد الشعور بعدم اليقين على الصعيد الدولي، مع مراعاة أن الظروف التجارية والاقتصادية والتكنولوجية والملاحية المتواضعة التي أبرمت في ظلها كل من اتفاقية بروكسل وقواعد هامبورج، قد تبدلت تبديلا شاملا، ومن ثم أصبحت تتصف بالقصور والخلل في أحكامها والتخلف عن مجارة المستجدات المذهلة في مختلف جوانب التجارة الدولية، ناهيك عن تفجر ثورة الحاويات ونهضة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من خلال التعامل عن طريق التجارة الإلكترونية، واستخدام نظام النقل متعدد الوسائط للبضائع.

المبحث الثاني: المقدمات التي ساعدت على وجود اتفاقية روتردام

إن الظروف التجارية والاقتصادية والتكنولوجية والملاحية المتواضعة، التي أبرمت في ظلها كل من اتفاقية بروكسل لسنة (1924)، وقواعد هامبورج لسنة (1978) قد تبدلت تبديلا شاملا، ومن ثم أصبحت الأحكام القانونية التي تحكم عقد النقل البحري على المستوى الدولي تتصف بالقصور والخلل والتخلف عن مجارة المستجدات المذهلة في مختلف جوانب التجارة البحرية. فبالرغم من أن تطور عمليات الشحن والتفريغ باستخدام الحاويات في النقل البحري، ابتدأ في الستينيات من القرن الماضي، وبالرغم من أن تكنولوجيا بناء السفن تطور لمواجهة استقبال هذا النوع من الحمولة المعبأة بالحاويات، بحيث إن خطوط ملاحية منتظمة بأكملها أخذت تعتمد هذا النوع من النقل، إلا أن أيا من الاتفاقيات المتعلقة بالنقل البحري الدولي لم تعالج المشكلات القانونية المترافقة مع هذا النوع من النقل، ومن أبرزها: رص البضائع على سطح السفينة، الذي كان منعه يجد مبرره في الخطورة التي يشكلها على السفينة والبضائع، إلا أن وجود الحاويات وتجهيز السفن المخصصة لهذا النوع من النقل، قد قلل كثيرا من المخاطر التي قد تلحق بالبضائع من ضرر، حيث تكون البضائع في مأمن داخل الحاوية إذ تكون وكأنها مشحونة في عنابر السفينة الأمر الذي يستدعي ضرورة إعادة النظر في هذا المنع.

وإذا قلنا حاضرا: "نقل بحري دولي"، أو "رحلة بحرية دولية"، فقد أصبحت هذه جملة غير مفيدة، وغير مكتملة المعنى أو المدلول، لأنه صار من النادر، أن نجد رحلة نقل بحري دولي مستقلة وقائمة بذاتها، بل إن الواقع العملي الذي صارت عليه عمليات النقل البحري حاليا، هو: أية رحلة بحرية لم تعد إلا مجرد مرحلة بحرية من رحلة شاملة، فقد تسبقها رحلة أخرى متكاملة معها على خطوط سكك حديدية، أو طرق برية، وقد يتبعها أيضا رحلة أو رحلات جوية أو نهريّة أو برية متكاملة معها، وهذا ما يعرف "بالنقل السابق أو اللاحق للنقل البحري الدولي". فقد أصبح نقل البضائع عبر دول العالم ومناطقه المختلفة عبر وسائل النقل المختلفة في الرحلة الواحدة، لاسيما بعد أن أصبحت حلقات النقل المختلفة متشابكة تتداخل فيما بينها بما يشبه السلسلة، فقد تعدد

في 21 آذار / مارس 1996، رومانيا في 7 كانون الثاني/يناير 1982، زامبيا في 7 تشرين الأول/أكتوبر 1991، سانت فنسنت وجزر غرينادين في 12 أيلول/سبتمبر 2000، السنغال في 17 آذار / مارس 1986، سيراليون في 7 تشرين الأول / أكتوبر 1988، شيلي في 9 تموز /يوليه 1982، غامبيا في 7 شباط /فبراير 1996، غينيا في 23 كانون الثاني /يناير 1991، الكاميرون في 21 تشرين الأول / أكتوبر 1993، كازاخستان في 18 حزيران /يونيه 2008، كينيا في 31 تموز /يوليه 1989، لبنان في 4 نيسان /أبريل 1983، ليبيريا في 16 أيلول /سبتمبر 2005، ليسونو في 26 تشرين الأول/أكتوبر 1989، مصر في 23 نيسان /أبريل 1979، المغرب في 12 حزيران /يونيه 1981، ملاوي في 18 آذار / مارس 1991، النمسا في 29 تموز /يوليه 1993، نيجيريا في 7 تشرين الثاني /نوفمبر 1988، هنغاريا في 5 تموز /يوليه 1984.

وسائل النقل لتشمل النقل بالسيارات، والسكك الحديدية، والسفن والطائرات. وقد أدى استخدام الحاويات في النقل البحري إلى إقبال الناقلين البحريين على النقل المتعدد الوسائط نظراً لأن الحاويات تقلل من خطورة هلاك البضاعة وتلفها، مما يسمح للناقل البحري بمراقبة حركة البضاعة بطريقة سهلة وفعالة وبالتالي يصبح من السهل عليه الموافقة على تحمل مسؤولية النقل بأكمله.

وإذا نظرنا إلى هذا النوع من النقل نجد إنه يتضمن مراحل متباينة ومختلفة عن بعضها البعض من الناحية القانونية، حيث إن المتمعن للنصوص الدولية لا بد أن يلاحظ تعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالنقل، والتي ينظر محرروها لتنظيم عملية النقل كل من منظور الخاص الضيق، فنجد اتفاقية تنظم النقل برياً، في حين أخرى تنظم النقل البحري، وأخرى تنظم النقل الجوي، ونحن في أمس الحاجة إلى نصوص تنظيم هذا النوع من النقل كوحدة متكاملة مهما تكن وسائط النقل. لذلك فقد بدأ المجتمع الدولي يفكر في إيجاد قواعد دولية تحكم عقد النقل الدولي المتعدد الوسائط، الأمر الذي جعل الهيئات الدولية المعنية بالنقل تبذل الجهد لتحقيق هذه الغاية⁽¹⁾.

وبالرغم من الاختلافات التي كانت مثارة حول موضوع النقل الدولي متعدد الوسائط، بين الدول النامية دول الـ 77⁽²⁾، والدول المتقدمة والظروف المتواترة التي كانت سائدة لعمل الفريق التحضيري (IPG) المكلف من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، خرجت من جملة هذه الظروف اتفاقية جنيف للنقل الدولي متعدد الوسائط لسنة 1980.

ولقد اعتقد البعض بأن دخول قواعد هامبورج حيز النفاذ الدولي في أول نوفمبر/تشرين ثاني سنة 1992، سيكون حافزاً لتصديق الدول على اتفاقية جنيف للنقل الدولي متعدد الوسائط⁽³⁾، إلا أن التطبيق سرعان ما بين بأن هذا الأمل أشبه ما يكون بالسراب، إذ تشترط المادة (م36) منها لدخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ أن تتم المصادقة عليها من قبل (30 دولة) لتدخل حيز التنفيذ بعد اثني عشر شهراً من هذا التاريخ، في حين لم تقع

(1) بعد الحرب العالمية الثانية قامت عدد من المنظمات الدولية المختلفة بالأخذ على عاتقها مشكلة النقل الدولي متعدد الوسائط حيث أعدت اللجنة البحرية الدولية (C.M.I) مشروع اتفاقيتين تتعلق بالنقل الدولي المختلط إلا أن هذه الجهود لم يكتب لها النجاح بسبب تضارب بنودها مع مصالح ملاك السفن انذاك

Selvig / The influence of the Hamburg Rules on the work for a convention on international multi modal transport – Seminar Erling about the bill of lading convention, New York, November 29/30, 1978, Lloyd's of London Press.P.3

ودعت اللجنة الاقتصادية لأوروبا في عام 1970، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص إلى عقد اجتماع لبحث موضوع النقل متعدد الوسائط، وانتهى الاجتماع إلى صياغة مشروع اتفاقية (النقل المشترك)

R.Loewe /back Round of the Draft agreement on mixed transportation in international Goods Traffic- C.T. Seminar 1975.P.4; FAGHFOURI, "International Regulation of Liability for Multimodal Transport".<http://www.immta.org>.

(2) حيث أن النقل المتعدد الوسائط يتطلب إدخال تحسينات كبيرة على موانئ هذه الدول لا يستطيع اقتصادها التعامل معه .
Adib A- Jadir /International Shipping and the developing countries some- main issues – January 1978, Jou, of A.M.T.A, Vol.3, No. 2. P.53

(3) د.أحمد عبد المنصف محمود، اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع، بحث منشور بمجلة الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، مجلد 8 عدد 15 يوليو 1982. د. عبد القادر حسين العطير، اتفاقية الأمم المتحدة حول النقل الدولي متعدد الوسائط لسنة (1980)، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة الثامنة، سبتمبر 1984.

المصادقة عليها إلا من بعض الدول مما جعلها تبقى حبرا على ورق. هذا على الرغم من أن اتفاقية النقل الدولي المتعدد الوسائط لسنة 1980، إنما تعبر عن ضمير الجماعة الدولية وممثلة في هيئة الأمم المتحدة، وشارك في إعدادها أساتذة وخبراء وممثلون عن أصحاب البضائع ومتعهدو النقل. لذلك فإن نصوصها جاءت متوازنة إلى حد بعيد بين أطراف (عقد النقل متعدد الوسائط). وهذا ما حدا بالعديد من الدول إلى اقتباس معظم نصوصها لصياغة وإعداد قوانين وطنية ولوائح خاصة بهذا النوع من النقل في العديد من الدول. فقد أصدرت الهند مثلا القانون رقم (28) لسنة (1993) الخاص بالنقل متعدد الوسائط للبضائع وهو قانون ينظم عملية النقل متعدد الوسائط للبضائع والمسائل المتصلة بها، من أي مكان سواء أكان داخل الهند، أم خارجها باستثناء ولاية جامو وولاية كشمير، وأصدرت باكستان مشروع قانون عن النقل متعدد الوسائط وقدم إلى الحكومة لتنظر فيه عام (1994)⁽¹⁾. كما عقدت دول المركوسول وهي: (البرازيل، الأرجنتين، الباراغوي، الأروغواي) اتفاقية إقليمية لتنظيم قواعد النقل المتعدد الوسائط فيما بينها بتاريخ 30 كانون الأول/ ديسمبر (1994). هذا على صعيد الدول الأجنبية. أما على صعيد الدول العربية، فقد أصدرت تونس القانون رقم (21) لسنة (1998) المتعلق بالنقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع⁽²⁾ وأصدرت الأردن القانون رقم (29) لسنة (2018) بشأن هذا النوع من النقل الدولي⁽³⁾. أما بالنسبة لباقى الدول العربية، فلم يحظ النقل متعدد الوسائط حتى الآن بتنظيم تشريعي في أي منها، فعلى الرغم من أن الدراسات الحديثة في جمهورية مصر العربية تؤكد على أهمية إصدار تشريع خاص بالنقل متعدد الوسائط⁽⁴⁾ إلا أن التقنين البحري الجديد لم يتعرض لهذا النوع من النقل⁽⁵⁾، هذا على الصعيد الوطني العربي. أما على الصعيد الإقليمي العربي، فقد تم وضع مشروع اتفاقية النقل الدولي متعدد الوسائط في إطار جامعة الدول العربية وذلك بهدف تنظيم انتقال السلع بمختلف الوسائط بين أراضي الدول العربية.

كيف ولماذا ولدت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود نقل البضائع كليا أو جزئيا عن طريق البحر 2008؟ إن التطور المذهل في ميدان نقل التجارة الدولية بحرا يحتاج إلى أن يواكبه تطور مماثل في التشريع البحري الدولي الموحد، تشريع ينظم العلاقات القانونية بين طرفي عقد النقل البحري للبضائع، وهم: الشاحنون والناقلون بشكل عادل ومتوازن دون إفراط في زيادة أعباء الناقلين، أو تفریط في حماية الشاحنين، تشريع دولي عصري للنقل

(1) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، استعراض النقل البحري عام 1994، الفقرة 107، ص 108

(2) د. لطفي الشاذلي، القانون التونسي المتعلق بالنقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع القانون عدد 21 لسنة 1998 المؤرخ في 11 مارس 1998 من منظور مقارنة مع قواعد روتردام لسنة 2009 ومشروع اتفاقية النقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع في المشرق العربي، المجلة العربية للفتحة والقضاء، العدد 40، 2010.

(3) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية في العدد رقم 3347 بتاريخ 14/ 5/ 2018، صفحة 3822 – صفحة 3843.

(4) د. فاروق ملش، هل حقا تحتاج مصر إلى قانون داخلي للنقل متعدد الوسائط، مقالة منشورة عبر شبكة الانترنت عبر الموقع

التالي: www.international-mag.com

(5) وفي اعتقادي أرى أن جمهورية مصر العربية تعتبر من أكثر الدول حاجة إلى إصدار قانون وطني خاص بالنقل المتعدد الوسائط نظرا لكون مصر ذات موقع جغرافي ممتاز فهي تمثل حلقة الوصل بين قارة آسيا وقارة أفريقيا كما تمتد سواحلها إلى مسافات بعيدة على البحرين المتوسط والأحمر، وتقع موانئها على خطوط ملاحية منتظمة مع البلاد الأجنبية، ومتصلة بداخل القطر بشبكة مواصلات برية واسعة النطاق وفي مصر قناة السويس أهم قناة ملاحية في العالم ووسيلة الاتصال بين الشرق والغرب.

البحري يجاري الثورة المتجددة للحاويات ونهضة تكنولوجيا المعلومات، تشريع يرسى دعائم الاستقرار في المعاملات التجارية بين الأمم، ويعمل على إزالة العوائق القانونية أمام تدفق التجارة الدولية⁽¹⁾.

وكحال أية اتفاقية دولية تمضي عليها عشرات السنين، ويستبان من تطبيقها بعض الغموض أو الثغرات، أو يبدو من نصوصها عدم مواكبة تطورات العصر وتقنياته فقد التفتت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بقلق إلى النظام القانوني القائم الذي يحكم النقل الدولي للبضائع بحرا، ورأت أنه يفتقر إلى التوحيد، ولا يأخذ بعين الاعتبار وبشكل كافٍ متطلبات النقل الحديث، بما في ذلك النقل بواسطة الحاويات واستخدام نظام النقل متعدد الوسائط وإبرام العقود بوثائق النقل الإلكتروني، ناهيك عن الإحساس بضرورة تحقيق العدالة لطرفي عملية النقل من خلال وضع معادلة متوازنة بين مسؤوليات كل من الناقل والشاحن.

وجاءت المبادأة عندما فكرت اللجنة البحرية الدولية (C.M.I) في إدخال تعديلات جديدة على معاهدة بروكسل المعدلة (قواعد لاهاي فسي)، إلا أن الرأي الغالب في أروقة اللجنة إنجاز نحو بلورة اتفاقية جديدة تحكم عقود نقل البضائع كليا أو جزئيا بطريق البحر⁽²⁾.

وفي نفس الوقت استشعرت الأمم المتحدة ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الحاجة الملحة إلى قواعد قانونية دولية مستحدثة وموحدة تعوض أصحاب البضائع وشركات الملاحة والنقل عموما عن عدم وجود نظام قانوني عالمي ملزم، يدعم ويحكم عقود النقل البحري التي يمكن أن تشمل نقل بوسائط أخرى مثل: النقل البري أو الجوي أو النهري، وهو ما اصطلح على تسميته: "النقل البحري كليا أو جزئيا". الأمر الذي تنعكس آثاره على إزالة المشاكل القانونية أمام تدفق التجارة الدولية وتؤدي دورا جوهريا في تعزيز التبادل الدولي، وفي قيام تعاون اقتصادي عالمي بين جميع الدول.

وهكذا استعانت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي باللجنة البحرية الدولية (C.M.I) التي أعدت مشروعاً أولياً للاتفاقية، ومن ثم فقد تلتفتت هيئة الأونسترال مشروع اللجنة البحرية الدولية، وعهدت به إلى فريق عام.

(1) وعلى هذا الأساس كلفت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة الأمانة العامة بجمع معلومات وأفكار وآراء بشأن المشاكل المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع بحرا وذلك بهدف وضع الحلول الممكنة لتلك المشاكل على أن تقدم الأمانة للجنة تقريرا بشأن الأعمال التي قامت بها يعرض على اللجنة في مرحلة لاحقة. واتفق على أن يكون جمع المعلومات بشكل موسع بحيث لا يقتصر على آراء الحكومات فحسب بل يشمل أيضا آراء المنظمات الدولية التي تمثل القطاعات التجارية المعنية بقانون النقل ومن أبرز تلك المنظمات: اللجنة البحرية الدولية C.M.I، غرفة التجارة الدولية، الاتحاد الدولي للتأمين البحري، الاتحاد الدولي لرابطات وكلاء الشحن، الغرفة الدولية للنقل البحري، الرابطة الدولية للموانئ والمرافئ، المنظمة الحكومية الدولية للنقل الدولي بالسكك الحديدية "أوتيف" OTIF، المنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية الأفريقية، المفوضية الأوروبية، الاتحاد الأفريقي، مجلس الاتحاد الأوروبي، مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، رابطة السكك الحديدية الأمريكية "AAR" مركز الدراسات القانونية الدولية "C.I.L.S"، المعهد الإيبيري الأمريكي للقانون البحري، الغرفة الدولية للشحن البحري "ICS"، الاتحاد الدولي لرابطات وكلاء الشحن "فياتا" FIATA، الفريق الدولي לנוادي الحماية والتعويض "P&I Clubs"، الرابطة الدولية للنقل المتعدد الوسائط "إيمتا" IMMTA، الاتحاد الدولي للتأمين البحري "إبومي" IUMI، مجلس الملاحة البحرية البلطقي والدولي "بيمكو" BIMCO، رابطة وسطاء النقل "تيا" TIA.

(2) Philippe Delebecque, Le projet CNUD CI Suite et fin de marchandises entirement ou partiellement par mer après la session de Vienne de November 2006, Revue D.M.F Avril 2007, P.291

وبدأ الفريق الثالث المعني بقانون النقل، والمؤلف من جميع الدول الأعضاء⁽¹⁾، في أبريل/نيسان عام (2002) ، إعداد مسودة اتفاقية جديدة تحكم عقود النقل الدولي للبضائع بالبحر كليا أو جزئيا . وبعد مضي عشر سنوات تقريبا من نفاذ اتفاقية هامبورج، وبالتحديد في إبريل/نيسان عام (2002) ، بدأ الفريق العامل المكلف من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مناقشة بشأن إعداد مسودة الاتفاقية الجديدة التي تحكم عقود النقل الدولي للبضائع بالبحر كليا أو جزئيا بدعوى إيجاد قانون معاصر وموحد يكفل النقل الحديث بالحاويات من الباب إلى الباب بما يشمل مرحلة نقل بحري داخل منظومة نقل دولي، دون أن يكون قاصرا على نقل البضائع من ميناء إلى ميناء آخر، مع السماح باستعمال سجلات النقل الإلكتروني. وفي عام (2008) وبعد سنوات من المداولات، انتهت الأعمال المتعلقة بإعداد نص مشروع اتفاقية بشأن عقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا، واعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة مشروع النص النهائي، بصيغته التي وافقت عليها لجنة (الأونسيترال) يوم 11 كانون الأول/ديسمبر 2008 ، وأصدرت تفويضا خاصا بفتح باب التوقيع لجميع الدول عليها في مدينة روتردام/هولندا.

وبالفعل فقد أقامت الحكومة الهولندية احتفالا يوم 23 ستمبر / أيلول 2009 في مدينة روتردام، ودعت كافة الدول لحضور هذا الحفل. وكان حفل التوقيع ناجحا، إذ وقع على الاتفاقية في اليوم الأول لفتح باب التوقيع عليها (16) دولة وهي: (الكونجو، الدنمارك، فرنسا، الجابون، غانا، اليونان، غينيا، هولندا، نيجيريا، النرويج، بولندا، السنغال، أسبانيا، سويسرا، توجو، الولايات المتحدة) ووقع لاحقا أرمينيا⁽²⁾، والكاميرون⁽³⁾ ومدغشقر⁽⁴⁾، ومالي⁽⁵⁾، والنيجر⁽⁶⁾، ولكسمبرغ⁽⁷⁾، وجمهورية الكونغو⁽⁸⁾ والسويد⁽⁹⁾ وغينيا بيساو⁽¹⁰⁾، فأصبح العدد الإجمالي هو 25 دولة.

وعلى ضوء ما تقضي به اتفاقية فيينا (V.O) لسنة (1969) بشأن قانون المعاهدات الدولية بموجب المادتين (10 و18)، فإن توقيع هذه الدول لا يعني مصادقتها على الاتفاقية بأي حال، ولكنه يلقي على عاتق الدول الموقعة التزامات مهمة يتعين الانتباه إليها قبل الإقدام على عملية التوقيع ذاتها، فهذا التوقيع الابتدائي للدولة على

(1) وهذه الدول هي (روسيا، أرمينيا، أسبانيا، إسرائيل، إكوادور، ألمانيا، أوغندا، إيران، إيطاليا، باراغواي، باكستان، البحرين، بلغاريا، بنين، بولندا، بوليفيا، بيلاروسيا، تايلندا، الجزائر، الجمهورية التشيكية، جمهورية كوريا، جنوب أفريقيا، زيمبابوي، سرلانكا، السلطادور، سنغافورة، السنغال، سويسرا، شيلي، صربيا، الصين، الغابون، غواتيمالا، فرنسا، فنزويلا، فيجي، الكاميرون، كندا، كولومبيا، كينيا، لاتفيا، لبنان، مالطة، ماليزيا، مدغشقر، مصر، المغرب، المكسيك، المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى، أيرلندا الشمالية، منغوليا، ناميبيا، النرويج، النمسا، نيجيريا، الهند، هندروس، الولايات المتحدة الأمريكية، اليابان، اليونان).

(2) في 29 أيلول /سبتمبر 2009. (مقر الأمم المتحدة في نيويورك "الولايات المتحدة").

(3) في 29 أيلول / سبتمبر 2009. (مقر الأمم المتحدة في نيويورك "الولايات المتحدة").

(4) في 25 أيلول /سبتمبر 2009. (مقر الأمم المتحدة في نيويورك "الولايات المتحدة").

(5) في 26 تشرين الأول /أكتوبر 2009. (مقر الأمم المتحدة في نيويورك "الولايات المتحدة").

(6) في 22 تشرين الأول / أكتوبر 2009. (مقر الأمم المتحدة في نيويورك "الولايات المتحدة").

(7) في 31 آب /أغسطس 2010. (مقر الأمم المتحدة في نيويورك "الولايات المتحدة").

(8) في 23 أيلول / سبتمبر 2010. (مقر الأمم المتحدة في نيويورك "الولايات المتحدة").

(9) في 20 حزيران/يوليو 2011. (مقر الأمم المتحدة في نيويورك "الولايات المتحدة").

(10) في 24 أيلول/سبتمبر 2013 (مقر الأمم المتحدة في نيويورك "الولايات المتحدة").

الاتفاقية الجديدة يعتبر أداة توثيق، ويعبر عن نية الدولة الموقعة على المضي قدما في دعم الاتفاقية⁽¹⁾، كما يؤهل التوقيع الابتدائي الدولة الموقعة للخطوة التالية وهي إقرار الاتفاقية أو قبولها أو التصديق عليها، كذلك يلقي التوقيع الابتدائي على عاتق الدولة الموقعة واجبا بأن تتجنب وبحسن نية اتخاذ أية تصرفات يكون من شأنها إحباط الغرض الأسى للاتفاقية⁽²⁾.

وتطلبت الاتفاقية لنفاذها على المستوى الدولي انضمام أو تصديق أو قبول أو إقرار 20 دولة وذلك بعد اليوم الأول من الشهر الذي يعقب انقضاء سنة واحدة على تاريخ إيداع الصك العشرين لدى الأمين العام للأمم المتحدة⁽³⁾.

والانضمام إلى اتفاقية روتردام يتطلب إصدار قانون وطني لدى الدولة المنضمة ينص على التصديق لدى منظمة الأمم المتحدة طبقا للمادة 88 من الاتفاقية، وبعد ذلك، يكون على كل دولة ترغب بالانضمام إلى هذه الاتفاقية بعد اكتمال التصديق عليها أن تنتظر لما بعد انقضاء سنة وشهر على تاريخ تقديم طلب الانضمام لتطبيق قواعد الاتفاقية.

وينبغي التذكير هنا بأن سريان اتفاقية روتردام حال تصديق الدول العشرين عليها والبدء بنفاذها لا يلغي اتفاقية هامبورج، كما إن اتفاقية هامبورج لم تلغ اتفاقية بروكسل. فالاتفاقيات الدولية لا تلغي ما سبقها من اتفاقيات، كما إن قواعدها لا تعدل نصوص القوانين الوطنية، ولكن وتطبيقا لمضمون المادة (89) من هذه الاتفاقية، إذا كانت الدولة الراغبة في الانضمام إليها، طرفا في الاتفاقية الدولية لتوحيد قواعد قانونية متعلقة بسندات الشحن (معاهدة بروكسل لسنة 1924- قواعد لاهاي) بصيغتها المعدلة بالبروتوكول المبرم سنة 1968 وسنة 1979، أو طرفا في اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع المبرم سنة 1978 (قواعد هامبورج). فعلمها أن تقوم بالانسحاب في الوقت نفسه من تلك الاتفاقيات وإبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة بذلك. ولا يكون انضمامها إلى قواعد روتردام أو قبولها أو الإقرار بها من جانب الدول الأطراف في الاتفاقيات المذكورة نافذا، إلا بعد أن يصبح الانسحاب من تلك الاتفاقيات ساري المفعول. أضواء حول أحكام قواعد روتردام:

المتصفح لنصوص اتفاقية روتردام يجد إنها تجتهد في معالجة الموضوعات بعمق، حيث إن هذه الاتفاقية تدخل في تفاصيل المسائل وتضع لها الأحكام القانونية المنظمة، وتتصور الفروض المحتملة وتسن لها القواعد القانونية المناسبة، بما لا يدع مجالاً لجهود التفسير والتأويل، غير أن هذا المنهج التفصيلي لأحكام الاتفاقية قد لاقى الكثير من النقد على أساس أن الإطالة في النصوص والمواد من شأنه أن يجعل من الصعب على القارئ الإحاطة بأحكامها واستيعابها، فضعفها في النهاية لا يعزى بالضرورة إلى المبادئ القانونية والإطار القانوني الذين

(1) إجراءات وتوصيات ندوة عمان حول دراسة تحليل وتقييم أحكام (قواعد روتردام) بهدف استخلاص رؤية عربية، ص 4 وما بعدها، متوفر عبر شبكة الانترنت عبر الموقع الإلكتروني

www.arabfcs.org/db_bin/doc_doc_pdf_429.pdf

(2) إجراءات وتوصيات ندوة عمان، مرجع سابق، ص 5.

(3) (م/94ف1) من قواعد روتردام لسنة (2008)، ومن أوائل الدول المصدقة على الاتفاقية (اسبانيا في 19/1/2011، توغو في 17/7/2012، الكونغو في 28/1/2014، الكاميرون في 11/10/2017).

تضعهما، وإنما يمكن أن يكون في الإطالة واستخدام اللغة دون عناية⁽¹⁾. وبدورنا نحن نتفق مع الرأي القائل بأن هذا المنهج التفصيلي لأحكام الاتفاقية من شأنه أن يحقق التسلسل المنطقي والوضوح والشفافية في تنظيم التزامات طرفي عقد النقل البحري.

وتشتمل قواعد روتردام⁽²⁾ على ثمانية عشر فصلاً تضم ستاً وتسعين مادة، تتعلق ست وثمانون منها بالأحكام الموضوعية، وتتناول المواد العشرة الأخيرة الأحكام الختامية.

ويتعلق الفصل الأول بأحكام عامة استهلها المادة الأولى بتعريف لجملة مصطلحات جاء ذكرها في نصوص هذه الاتفاقية، فقد عرفت بدقة كافة المصطلحات القانونية القديمة والمستحدثة التي استعملتها في متن نصوصها، وحددت المقصود بكل مصطلح بحيث لم تعط مجالاً لتفسيرات وتأويلات متناقضة، فقد عرفت المقصود بعقد النقل والناقل وقررت بين النقل الملاحي المنتظم والنقل الملاحي غير المنتظم، كما عرفت الطرف المنفذ والطرف المنفذ البحري، والشاحن والشاحن المستندي، والحائز والمرسل إليه، وحق السيطرة، والطرف المسيطر، كذلك عرفت مستند النقل والخطاب الإلكتروني وسجل النقل الإلكتروني، والعقد الكمي، كما حددت المقصود بالسفينة والبضائع والحاوية والعربة وغيرها من المصطلحات⁽³⁾. ونصت المادة الثانية على مراعاة الطابع الدولي عند تفسير هذه الاتفاقية وتطبيقها بشكل يراعي فيه التزام حسن النية⁽⁴⁾، ونصت المادة الثالثة على أن يتم توجيه الإشعارات والإعلانات والتعبيرات بالموافقة أو القبول وغيرها من الخطابات كتابة، وأنه يجوز استخدام الاتصالات الإلكترونية لهذه الأغراض بموافقة المرسل والمرسل إليه، ونصت المادة الرابعة على سريان الدفع وحدود المسؤولية المخولة للناقل على تابعيه، وكذا إنتفاع الشاحن والشاحن المستندي أو المتعاقدين معهما من الباطن، أو كلاهما، أو مستخدمهما بالدفع المخولة للشاحن.

وتعرض الفصل الثاني لمسألة جوهرية وهي: تحديد نطاق تطبيق الاتفاقية، والقاعدة التي وضعتها في هذا الشأن هي: سريان الاتفاقية على كل عقد نقل بضائع بالبحر إذ وقع بين دولتين مختلفتين، وذلك إذا كان مكان التسليم أو التسليم المعين في العقد واقعاً في دولة متعاقدة، أو إذا كان ميناء التحميل أو التفريغ المعين في العقد واقعاً في دولة متعاقدة، ولا عبرة فيما يتعلق بتحديد نطاق تطبيق الاتفاقية بجنسية السفينة أو بجنسية أي شخص له شأن في عقد النقل، هذا ولا تسري الاتفاقية على عقد إيجار السفينة، أو العقود الأخرى المتعلقة باستخدامها، أو أي حيز عليها، ولكن إذا صدر مستند نقل أو سجل إلكتروني في حالة عدم وجود مشاركة إيجار لاستخدام سفينة أو أي حيز عليها سرت أحكام الاتفاقية على المستند أو السجل المذكور بالقدر الذي ينظم العلاقة بين الناقل وحامل هذا السند أو السجل.

(1) TETLEY(W), Some General criticisms of the Rotterdam Rules, 20 December, 2008.

(2) للاطلاع على عرض تحليلي لاتفاقية روتردام ينظر: د. محمود بهي الدين، أضواء على إصدارات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، دورية تصدر عن مجمع المنظمة البحرية الدولية بالأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، مارس 2009، منشور عبر

www.amtcc.com/imosite/March2009.pdf

(3) بينما اقتصر قواعد هامبورج لسنة (1978) على تعريف المصطلحات الأتية: (الناقل، الناقل الفعلي، الشاحن، المرسل إليه، البضائع، عقد النقل البحري، سند الشحن، الكتابة التي تشمل البرقية والتكس).

(4) د. أحمد حسني، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 49.

ونظم الفصل الثالث: الأحكام المتعلقة بسجلات النقل الإلكتروني، فنصت المادة الثامنة على طريقة استخدام هذه السجلات وأوضحت بأن لها ذات الفعالية التي يرتها مستند النقل أو حيازته أو حالته بشرط موافقة الناقل والشاحن على ذلك، وبينت المادة التاسعة: إجراءات استخدام سجلات النقل الإلكتروني القابلة للتداول، ونصت المادة العاشرة على أن يفقد سجل النقل الإلكتروني فعاليته أو صلاحيته إذا اتفق الناقل والحائز على إبداله بمستند نقل قابل للتداول.

وتضمن الفصل الرابع: التزامات الناقل التي تلخص في نقل البضاعة إلى مكان المقصد، ثم تسليمها إلى المرسل إليه وحدود الفترة التي يسري فيها هذا الالتزام هي الفترة منذ اللحظة التي يتسلمها الناقل من الشاحن أو نائبه أو من الجهة التي توجب القواعد السارية في مكان التسليم، بتسليم البضاعة إليها إلى اللحظة التي يقوم فيها الناقل بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه، أو بتسليمها إلى أية جهة أخرى بموجب القواعد السارية في مكان الاستلام، وهذا ويقوم الناقل أثناء مدة التزامه بتحميل البضاعة أو مناولتها وتسيبها وتفريغها - إلا إذا اتفق في العقد على أن يتولى الشاحن أو الشاحن المستندي أو المرسل إليه القيام بهذه الأعمال- ويلتزم الناقل أيضا بجعل السفينة صالحة للإبحار وتطعيمها وتزويدها بالمعدات والإمدادات على نحو ملائم طوال الرحلة، ويجوز للناقل أن يرفض تسلّم البضاعة أو تحميلها إذا كانت تشكل خطرا فعليا على الأشخاص أو الممتلكات أو البيئة، والتضحية بها أثناء الرحلة البحرية إذا أصبحت تمثل هذا الخطر بعد ذلك دون دفع تعويضات.

وتناول الفصل الخامس: جوهر الاتفاقية وهو موضوع مسؤولية الناقل البحري، ووضعت الفقرة الأولى من المادة السابعة عشر، الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية وهو: الناقل لا يكون مسئولاً عن هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في تسليمها إلا إذا أثبت المطالب بأن الهلاك أو التلف أو التأخير أو الحدث أو الظرف الذي تسبب أو أسهم فيه قد وقع أثناء مدة التزام الناقل المشار إليها في الفصل السابق، وعددت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة السابعة عشر من الاتفاقية حالات إعفاء الناقل من كامل المسؤولية، أو من جزء منها في عدد 16 حالة، ونقلت الفقرتان 4 و 5 من الاتفاقية المسؤولية على أساس الخطأ الواجب الإثبات من جانب الشاحن، وقضت المادة الثامنة عشر بمسؤولية الناقل عما يحدث من إخلال بالواجبات بمقتضى هذه الاتفاقية نتيجة فعل أو إهمال يقع من أي طرف منفذ أو من ربان السفينة أو طاقمها أو مستخدم الناقل أو الطرف المنفذ، أو أي شخص آخر يؤدي أيا من واجبات الناقل بناء على طلبه أو تحت إشرافه أو سيطرته، وقضت المادة التاسعة عشر بمسؤولية الأطراف المنفذة البحرية، وهي لا تخرج عن الأحكام المقررة بالقواعد العامة، ونصت المادة العشرون بأن: لا تتجاوز المسؤولية الجماعية والفردية الحدود الواردة في الاتفاقية، ونصت المادة الحادية والعشرين: بأن التأخير في التسليم يحدث عندما لا تسلّم البضاعة في مكان المقصد المنصوص عليه في عقد النقل خلال الفترة المتفق عليها، وبينت المادة الثانية والعشرون: طريقة حساب التعويض الذي يدفعه الناقل عن هلاك البضاعة أو تلفها بالرجوع إلى قيمتها في مكان ووقت التسليم، ووضعت المادة الثالثة والعشرون: قرينة تقضي بافتراض تسليم الناقل للبضاعة وفقا لمواصفاتها الواردة في العقد، وعلى الشاحن - للمحافظة على حقوقه قبل الناقل- أن يوجه إشعارا إلى الناقل أو الطرف المنفذ بالهلاك أو التلف وطبيعته قبل وقت التسليم أو عنده أو في غضون سبعة أيام عمل

بعد تسليم البضائع إذا لم يكن الهلاك أو التلف ظاهراً، ولا يدفع أي تعويض فيما يتعلق بالتأخير ما لم يوجه الإشعار في غضون 21 يوماً من تسليم البضاعة بالخسارة التي نجمت عن التأخير.

وتكلم الفصل السادس عن بعض الأحكام الإضافية التي تتعلق بمراحل معينة من النقل فنصت المادة الرابعة والعشرون على: حكم الانحراف عن المسار، ومنعت المادة الخامسة والعشرون من نقل البضاعة على سطح السفينة من حيث المبدأ وأجازت الاستثناء من ذلك إذا اقتضى القانون ذلك، أو كانت البضاعة منقولة داخل حاويات، أو جرت الأعراف والممارسات على ذلك، وفي حالة المخالفة يحرم الناقل من الانتفاع بحدود المسؤولية المنصوص عليها في الاتفاقية، ونصت المادة السادسة والعشرون على عدم سريان أحكام الاتفاقية على الهلاك أو التلف الذي يصيب البضاعة أثناء النقل السابق أو اللاحق للنقل البحري، ويطبق في شأنه الصك الدولي الذي يحكم هذه المرحلة من النقل.

وانتقلت الاتفاقية في الفصل السابع إلى: بيان التزامات الشاحن تجاه الناقل، فنصت على التزامه بتسليم البضاعة جاهزة للنقل، وعندما يتولى تعبئتها في حاوية أو تحملها في عربة يتعين عليه أن يقوم بتستيف وربط وتثبيت المحتويات على نحو ملائم وبعناية، ويلتزم الشاحن أيضاً بالتعاون مع الناقل على توفير المعلومات والتعليمات اللازمة لمناولة البضائع ونقلها بصورة ملائمة، وكذا أية مستندات غير متاحة في حدود المعقول، وأقامت المادة الثلاثون مسؤولية الشاحن على أساس الخطأ الواجب الإثبات، فلا يسأل الشاحن عن الضرر الذي يصيب الناقل إلا إذا أثبت الناقل صدور الخطأ أو الإهمال منه أو من مستخدميه أو وكلائه، وفي حدود الجزء من الخسارة أو الضرر الذي وقع⁽¹⁾، وطالبت الاتفاقية الشاحن في المادة الحادية والثلاثين بتزويد الناقل في الوقت المناسب بالمعلومات الصحيحة اللازمة لإعداد تفاصيل العقد وإصدار مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني، وفرضت المادة الثانية والثلاثون على الشاحن في حالة وجود بضائع خطيرة إبلاغ الناقل بخطورة البضاعة قبل تسليمها بوقت مناسب وأن يضع عليها العلامات التي تفيد ذلك، ونصت المادة الثالثة والثلاثون على: فرض ذات المسؤوليات التي تقع على عاتق الشاحن على الشاحن المستندي مع تمتعه بكافة حقوقه ودفوعه، ونصت على مسؤولية الشاحن عن أي خلال بواجباته من جراء فعل أو إهمال يقع من أي من مستخدميه أو وكلائه.

ونظم الفصل الثامن مستندات النقل وسجلات النقل الإلكترونية مبينا كيفية إصدارها في صورة قابلة للتداول أو غير قابلة للتداول، والبيانات التي تذكر بها وما يترتب على إهمال ذكرها من آثار، والتحفظات التي يضيفها الناقل في حالة الشك في صحة البيانات الخاصة أو لم تكن لديه الوسائل للتحقيق من صحتها، وبينت المادة السابعة والثلاثون: الأثر القانوني لتحديد هوية الناقل واسمه في العقد من عدمه، وتتطلب المادة الثامنة والثلاثون وجوب توقيع الناقل أو من ينوب عنه على مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني، ووضعت المادة الثانية والأربعون قرينة غير قابلة لإثبات العكس عندما يذكر في العقد عبارة "أجرة النقل مدفوعة سلفاً" فإنه لا يجوز للناقل أن يتمسك تجاه الحائز أو المرسل إليه بعدم دفع أجرة النقل.

(1) Philippe Delebecque, La-responsabilité du chargeur dans ses relations avec le transporteur, Le point du vue Francais, D.M.F 2008,

وتضمن الفصل التاسع: الأحكام المتعلقة بتسليم البضاعة وذلك في المواد من (43 إلى 49) ولما كان التسليم عملاً قانونياً يرتب آثاراً قانونية مهمة، فمن الواجب على الناقل أو الطرف المنفذ التثبت من هوية الشخص المتقدم لاستلام البضاعة، بحيث يتأكد من أنه صاحب الحق في استلامها بالنظر إلى نوع مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني، ومدى قابلية للتداول من عدمه.

وقد عرضت قواعد روتردام للتسليم في أربع حالات حسبما يجوز حوالة الحق في البضاعة للغير من عدمه وهي: في حال عدم إصدار مستند نقل قابل للتداول أو سجل نقل إلكتروني قابل للتداول، وفي حال إصدار مستند نقل غير قابل للتداول يشترط تسليمه، وفي حال إصدار المعادل الإلكتروني لمستند نقل غير قابل للتداول يشترط تسليمه، وفي حال إصدار مستند نقل قابل للتداول أو سجل نقل إلكتروني قابل للتداول. واعدت المادة الثامنة والأربعون الحالات التي تعد فيها البضاعة غير مسلمة وفي حال تحقق حالة من تلك الحالات يكون للناقل أن يتخذ أيًا من التدابير الآتية على نفقة صاحب البضاعة مثل: تحزين البضاعة في مكان مناسب، وفك رزم البضاعة إذا كانت مستتفة داخل حاويات أو نقلها إلى مكان آخر، وبيع البضاعة أو إتلافها وفقاً للممارسات المتبعة بالميناء، ويتعين على الناقل قبل أن يتخذ أيًا من التدابير المذكورة أن يوجه إخطاراً بذلك إلى الشخص الذي له الحق في البضاعة، وإذا بيعت البضاعة احتفظ بئمنها بعد اقتطاع التكاليف التي تكبدها، هذا ولا يكون الناقل مسؤولاً عما يحدث للبضاعة من هلاك أو تلف أثناء الوقت الذي تبقى فيه غير مسلمة، ما لم يثبت المطالب بأن ذلك الهلاك أو التلف نجم عن عدم اتخاذ الناقل التدابير المعقولة للحفاظ على البضاعة، وأجازت المادة التاسعة والأربعون للناقل الاحتفاظ بالبضاعة ضماناً لسداد المبالغ المستحقة له.

وتولى الفصل العاشر: بيان الأحكام التي تتعلق بالطرف المسيطر (حق السيطرة)، ويقصد به الشاحن أو المرسل إليه، أو الشاحن المستندي، أو أي شخص آخر إذا عين الشاحن أيًا منهم في عقد النقل، وبينت المادة الخمسون حقوقه في الآتي:

أ- توجيه أو تعديل تعليمات بشأن البضاعة.

ب- تسليم البضاعة في ميناء توقف.

ج- الاستعاضة عن المرسل إليه بأي شخص آخر.

وأجازت المادة الحادية والخمسون للطرف المسيطر إحالة حق السيطرة إلى شخص آخر، وتصبح له كافة حقوقه عندما يبلغه المحيل بتلك الإحالة، وألزمت المادة الثانية والخمسون الناقل بتنفيذ التعليمات التي تصدر له ممن يمارس حق السيطرة بعد التأكد من هويته طالما أن هذه التعليمات لا تتضارب مع أعمال النقل المعتادة، على أن يحصل الناقل من الطرف المسيطر على النفقات الإضافية المعقولة التي قد يتكبدها نتيجة تنفيذ هذه التعليمات، وتكلمت المواد التالية في هذا الفصل على حق الطرف المسيطر في إدخال تغييرات على عقد النقل بالاتفاق مع الناقل، والتزام الطرف المسيطر بتزويد الناقل في الوقت المناسب بالمعلومات أو التعليمات أو المستندات الإضافية التي يحتاج إليها لأداء واجباته بمقتضى عقد النقل.

وتناول الفصل الحادي عشر: أحكام إحالة الحائز والحقوق التي يتضمنها مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني القابلين للتداول إلى شخص آخر، ويتحمل الحائز ما يفرضه عقد النقل من مسؤوليات متى كانت مدرجة في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني.

وتكلم الفصل الثاني عشر عن: حدود مسؤولية الناقل البحري، وفرقت المادتان 59، 60 بين المسؤولية عن الهلاك أو التلف من جهة، والمسئولية عن التأخير من جهة أخرى، وفيما يتعلق بتحديد مسؤولية الأولى (الهلاك أو التلف) وضعت الاتفاقية ضابطا مزدوجا هو: التحديد على أساس وحدة الشحن (الطرود)، والتحديد على أساس الوزن على أن يؤخذ بأعلى الحدين، وحددت الاتفاقية حد المسؤولية على أساس وحدة الشحن ب(875) وحدة حسابية عن كل طرد هلك أو تلف⁽¹⁾، وحددتها على أساس الوزن في ثلاث وحدات حسابية عن كل كيلوجرام من الوزن الإجمالي للبضائع التي هلكت أو تلفت⁽²⁾، أما حد المسؤولية في حالة التأخير، فقد جعلته بما يعادل مثلي ونصف أجره النقل المستحقة الدفع عن البضائع المتأخرة بشرط ألا يجاوز هذا المبلغ مجموع أجره النقل كما يعينها عقد النقل⁽³⁾، هذا وإذا اجتمع الهلاك أو التلف والتأخير، فلا يجوز أن يجاوز التعويض حدود المسؤولية بفرض هلاك البضاعة كلياً. وينت الفقرة الثالثة من المادة 59 المقصود من الوحدة الحسابية التي تحدد بموجبها المسؤولية فقالت: هي حقوق السحب الخاصة كما يحددها صندوق النقد الدولي، وتحول المبالغ التي ذكرتها هذه المادة إلى العملة الوطنية تبعاً لقيمتها في تاريخ الحكم بالتعويض، أو في التاريخ الذي يتفق عليه أطراف الدعوى أو التحكيم، وإذا كانت الدولة المتعاقدة عضواً في صندوق النقد الدولي، فإن عملتها الوطنية تحسب بالقياس إلى حقوق السحب الخاصة وفقاً لطريقة التقييم التي يضعها صندوق النقد الدولي، والتي تكون سارية في تاريخ الحكم أو في التاريخ المتفق عليه. وتكلمت المادة 61 عن الفرض الذي يحرم فيه الناقل أو أحد تابعيه أو نائبه من ميزة تحديد المسؤولية، وهو الفرض الذي يثبت فيه بأن الهلاك أو التلف أو التأخير نتج عن فعل أو امتناع صدر من الشخص المطالب بحق في الحد من المسؤولية بقصد إحداث الضرر أو برعونة مصحوبة بإدراك بأن ضرراً يمكن أن يحدث.

وعرض الفصل الثالث عشر: الأحكام التي تتعلق بتقادم الدعاوي الخاصة بنقل البضائع بالبحر، فجعلت مدة التقادم سنتين تسري من يوم قيام الناقل بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه، وفي الحالات التي لا يقع فيها التسليم تسري المدة من آخر يوم كان يجب أن يتم فيه التسليم، وهذا التقادم لا يتعلق بالدعاوي التي يوجهها الناقل إلى الشاحن فحسب، وإنما يشمل جميع الدعاوي المتعلقة بالنقل البحري ماعدا رجوع الملتزمين بعضهم على البعض الآخر، فإنها تظل قائمة ولو انقضت مدة هذا التقادم - إذا كانت مدة تقادمها وفقاً لقانون الدولة- التي تقام فيها الدعوى لا تزال سارية، واشترط لذلك ألا تقل هذه المدة الأخيرة عن تسعين يوماً من يوم توجيه الدعوى في دعوى الرجوع بالوفاء، أو في الوقت المسموح به طبقاً لقانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى إذا كانت تخالف الفترة المنصوص عليها، أي: التسعون يوماً.

(1) بزيادة قدرها 40 وحدة حسابية عما حدده قواعد هامبورج لسنة 1978.

(2) بزيادة قدرها 0,5 وحدة حسابية عما حدده قواعد هامبورج لسنة 1978.

(3) وهو ذات النهج الذي إتبعته قواعد هامبورج لسنة 1978.

وتناول الفصل الرابع عشر: أحكام الولاية القضائية في الدعاوي المتعلقة بالنقل، وهيأت للمدعي اختياراً بين جملة محاكم ليقوم دعواه أمام أكثرها ملاءمة له، وذلك ما لم يتضمن عقد النقل اتفاقاً بتحديد محكمة بذاتها، أما الاختيار عند عدم الاتفاق على محكمة مختصة، فيدور بين المحاكم الآتية: (مقر الناقل أو المنفذ البحري، مكان التسلم المتفق عليه، مكان التسليم المتفق عليه، ميناء الشحن، ميناء التفريغ، الميناء الذي يقوم فيه المنفذ البحري بأنشطته)، هذا وتشترط المادة 67 عند الاتفاق على محكمة بعينها أن يثبت هذا الاتفاق في عقد يبين بوضوح اسمي الطرفين وعنوانيهما والمحكمة التي تم تحديدها على أن تكون في دولة متعاقدة ولا يلتزم الشخص الذي لم يكن طرفاً في هذا العقد بالاتفاق إلا إذا كانت المحكمة واقعة في أحد الأماكن المتروك اختيارها للمدعي حسبما نصت عليه المادة 66 من الاتفاقية، وكان هذا الاتفاق وارداً في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني، وأبلغ به هذا الشخص في الوقت المناسب، وكان قانون المحكمة يعترف بجواز إلزام ذلك الشخص بهذا الاتفاق، هذا وقد اشترطت المادة 74 للاعتراف بقرار المحكمة وإنفاذه أن تعلن كلا الدولتين المتعاقدين في أي وقت أنها ملزمة بأحكام الفصل الرابع عشر من الاتفاقية.

ولما كان الغالب أن يلجأ الخصوم إلى التحكيم، فقد تولى الفصل الخامس عشر بيان الأسس التي يجب اتباعها فيه بأن يحزر اتفاق بشأنه ويجري التحكيم حسب اختيار المدعي في أحد الأمكنة السالف ذكرها التي تقام فيها الدعوى إذا رفعت أمام القضاء العادي، ولا يكون الشخص الذي ليس طرفاً في العقد ملزماً بمكان التحكيم المحدد في الاتفاق إلا إذا كان أحد الأمكنة المنصوص عليها، وكان مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني يتضمن هذا الاتفاق، على أنه يوجه لذلك الشخص إشعار واف بمكان التحكيم في وقت مناسب.

هذا ويجوز لطرفي النزاع أن يتفقا بعد نشوء النزاع على تسويته عن طريق التحكيم في أي مكان دون التقيد بتلك الأحكام وبصفة عامة لا تلزم أحكام هذا الفصل سوى الدول المتعاقدة التي أعلنت التزامها بها⁽¹⁾.

وتضمن الفصل السادس عشر: صحة الأحكام التعاقدية، فنصت المادة 79 على: بطلان الشروط التي تخالف أحكام الاتفاقية، وينصرف البطلان إلى الشرط وحده، ولكن طبقاً للمادة 80 فإنه لا حرج إن كان مبنى الشرط حقوقاً أو واجبات ومسئوليات أكثر أو أقل من تلك التي تفرضها الاتفاقية بالنسبة للعقد الكبي أي: الذي يرم بشأن نقل كمية محددة من البضاعة في سلسلة من الشحنات خلال فترة زمنية متفق عليها مع بعض الاستثناءات.

وأجازت المادة 81 أن ينص في عقد النقل على استبعاد واجبات أو مسئولية الناقل إذا كانت البضاعة حيوانات حية، أو ذات طبيعة خاصة، لكن لن يكون لهذا الاستبعاد أثر إذا أثبت المدعي بأن هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخر في تسليمها كان ناتجاً عن فعل أو إهمال من جانب الناقل أو أحد تابعيه أو نائبه ارتكب عن قصد أو استهتار.

ونظم الفصل السابع عشر: العلاقة بين الاتفاقية والاتفاقيات الدولية الآتية: اتفاقية النقل الجوي، واتفاقية النقل البري، واتفاقية النقل بالسكك الحديدية، واتفاقية باريس المتعلقة بالمسئولية المدنية عن الحوادث

(¹)BERLINGIERI, Francesco, et al., A comparative analysis of the Hague –Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam

النوعية، وكذا العلاقة بين الاتفاقية وأي قانون وطني ينظم الحد من المسؤولية أو المسائل المتعلقة بتسوية العوارية العامة.

ويتعلق الفصل الثامن عشر: بالأحكام الختامية الخاصة بالتوقيع على الاتفاقية والتصديق عليها، وقبولها وإقرارها والانضمام إليها، وعلى الدول المصدقة أن تنسحب في ذات الوقت من الاتفاقيات السابقة، وعدم السماح بوضع التحفظات على نصوص هذه الاتفاقية من قبل الدول المصدقة عليها، مع إعطاء الدول المصدقة طابعا اختياريا بخصوص الفصول المتعلقة "الولاية القضائية، والتحكيم".
الخصائص العامة لقواعد روتردام:

تتصف قواعد روتردام مقارنة بالاتفاقيات الدولية السابقة بعدة خصائص يمكن استخلاصها من خلال تعليقات الفقهاء على نصوص الاتفاقية ومن أهم هذه الخصائص:
(أ) الجمع بين الحدثة والتقليد:

من العناصر الإيجابية لقواعد روتردام، إنها تبيّن الفرصة لسرعة تطبيق القواعد على انظمة النقل الحديثة كالنقل بالحاويات، والنقل متعدد الوسائط وباستخدام وثائق النقل الإلكترونيّة هذا من ناحية⁽¹⁾.
ومن ناحية أخرى فمن الواضح إن قواعد روتردام لم تأت بقواعد غريبة عن أوساط النقل بشكل عام، فهي تتضمن إلى حد بعيد أحكاما مستمدة من معاهدة بروكسل، بل هي تصحيح وتطوير لها⁽²⁾. كما جاءت صياغتها متمشية مع صياغة اتفاقية هامبورج للنقل البحري، حيث إن الهدف الأساسي هو: مواكبة النقل الحديث مع عدم التغيير بكثير من القواعد الدولية السابقة⁽³⁾.
(ب) استخدام مصطلحات جديدة:

استخدمت قواعد روتردام العديد من المصطلحات التي لم تستخدم في الاتفاقيات السابقة ومن هذه المصطلحات: (العقد الكمي، الطرف المنفذ، الطرف المنفذ البحري، سجل النقل الإلكتروني، الطرف المسيطر، حق السيطرة، أجرة النقل).
(ج) تتضمن الاتفاقية أحكاما واضحة في مجملها:

تطرقت قواعد روتردام إلى تفاصيل المسائل المتعلقة بالنقل البحري ووضعت لها الأحكام القانونية المنظمة، وتصورت الفروض الممكنة، وسنت لها الأحكام القانونية المناسبة، بما لا يدع مجالاً واسعاً لجهود التفسير والتأويل، وإن وجدت بعض الأحكام القليلة التي تتصف بالغموض.
(د) توسيع التزامات الناقل ومدة مسؤوليته:

وسعت قواعد روتردام من التزامات الناقل مقارنة مع الاتفاقيات البحرية السابقة، ومن أوجه هذا التوسع:

(1) Elodie Baquier, L'impact des Futurs règles de Rotterdam sur la " supply chain . New sletter du centre de droit Maritime et des transports, Mai 2010

(2) Philippe Delebecque , Règles de Rotterdam , Règles de La Haye Visby, Règles de Hambourg, Forces et faiblesses respectives , de droit , paris .p.3.

(3) Filippo Lorenzon / Transport documents through the bankers' sieve: Rotterdam Rules v UCP 600 ACCML 09- Bibliotheca Alexandrina Alexandria, Egypt 19 T h April 2009.P.1

- جعلت قواعد روتردام التزام الناقل بتوفير سفينة معينة صالحة للإبحار وتطبيق السفينة وتزويدها بالمعدات والإمدادات، يبدأ قبل الرحلة البحرية وفي بدايتها وأثناءها حتى نهايتها، وبمعنى أوضح: فقد جعلت التزام الناقل في هذا الصدد التزاما مستمرا يبدأ قبل الرحلة، ويبقى مستمرا إلى انتهائها.

- وسعت قواعد روتردام من مدة مسئولية الناقل لتطبيق أحكامها على مدة نقل البضائع من باب الشاحن إلى باب المرسل إليه، بشرط أن تكون ضمن عملية النقل رحلة بحرية، وبمعنى أوضح: يمكن أن تشمل مدة النقل البحري وسائط نقل أخرى مثل: النقل بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية أو النقل النهري بشرط أن تتضمن فترة النقل رحلة بحرية⁽¹⁾.

(هـ) تحقيق التوازن بين أساس مسئولية كل من الناقل والشاحن:

وضعت قواعد روتردام قواعد متوازنة إلى حد بعيد لأساس مسئولية كل من الناقل والشاحن، راعت فيها تحقيق العدالة إلى حد ما، فأقامت مسئولية الناقل عن هلاك البضاعة، أو تلفها أو التأخير في تسليمها على أساس الخطأ المفترض إذا أثبت المطالب بأن الضرر الذي لحق البضاعة قد وقع أثناء مدة التزام الناقل، وفي المقابل، أعفت الاتفاقية الناقل من المسئولية إذا أثبت إن سبب الهلاك أو التلف أو التأخير لا يعزى إلى خطأ ارتكبه هو أو أحد تابعيه، أو إن واحدا أو أكثر من الحالات المستثناة المنصوص عليها في المادة (م/17 ف3) قد تسبب أو أسهم في حدوث الهلاك أو التلف أو التأخير. أما فيما يتعلق بأساس مسئولية الشاحن، فقد أقامت قواعد روتردام المسئولية على أساس الخطأ واجب الإثبات، لا على الخطأ المفترض بعكس الحال في مسئولية الناقل تجاه الشاحن. وفي المقابل، أعفت الاتفاقية الشاحن من المسئولية إذا أثبت أن سبب الهلاك أو التلف أو التأخير لا يعزى إلى خطأ ارتكبه هو أو أحد تابعيه، وهو ذات الأساس الذي بنيت عليه أحكام إعفاء الناقل من المسئولية.

وتجدر الإشارة هنا بأننا لا نقصد بقولنا: إن قواعد روتردام تحقق التوازن بين حقوق والتزامات الناقل وحقوق والتزامات الشاحن وبأن هذه القواعد الجديدة قد جاءت خالية من بعض النصوص التي تشهد اختلالا في هذا التوازن، وإنما نقصد من ذلك: إن الإطار العام لأحكام قواعد روتردام يقيم هذا التوازن وإن بقيت بعض الأحكام التي تجسد الاختلال.

(و) الاعتماد على إرادة الأطراف:

اعتمدت قواعد روتردام على مبدأ الحرية التعاقدية، فأرجعت مدة مسئولية الناقل للبضائع إلى إرادة طرفي عقد النقل فيجوز للطرفين أن يتفقا على وقت ومكان تسلّم البضائع وتسليمها في حدود معينة، ويجوز للناقل والشاحن أن يتفقا على أن يتولى الشاحن أو المرسل إليه تحميل البضائع أو تناولتها أو تسليمها أو تفرغها على أن يشار إلى ذلك الاتفاق في تفاصيل العقد.

(¹)CHAMI(D.-E),The-Obligation-of-the- Carrier, at <http://web.uct.ac.za/depts/shiplaw/cmi/cmirus.htm>

الخاتمة

استهدفت هذه الدراسة معرفة ما هو الجديد في التنظيم القانوني للنقل البحري الدولي للبضائع من خلال تسليط الضوء على أحدث الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، وهي اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع بالبحر كلياً أو جزئياً المسماة اختصاراً (قواعد روتردام).
واتضح لنا من خلال الدراسة السابقة، تغيير قواعد روتردام لنطاق عقد النقل البحري للبضائع، بحيث لم يعد يعتمد على النقل البحري الكلي، بل أصبح يشمل وسائل نقل أخرى غير بحرية تسري عليها أحكام عقد النقل البحري للبضائع.
نتائج الدراسة:

توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج نوجزها فيما يلي:

- 1- إقرارات اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع بطريق البحر كلياً أو جزئياً من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 11 كانون الأول / ديسمبر 2008 وأذنت بتنظيم حفل التوقيع عليها في 23 أيلول / ستمبر 2009 في روتردام، هولندا، إلا أن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التطبيق إلا بعد سنة من مصادقة عشرين دولة عليها.
- 2- أخذت قواعد روتردام في اعتبارها التطور التقني الذي حدث لقطاع النقل البحري، وصدور العديد من قوانين التجارة الإلكترونية التي تعتد بالمستند الإلكتروني وتمنحه قوة الإثبات، وقد تبلور اهتمام الاتفاقية بهذه المتغيرات في صورة نصوص تنظم ما اسمته سجل النقل الإلكتروني، وسوف يترتب على اعتراف الاتفاقية الجديدة بالمستندات الإلكترونية تقليل النفقات وسرعة أداء عملية النقل البحري للبضائع.
- 3- وظائف مستند النقل البحري الإلكتروني: "سجل النقل الإلكتروني" لا تختلف عن الوظائف التقليدية لمستندات النقل البحري الورقية، فلمستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني ثلاثة وظائف أساسية، وهي: مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني يعد إيصالا من الناقل أو الطرف المنفذ بتسلم البضاعة، وأداة لإثبات عقد النقل البحري، كما إنه يمثل البضاعة المنقولة ويقوم مقامها ويعتبر أداة للانتماء.
- 4- يحتوي مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني على مجموعة من البيانات متعلقة بالبضاعة طبقاً لما يقدمه الشاحن، وبيانات متعلقة بالأطراف مثل: اسم الناقل واسم الشاحن والمرسل إليه إذا كان الشاحن قد سماه، وبيانات متعلقة بالاماكن والتواريخ مثل: مكان التسليم و تعيين ميناء الشحن، وميناء التفريغ، وبيانات متعلقة بمستند النقل بحد ذاته، مثل: عدد النسخ الأصلية إذا كان قابلاً للتداول، ومكان إصداره، وتوقيع الناقل عليه أو توقيع الشخص المفوض من قبله.
- 5- أوردت اتفاقية روتردام عدداً من الالتزامات في ذمة كل من الناقل والشاحن بطريقة تعطي الحرية الكاملة في الاتفاق على عكسها أو اتباع العرف البحري السائد.
- 6- خصصت اتفاقية روتردام الفصل الرابع منها لبيان التزامات الناقل، فأوردت التزاماً عاماً على الناقل بإتمام عملية النقل الموكلة إليه، ثم أوردت التزامات معينة تتعلق بالرحلة البحرية فحسب، كما أرست التزامات الناقل في التعامل مع البضاعة منذ استلامها إلى تسليمها.
- 7- وسعت اتفاقية روتردام من التزامات الناقل مقارنة باتفاقية بروكسل فتنص المادة (14م) من اتفاقية روتردام على: واجب الناقل في إعداد سفينة صالحة للإبحار وجعل وإبقاء عنابر السفينة والحوابيات المقدمة منه

- مهيئة وأمنة لتلقي ونقل وحفظ البضاعة. وهذا يعني: إن التزامات الناقل الخاصة بالرحلة البحرية طبقا لقواعد روتردام إنما هو التزام ابتداء وانتهاء، يتعين على الناقل بمقتضاه الالتزام به حتى نهاية الرحلة، هذا بخلاف التزام الناقل في ظل أحكام اتفاقية بروكسل وكذا (القانون الأردني) التي تلزم الناقل بجعل السفينة صالحة للملاحة وإعداد عنابرها في حالة صالحة قبل السفر، وعند البدء فيه فقط أي: إن هذا الالتزام هو ابتداء ليس إلا.
- 8-وسعت قواعد روتردام من واجبات الناقل نحو التعامل مع البضاعة، فتنص على أن يقوم الناقل أثناء مدة التزامه، بتسلم البضاعة وتحميلها ومناولتها وتستيفها وحفظها والاعتناء بها وتفريغها وتسليمها، بما يلزم لذلك من عناية ودقة. وبالتالي تكون اتفاقية روتردام قد ألقت على عاتق الناقل واجبي استلام البضاعة من الشاحن وتسليمها إلى المرسل إليه.
- 9-اهتمت قواعد روتردام أكثر من غيرها من الاتفاقيات البحرية السابقة، والتشريعات البحرية الوطنية بتحديد واجبات الشاحن، وخصصت لهذا الأمر فصلا كاملا، بالإضافة إلى نصوص متفرقة أخرى في بقية فصول الاتفاقية.
- 10-وضعت قواعد روتردام صراحة على عاتق الشاحن التزامات معينة كالالتزام بتسليم البضائع إلى الناقل جاهزة للنقل، والالتزام بتوفير المعلومات والتعليمات والمستندات المتعلقة بالبضاعة المنقولة، وكافة المعلومات اللازمة لإعداد تفاصيل العقد، والالتزام بالتعاون بينه وبين الناقل بتبادل البيانات، وبالإضافة إلى هذه الالتزامات التي نصت عليها قواعد روتردام صراحة، ألزمت الشاحن بالالتزامات أخرى لم تنص عليها صراحة، ولم تنظم بشكل مستقل، وإنما اكتفت بالإشارة إليها فقط كالالتزام بدفع الأجرة إعمالا (لتعريف عقد النقل)، والالتزامات التي تفرض عليه الاتفاق بينه وبين الناقل إعمالا لحكم (م13/ف2) منها.
- 11-اهتمت قواعد روتردام اهتماما بالغاً بالالتزام الشاحن بتسليم البضاعة إلى الناقل، واهتمت أكثر بوصف حالة البضاعة التي يجب أن يسلمها الشاحن إلى الناقل، ووصفتها بأنها يجب أن تتحمل ظروف النقل المعتمَر القيام به وإلا تسبب أذى للأشخاص أو الممتلكات.
- 12-استحدثت قواعد روتردام تنظيما يتعلق بالنقل بالحاويات، فقد أوجبت على الشاحن بتستيف البضاعة داخل الحاويات وتثبيت هذه البضاعة، وتثبيت الحاوية أيضا بشكل لا يسبب ضررا للأشخاص أو البضائع الأخرى.
- 13-عالجت قواعد روتردام التزام الشاحن بتوفير البيانات والمعلومات معالجة خاصة تتميز بها عن الاتفاقيات البحرية السابقة، فقد فرقت قواعد روتردام بين نوعين من البيانات والمعلومات: الأول، المتعلق بالبيانات والتعليمات والمستندات الخاصة بالبضاعة والتي قد تتطلبها السلطات العمومية، فقد أقامت مسؤولية الشاحن عن عدم صحة هذه البيانات على أساس الخطأ واجب الإثبات. الثاني: البيانات اللازمة لعقد النقل ذاته، فقد أقامت مسؤولية الشاحن عن عدم صحتها على أساس الضمان.
- 14-استحدثت قواعد روتردام التزاما جديدا يقع على الناقل والشاحن، ألا وهو الالتزام بالتعاون بينهما، ويتمثل هذا الالتزام في تبادل الشاحن والناقل المعلومات والتعليمات اللازمة لمناولة البضائع ونقلها بصورة صحيحة وملائمة لطبيعتها.

15-وسعت قواعد روتردام من نطاق انطباقها ونشرها على أكبر قدر ممكن من عقود النقل البحري الدولي للبضائع، وذلك من خلال تبني عدة معايير لانطباقها، الأمر الذي سيسهم في إعطاء الاتفاقية قوة دافعية عند تطبيقها.

16-وسعت قواعد روتردام من نطاق انطباقها من حيث الزمان في ظل نظام قانوني يعطي للأطراف حرية في تحديد مدة الانطباق، ويشمل هذا النظام الفترة الممتدة من مكان التسليم إلى مكان التسليم، الأمر الذي سيؤدي إلى حل المشاكل القانونية الناجمة عن عمليات النقل اللاحقة على تسليم البضاعة في ميناء التفريغ، والسابقة على تسليم البضاعة في ميناء الشحن.

17-وسعت اتفاقية روتردام بالنسبة لنطاق مسؤولية الناقل من حيث الأشخاص حيث إنها تنطبق على أي شخص يستعين به الناقل بصورة مباشرة أو غير مباشرة .

18- يعنى الناقل من المسؤولية إذا أثبت بأنه ووكلائه ومستخدميه، لم يرتكبوا أي خطأ أدى إلى وقوع الضرر، أو إذا أثبت بأن الهلاك أو التلف أو التأخير في تسليم البضاعة مرجعه السبب الأجنبي، الذي يتمثل في القوة القاهرة أو خطأ الغير أو العيب الذاتي في البضاعة أو خطأ الشاحن، وهي التي تسمى بحالات الإعفاء الخارجة عن إرادة الناقل.

19- ألغت قواعد روتردام حق الناقل في الإعفاء من المسؤولية عن هلاك البضاعة أو تلفها، الذي ينتج بسبب عدم صلاحية السفينة للملاحة الذي يستجد بعد بدء السفر، وهو الحق الذي يتمتع به الناقل في ظل اتفاقية بروكسل .

20-ألغت قواعد روتردام حق الناقل في الإعفاء من المسؤولية عن أعمال أو إهمال أو خطأ الريان أو البحار أو المرشد أو مستخدمي الناقل في الملاحة أو في إدارة السفينة، وهي الميزة الخطيرة التي تقدمها اتفاقية بروكسل .

21-تفرق قواعد روتردام بين إنقاذ أو محاولة إنقاذ الأرواح في البحر، وبين إنقاذ أو محاولة إنقاذ الأموال في البحر، ففي حالة إنقاذ الأموال في ظل قواعد روتردام يتعين بذل تدابير معقولة للإنقاذ، أما في حالة إنقاذ الأرواح، فلا تشترط مثل هذه التدابير المعقولة.

22- تنفرد قواعد روتردام بين اتفاقيات النقل البحري، باعتنائها بإجراءات تفادي الإضرار بالبيئة بشكل عام. فتنص على: إعفاء الناقل من المسؤولية إذا ثبت أن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير في توصيلها، قد حدث بسبب اتخاذ الناقل تدابير معقولة لتفادي الإضرار بالبيئة أو محاولة تفاديها.

23-أتت قواعد روتردام بحكم مستقل يعفي الناقل من المسؤولية عن أعمال تحميل البضاعة أو مناولتها أو تستيفها أو تفريغها التي يؤديها الشاحن بالاتفاق مع الناقل بشرط الإشارة إلى هذا الاتفاق في عقد النقل.

24-أبطلت قواعد روتردام مثلها في ذلك مثل الاتفاقيات البحرية السابقة شروط الإعفاء من المسؤولية بالنص في (م79) منها على أن: كل شرط يرد في عقد النقل البحري أو في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني يكون مخالفا بشكل مباشر أو غير مباشر لأحكام هذه الاتفاقية، يعتبر باطلا ولاغيا في حدود مخالفته لها.

25-أتت اتفاقية روتردام بحكم جديد لم يسبقها في ذلك الاتفاقيات البحرية السابقة، فقد أعلنت مبدأ سلطان الإرادة عندما أجازت للناقل والشاحن الاتفاق على ما يخالف بعض أحكامها في نوع معين من عقود النقل وهو: العقود الكمية.

- 26- إن مسؤولية الناقل وفقا لأحكام قواعد روتردام محدودة بسقف معينة، يتم تقديرها بدلالة حقوق السحب الخاص، وهي في حالتي الهلاك أو التلف بما يعادل (8 75) وحدة حسابية لكل رزمة أو وحدة شحن أخرى، أو (3) وحدات حسابية لكل كيلوجرام من الوزن الإجمالي للبضائع، أي الحدين أعلى.
- 27- لم تعد اتفاقية روتردام في حالة التأخير في تسليم البضائع فيما يخص تعيين الحد الأعلى للتعويض على ضابط الطرد أو الوزن، وإنما على أجرة النقل، فجعلت الحد الأعلى بما يعادل ضعفي ونصف أجرة النقل الواجب دفعها عن البضائع المتأخرة.
- 28- إن مسؤولية الناقل المحدودة بسقف معينة، والتي يتم تقديرها بدلالة حقوق السحب الخاصة، وفقا لأحكام قواعد روتردام، قد تتحول إلى مسؤولية غير محدودة وذلك إذا:
- (أ) ارتكب الناقل أو أحد العاملين معه سلوكا عمديا تسبب في إحداث الضرر، أو سلوكا بلا مبالاة مع العلم باحتمال حدوث الضرر.
- (ب) تصريح الشاحن بقيمة البضاعة وإدراجها في تفاصيل العقد.
- 29- تقام دعوى مسؤولية الناقل وفقا لأحكام قواعد روتردام بعد توجيه الإشعارات المنصوص عليها، وفي حال عدم اتخاذ إجراءات التقاضي أو التحكيم خلال مدة سنتين، فإن أية دعوى تتعلق بالنقل البحري تسقط بالتقادم، وهي نفس المدة التي حددتها اتفاقية هامبورج وكذا (القانون المصري) بخلاف اتفاقية بروكسل وكذا (القانون الأردني) حيث حددت مدة التقادم بسنة واحدة فقط.
- 30- نظمت اتفاقية روتردام على وجه شامل الولاية القضائية للمحكمة التي ترفع أمامها دعاوى المسؤولية، ولم تشأ الاتفاقية أن تجعل اختصاص حصري لمحاكم بعينها، فخبرت ذوي الشأن الاتفاق على المحكمة التي يرفعون دعاويهم إليها حال نشوء النزاع، أكثر من ذلك، فقد اعتبرت الاتفاقية بأن الفصل (14) منها والذي ينظم مسألة الولاية القضائية، غير ملزم للدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية إلا بالنسبة لتلك الدول التي تعلن صراحة بأنها سوف تكون ملزمة بهذا الفصل.
- 31- نظمت اتفاقية روتردام التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع وجعلت الاتفاقية في الفصل (15) الذي نظم موضوع التحكيم، غير ملزم للدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية إلا بالنسبة لتلك الدول التي تعلن صراحة بأنها سوف تكون ملزمة بهذا الفصل، كما هو الشأن بالنسبة للولاية القضائية.

إنهاء الكراء التجاري وفق قانون رقم 49.16

هشام بولويز

باحث في صف الدكتوراه

قانون الأعمال والاستثمار

كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية

جامعة محمد الأول وجدة

مقدمة

سعيًا من المشرع المغربي لتحقيق التوازن بين ملاك العقارات المكترة المعدة للممارسة الأنشطة التجارية، والمكترين عمل على حماية حق المكترى في الاستمرار في استغلال المحل المكترى حتى بعد انتهاء مدة الكراء، وذلك من خلال آلية تجديد عقد الكراء، واعتبر كل الاتفاقات التي من شأنها حرمان المكترى من هذا الحق باطلة¹.

وهو بذلك يخرج عن القواعد العامة المنصوص عليها بقانون الالتزامات والعقود، والتي تقتضي بحماية حق الملكية المضمون دستوريا، وهذا الحق يخول لمالك العقار المكترى استرجاع عقاره في أي وقت شاء، على أن لا يتم ذلك بتعسف منه، ولتحقيق التوازن في هذه المعادلة الصعبة اهتدى المشرع لوسيلة تمكن مالك العقار المكترى من استرجاع عقاره، وكذا الحفاظ على مصالح المكترى.

وهي حالة التي يتم فيها إفراغ هذا العقار لفائدة مالكه مقابل تعويض للمكترى إن استحق ذلك، وللإفراغ مسطرة دقيقة يجب التقيد بها والتي تبتدأ بالإندار، إذ يلزم المكري بتوجيه مالك الأصل التجاري، يكشف له من خلاله عن رغبته في إنهاء عقد الكراء الرابط بينهما، وهذا ما تطرق له المشرع من خلال قانون 49.16، هذا القانون الذي خول للمكترى إمكانيتين لمواجهة الإنذار وهما المطالبة بتجديد العقد أو العقد أو القبول برغبة المكري، وله في هذه الحالة المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه.

¹ - يكون المكترى محقا في تجديد عقد الكراء متى توفرت مقتضيات الباب الأول من هذا القانون، ولا ينتهي العمل بعقود كراء المحلات والعقارات الخاضعة لهذا القانون إلا طبقا لمقتضيات المادة 25 وبعده...

المحور الأول: أسباب إنهاء الكراء التجاري

نص القانون رقم 49.16 على حق المكري في إنهاء عقد الكراء بشكل مطلق، وتمثل صور حق الإنهاء فيما يلي¹: الإفراغ للهدم وإعادة البناء (الفقرة الأولى) إفراغ المحل متى كان آيلاً للسقوط (الفقرة الثانية) أو الإفراغ المؤقت لتوسيع المحل أو تعليته (الفقرة الثالثة) وكذا إفراغ السكن الملحق بالمحل (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: الهدم وإعادة البناء

حسب المادة 9 من قانون رقم 49.16 بحق للمكثري المطالبة بالإفراغ لرغبته في هدم المحل وإعادة بنائه شريطة إثبات تملكه لمدة لا تقل عن سنة من تاريخ الإنذار وأدائه للمكثري مؤقتاً ما يوازي ثلاث سنوات مع الاحتفاظ له بحق الرجوع إذا اشتملت البناية على محلات معدة لممارسة نشاط مماثل تحدده المحكمة من خلال التصميم المصادق عليه من الجهة الإدارية المختصة على أنه يكون قدر الإمكان متطابقاً مع المحل السابق أو النشاط الممارس فيه، وقد سبق لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش أن قضت بأنه: "حيث إن الإنذار بالإفراغ الموجه إلى المستأنفة معلل بالرغبة في هدم المحل وإعادة بنائه قد أدلت المكثرية من أجل ذلك بتصميم البناء ورخصته وأن استمرار المستأنفة بطلب المستأنف عليها بالإدلاء بالإذن بالهدم غير مستند على أساس قانوني إذ يكفي أن يدلي المكري في هذا الحال بالتصميم ورخصة البناء المتعلقين بالمحل المطلوب وإفراغه لإثبات السبب كما أن حق الأسبقية في الرجوع إلى المحل بعد بنائه محفوظاً قانوناً للمكثري تحت قيد الشروط المنصوص عليها في الفصلين 13 و14 من ظهير 1955، وحيث إنه فيما يتعلق بإجراء خبرة لتحديد تعويض عن فقدان الأصل التجاري في حالة عدم البناء أو الحرمان من الحق في الرجوع، فإن هذه المحكمة لا ترى مانعاً من الأمر بها طالما أن الأمر يتعلق بخبرة احتمالية تحتفظ بها المكثرية للرجوع عليها عند الحاجة وتحمل مصاريفها²، وحسب المادة 10 من قانون 49.16 يتعين على المكري الشروع في البناء داخل أجل الشهرين من تاريخ الإفراغ، وفي حالة تعر ذلك يحق للمكثري الحصول على التعويض وفق مقتضيات المادة 7 من نفس القانون³.

الفقرة الثانية: المحلات الآيلة للسقوط

نصت المادة 13 من قانون رقم 49.16 على أنه مراعاة للتشريع المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط وتنظيم عمليات التجديد الحضاري، يحق لمكثري المطالبة بالإفراغ إذا كان المحل آيلاً للسقوط.

ولا يمكن للمكثري الرجوع إلى المحل إلا إذا أعرب عن رغبته في الرجوع أثناء سريان دعوى الإفراغ، وإذا لم يقم بالإعراب عن هذه الرغبة فإن المكري يكون ملزماً تحت طائلة التعويض عن فقدان الأصل التجاري بإخبار المكثري بتاريخ الشروع في البناء ومطالبته بالإعراب عن نيته في استعمال حق الرجوع داخل أجل 3 أشهر من تاريخ التوصل بهذا الإخبار، وبالرجوع إلى التشريع المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط وتنظيم عمليات التجديد الحضاري والممثل في القانون رقم 49.12⁴.

¹-مصطفى بونجة، الكراء التجاري بين ظهير 1955 وقانون 49.16 ص: 34

²-قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش رقم 602 الصادر بتاريخ 15-5-08 في الملف 334-7-08

³-يستحق المكثري تعويضاً عن إنهاء عقد الكراء .. الاستثناء صادر في هذا القانون...

⁴-مصطفى بونجة م، س، ص: 54

وقد عملت المادة 2 من هذا القانون على تحديد مفهوم المباني الآيلة للسقوط ومفهوم التجديد الحضاري إذ اعتبرت المبنى الآيل للسقوط هو كل بناية أو منشأة كيفما كان نوعها، يمكن لانتهيارها الكلي أو الجزئي أن يترتب عنه مساس بسلامة شاغلها أو مستغلها أو المارة أو البنايات المجاورة وإن كانت غير متصلة بها. إضافة إلى المقتضيات السابقة فقد نص القانون 49.16 على مقتضى آخر ينبغي الأخذ به وهو حق الأسبقية، الذي سبق وأن جاء به ظهير 1955 إذ نص على أنه للمكترتي حق الأسبقية لكراء الملك المعاد بناءه تحت قيد الشروط المنصوص عليها في الفصلين 13 و 14 من الظهير¹.

وحسب المادة 14 من قانون 49.16 إذ تعدد المكثرون يكون الحق في الأسبقية في المحلات المعاد بناءها

كالآتي:

- 1- إذا كانت البناية الجديدة لا تتوفر على محلات تكفي أو تتسع لجميع المكثرين فحق الأسبقية يعطي لهم الأسبقية الذي عبر عن رغبته في الرجوع.
 - 2- إذا كانت البناية الجديدة توفر على محلات تتجاوز مساحة البناية القديمة، فحق الأسبقية ينحصر في المحلات ذات المساحة المساوية لمساحة المحلات التي كان يستغلها المكثري، أو تكون لاحتواء اللوازم والنشاط الذي كان يمارسه في المحلات القديمة.
 - 3- إذا كانت البناية الجديدة لا تشمل محلات صالحة للنشاط الذي كان المكثري يمارسه فلهاذا الأخير حق المطالبة بحق الأسبقية في المحلات المعاد بناءها كي يمارس فيها نشاطا آخرًا.
- الفقرة الثالثة: توسيع المحل أو تعليته

طبقا للمادة 16 من قانون رقم 49.16 إذا اعترم المالك توسيع أو تعلية بنايته وكان ذلك لا يتأتى إلا بإفراغ المحل المكثري فإن الإفراغ المؤقت يتم لمدة يحددها المكثري على ألا تتعدى سنة وحدة ابتداء من تاريخ الإفراغ.

ويستحق للمكثري تعويضا عن مدة إفراغه يساوي الضرر الحاصل له، دون أن يتجاوز مبلغ الأرباح التي يحققها حسب التصريحات الضريبية والرسوم المستحقة خلال مدة حرمانه من المحل، وفي جميع الحالات يجب أن لا يقل التعويض الشهري عن قيمة السومة الكرائية.

يمكن تمديد مدة الإفراغ لأجل لا يتعدى سنة بطلب من المكثري ولا يحق للمكثري استيفاء الوجيبة الكرائية طيلة مدة الإفراغ.

يجب على المكثري إعادة تسليم المحل داخل الأجل المشار إليه وإلا للمكثري المطالبة بالتعويض الكامل وفق مقتضيات المادة 7 ما لم تكن أسباب التأخير خارج عن إرادة المكثري.

الفقرة الرابعة: إفراغ السكن الملحق بالمحل

يجوز للمالك حسب المادة 19 من قانون 49.16 إفراغ السكن الملحق بالمحل التجاري أو الصناعي أو الحرفي ليسكن فيه بنفسه أو زوجته أو أحد أصوله أو فروع المباشرين من الدرجة الأولى، أو المستفيد من الوصية الواجبة، أو المكفول المنصوص عليه في القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين¹.

¹-احمد عصام، الحماية القانونية للفكر التجاري، دار النشر المغربي الدار البيضاء الطبعة الثالثة 1974

وتنص المادة 19 أيضا على إمكانية المطالبة بالإفراغ لاحتياج السكنى أي إفراغ الجزء المتعلق بالسكن الملحق بالمحل التجاري أو الصناعي أو الحر في فقط دون مجموع المحل، وخلافا لذلك فقد كان ظهير 24 ماي 1955 يعطي الحق للمكري في المطالبة بإفراغ المحل المكري برمته قصد سكنه بنفسه أو زوجته أو أبائه أو أولاد زوجته أو آباء زوجته أو أولاد هذا الزوج.²

وقد أضافت المادة 20 من قانون 49.16 على أنه لا يجوز للمالك المطالبة بإفراغ الجزء المتعلق بالسكن الملحق بالمحل التجاري أو الصناعي أو الحر في في الحالات التالية:

- إذا كان من شأنه استرجاع المحل قد يحدث مساسا خطيرا لاستغلال الأصل التجاري إذا تعلق الأمر بملحقات المؤسسات السياحية أو أشكال الإيواء السياحي أو المصحات وغيرها.
- إذا كان المكثري يستعمل جزءا من المحل للسكن لا يمكن الفصل بينه وبين الجزء المستعمل كمحل تجاري أو صناعي أو حرفي.

المحور الثاني: شروط إنشاء الكراء التجاري

منح المشرع للمكثري ضمانات أساسية عند نهاية عقد الكراء المتفق عليه، تتجلى في حقه في تجديد العقد حماية للملكية التجارية والزام المكري عند رغبته في إنهاء العقد بتوجيه إنذار المكثري بالإفراغ. الإفراغ يمكن تعريفه بأنه إشعار بتعبير صريح من المكري يعزمه على إنهاء العلاقة التعاقدية، ويتميز الإشعار بالإفراغ بأنه تعبير عن إرادة المكري لوضع حد للعلاقة الكرائية، ويكون من اللازم تحريره كتابة أنه خاضع للإجراء التبليغ واحتساب الأجل الذي حدده القانون وجميع هذه الإجراءات لا تأتي ولا تنتج آثارها إلا إذا كان الإشعار بالإفراغ جريا بطريق الكتابة، فالشكلية الأولى في الإشعار وإن لم يصرح بها القانون هي الكتابة.³ فقد أوجب المشرع على المكثري الراغب في إنهاء عقد الكراء التقيد بمجموعة من الإجراءات تبتدى بالإنذار.

وعليه سوف أقسم هذا المحور إلى ثلاث فترات على المنوال التالي:

الفقرة الأولى: توجيه الإنذار

حسب المادة 26 من قانون 49.16 يجب على المكري الذي يرغب في وضع حد للعلاقة الكرائية أن يوجه للمكثري إنذارا يتضمن وجوبا السبب الذي يعتمده، وأن يمنحه أجلا للإفراغ ابتداء من تاريخ التوصل، ويحدد هذا الأجل في:

- 15 يوما إذا كان الطلب مبنيا على عدم أداء واجبات الكراء أو على كون المحل آيلا للسقوط.
- ثلاث أشهر إذا كان الطلب مبنيا على الرغبة في استرجاع المحل للاستعمال الشخصي أو لهدمه وإعادة بنائه أو توسيعه أو تعليته أو على وجود سبب جدي يرجع لإخلال المكثري بنود العقد.

¹-الظهير الشريف رقم 172/02/1 صادر بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال الممهلين، الجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ جمادى الآخر 1423 (19 اغسطس 2002)

²-نجاه الكص، حق الكراء كعنصر في الأصل التجاري ومدى الحماية المقررة في ضوء ظهير 1955

³-محمد ونيات، الجديد في كراء الأماكن المعدة للسكن أو الاستعمال المني، سلسلة آفاق القانون، عدد 5 سنة 2001، ص: 41

- في حالة عدم استجابة المكتري للإنذار الموجه إليه يحق للمكري اللجوء إلى الجهة¹ القضائية المختصة للمصادقة على الإنذار ابتداء من تاريخ إنهاء الأجل المحدد فيه.

إذا تعذر تبليغ الإنذار بالإفراغ لكون المحل مغلقا باستمرار جاز للمكري إقامة دعوى المصادقة على الإنذار بعد مرور الأجل المحدد فيه من تاريخ تحرير محضر بذلك، ويسقط حق المكري في طلب المصادقة على الإنذار بمرور ستة أشهر من تاريخ انتهاء الأجل الممنوح للمكتري في الإنذار.

غير أنه يحوز للمكري حق رفع دعوى المصادقة بناء على إنذار جديد يوجه وفق نفس الشروط المنصوص عليها، وإذا كان الإنذار في ظل القواعد العامة هو إشعار بانتهاء عقد الكراء فإن الإنذار في ظل القانون 49.16 يعتبر ذا طابع حمائي لصالح المكتري، وكذا رغبة المكري في إنهاء العقد بانتهاء مدته، هذا الإنذار الذي لا يكون صحيحا إلا إذا اشتمل على مجموعة من المقتضيات يبقى أهمها تسبب رفض التجديد للعقد أو تحديد الشروط الجديدة في العقد² حتى يكون المكتري على دراية بالوضع ولا يفاجئ بما قرره المكري.

الفقرة الثانية: الحق في تحديد الحق

حسب المادة 6 من قانون رقم 49.16 يكون المكتري محقا في تجديد عقد الكراء متى توفرت مقتضيات الباب الأول من هذا القانون ولا ينتهي العمل بعقود كراء المحلات والعقارات الخاضعة لهذا القانون إلا طبقا لمقتضيات المادة 26 ويعتبر كل شرط مخالف ذلك باطلا³.

فحسب هذه المادة فإن حق المكتري بتجديد العقد رهين بتوفر الشروط المنصوص عليها في الباب الأول من قانون 49.16، وبالرجوع إلى المادة الأولى منه نجدها قد عملت على تحديد نطاق الموضوع لتطبيقه، في حين المادة الثانية منه نصت على العقارات والمحلات الخارجة عن نطاقه، كما أن المادة الثالثة منه نصت على شروط الكتابة، لتأتي بعد ذلك المادة الرابعة والتي نصت على أنه يستفيد المكتري من تجديد العقد متى أثبت انتفاعه بالمحل بصفة مستمرة سنتين على الأقل، ويعض المكتري من شرط المدة إذا كان قدم مبلغا ماليا مقابل الحق في الكراء أو في عقد منفصل.

الفقرة الثالثة: الحق في التعويض

نصت المادة 7 من قانون 49.16 على أن المكتري يستحق تعويضا عن إنهاء عقد الكراء يعادل ما لحق هذا الأخير من ضرر ناجم عن الإفراغ يشمل قيمة الأصل التجاري⁴ والذي حدد انطلاقا من التصريحات الضريبية للسنوات الأربع الأخيرة، بالإضافة إلى ما أنفقه المكتري من تحسينات وإصلاحات وما فقدته من عناصر الأصل التجاري، كما يشتمل مصاريف الانتقال من المحل ولا يمكن أن يقل التعويض عن الإفراغ عن المبلغ المدفوع مقابل الحق في الكراء تطبيقا للمادة 4 من نفس القانون. غير أنه يمكن لمكري أن يثبت الضرر الذي لحق المكتري أخف من القيمة المذكورة.

¹ -مصطفى بونجة م، س، ص: 78

² - نجاة الكص، م، س، ص: 29

³ -قرار عدد 1304 بتاريخ 2004/12/01 منشور بمجلة دلائل عملية عدد 1 ص: 63

⁴ -مصطفى بونجة م، س، ص: 80

إضافة إلى المادة السابقة فقد نصت المادة 19 من القانون 49.16 على نوعين من التعويض لفائدة المكتري في حالة الحكم بإفراغ الجزء المتعلق بالسكن الملحق بالمحل التجاري أو الصناعي أو الحرفي، حيث يمثل الأول تعويضا يوازي كراء ثلاث سنوات الأولى، في حين أن التعويض الثاني يوازي كراء 18 شهرا، وبالرجوع إلى المادة 8 من القانون السابق نجد أنها تنص على أنه لا يلزم المكري بأداء أي تعويض للمكترى مقابل الإفراغ في الحالات الآتية:

- 1- إذا لم يؤدي المكتري الوجيبة الكرائية داخل أجل 15 يوما من تاريخ توصله بالإنذار، وكان مجموع ما بذمته على الأقل ثلاثة أشهر.
- 2- إذا أحدث المكتري تغييرا بالمحل دون موافقة المكري بشكل ضير البناية ويؤثر وعلة سلامة البناء أو يرفع من تحملائه ما عذا عبر المكتري عن رغبته في إرجاع الوضع كما كان عليه داخل الأجل الممنوح له في الإنذار.
- 3- إذا قام المكتري بتغيير نشاط أصله التجاري دون موافقة المالك
- 4- إذا كان المحل آيلا للسقوط ما لم يثبت المكتري مسؤولية المكري في عدم القيام بأعمال الصيانة الملزم بها اتفاقا أو قانونا إنذاره بذلك .
- 5- إذا هلك المحل موضوع الكراء بفعل المكتري أو بسبب قوة قاهرة أو حدث فجائي.
- 6- إذا عمد المكتري إلى كراء المحل من الباطن خلافا لعقد الكراء.
- 7- إذا فقد الأصل التجاري عنصر الزيناء والسمعة التجارية بإغلاق المحل لمدة سنتين على الأقل.

موقف الفقه والقضاء الإداري من نظرية المخاطر

عبد الخالق امغاري

باحث بسلك الدكتوراه، جامعة محمد الخامس، سلا.

لئن كان أغلب الفقه يرى بأن نظرية المخاطر ما هي إلا أساسا من الأسامين الرئيسيين للمسؤولية الإدارية بدون خطأ، فإن جانبا آخر يرى خلاف ذلك. فمفهم من يوسعها لتشمل المسؤولية الإدارية بنوعها الخطئية والموضوعية في ذات الوقت، ومفهم من يرفض بصفة مطلقة اعتبارها أساسا للمسؤولية الإدارية بدون خطأ (المطلب الأول).

أما القضاء الإداري المغربي والفرنسي، فإنه ومنذ ظهور نظرية مسؤولية الإدارة بدون خطأ، وهو يعمل جاهدا على توسيع نطاق تطبيقها على أساس المخاطر كأهم أسس هذا النوع من المسؤولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف الفقه من نظرية المخاطر

إذا كان موقف الفقه الإداري المغربي صريحا وواضحا في الأخذ بنظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الإدارة بدون خطأ (الفقرة الثانية)، فإن الأمر عكس ذلك تماما بالنسبة للفقه المقارن. فقد وجدت آراء مختلفة ومتباينة للفقهاء حول هذه النظرية (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: موقف الفقه المقارن من نظرية المخاطر¹

سنعرض بداية لموقف الفقه الفرنسي (أولا)، قبل توضيح موقف جانب من الفقه العربي لاحقا (ثانيا).

أولا: موقف الفقه الفرنسي من النظرية

لقد ظهرت نظرية المخاطر في القانون الخاص، حيث نادى بها بعض الفقهاء كأساس للمسؤولية غير

¹ - وجدت هذه الفقرة، البالغ عددها ست صفحات متتالية قد نقلها بالحرف و بنفس الأسلوب، و بجميع المعلومات والإحكام الواردة فيها، "الباحث" يونس الشامي في أطروحته المشار إليها أدناه، من بحث لنيل شهادة الماستر في القانون العام، الذي خصصته للبحث في موضوع "المسؤولية الإدارية بدون خطأ: دراسة في نظريتي المخاطر والتضامن الوطني"، برسم السنة الجامعية 2008/2009، و قد نوقش هذا البحث بتاريخ 19 فبراير 2010، و ذلك دون أن يكلف نفسه عناء الإحالة إلى بحثي الموماً إليه أسفله.

للإطلاع قصد التحقق و التأكد مما قلت، قارن بين ماهو مكتوب في متن الصفحات المحددة في البحثين أدناه، و حتى في هوامشها:

عبد الخالق امغاري، "المسؤولية الإدارية بدون خطأ: دراسة في نظريتي المخاطر والتضامن الوطني"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2008/2009، ص: 24-30.
يونس الشامي، "تطور أساس المسؤولية الإدارية في ضوء الاجتهاد القضائي الإداري المغربي و المقارن"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2014/2015، ابتداء من ص: 144 إلى غاية ص: 150.

الخطئية في القانون المدني، إلا أن القضاء العادي رفض تطبيقها والأخذ بها في قضائه واكتفى بالخطأ المفترض¹. كما نادى بها بعض فقهاء القانون الإداري كأساس للمسؤولية الإدارية غير الخطئية، "حيث التف حولها جل الفقه دارسا وموضحا لجوانبها ومدافعا عنها، كضمانة قوية وأكيدة لحقوق الأشخاص وحررياتهم في مواجهة السلطة الإدارية"². وفيما يلي أمثلة لبعض هذه الآراء الفقهية:

أ - "Marcel Planiol"³:

نادى بنظرية المخاطر كأساس للمسؤولية عن فعل الغير الفقيه "Marcel Planiol"، فهو يرى أن الفرد يكون مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للغير عندما يقوم بالعمل بنفسه، وعندما يستعمل الآخرين من أجل إنجاز العمل لحسابه، فإنه يتحمل جميع المخاطر الناشئة عن هذا النشاط؛ لأن كل الربح ينصرف إليه. إن نظرية الارتباط بين المنافع والمخاطر التي أتى بها الفقيه "Marcel" هي التي سيستند إليها فيما بعد بعض الفقهاء في الدفاع عن نظرية المخاطر وتعميمها، لتصبح عندهم أساسا موحدًا للمسؤوليتين: العامة والخاصة، ومنهم: "Eisenmann" و"Chapus".

ب - "Charles Eisenmann": لقد تأثر هذا الفقيه بأفكار الفقيه "M.Planiol"، من خلال تبنيه لنفس المبدأ الذي قال به هذا الأخير، والمتمثل في "مبدأ الارتباط بين المنافع والمخاطر". وترتكز نظريته على فكرة المنفعة كأساس للمسؤولية العامة، التي بدورها تعتبر المقابل لهذه الفائدة أو المنفعة، ومن المنطقي أن يتحمل من استفاد بمجهود غيره الذي يشتغل لحسابه مخاطر هذا التشغيل، وذلك بتعويضه عن الأضرار الحاصلة له حتى ولو لم يرتكب خطأ، بشرط أن تكون هذه الأضرار غير عادية⁴.

ج - "René Chapus": يتبنى فكرة الارتباط بين المغارم والمغانم التي قال بها الفقهاء السابق ذكرهم، مصرحا بأنها تصلح للأخذ بها في مجال المسؤولية العامة مثلما هو الشأن في المسؤولية الخاصة.

وتجد المسؤولية عن فعل الأشياء - وهي المسؤولية الإدارية الوحيدة التي تقع بدون خطأ في رأيه - أساسها في مبدأ الارتباط بين المنافع والمخاطر "Corrélation entre l'intérêt et le risque"، وليس هناك فرق في ذلك - أي في الأساس - بين المسؤوليتين العامة والخاصة، ففي نظره لا يمكن وجود أساس آخر للمسؤولية عن فعل الغير، ولا يمكن إيجاد تبرير للمسؤولية إلا في الفكرة القائلة بأن من يستعمل لحسابه نشاط الغير عليه أن يأخذ على عاتقه مخاطر هذا النشاط⁵.

¹ - د. عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية: دراسة تأصيلية تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1998، ص: 188.

² - د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص: 190.

³ - Marcel Planiol: Etude sur la responsabilité civiles, LEGIS et JURIS 1909 p: 297 et 55.

⁴ - أورده د. مسعود شهبوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقها في القانون الإداري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2003، ص: 8.

⁵ - د. مسعود شهبوب المرجع السابق، ص: 9.

⁵ - R.Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée, thèses, 1954, pp: 327-341 et 55.

مشار إليه عند د. مسعود شهبوب، المسؤولية عن المخاطر، المرجع السابق، ص: 10.

يتبين من خلال عرض آراء الفقهاء "M.Planiol"، "C.Eisenmann" و "R.Chapus" أن فكرة المخاطر كأساس للمسؤولية إذن، ظهرت بداية على مستوى القانون الخاص، ثم تبناها فقهاء القانون العام لتتطور أكثر، وبالنتيجة أضى أنصار وحدة المسؤولية من فقهاء القانونين العام والخاص يدافعون معا عن النظرية كأساس موحد للمسؤولية العامة والخاصة على حد سواء.

وفي مقابل هؤلاء الفقهاء المؤيدين لنظرية المخاطر كأساس للمسؤولية بدون خطأ، يوجد جانب آخر من الفقه ينكر ويستبعد أي دور لهذه النظرية، ومهاجمها أشد المهاجمة، غير أن هذا الرأي لم يكتب له التأييد والانتشار الواسعين بين وسط الفقهاء والشرح في القانونين العام والخاص. ويتزعم هذا الرأي الفقيه الفرنسي هوريو، "الذي رماها بوصف الرجعية رغم ضرورتها القانونية والسياسية والأخلاقية والاجتماعية ومزاياها للسلطة العامة والأفراد على حد سواء، وضرورة هذه النظرية هي التي جعلته في النهاية يقدم نظرية الإثراء بلا سبب كبديل لحماية حقوق الأفراد"¹.

ويؤيده في ذلك أيضا، الفقيه الفرنسي Lefèvre الذي أكد في أطروحته بعدم جدوى الأخذ بنظرية المخاطر كأساس للمسؤولية الإدارية: "لأن التعويض لا يمنع بسبب وجود المخاطر وإنما نتيجة الإخلال بالمساواة، ويطالب بإلغاء فكرة المخاطر لأنها عديمة الجدوى وتدنو من فكرة المساواة من الناحية القانونية والمنطقية"².

عموما، يتجه معظم الفقه الفرنسي نحو اعتبار فكرة المخاطر كأساس مباشر للمسؤولية دون خطأ حينما يلحق المتضرر ضرر غير عادي من جراء النشاط المادي الخطر للإدارة، أو أي نشاط لها يتصف بقدر كبير من الخطورة³.

ثانيا: موقف الفقه العربي من النظرية

يشير الأستاذ مسعود شهبوب أنه في كثير من الأحيان لا تتناول المراجع والمؤلفات في القانون والقضاء الإداريين العربيين تحليل ومناقشة أساس المسؤولية بدون خطأ⁴، "وحتى عندما تشير هذه المراجع إلى حالات المسؤولية عن المخاطر، فإنها تستعملها كمرادف للتعبير عن المسؤولية دون خطأ، وليس كأساس لقيام المسؤولية دون خطأ"⁵، وهذا ما يلاحظ في موقف الفقيه سليمان محمد الطماوي، الذي يؤيد نظرية المخاطر أو المسؤولية على أساس المخاطر، والتي يعتبرها هي نفسها المسؤولية بدون خطأ، فهو لا يعتبر أن هذه الأخيرة تقوم على أسس معينة، منها المخاطر. فطبقا لوجهة نظره، تظل المسؤولية بدون خطأ هي نفسها المسؤولية على أساس المخاطر،

¹ - د. عمار عوادي، المرجع السابق، ص: 190 الهامش رقم (1).

² - Lefèvre, L'égalité devant les charges publiques en droit administratif, thèse, Paris, 1948, p: 228.

أورده د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص: 345.

³ - من هؤلاء الفقهاء: "P.Delvolvé"، "G.Vedel"، "G.Dupuis"، "J.Guépon"، و "G.Breinant" وغيرهم. انظر د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص: 345.

⁴ - خصوصا وأن كثيرا من دول المشرق العربي، مثل مصر والعراق، لا تعرف نظاما للمسؤولية بدون خطأ إلا نادرا وفي حدود ضيقة جدا إذا ما نص على ذلك القانون صراحة. انظر د. مسعود شهبوب، المسؤولية عن المخاطر، المرجع السابق، ص: 11، الهامش رقم (1).

⁵ - المرجع السابق، ص: 11.

التي تقوم على أساس وحيد هو مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة¹.

وهذا الخلط بين أسس المسؤولية بدون خطأ وبين حالاتها سبق وأن نبه إليه الأستاذ عبد القادر باينة، مؤكداً في هذا السياق على أن أساس المسؤولية شيء، وحالاتها شيء آخر. فالأساس يعني المصدر أو القاعدة التي تنبئ عليها المسؤولية، والتي تستوجب التعويض عن الأضرار الحاصلة للمتضررين، فهو إذن أصل كل شيء. أما حالات المسؤولية، فتختلف بحسب ما إذا كانت هذه الأخيرة قائمة على أساس الخطأ أو بدون².

و يمكن إجمال موقف الفقه العربي. المصري و الجزائرتي على وجه التحديد. من أساس المسؤولية بدون خطأ في رأيين: أحدهما يعتبر نظرية المخاطر أساساً صالحاً للمسؤولية المذكورة، والآخر يرفض اعتبارها كذلك.

ويمثل هذا الرأي الأخير فئة قليلة من الفقهاء، منهم الأستاذ محسن خليل الذي يؤيد ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا، حينما رفضت تطبيق نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الدولة، مؤكدة أن مسؤولية هذه الأخيرة تقوم على أساس الخطأ فقط. و بناء عليه، يرى بأن مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر لا يمكن الأخذ بها أمام القضاء الإداري المصري، لاشتراط التعويض عن القرارات غير المشروعة فقط، وبذلك تكون مسؤولية الإدارة أمام مجلس الدولة هي المسؤولية القائمة على الخطأ، فإذا انتفى الخطأ فلا تعويض³.

أما أغلب الفقهاء في البلاد العربية، فيؤيدون فكرة المخاطر كأساس للمسؤولية بدون خطأ، غير أنهم انقسموا حول مدى اعتبار هذه النظرية أساساً صالحاً لكل أنواع هذه المسؤولية أو في جزء منها إلى ثلاثة آراء: الرأي الأول، يوسع من مجال المخاطر كأساس لكل أنواع المسؤولية السالفة الذكر، العامة والخاصة⁴. فمثلاً ترى الأستاذة سعاد الشرفاوي أن أساس المسؤولية دون خطأ في القانون الإداري لا يفتقر عنه في القانون المدني، ففي القانونين معاً الأساس واحد هو "قاعدة الغرم بالغنم"، حيث تقول: "وفي رأينا أن المسؤول عن فعل الشيء يسأل على أساس المخاطر"⁵.

أما الرأي الثاني، فمؤداه أن نظرية المخاطر هي الأساس الوحيد لمسؤولية الإدارة بلا خطأ، وهو رأي لا يوسع من المخاطر كأساس ليشمل المسؤوليتين العامة والخاصة كما يراها البعض. و يدافع عن هذا الرأي بعض الفقه العربي، منهم الأستاذ عمار عوابدي، الذي يميل نحو اعتبار نظرية المخاطر هي الأساس القانوني السليم والمنطقي الذي تستند إليه مسؤولية الإدارة دون خطأ، وفي المقابل يعتبر الحلول والنظريات التي قيلت بصدد أساس المسؤولية، مثل مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ومبدأ التضامن الاجتماعي وغيرها، ما هي إلا أسس

¹ - د. سليمان محمد الطماوي، قضاء القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1977، ص: 206.

² - د. عبد القادر باينة، تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب، دار توبقال للنشر، مطبعة سبو، 1988، ص: 131.

³ - د. محسن خليل، قضاء الإلغاء والتعويض، 1992، ص: 336 - 339، أورده د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص: 351.

⁴ - نقصد بالمسؤولية العامة غير الخطئية المسؤولية الإدارية في القانون الإداري، في حين نقصد بالمسؤولية غير الخطئية الخاصة المسؤولية المدنية في القانون الخاص.

⁵ - دة. سعاد الشرفاوي، المسؤولية الإدارية، دار المعارف بمصر، الطبعة الثانية، 1972، ص: 105 و 193.

تكميلية وعناصر قانونية ومنطقية لنظرية المخاطر، بل إنه يزعم أن ثمة إجماعاً من طرف الفقه والقضاء والتشريع على التسليم بها كأساس وحيد لمسؤولية الإدارة دون خطأ¹.

والرأي الثالث، هو الرأي المتفق عليه فقها وقضاء، و الذي يعتبر نظرية المخاطر أساساً للمسؤولية غير الخطئية للإدارة، لكن بالنسبة لأهم- و ليس كل - تطبيقاتها وحالاتها. فمثلاً، يرى الأستاذ محمود عاطف البنا أن المخاطر لا تصلح كأساس لمسؤولية الإدارة دون خطأ سوى فيما يتعلق بالأعمال المدنية²، أما أساس مسؤوليتها بدون خطأ عن الأعمال القانونية فيتجسد في مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة الذي سبقته الإشارة إليه سلفاً³.

هذا عن موقف الفقه المقارن من نظرية المخاطر، فماذا عن موقف الفقه المغربي منها؟.

الفقرة الثانية: موقف الفقه المغربي من النظرية⁴

لقد أثارت صياغة الفصل (79) من قانون الالتزامات والعقود المغربي⁵، إشكالا كبيرا بين جل الشراح والفقهاء المهتمين بدراسة المؤسسات والنصوص القانونية والاجتهادات القضائية بالمغرب، وذلك خلال الفترة الممتدة ما بين صدور القانون المذكور في سنة 1913 إلى غاية صدور مقال للأستاذ A.Delaubadé تحت عنوان: "تحديد أساس مسؤولية الجماعات العمومية: هل هو الخطأ أم المخاطر؟"، وكان ذلك سنة 1943⁶. فخلال مدة زمنية فاقت 30 سنة ساد بين "الفقه المغربي" ما يعرف بالتفسير القديم لمضمون الفصل أعلاه، وبمجرد صدور مقال الأستاذ A.Delaubadé السالف الذكر، والذي أتى بتفسير منطقي وجديد لهذا الفصل، تبني جميع الفقهاء هذا التأويل الأخير الذي عرف فيما بعد بالتفسير الحديث. لذلك يكون من المفيد أن نتعرض لهذين الرأيين على التوالي:

¹ - د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص: 186 و 187.

² - د. محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 1990، ص: 446.

³ - وهو الرأي الذي يقول به كذلك الأستاذ حمدي علي عمر، انظر مؤلفه السابق الإشارة إليه، ص: 354.

⁴ - وجدت هذه الفقرة بدورها، البالغ عددها ثماني صفحات متتالية، قد نقلها بالحرف الواحد و بنفس الأسلوب، و بجميع المعلومات والأفكار الواردة فيها، " الباحث" يونس الشامي في أطروحة الميمنة أدناه، و ذلك دون أن يكلف نفسه عناء الإحالة إلى رسالتي المشار إليها كذلك أدناه، و التي نوقشت بتاريخ 19 فبراير 2010.

للإطلاع قصد التحقق و التأكد مما قلت، قارن بين ماهو مكتوب في متن الصفحات المحددة في البحث أدناه، و حتى في هوامشها:

عبد الخالق امغاري، "المسؤولية الإدارية بدون خطأ: دراسة في نظريتي المخاطر و التضامن الوطني"، بحث الماجستير، السنة الجامعية 2008/2009، ص: 38-30.

يونس الشامي، "تطور أساس المسؤولية الإدارية في ضوء الاجتهاد القضائي الإداري المغربي و المقارن"، الأطروحة، السنة الجامعية 2014/2015، ابتداء من ص: 150 إلى غاية ص: 158.

⁵ - وقد جاء في هذا الفصل أن: "الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها، وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها" انظر: ظهور الالتزامات والعقود الصادر في 9 رمضان 1331 هـ (12 غشت 1913) كما وقع تغييره و تنميته.

⁶ - A. Delaubadé, le fondement de la responsabilité des collectivités publiques au Maroc : la faute ou le risque ? G.T.M, n° 923. 20 février 1943

أولاً: التأويل القديم لمدلول الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود¹

وهو التأويل الذي ساد بين "الفقه المغربي" خلال الفترة الممتدة بين 1913 و 1943، ومؤداه أن الفصل (79) من قانون الالتزامات والعقود المغربي يقر بمسؤولية الإدارة كمبدأ عام بناء على وجود ضرر دون اشتراط ضرورة وجود الخطأ؛ يعني أن مسؤولية الإدارة تكون موضوعية، وبالتالي يكفي وجود علاقة سببية بين الضرر الحاصل للمتضرر وبين النشاط الإداري، ولا حاجة بالضرورة إلى إثبات خطأ الإدارة. وهذا التأويل الفقهي لمنطوق الفصل أعلاه يخالف ما درج عليه الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا في ذلك الوقت، من حيث أن المسؤولية الإدارية تنبني أساساً على الخطأ، وفي حالات استثنائية قد بدون خطأ.

فطبقاً لهذا التأويل – الذي عرف فيما بعد بالتأويل الكلاسيكي أو القديم – لم تعد المسؤولية بناء على الخطأ هي المبدأ العام لإقرار مسؤولية السلطة الإدارية، بل جعل المشرع المغربي من المسؤولية بدون خطأ (أو المسؤولية الموضوعية) المبدأ العام لمسؤولية الإدارة².

ويرتكز هذا التأويل على القراءة الحرفية لمضمون ومدلول الفصل 79، إذ يقول أصحاب الرأي المدافعين عن المسؤولية الموضوعية، بأن المشرع أقر صراحة في العبارة الأولى من الفصل مسؤولية الدولة وباقي الأشخاص المعنوية العامة الأخرى عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها، وهذا في نظرهم يؤسس لمسؤولية موضوعية منتظمة، كلما كان الضرر ناجماً بشكل مباشر عن المرفق العام³.

ويصف الأستاذ ميشيل روسي هذا التأويل بأنه كان تأويلاً مغرباً جداً، لذلك فقد ذاع بشكل واسع بين الفقهاء و الشراح، وأثر على بعض أحكام المحاكم⁴. لكن سرعان ما تم انتقاد هذا التفسير القديم بواسطة مقالة الأستاذ A.Delaubadère، التي حملت معها تفسيراً جديداً وحديثاً لمدلول الفصل (79)، اجتذب جانبا مهماً من الفقه المغربي⁵، من خلال تحليله المعمق والمنطقي لمقتضيات هذا الفصل.

ثانياً: التأويل الحديث لمدلول الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود

وهو التأويل المتفق عليه فقها وقضاء في الوقت الحاضر، والذي جاء به الفقيه "أندري دولوبادير" في مقاله السابقة الذكر، حيث فسر مدلول الفصل (79) تفسيراً مغايراً لما سار عليه غالبية الفقه، ليؤكد أن المشرع المغربي لم يقصد تقنين المسؤولية بدون خطأ كمرتكز أساسي لإقرار المسؤولية الإدارية، إنما يقصد وضع مبدأ

¹ -مراجعة مختلف آراء الفقهاء المؤيدين لهذا التأويل انظر: د. عبد القادر باينة، تطبيقات القضاء الإداري بالمغرب، المرجع السابق، ص: 135 – 138 وانظر كذلك: د. حسن صحيب، القضاء الإداري المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية. "سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية"، العدد 80، الطبعة الأولى 2008، ص: 53-55.

² - د. عبد القادر باينة، المرجع السابق، ص: 136. ومن بين الفقهاء الذين قالوا بهذا التأويل نذكر: Monier, Decroux, Rivière وغيرهم.

³ - د. ميشيل روسي، المنازعات الإدارية بالمغرب، ترجمة د. محمد هيري وذ. الجيلالي أمزيد، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1993 ص: 180.

⁴ - د. روسي، المرجع السابق، ص: 181.

⁵ - يقصد بالفقه المغربي هنا، جميع الفقهاء الذين اهتموا بدراسة المؤسسات، والقوانين، والاجتهادات القضائية المغربية، سواء أكانوا مغاربة أو فرنسيين.

مسؤولية أشخاص القانون العام، مع إبقاء الصلاحية للمحاكم – الإدارية حاليا – لتؤسس النظام القانوني لهذه المسؤولية¹.

يرتكز هذا التأويل الحديث لمضمون الفصل الموماً إليه أعلاه على فكرة جوهرية و بسيطة، مؤداها أن المشرع المغربي قد أقر نظام مسؤولية الإدارات والسلطات العمومية تشريعاً وليس قضاء كما هو الحال في فرنسا. بمعنى آخر، أن إرادة المشرع المغربي لم تنصرف إطلاقاً إلى إقرار نظام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ أو بدون خطأ، وإنما كان همه الأساس هو الاعتراف بمسؤولية الدولة وبإي أشخاص القانون العام، وذلك كتتويج لما توصل إليه اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي. فهو إذن "تأويل منطقي، مبني على حس سليم، أخذاً بعين الاعتبار مجموعة من العوامل المستمدة من السياق التاريخي"²، والمنسجمة مع الرأي الراجح في الفقه والقضاء الإداريين الفرنسيين.

ولهذا، لقي رأي الفقيه دولوبادير تجاوباً وصدى طيباً لدى أوساط العديد من الفقهاء³، وأصبح يعرف بالتأويل الحديث لنص الفصل (79) في مقابل التفسير القديم لنفس الفصل. و في هذا الصدد، يعتبر الأستاذ "J.Prat" أن المحاكم المغربية لم تتردد في تبني التأويل الذي أعطاه الأستاذ دولوبادير للفصل أعلاه، ومن هذا المنطلق تتلأث الاختلافات الأساسية الممكنة تصورها بين النظامين المغربي والفرنسي، علماً أن أساس المسؤولية الإدارية لم يتم تحديده بنص صريح وقطعي سواء في فرنسا أو في المغرب⁴. وقد أيد الأستاذ الحسين سرحان التأويل الحديث للفصل (79)، معتبراً إياه تأويلاً يؤدي إلى عدم تقييد حرية القاضي بواسطة تفسير مؤقت وظرفي لنص قانوني⁵.

أما الأستاذ ميشيل روسي فيبدو أنه غير متحمس لنظام مسؤولية الإدارة بدون خطأ، فهذا النظام – في رأيه – ليس في الواقع ضرورياً للتوصل إلى تعويض الضحايا من جهة، وبالمقابل ينتج أثراً سيئاً، حيث يدفع موظفي وأعاون الإدارة العمومية نحو عدم الاكتراث الكامل بعواقب أخطائهم من جهة أخرى.

ومن هذا المنطلق، يرى بأن نظام المسؤولية الموضوعية "ربما يكون نظاماً غير مرغوب فيه، سيما داخل إدارة لا يكون دائماً فيها الوعي بالمسؤولية في مستوى متطلبات تسيير منتظم وفعال للمرافق، والتي لم تكتسب بها بعد أجهزة المراقبة والتفتيش القدرة على محاربة التساهل وانعدام الكفاءة المهنية"⁶.

إن نظام المسؤولية الموضوعية، يكون فعلاً نظاماً غير مرغوب فيه في حالة ما إذا كان هو الأصل، ونظام المسؤولية على أساس الخطأ هو الاستثناء، وهذا هو التأويل القديم الذي نادى به ودافع عنه بعض الفقه

¹ - د. روسي، المرجع السابق، ص: 181. انظر أيضاً: د. باينة، المرجع السابق، ص: 139 و 140.

² - د. روسي، المرجع السابق، ص: 181.

³ - انظر مختلف الحجج والتبريرات التي دعم بها دي لوبادير رأيه في مؤلف د. عبد القادر باينة، المرجع السابق، ص: 140 و 141.

4- Jean Prat, la responsabilité de la puissance publique au Maroc, Etude théorique et pratique, 1963, p: 99.

5- Elhousaine Serhane, le contentieux administratif de pleine juridiction en droit public Marocain, these, Bordeaux, 1989, p: 138.

مشار إليه عند د. حسن صحيب، المرجع السابق، ص: 57.

⁶ - د. روسي، المرجع السابق، ص: 182.

سابقاً. أما والحال غير ذلك؛ أي أنه لا يشكل سوى استثناء من قاعدة مسؤولية الإدارة بناء على الخطأ، فإن رأي الأستاذ ميشيل روسي يكون غير مستساغ ولا مبرر في هذا المقام.

فلقد أثبت التطور في استخدام الدولة لوسائل خطرة بمناسبة إدارة مرافقها العامة، ظهور حالات من الضرر أصبح معها التمسك بفكرة الخطأ يترتب نتيجة لا تخدم دولة الحق والقانون، تتجلى في غياب السند القانوني الذي يكفل للمتضررين مقاضاة الإدارة قصد الحصول على التعويض المناسب، والسبب في ذلك عدم وجود الخطأ أو تعذر تلمسه واكتشافه، رغم اتخاذ الإدارة المعنية كل التدابير والاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر.¹

علاوة على ذلك، لم يفلح الأخذ بفكرة الخطأ المفترض في معالجة "قصور المسؤولية الخطئية"، حيث كان يستطيع محدث الضرر أن يفلت من المسؤولية ويتحمل المتضرر وحده الضرر، إذا ما ثبت أن المتسبب في الضرر لم يرتكب خطأ ما، أو أن الضرر كان بسبب أجنبي لا دخل له فيه، أو وقع الضرر بفعل القوة القاهرة، أو خطأ الضحية.²

وبما أن العدالة تتأذى بسبب كثرة حالات الضرر التي لا يتقرر فيها التعويض جراء التمسك بالخطأ، في الوقت الذي يكون فيه المتضرر قد فقد مورد رزقه الوحيد، أو أصبح عاجزاً عن الكسب وفي حاجة ماسة إلى حمايته ومساعدته على تحمل الضرر الذي لم يكن له يد فيه³، وكذا المساعدة التي يقدمها المتعاونون مع الإدارة، على وجه التطوع أو السخرة، فيصابون بأضرار بالغة الخطورة، أفلا يستحق جميع هؤلاء تعويضاً ولو بدون خطأ من الإدارة؟.

هذا، و من الممكن قراءة نص الفصل (79) من قانون الالتزامات والعقود قراءة أخرى، تكمل وتوضح مقتضيات وغايات الفصل المذكور، و دون أن تتعارض هذه القراءة المتواضعة مع التأويل الذي قال به الفقيه "أندري دولوبادير"، وملخصها أن العبارة الأولى منه قد تحتل معنيين: المعنى الأول يؤسس للمسؤولية الخطئية، والمعنى الآخر يؤسس للمسؤولية الموضوعية، وكلاهما صحيح. ويستنتج هذا التأويل من الصياغة الفنية الدقيقة التي تضمنها هذا الفصل؛ إذ يتضح أن المشرع حينما اقتصر على كلمة "الأضرار" في وسط العبارة الأولى، فكأنما يريد الإشارة إلى أن المسؤولية الإدارية يمكن أن تقوم على أساس الخطأ، ويمكن أيضاً أن تنعقد بدون خطأ، مادام الضرر واحداً ونتاجاً مباشرة عن تسيير المرافق العمومية.

وأما العبارة الأخرى من نفس الفصل أعلاه، فليست إلا تأكيداً للنظام العام للمسؤولية الإدارية القائم على أساس الخطأ، والذي سبقت الإشارة إليه من طرف المشرع في العبارة الأولى من نفس الفصل؛ وهو ما يعني أن المشرع المغربي بإقراره للمسؤولية الإدارية يكون قد أقرها على أساس المبدأ العام المتمثل في الخطأ.

¹ - د. ماهر أبو العينين، الفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة وفقاً للأحكام والفتاوى حتى عام 2005، الجزء الثاني: التعويض عن أعمال السلطات العامة، دار أبو المجد للطباعة بالبريم، الطبعة الأولى، بدون سنة النشر، ص: 792 و793.

² - المرجع السابق، ص: 793

³ - المرجع نفسه، ص: 798.

فهذا التأويل إذن، هو تأويل لجوهر مضمون الفصل (79) من قانون الالتزامات والعقود، يلتقي مع تأويل الفقيه "دولوبادير" من حيث أن المشرع المغربي أقر مسؤولية الإدارة بوجه عام، ويختلف معه من حيث أنه يخلص إلى أن هذا الإقرار مبني على أساس الخطأ كمبدأ عام، وبدون خطأ كاستثناء عليه¹.

وتأسيسا على ما سبق، يتبين أن موقف "الفقه المغربي" من نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية الإدارية بدون خطأ لا يطرح أي إشكال، فهو يعترف بالمسؤولية الموضوعية للسلطات العمومية، سواء أقيمت هذه المسؤولية على أساس المخاطر أو على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. ولم يكن هذا هو الإشكال الذي أثار الجدل والنقاش الفقهي، لأن المسألة كانت محسومة تشريعيا، ولا يمكن لا لفقهاء ولا للقضاء الاعتراض على إرادة المشرع المغربي في إقراره للمسؤولية الإدارية ولو في غياب الخطأ، إنما الإشكال الذي كان مطروحا وبحدة كبيرة وقتئذ، هو ذلك المتعلق بتأويل مدلول نص الفصل (79) من قانون الالتزامات والعقود؛ بمعنى هل المشرع المغربي حينما أقر المسؤولية الإدارية أقرها على أساس الخطأ كمبدأ عام و كما هو متعارف عليه لدى الفقه والقضاء الإداريين الفرنسيين، أم العكس؟. ولقد تم حل هذا الخلاف ووضع حد له من طرف الفقيه الفرنسي "A.Delaubadère".

ومن هذا المنطلق يرى الأستاذ مسعود شهبوب، أن أساس مسؤولية الإدارة بدون خطأ يتغير بتغير حالاتها، ولكل مجموعة من الحالات أساسها الخاص بها وحدها. وهكذا، ارتبطت الحالات الأولى لهذا النوع من المسؤولية بالمخاطر، ثم ارتبطت الحالات اللاحقة بالإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة².

بعد عرضنا لموقف الفقه من نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية الإدارية غير الخطئية، سنعرض فيما يلي لموقف القضاء الإداري منها.

المطلب الثاني: موقف القضاء الإداري من نظرية المخاطر

عرف مجال تطبيق مسؤولية الإدارة بدون خطأ على مستوى اجتهاد القضاء الإداري تطورا كبيرا ومذهلا، لاسيما على أساس المخاطر. فيفضل هذا الأساس تطور هذا النوع من المسؤولية، فبعد أن كان نطاق تطبيقها يقتصر على الأعباء فحسب كمرحلة أولى، توسع في مرحلة وسطى ليشمل المتعاونين مع الإدارة، وفي مرحلة لاحقة حتى المنتفعين من خدماتها.

وهذا ما سنتعرض إليه من خلال إبراز تطور موقف القضاء الإداري الفرنسي من نظرية المخاطر (الفقرة الأولى)، وكذا موقف القضاء الإداري المغربي منها (الفقرة الثانية).

¹ - هذا مجرد اجتهاد شخصي، حاولت من خلاله إعطاء تفسير يعتمد على اللغة التي حرر بها الفصل 79 من ق.ل.ع، ولا يختلف إطلاقا في النتيجة (أو المضمون) التي خلص إليها الفقيه دولوبادير، ولكن للأسف حتى رأيي الشخصي هذا لم يسلم من السرقة التي تفنن فيها "الباحث" بونس الشامي في أطروحته السالفة الذكر، وذلك دون أن يكلف نفسه عناء الإحالة إلى رسالتي المشار إليها سابقا. للاطلاع قصد التحقق والتأكد مما قلت، قارن بين ما هو مكتوب في متن الصفحة المحددة في البحثين أدناه، وحتى في هوامشها:

عبد الخالق امغاري، المرجع السابق، بحث الماستر، السنة الجامعية 2008/2009، ص: 35 و 36.

يونس الشامي، المرجع السابق، الأطروحة، السنة الجامعية 2014/2015، ص: 156.

² - د.مسعود شهبوب، المسؤولية عن المخاطر، المرجع السابق، ص: 44.

الفقرة الأولى: موقف القضاء الإداري الفرنسي من نظرية المخاطر

تعتبر نظرية المخاطر أهم وأقدم أساس لمسؤولية الإدارة بدون خطأ، ولذا يصح القول بأن ثلثي تطبيقات وحالات هذه الأخيرة أساسها يتمثل في نظرية المخاطر. وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي، ولأول مرة، هذه النظرية كأساس قانوني يربط المسؤولية السالفة الذكر عن الأضرار التي تصيب الأغيار؛ إما بسبب الأشياء الخطرة كالمتفجرات والألغام واستعمال الأسلحة من قبل الشرطة، أو بسبب لجوء بعض الإدارات العمومية إلى بعض الطرق والأساليب الحرة المتبعة بشأن فئة معينة من المجتمع كالمصابين بأمراض عقلية، وإما بسبب مخاطر الجوار غير العادية، أو غير ذلك.

ونظرا لتزايد وتنوع أنشطة المرافق العمومية فقد عمل مجلس الدولة الفرنسي على توسيع نطاق تطبيق نظرية المخاطر، لتشمل حتى المتعاونين مع الإدارة. وتبعاً لذلك، فقد أقر القضاء الإداري الفرنسي حماية خاصة لهؤلاء المتعاونين، المسخرين منهم أو المتطوعين، وحمل الإدارة مسؤولية تعويضهم عن الأضرار التي قد تلحقهم، لأن أبسط قواعد العدالة تقتضي ذلك، ولأن في تعويضهم ضماناً لاستمرار المواطنين في تقديمهم يد المساعدة للإدارة متى استلزمت الظروف ذلك.

و في مرحلة لاحقة، وسع القاضي الإداري الفرنسي من نطاق هذه المسؤولية لتشمل حتى المرتفقين من خدمات بعض المرافق العمومية، وتحديد المرفق العام الطبي. فمنذ مطلع عقد التسعينات من القرن الماضي، عرفت المسؤولية بناء على المخاطر تطوراً كبيراً في مجال المسؤولية الطبية للمرفق العام الصحي، ويظهر ذلك من خلال إقرار مسؤولية هذا الأخير -ولو في غياب الخطأ أو عند تعذر إثباته- عن مخاطر التلقيح الإجباري، وعن مخاطر العلاج الاستثنائي، وأخيراً عن مخاطر منتجات الدم الخطرة، التي قد تلحق المنتفعين من هذه الخدمات الطبية للمرفق العام الطبي.

ففيما يتعلق بمسؤولية الدولة عن مخاطر "منتجات الدم الخطرة"، قضى مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية مراكز نقل الدم العامة عن تسليم وتوريد دم ملوث، نتج عنه إصابة المنقول إليهم هذا الدم بفيروس سي السيدا أو الكبد C، وأسس المجلس مسؤولية تلك المراكز على أساس المخاطر، وليس الخطأ الجسيم كما هو معمول به في مسلك القضاء الإداري المغربي، كما سترى ذلك في حينه.

وقد تأكد هذا التوجه القضائي في ثلاث قرارات كبرى، صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي في نفس التاريخ، بالنظر إلى وحدة موضوعها وطلبها، ويتعلق الأمر بقرارات Consorts Pavan، و Consorts N'Guyen، و M.Jouan الصادرة عنه بتاريخ 26 ماي 1995¹.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مسؤولية المراكز المذكورة مبنية على نظرية المخاطر، بوصفها أفضل وأنجع الحلول لمضربين من جهة، ولأنها كانت هي البديل المفروض بخصوص الحالة محل النظر،

¹ - C.E, 26 mai 1995, N'Guyen, Jouan, Pavan.

أوردها د. محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة "الخطأ" أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ص: 236.

والتي جعلت من البحث عن الخطأ أمراً يكاد يكون مستحيلاً، بالنظر إلى انعدام العلاقة المباشرة بين المريض المتضرر وبين مركز تحاقن الدم من جهة أخرى¹.

أما فيما يتعلق بمسؤولية المرافق العامة الطبية عن مخاطر العلاج الاستثنائي، فقد أقرها القضاء الإداري الفرنسي من خلال قرارين مبنيين شهيرين: القرار الأول صدر عن محكمة الاستئناف الإدارية في "ليون" في قضية Consorts Gomez بتاريخ 21 دجنبر 1990²، والذي اعتبرت فيه المحكمة أن استعمال المرفق العام الطبي، في إطار الأعمال الطبية والجراحية، لوسيلة علاج حديثة لم تعرف بعد نتائجها بصورة كاملة، ولا تستدعي حالة المريض اللجوء إليها، مما سبب له أضراراً بالغة الخطورة، يشكل - كل ذلك - مبرراً لإقرار مسؤولية هذا المرفق على أساس المخاطر وليس الخطأ³.

أما القرار الآخر، فصدر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية Bianchi بتاريخ 9 أبريل 1993⁴، وهو قرار يتعلق باستعمال المرفق العام الصحي لوسيلة علاجية غير حديثة، غير أنها تنطوي على مخاطر استثنائية نادرة الحدوث، وحينما عجز المجلس المذكور عن إثبات وجود أي خطأ طبي لم يكن أمامه سوى الحكم على المرفق الطبي وتحميلة المسؤولية على أساس فكرة مخاطر العلاج الاستثنائي⁵ Risque Thérapeutique.

فالتطور الحاصل هنا، لاسيما في مجال مسؤولية المرافق العامة الطبية، إنما يكمن في توسيع القضاء الإداري الفرنسي لدائرة المستفيدين من نظام المسؤولية على أساس المخاطر، لتشمل إلى جانب الغير وكذا المتعاونين مع الإدارة حتى المنتفعين من خدمات المرفق العام الطبي على وجه الخصوص.

والسؤال الذي يفرض نفسه في هذا السياق، لماذا توسع القضاء الإداري الفرنسي في إقرار مسؤولية الإدارة بدون خطأ وتحديدًا على أساس المخاطر؟، وجواباً عن هذا السؤال يقول الأستاذ Jacques Moreau: "إن المسؤولية على أساس المخاطر هي بدون شك الأفضل والأكثر بساطة"⁶.

الفقرة الثانية: موقف القضاء الإداري المغربي من نظرية المخاطر

يمكن القول بداية أن القضاء المغربي قد شهد تطبيقاً واسعاً لنظرية المخاطر في مجال مسؤولية الإدارة بدون خطأ، سواء خلال فترة الاحتلال أو بعده.

فخلال فترة الاحتلال، عرف "القضاء المغربي" مجموعة من النوازل والقضايا التي قضى فيها بمسؤولية الإدارة ولو في غياب الخطأ، وتحديدًا على أساس المخاطر، من ذلك قرار محكمة الاستئناف بالرباط

¹ - د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص: 238 و 244 و 246.

² - C.A.A de Lyon, 21 décembre 1990, Consorts Gomez.

³ - د. محمد عبد الباسط، المرجع السابق، ص: 99.

⁴ - C.E, Ass, 9 avril 1993, Bianchi.

⁵ - وفي هذا الصدد يقول أيضاً Jacques Moreau بأن:

« Le juge administratif.choisi..de créer un nouveau cas de responsabilité pour risque »

أورده د. محمد فؤاد عبد الباسط، م، س، ص: 142 الهامش رقم (1).

⁶ - د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص: 101.

بتاريخ 8 دجنبر 1939 في قضية Maric، حيث جاء فيه أن "تشرع الحماية يخصص مسؤولية موضوعية بدون خطأ بالنسبة لكل عمل إداري يحدث ضررا للغير"¹.

ولقد تأثر اجتهاد "القضاء المغربي" في تلك الفترة بالتأويل الحديث الذي جاء به الفقيه A.Delaubadère، والقاضي بترك الحرية للقاضي لإقرار مسؤولية السلطة الإدارية إما بناء على الخطأ أو بدون، ومن أحسن الأمثلة الدالة على ذلك نذكر قرار محكمة الاستئناف بالرباط في قضية ورثة Pichon بتاريخ 13 مارس 1953، ومما جاء فيه: "...ومع ذلك، فإن المشرع كان لا يقصد من وراء ذلك استبعاد ضرورة وجود الخطأ، وتبعاً لذلك اعتبار المسؤولية الإدارية مسؤولية موضوعية بسبب المخاطر"².

ومنذ فجر الاستقلال، والقاضي المغربي يكرس نظام المسؤولية الموضوعية في أحكامه وقراراته، وخير مثال على ذلك القرار الشهير الصادر عن محكمة النقض في قضية ورثة أعبود بتاريخ 3 يوليوز 1968³، الذي فسح المجال لإقرار المسؤولية الإدارية بناء على المخاطر، وإقرار التعويض عن الأضرار الناتجة عن استعمال الأشياء الخطرة⁴.

فالملاحظ إذن، أن القضاء المغربي كان يعمل على تطبيق نظام المسؤولية الإدارية غير الخطئية، بقصد حماية المتضررين من أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، التي تتسم بالمشروعية والخطورة في أن واحد. والواقع أن أعمال وتطبيق القاضي المغربي لهذا النوع من المسؤولية، راجع بالأساس إلى إقرار المشرع المغربي لمبدأ مسؤولية السلطات الإدارية بصفة عامة، وترك للقاضي الحرية في تحديد وتعيين الأساس الذي تستند إليه المسؤولية الإدارية بحسب كل حالة ونازلة على حدة، هل أساسها الخطأ أم بدون خطأ؟.

بالإضافة إلى ذلك⁵، ساهم القضاء ببلادنا، سواء خلال فترة الاحتلال وما بعده، في توسيع نظام المسؤولية بدون خطأ، وذلك من خلال تبنيه لفكرة مسؤولية المرفق العام الطبي على أساس المخاطر، وهو ما يعكس حقيقة التطور الذي كان يشهده اجتهاد القضاء المغربي خصوصا في مجال حيوي وخطير كمجال المسؤولية الطبية، بل نستطيع القول بأن "قضاءنا" كان سباقا لإقرار مسؤولية المرفق العام الطبي بناء على المخاطر مقارنة

¹ - د. باينة، المرجع السابق، ص: 147.

² - د. باينة، المرجع السابق، ص: 150.

³ - لمزيد من التفاصيل حول هذا القرار الشهير، انظر: دة. أمينة جبران، القضاء الإداري: دعوى القضاء الشامل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء الطبعة الأولى، 1994، ص: 349 وما بعدها.

⁴ - د. باينة، المرجع السابق، ص: 153.

⁵ - انطلاقا من هذه الفقرة و إلى آخر فقرة في هذا المقال، و البالغ عددها ثلاث صفحات متتالية، وجدت "الباحث" يونس الشامي في أطروحته المبينة أدناه، قد سرق من بحثي لنيل الماجستير السابق الذكر، بالحرف الواحد و بنفس الأسلوب جميع المعلومات و الأفكار الواردة فيه، و ذلك دون أن يكلف نفسه عناء الإحالة إلى بحثي المشار إليه كذلك أدناه، و الذي نوقش بتاريخ 19 فبراير 2010.

للإطلاع قصد التحقق و التأكد مما قلت، قارن بين ماهو مكتوب في متن الصفحات المحددة في البحثين أدناه، و حتى في هوامشها:

عبد الخالق امغاري، المرجع السابق، بحث الماجستير، السنة الجامعية 2008/2009، ص: 42-45.

يونس الشامي، المرجع السابق، الأطروحة، السنة الجامعية 2014/2015، ص: ابتداء من ص: 173 إلى غاية ص: 176.

مع القضاء الإداري الفرنسي، الذي لم يشهد تطورا مماثلا إلا مع مطلع عقد التسعينات من القرن الماضي¹.

وفي هذا الإطار، يعتبر القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط في قضية Pasquis بتاريخ 04 يناير 1940، قرارا بالغ الأهمية، ويمكن اعتباره "ابتكارا مثيرا للاهتمام، وتجسيدا لليبرالية القاضي إزاء الضحية، وهو ما أبان عنه - حقا في نطاق أضيق - قرار محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة ليون الفرنسية؛ أي قرار Gomez"².

وفي نفس السياق كذلك، صدر عن محكمة النقض قرارا هاما وفريدا، وذلك في قضية حمو الزويند بتاريخ 16 نونبر 1979، قضى فيه بمسؤولية الدولة بناء على المخاطر، بسبب الضرر غير العادي والخاص، الذي لحق التلميذ عبد الناصر بن حمو الزويند، حيث أصيب بفقدان البصر من عينه اليسرى إثر عملية تلقيح إجباري قدم لجميع تلاميذ إحدى المدارس العمومية لوقايتهم من انتشار جائحة وبائية في وسط هذه المدارس، علما أن هذا التلقيح كان قد أنجز دون خطأ، وفي إطار المصلحة العامة³.

وبناء على ما سبق، واستنادا إلى السياق التاريخي لصدور القرارين أعلاه، يمكننا القول على أن نظرية مخاطر العلاج الاستثنائي بالمفهوم القضائي الراهن، كانت هي الأسبق من حيث إقرار مسؤولية المرفق العام الطبي على أساس المخاطر ببلادنا، وليس التلقيح الإجباري كما ذهب إلى ذلك الأستاذ أحمد ادريوش⁴.

وتعتبر مرحلة ما بعد إحداث المحاكم الإدارية ببلادنا أهم مرحلة عرفت تطبيقا واسعا للمسؤولية على أساس المخاطر، سواء من حيث الكم أو من حيث الكيف. فأما من حيث الكم فيلاحظ وفرة الأحكام بخصوص بعض حالات هذه المسؤولية: كالمسؤولية عن أضرار المتفجرات والألغام وكذا حوادث القطارات وغيرها. وأما من حيث الكيف، فيلاحظ أن القضاء الإداري ببلادنا يسير في اتجاه تطوير و توسيع حالات المسؤولية السالفة الذكر، بهدف حماية حقوق المتضررين من أنشطة بعض الإدارات العمومية، ومن ذلك إقراره لمسؤولية الدولة المغربية عن إصابة أحد المواطنين برصاصة أطلقها رجال الشرطة اتجاه أحد الجناة، فانعكس اتجاهها لتصيب ذلك

¹ - حقيقة أن القضاء الإداري الفرنسي متقدم على القضاء المغربي فيما يخص إقرار المسؤولية الطبية في القطاع العام على أساس المخاطر، إلا أن الرصد التاريخي يوضح أنه في الوقت الذي تم الإقرار فيه بمسؤولية المرفق العام الطبي عن مخاطر العلاج الاستثنائي بناء على المخاطر في فرنسا، استنادا إلى القرارين الشهيرين Gomez و Bianchi، كان "القضاء المغربي" قد سبقه في ذلك منذ عقود، بدليل قرار Pasquis الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 4 يناير 1940، عدد: 2122.

هذا الهامش بما احتوى عليه من رأي الشخصي، بدوره لم يسلم من السرقة العلمية التي تعرضت لها من قبل "الباحث" يونس الشامي في أطروحته المشار إليها سابقا. انظر و قارن مضمون هذا الهامش في البحثين أدناه:

عبد الخالق امغاري، المرجع السابق، بحث الماجستير، ص: 43 الهامش رقم (1).

يونس الشامي، الأطروحة، المرجع السابق، ص: 173 الهامش رقم (365).

² - د. ميشيل روسي، المرجع السابق، ص: 203.

³ - أورده د. أحمد ادريوش، مسؤولية مرافق الصحة العمومية، البوكيلي للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999، ص: 33 و 34.

وانظر كذلك: د. ميشيل روسي، المرجع السابق، ص: 203.

⁴ - د. أحمد ادريوش، المرجع السابق، ص: 34.

المواطن. مما دفع المحكمة الإدارية بالرباط نحو تحميل الإدارة العامة للأمن الوطني مسؤولية تعويض هذا الأخير عن الأضرار اللاحقة به جراء نشاطها الخطر¹.

ويبدو أن القضاء الإداري ببلادنا قد تواترت أحكامه على اعتبار حوادث القطارات، التي يكون ضحيتها المرتفق نفسه، من الحوادث الخطيرة التي يقع على المكتب الوطني للسكك الحديدية حماية المرتفقين منها، ومسؤوليته في هذا المجال تقوم على أساس المخاطر وليس الخطأ، وهذا ما يلاحظ في بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية بالرباط²، وهو نفس التوجه الذي تبنته وأيدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط³.

ويظهر حرص القاضي الإداري المغربي في الأخذ بنظرية المخاطر كأساس من أهم أسس مسؤولية الإدارة بدون خطأ، في إقراره لمسؤولية الإدارة عن الأضرار اللاحقة بأحد المتعاونين معها. وفي هذا الصدد، قضت المحكمة الإدارية بالرباط في قضية عزوز اشعيبات، بمسؤولية الدولة المغربية عن الأضرار التي تسبب فيها احتجاز مواطن مغربي من طرف انفصالي البوليساريو، نتيجة تنفيذه لأمر بالسخرة لتلقاه من مندوبية وزارة التجهيز بالعيون الساقية الحمراء⁴. وقد تم تأييد هذا الحكم من قبل الغرفة الإدارية بمحكمة النقض في قرارها الصادر عنها بتاريخ 2006/11/29⁵.

ختاماً، ينبغي التأكيد على أهمية نظرية المخاطر كأساس تقليدي لأهم تطبيقات المسؤولية الإدارية بدون خطأ؛ ففي ضوء هذا الأساس عرفت هذه الأخيرة تطوراً ملموساً، شمل مختلف الأنشطة الإدارية من جهة، ومختلف الفئات المعنية أو غير المعنية بها من مرتفقين وأغيار ومتعاونين مع الإدارة من جهة أخرى، مما لم يبق معه مجالاً للرأي الرافض لنظرية المخاطر، والذي يعتبر مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة الأساس العام لمسؤولية الإدارة بدون خطأ، وهذا ما سيتأكد لنا من خلال التطبيقات القضائية المتزايدة و المكرسة للمسؤولية الإدارية على أساس المخاطر.

¹ - الحكم رقم 1290، صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2009/10/14، ملف رقم 07/587 ش ت، حكم منشور. جدير بالذكر، أن "الباحث" يونس الشامي سرق هذا الحكم و الأحكام التي تليه، وادعى أن غير منشورة و الحال أني قد نشرتها أول مرة في بحني السالف الذكر، و لكن السرقة أعمت صاحبها و الله يقول: "وما كنا عن الخلق غافلين"، سورة المؤمنون، الآية 17.
انظر و قارن للتأكد:

عبد الخالق امغاري، مرجع سابق، هوامش الصفحة 44 و الصفحة 45 و قارنها بالهوامش من 369 إلى غاية رقم 373 من أطروحة "الباحث" يونس الشامي، مرجع سابق، ص. 175.

² - انظر على سبيل المثال: الحكم رقم 785 الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 2004/6/14، حكم منشور وكذلك: الحكم رقم 1193 بتاريخ 2004 /11/11 حكم منشور.

³ - القرار عدد 693، الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2007/10/10.

⁴ - الحكم رقم 1461، الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط، في قضية عزوز اشعيبات ضد وزارة التجهيز ومن معها، بتاريخ 2004/12/23.

⁵ - القرار عدد: 1005، الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، بتاريخ 2006/11/29، وجدير بالإشارة أن مختلف هذه الأحكام والقرارات سيتم تحليلها ومناقشتها في مقال آخر بحول الله و قوته.

التدبير الأمني والاجتماعي للمؤسسات السجنية

وفاء الادريسي

طالبة باحثة في سلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-سلا

جامعة محمد الخامس

إذا كانت قاعدة الأمن بالسجن تغطي مساحة كبيرة، فذلك لأنها تشمل في الوقت ذاته أمن المجتمع، أمن الموظفين، أمن البنائيات والمعتقلين...، وهذا ليس بالأمر السهل، حيث أن المجالات المختلفة التي يشملها الأمن قد تكون في بعض الأحيان متناقضة.

ففي الوقت الذي يشكل فيه المفهوم الأمني بالنسبة لإدارة السجون (كهايكال إدارية) مفهوما عملي يرتبط أساسا بتدبير الجو العام بالمعتقلات¹، نجد أن هذا المفهوم في المؤسسات السجنية وان ارتبط في غالب الأحيان بمفهوم الحراسة، و المراقبة، وضبط النزلاء، و حمايتهم، من أية محاولة فرار، أو عصيان، أو تمرد، أو إخلال بالنظام العام (وهذا التوجه وان كان ضروريا في المؤسسات السجنية)، فلا ينبغي أن يكون الهدف الوحيد الذي تسعى إلى تحقيقه هذه المؤسسات، خاصة بعد أن أصبح يوظف لخدمة الفكر الحديث، الذي اخذ على عاتقه مفاهيم جديدة لمفهوم العقوبة تتميز بالمزاوجة ما بين تنفيذ العقوبة، وإصلاح السجين، وذلك من خلال الحرص إداريا على ضبط الأمن والانضباط داخل المؤسسة السجنية «المحور الأول»، وتوفير كافة مستلزمات الإصلاح الاجتماعي لإعادة إدماج السجين «المحور الثاني».

المحور الأول: التدبير الأمني

ان الحديث عن إعادة الادماج السجناء يجرنا باستمرار الى الحديث عن الجانب الأمني، لأن نوع العلاقة التي تربط بين موظف السجن و السجين يحددها دائما طرف ثالث هو الطبيعة المغلقة للفضاء السجني، و التي تقتضي مجموعة من الاجراءات الامنية و مهما تطورت السجون على مستوى قوانينها التنظيمية ووظائفها و امكانياتها و اساليب عملها يظل الجانب الأمني يشكل هاجسها الرئيسي في اخر المطاف و يثير المفهوم الأمني بالمؤسسات السجنية عدة مظاهر «الفقرة الأولى»، تعكس الأبعاد التي يسعى إلى تحقيقها «الفقرة الثانية».

الفقرة الأولى: المظاهر الأمنية بالمؤسسات السجنية

إن الأمن و النظام داخل المؤسسات السجنية أمر ضروري، و ذلك لتنظيم حياة إجتماعية يسودها الوفاق، و حسن السلوك، و السلامة، و الانضباط، و ليس المراد من النظام التأديبي التخويف، و ترهيب الجناة، كما كان عليه الأمر في النظم السالفة، بل أصبح كوسيلة للتكوين، و إعادة التأهيل و التربية².

¹ - بشرى تمورو، المنظور الأمني بالسجن المفهوم و الأبعاد، مجلة إدماج، عدد 3، مطبعة ندكوم للصحافة والإعلام، الرباط، 2002، ص 13.

² - المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج، الجانب الخدماتي.

ولتحقيق هذه الغاية انيطت بالإدارة السجنية المركزية مهمة وضع مخططات وبرامج، للحفاظ على الأمن و الانضباط بهذه المؤسسات في جميع مستوياتها ومنها:

➤ الأمن الانضباطي:

ويتعلق الأمر بتوفير الانضباط داخل المؤسسات السجنية¹ ضد كافة التوترات التي قد تنشأ بها، وذلك باتخاذ كافة التدابير التي من شأنها الحيولة دون ذلك، من خلال ضبط توزيع المعتقلين وفق معايير التصنيف المتعارف عليها، وهي السن، و الجنس، و نوع الجريمة، إضافة إلى تشديد المراقبات، و الإلمام بكل ما يتعلق بالنزلاء².

➤ الأمن المعيشي:

و يقصد به توفير الغذاء و الكساء، لكافة نزلاء المؤسسات السجنية.

➤ الأمن الصحي:

و يتعلق الأمر بوجود مصحات، وأطباء، يسهرون على الحد من انتشار الأوبئة، و الأمراض، و علاجها³.

➤ الأمن التجهيزاتي و المؤسساتي:

ويرمي إلى توفير تجهيزات، و بنايات تكون في حالة جيدة، وذلك من خلال تتبع، و معاينة حالة هذه التجهيزات و المؤسسات.

الفقرة الثانية: الإبعاد الأمنية للمؤسسات السجنية

تسعى الإدارة العامة السجنية في الآونة الأخيرة إلى تحقيق أبعاد رئيسية من خلال سياستها الأمنية نذكر من بينها البعد الوقائي:

ويتحقق من خلال الإجراءات الوقائية المتخذة لدرء خطر التمرد، و العصيان، و الفرار، وكافة المظاهر الشاذة التي تهدد أمن المؤسسات، و تخرج عن نظمها الداخلية، و تتركز إجراءات المؤسسات الأمنية على عدم إتاحة الفرصة لوقوع أي إخلال بالنظام العام⁴.

➤ البعد الاجتماعي:

ويتحقق من خلال الحفاظ على التوازن، و التوافق بين النزلاء، و الانضباط داخل المؤسسة، و في هذا الإطار تسعى المؤسسة السجنية إلى التخفيف من كل الاضطرابات النفسية، و الاجتماعية، التي تدفع بالسجين إلى ردود فعل عنيفة⁵.

➤ البعد الإنساني:

و يتعلق الأمر بالجهد الذي تبذره المؤسسة السجنية في مجال الخدمات العامة، و الذي يهدف إلى تخفيف معاناة السجين، و احترام إنسانيته، و امتصاص إحباطاته، و تيسير انتفاعه من الخدمات التي تقوم بها المؤسسة⁶.

¹ - المادة 7 من المرسوم 2.09.772، الصادر في 21 ماي 2009، و المتعلق بتحديد اختصاصات وتنظيم المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج.

² - احمد التقي، المقاربة الصحية بالمؤسسة السجنية من خلال قانون 98.23، إدماج، عدد7، مطبعة ندكوم للصحافة و الإعلام، 2004، ص. 43.

³ - احمد التقي، مرجع سابق، ص. 44.

⁴ - احمد التقي، مرجع سابق، ص. 44.

⁵ - احمد التقي، مرجع سابق، ص. 44.

⁶ - احمد التقي، مرجع سابق، ص. 44.

بذلك يكون تدبير أمن المؤسسات السجنية بكل تجلياته، وأبعاده، وانطلاقا من مخططات الإدارة العامة المركزية، يحاول أن يوفر الانضباط داخل هذه المؤسسات، على كافة المستويات، وذلك وفقا للمواثيق الدولية المتعلقة بشروط ووسائل استتباب الأمن، و الابتعاد عن الثقافة الأمنية التقليدية المطبوعة بالتسلط، و الانتقام.

المحور الثاني: التدبير الاجتماعي

يعرف الدور الاجتماعي بأنه الجهود العملية، و العلمية التي تهتم أولا بمساعدة الفرد المعوز، و ثانيا بمساعدة المجتمع على القيام بمهمة وقائية نحو الأفراد¹:

وهناك أيضا من عرفه بأنه مجموعة من الوسائل الفنية التي تتخذ للنهوض بالمجتمع، وإزالة الفقر من محيط الإنسانية، بتمكينها حياة ميسورة بعيدة عن الجهل، و المرض، و الحرمان. وتمثل هدفه بذلك في تمكين الفرد من حياة كريمة في المجتمع، وإعداد المواطن الصالح، وهو نفس الهدف الذي يسعى إليه الدور الاجتماعي داخل المؤسسات السجنية².

فتحقيقا للفلسفة التقويمية العلاجية، التي كانت تسعى إليها الإدارة السجنية المركزية، و تماشيا مع أهدافها وتوجهاتها الرامية إلى إصلاح وتأهيل نزلاء السجون، ثم الاستناد إلى مجموعة من الآليات التي تسهم في تحقيق الغرض الأول من الجزاء الجنائي، وهو التأهيل، و الإصلاح³، فهي تحقق للنزيل فوائد كثيرة في التنمية المهنية و الفكرية، وتعينه على فهم الأمور وتقدير عواقبها، وبالتالي تؤدي إلى إضعاف الميل الإجرامي، إذ تغرس لدى النزيل احترام القيم الاجتماعية، و الخلقية، و تجعله أكثر انسجاما مع المجتمع⁴.

هذه الآليات يمكن تقسيمها إلى قسمين آليات مباشرة «الفقرة الأولى»، وأخرى غير مباشرة «الفقرة الثانية».

الفقرة الأولى: الآليات المباشرة

نعما البعض بالأساليب المادية، والبعض الأخر بالأساليب الأصلية، وهي الأساليب والآليات الأساسية التي يستند عليها بشكل مباشر في إصلاح السجين وتأهيله، وتضم⁵:

➤ التصنيف:

الذي يعد أول أساليب إعادة الإدماج بالمؤسسات السجنية، فهو يساعد على وضع البرامج التأهيلية المناسبة، ويساهم في سهولة تنفيذها وتطبيقها، وذلك من خلال وضع النزيل في المكان المناسب لوضعيته بالمؤسسة السجنية، وقد نص المشرع المغربي على أهم الأسس التي يقوم عليها مبدأ التصنيف وذلك في المادة 29 من قانون 98/23⁶، مراعيًا في ذلك القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة

¹ - جورنديثريا، مديرية إدارة السجون بالمغرب، السلك العالي، المدرسة الوطنية للإدارة المغربية، 1980، ص.6.

² - جورنديثريا، مرجع سابق، ص.6.

³ - الأيام الوطنية المنظمة من طرف المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج، تحت شعار "إعادة الإدماج في الحياة الاجتماعية، و المهنية، عن طريق التربية، الاستئناس، التكوين، و التشغيل"، من 23 إلى 29 ماي، 2005.

⁴ - مصطفى مداح، سياسة إعادة الإدماج في السجون المغربية، مجلة إدماج عدد 12، طبعة ندكوم للصحافة والإعلام، الرباط، 2007، ص.111.

⁵ - مصطفى مداح، . مرجع سابق، ص.112.

⁶ - رغم الأهمية القصوى التي يحظى بها هذا القانون، خاصة من حيث سعيه الجليل إلى عقلنة و تنظيم قطاع السجون وتكريس دولة الحق و القانون فقد وجهت له انتقادات كثيرة نذكر منها:

السجناء، ومن المعايير التي يعتمد عليها في التصنيف نجد الجنس، السن، الحالة الصحية، نوع الجريمة، مدة العقوبة، سوابق الجاني...¹

➤ التعليم :

لا يقتصر التعليم داخل المؤسسات السجنية على التعليم العام، بل يشمل أيضا السماح بالاطلاع على الكتب الثقافية، و الانخراط في برامج التكوين المهني، ذلك أن إجازة إدخال الكتب والصحف والمجلات إلى المؤسسة السجنية يتيح الفرصة للزلاء لزيادة الثقيف و المطالعة ،ويربي لهم السبيل إلى تكيفهم مع المجتمع عند انتهاء مدة العقوبة، ومن أهم أساليب التعليم في المؤسسات السجنية نجد محو الأمية، التعليم العام، التكوين المهني² ...

➤ التشغيل :

يعتبر الشغل في السجون هو النظام الذي يلتزم فيه الأشخاص المحكوم عليهم بعقوبة سالية للحرية بأداء الأشغال التي تحددها لهم إدارة السجون³، أي انه هو الشغل الذي يقوم به السجناء داخل أسوار السجن⁴.

وهو من الأنشطة التقليدية في السجن، وتكون المؤسسة السجنية ملزمة بتوفيره لفائدة السجناء⁵، وإذا ما توفر هذا العمل فيجب أن تتوفر فيه عدة شروط نذكر منها:

○ أن يكون العمل ذي طبيعة ملائمة⁶.

○ أن يكون العمل بأجر منصف و عادل.

○ أن يكون العمل محاطا بالضمانات الاجتماعية⁷.

➤ الرعاية الصحية:

تعتبر من الرسائل المباشرة لإصلاح السجين و إعادة إدماجه ، فمعلوم أن الإيداع بالسجن يؤثر على صحة السجين النفسية و الجسدية، حيث أن ظروف السجن لا يمكنها أن تتلاءم بأي حال من الأحوال مع الظروف العادية الخارجية، ولذلك فإن صحة السجناء سواء الجسدية ، أو العقلية معرضة للمرض بصورة أكثر من المواطنين العاديين ، و ذلك بسبب تواجد كل الظروف المساعدة للاحتمال انتشار الأمراض في صفوف النزلاء⁸.

- أن المواد 36.31.20.6.1 التي تؤكد شرعية اعتقال المكره بدنيا، تتعارض مع المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية ، و التي ورد فيها أنه لا يمكن إلقاء القبض على الشخص بمجرد عدم وفائه بدنيا

- أن الفلسفة العامة التي يقوم عليها هذا القانون وهي أنسنة السجون تحتاج إلى أرضية تحتية لكن الملاحظ ان أغلب السجون لا تتوفر على بنية تحتية كفيلا بتطبيق هذه الفلسفة العامة

¹ - مصطفى ،مداح،، مرجع سابق ، ص.112.

² - مصطفى مداح، مرجع سابق، ص.113. 112.

³ - محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية،(دون ذكر المطبعة)، القاهرة،، 1967، ص. 328.

⁴ -Philippe Annvernyon et Caroline Guillemain,le travail pénitentiaire on question,la documentation française paris,2006,p. 13.

⁵ -John Howard,l'état du prisons des hopitany et des maison de force en encore au dix-huitième siècle ,édition de latelier PARIS .1994,p .224 .

⁶ - فوزية عبد الستار، مبادئ علم الإجرام و علم العقاب، الطبعة الخامسة، 1985، ص.388.378.

⁷ - مصطفى مداح، مرجع سابق، ص.117.

للتوسع في الفكرة المرجو الرجوع إلى:

⁸ - حميد سقطن، الرعاية الصحية بالمؤسسات السجنية، مجلة إدماج، عدد 7، مطبعة ندكوم للصحافة والإعلام، الرباط ، 2004 ، ص. 22.

لهذا كان من اللازم الاهتمام بالجانب الصحي للزئيل¹، لما لهذا من انعكاس إيجابي في مسيرة إصلاحه و إدماجه في المجتمع².

وتحقيقاً لهذا الهدف فقد حرص القانون المنظم للسجون على التنصيص على ضرورة الاهتمام بصحة السجين، وذلك حسب المواد 114.113 الخاصة بالعناية بالمعتقل، و المواد من 123 إلى 128 المتعلقة بالخدمات الصحية، وكذلك المواد 129 إلى 135 الخاصة بمهام أطباء المؤسسات السجنية، ثم المواد 137.136 المعنية بالاستشفاء³.

الفقرة الثانية: الآليات غير المباشرة

وهي آليات تعتبر تكميلية أو معنوية للآليات المباشرة، يتم الاستناد إليها في إعادة إدماج السجين وتأهيله⁴،

نذكر من بينها :

➤ الاتصال بالعالم الخارجي :

يعتبر جزء من عملية إعادة الإدماج الاجتماعي، كما أنه أصبح أحد الحقوق الأساسية التي يتمتع بها كل زئيل داخل المؤسسة السجنية، لأجل ذلك وضعت المواثيق و العهود الدولية ضمانات ثانوية تضمن حق الزئيل في الاتصال بالعالم الخارجي⁵.

ومن الوسائل التي يعتمد عليها لتحقيق هذا الاتصال نجد :

○ الزيارات :

أي السماح للزئيل باستقبال زواره داخل السجن، وبصفة خاصة أفراد أسرته، وذلك في إطار مجموعة من القيود، فالقطيعة مع العالم الخارجي من شأنها أن تخلق اضطراباً في سلوك الزئيل، وبالتالي فقدان التوازن النفسي، واللجوء إلى العزلة، و الإصابة بالملل، و الإحباط، و الاكتئاب، لذلك تلجأ جل النظم العقابية إلى أسلوب توثيق التواصل بين السجين و العالم الخارجي لإعادة التوازن إلى شخصيته، و التخفيف من حدة الآثار النفسية السلبية التي يسببها حبس الحرية⁶.

○ الخلوة الشرعية:

ويقصد بها في الفضاء السجني، أن يستقبل السجين زوجته والعكس، وذلك في غرف معدة لذلك بعد الإدلاء بما يثبت العلاقة الزوجية بين الزوجين⁷.

○ الرخص الاستثنائية والإذن بالخروج :

¹ - لأجل ذلك نصت عليها قواعد الجد الأدنى لمعاملة السجناء، التي رفضت أن تكون المعاملة الصحية في السجن سيئة حتى وان كانت كذلك في المجتمع، لأن الدولة مسؤولة عن السجناء الواقعين تحت سلطتها، وتعلم أن حرمان الشخص من الحرية وضع مؤلم، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن يضاف إلى هذا الألم حرمانه من العلاج، فبات من الضروري أن توفر له الرعاية الصحية داخل السجن و بالمجان.

² -_Mechourib.Mellouk,larénétiopublication.du centre de documentation d'information et de formation en droit de l'homme, imprimerie fédala- Mohamédia 1érédit ion , octobre 2001, p. 160.

³ - احمد التقي ، المقاربة الصحية بالمؤسسة السجنية من خلال قانون 98.23، إدماج، عدد7، مطبعة ندكوم للصحافة و الإعلام، 2004، ص. 43.

⁴ - مصطفي، مداح، سياسة اعاداة الإدماج في السجون المغربية، مرجع سابق ص.111.

⁵ - مصطفي مداح، سياسة اعاداة الإدماج في السجون المغربية، مرجع سابق، ص.121.

⁶ - حميدة ابو تاج، التواصل بالوسط السجني، مجلة إدماج، عدد3، مطبعة ندكوم للصحافة و الإعلام، الرباط، 2002، ص.32.33.

⁷ - سياسة اعاداة الإدماج في السجون المغربية، مرجع سابق، ص.122.

وهي الرخص التي يسمح من خلالها للسجين بترك السجن خلال فترة محدودة تخصص من مدة العقوبة، وذلك حفاظا على تماسك الروابط العائلية، ووعيا بأهمية تأثير هذه الروابط على سلوك النزير¹.

○ التنشيط الرياضي :

يساهم بشكل كبير في تأهيل النزير داخل المؤسسات السجنية، وذلك لماله من أثر كبير على نفسية السجين، إذ تبين أن استهلاك الطاقات في نشاط رياضي سليم يؤدي إلى التقليل من مظاهر الجريمة والانحراف، فهو يبرئ النزير جسديا وذهنيا للإقبال على البرامج التربوية والإصلاحية، ووعيا بهذا نص الفصل 17 من قانون السجون على تخصيص حصص للتربية البدنية والرياضية داخل جميع المؤسسات السجنية التي يمكن أن تنظم فيها هذه الأنشطة².

○ الأنشطة الترفيهية والثقافية :

تعد من الوسائل الهامة المكتملة للبرامج الإصلاحية و التربوية بالمؤسسات السجنية، و بالتالي تلعب دورا هاما في تأهيل النزلاء إجتماعيا و مساعدتهم على العودة للإندماج في المجتمع، لذلك نادى كافة المواثيق و العهود الدولية بأهمية التنشيط الفني والثقافي داخل المؤسسات السجنية، وعلى غرار هذا أولى المغرب اهتماما بهذه الآلية من خلال التنصيص عليها في المواد من 126 إلى 159 من المرسوم التطبيقي للقانون المنظم للسجون³.

○ الرعاية اللاحقة :

تلعب برامج الرعاية اللاحقة أهمية كبيرة في إعادة الثقة للمفرج عنهم، كما أنها تقدم للمجتمع فرصة للتعامل مع إنسان تم تأهيله، وتقويم سلوكه، وإعداده للحياة الاجتماعية، و جعله يشعر بأنه مواطن لا يختلف عن غيره من المواطنين.

و المغرب كغيره من الدول أدرك أهمية الرعاية اللاحقة في إعادة تأهيل النزير، وذلك من خلال تأييده لقواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء، وبتوصيات المؤتمرات الدولية التي عقدتها الأمم المتحدة لهذا الغرض⁴.

إن الدور الاجتماعي المنوط بالمؤسسات السجنية وفق توجهات الإدارة العامة المركزية يبقى أكبر من إمكانية الإحاطة به من حيث كافة مستوياته، لكن رغم ذلك يبقى هدفه واحد وهو العمل على تأهيل السجين، و المساهمة في إصلاحه، و إعادة إدماجه⁵ في المجتمع بعد الإفراج عنه.

¹ محمد بوسني، الرخص الاستثنائية والإذن بالخروج خطوات نحو إعادة الإدماج، مجلة إدماج، عدد 12، مطبعة نداكم للصحافة والإعلام، الرباط، 2007، ص.104.

² مصطفي مداح، سياسة إعادة الإدماج في السجون المغربية، مرجع سابق، ص.124.

³ مصطفي مداح، سياسة إعادة الإدماج في السجون المغربية، مرجع سابق، ص.122.

⁴ (بدون ذكر اسم الكاتب)، الرعاية اللاحقة، إدماج، عدد 6، مطبعة ندكوم للصحافة والإعلام، الرباط، 2003، ص.12.

⁵ Gilles lebreton, libérés publiques et droit de l'homme, aremond colin, 4^{ème} édition 1999, p.371.

الحماية القانونية لضحايا الابتزاز الإلكتروني

الدكتور صلاح الدين دكدك

مدير مجلة الفقه والقانون

أستاذ الفقه والقانون بكلية الشريعة- فاس

مقدمة :

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، لاشك أن الجميع يتابع التطور السريع للخدمات الإلكترونية بالعالم ، والتي يمكن اعتبارها فتحاً عظيماً من الله ، يقصر المسافات ويسر التواصل ، ويجعل الجميع يعيش جنباً إلى جنب ، وكأننا في قرية صغيرة من خلال خدمات وسائل التواصل الاجتماعي المتنوعة والبريد الإلكتروني ، والهاتف النقال ، وغيرها من البرامج والتطبيقات المهمة التي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من حياتنا .

لكن ما يثير الانتباه حقاً هو أن غالبية عظمى من المستفيدين من هذه النعم ، يعرضون عن جانبها الإيجابي الذي يخدم البشرية والإنسانية ، ويسخرونها في ما يغضب الله ويؤذي العباد ، وفي هذا الإطار نفاجاً بالكم الهائل من الحقد والحسد الذي يفرغه البعض في تعاليقه السافلة والساقطة كلما جاء إنسان بجديد ، أو حصل على جائزة أو فاز بقصب السبق في تخصص ما ، بغية تحطيمه والاستهزاء به وكرهه كراهية لا مبرر لها !!!

فالحقيقة المرة التي ينبغي أن نعترف بها هو تكاثر الظواهر الغريبة التي جاء بها هذا التطور الإلكتروني ، فلقد أصبحنا نسمع عن نشر الفضائح ، وتشويه سمعة الأبرياء ، بغية حصد أكبر عدد من المشاهدات والإعجابات والاشتراكات !!! بل إن الأمر تطور إلى أكبر من ذلك وظهر "التسول الإلكتروني" ، فبمجرد ما تدخل إلى هذا الفضاء الافتراضي العجيب ، إلا وتستجد مئات الرواد يستعطفونك من أجل الاشتراك في قنواتهم وصفحاتهم بالضغط على زر الإعجاب والاشتراك لتساعدهم لوجه الله لتحقيق بعض الأرباح ، والله لا يضيع أجر المحسنين !!!

في ظل هذه الفوضى وقانون الغاب الذي أصبحنا نعيشه في هذا العالم الافتراضي ، لم يعد البعض من أصحاب النفوس المريضة والخبيثة يكتفي بالشتيم والسب والقذف فقط ، بل تجاوز ذلك إلى حد الابتزاز والتهديد بنشر صور خاصة أو فيديوهات فاضحة لأناس مشهورين أو في مناصب حساسة أو من عامة الناس ، وذلك من أجل الحصول على مقابل مادي ، وعند الامتناع عن دفعه ، ستكون النتيجة هي التشهير على أوسع نطاق !!!

أكد أن هذه الظاهرة الخطيرة في تزايد مستمر في بلادنا المغرب ، وكذا في بلاد المسلمين ، بل إن بعض المدن والعياذ بالله أضحت عواصم لتكوين المبتزين والإيقاع بالضحايا من مختلف الجنسيات !!! وجني أرباح خيالية حسب القيمة المادية لثروة الضحية ومكانته الاجتماعية.

وأكد أيضا أن البعض من هؤلاء الضحايا فضل للأسف الشديد وضع حد لحياته بدل مواجهة الفضيحة والتشهير أو التبليغ لدى السلطات المختصة !!! وهذا هو الإشكال الأساسي الذي جاءت لتناقشه هذه الدراسة المتواضعة للبحث عن مدى توفير المشرع المغربي والمجتمع المدني للحماية اللازمة لهذه الفئة من ضحايا مجرمي الابتزاز الإلكتروني ، وإيجاد السبل الكفيلة لتطهير المجتمع المغربي والإنساني من هذه الآفة المشينة التي دمرت ولازالت تدمر أطفالا صغارا ، وشبابا في عمر الزهور ، بل وشيوخا في أردل العمر !!!

وقد قسمت هذه الدراسة إلى مبحثين أساسيين : ناقشت في (الأول) : مفهوم جريمة الابتزاز الإلكتروني وصورها ، بينما حللت في (الثاني) : سبل مكافحة جريمة الابتزاز الإلكتروني والوقاية منها .

المبحث الأول : مفهوم جريمة الابتزاز الإلكتروني وصورها

المطلب الأول : مفهوم جريمة الابتزاز الإلكتروني :

عرف فقهاء اللغة الابتزاز بأنه "أخذ الشيء بجفاء وقهر"¹، أما في الاصطلاح القانوني فيمكن تعريف الابتزاز بأنه : "القيام بالتهديد بكشف معلومات معينة عن شخص، أو فعل شيء لتدمير الشخص الذي يتم تهديده ، في حال عدم استجابته لمطالب المُبْتَز، حيث غالباً ما تكون المعلومات المستخدمة في عملية الابتزاز ذات طبيعة محرّجة للضحية، ويمكن أن تؤدي في بعض الأحيان إلى تدمير حياته الاجتماعية".

وارتباطا بالعودة الحديثة وظهور وسائل التواصل الاجتماعي²، نتج تطور ملحوظ للجريمة ، ليظهر ما يسمى "بالابتزاز الإلكتروني" وهو الابتزاز الذي يتم باستخدام الإمكانيات التكنولوجية الحديثة ضد الضحية كالتهديد بنشر معلومات سرية خاصة ، أو متعلقة بجهة العمل أو غيرها من الأعمال غير القانونية ، وعادة ما يتم تصيد الضحايا عن طريق البريد الإلكتروني أو برامج التواصل الاجتماعي المختلفة نظراً لانتشارها الواسع واستخدامها الكبير من قبل جميع فئات المجتمع.

ونظراً لقلة انتشار الثقافة القانونية يلجأ بعض الأفراد للصمت على هذه الجريمة الخطيرة خوفاً من التشهير وتبعاته التي قد تكون سبباً للدمار النفسي الشامل للضحية الذي يؤثر سلباً على العائلة وبالتالي على المجتمع³.

فالابتزاز إذن تحصيل للمال أو المنافع من شخص تحت التهديد ، حيث تكون المعلومات المستخدمة في عملية الابتزاز ذات طبيعة محرّجة للضحية ، وبالتالي يقوم فعل الابتزاز على حضور أربعة أركان هي المبتز (الفاعل) و المبتز (المفعول به) ، محل الابتزاز ، ثم العملية الرئيسية في الابتزاز وهي التهديد ، فجريمة الابتزاز في القانون المغربي تعرف «بجنحة الحصول على المال بالتهديد» نص عليها الفصل 538 من القانون الجنائي المغربي حيث أكد على أن : «من حصل على مبلغ من المال، أو الأوراق المالية أو على توقيع أو على تسليم ورقة مما أشير إليه في الفصل السابق، و كان ذلك بواسطة التهديد بإفشاء أو نسبة أمور شائنة، سواء كان التهديد شفويًا أو كتابيًا، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و غرامة من مائتين إلى ألف درهم».

و تبقى عبارة «أمور شائنة» على نسبتها عبارة محورية في جريمة الابتزاز، لأنها سلاح المبتز من أجل إخضاع الضحية تحت التهديد ، إلا أن الركن المادي للجريمة يتحدد أساسا في الاعتداء على حرية الإرادة ، وهو الحق الذي يحاول حمايته الفصل 538 من القانون الجنائي لكون الضحية عندما يتعرض للتهديد لا يملك حرية الاختيار، فالاعتداء على حرية الإرادة يعتمد على فعل التهديد ، و هو باختصار إكراه معنوي يتميز بالضغط على إرادة المجني

¹ - الفيروز أبادي ، القاموس المحيط- مادة بز- ، دار الحديث القاهرة ، طبعة 1429هـ 2008 ص :126.

² - كالإنستغرام، الفيس بوك، التويتر والسناپ وتشات وغيرها من البرامج والتطبيقات .

³ - المحامي بندر بن شمال الدوسري ، الابتزاز الإلكتروني جريمة يعاقب عليها القانون ، مقال منشور بجريدة الوطن ، وهي يومية شاملة تفاعلية مملكة البحرين <https://alwatannews.net/> تاريخ الاطلاع الأحد 21 يوليوز 2019 على الساعة العاشرة صباحا.

عليه و إرغامه على تسليم محل الاعتداء¹.

وعليه فالإبزاز الإلكتروني هو عملية تهديد الضحية بنشر صور خاصة أو مقاطع فيديو أو فضح معلومات سرية مقابل دفع مبالغ طائلة من الأموال ، ويمكن أيضاً استخدام الإبزاز للإفصاح عن معلومات سرية خاصة بشركة أو مكان عمل، ويحدث هذا الإبزاز عن طريق استدراج الضحايا عن طريق البريد الإلكتروني أو مواقع التواصل الاجتماعي التي تستخدم من قبل جميع الفئات العمرية².

كما أن الإبزاز هو دخول غير مشروع عبر إحدى شبكات التواصل الاجتماعي أو وسائل الاتصال الخاصة بشخص ما لتهديده أو ابتزازه ، لحمله على القيام بفعل معين أو الامتناع عنه ، ولو كان القيام بهذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً، فالإبزاز يعد جريمة أخلاقية ، وسلوكاً معوجاً، وخسة نفس ، قبل أن تكون محرمة شرعاً ، أما بخصوص نظرة الإسلام لموضوع الإبزاز الإلكتروني ، فهو يرى أنه يشكل قيда على حرية الشخص وإرادته ، ومعلوم أن الشخص في الشرع محترم في نفسه وماله وعرضه وعقله ودينه، وهذه الخمس هي ما يطلق عليها مقاصد الشريعة الإسلامية ، والإبزاز حقيقة وواقعا يشكل مصادرة لحرية الإنسان في إحدى تلك المقاصد الخمسة، ويشكل خطراً يهدد أمن الإنسان في سمعته وعرضه أو ذاته ودينه، وكل ذلك منهي عنه شرعاً ، كما أن الإبزاز تطفل على خصوصية الناس وإطلاع على عوراتهم ومصادرة لحريةهم ، والشرع الحنيف حرص كل الحرص على ستر عورات المسلمين وحفظ خصوصياتهم الشخصية بعيداً عن أعين الناس، وشرع لذلك تشريعات عديدة، منها: أحكام الاستئذان، والسلام ، والنظر و غرض البصر، واللباس، والدخول والخروج، ونحو ذلك، وفي المقابل نهى عن التجسس والإطلاع على العورات والدخول من غير استئذان ، إذ أن كل هذه الأحكام الشرعية عبارة عن سياج يحمي الإنسان ويحيطه بمزيد من الحماية والأمن والخصوصية والستر، خاصة مع توسع الناس في الاشتراك في شبكات التواصل الاجتماعي وانتشار تكنولوجيا الاتصال ، ولا شك أن أي سلوك أو عمل يكسر هذه الحواجز أو يحاول اختراق هذا السياج فهو مدان في الشرع، بل ويطبق عليه أحياناً مع تماديه حد الحرابة³ لإفساده في الأرض بهذا السلوك المشين⁴.

وعليه ومن خلال ما سبق يتضح أن الإبزاز الإلكتروني هو الضغط على شخص ما وتهديده للقيام بفعل ما قد يكون تسليم أموال أو أسرار أو ممارسة الرذيلة أو شيئاً آخر ، فما هي طرق الإبزاز الإلكتروني وصوره ؟

1- عبد العليّ خالد ، جرائم الإبزاز الجنسي بالمغرب وسؤال التأطير والحماية ، مقال منشور بجريدة الاتحاد الاشتراكي يوم 07 - 12 - 2016 .

2- عن موقع حلوها : الإبزاز الإلكتروني <https://www.hellooha.com> : تاريخ الاطلاع الأحد 21 يوليوز 2019 على الساعة العاشرة صباحاً.

³ - الحرابة شرعاً: هي إظهار السلاح وقطع الطريق خارج المصر / سعدي أبو جيب ، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ، دار الفكر - دمشق ، سوريا ، الطبعة الثانية 1988 ، ص : 83.

4- كلمة للدكتور خالد الشنو من جامعة البحرين ، الإبزاز الإلكتروني جريمة أخلاقية مدانة شرعاً ويحكم عليها القانون ، تحقيق: فاطمة زيد الزايد ، منشورة بجريدة الأيام التي تصدر عن مؤسسة الأيام للنشر مملكة البحرين ، العدد 10178 الأحد 19 فبراير 2017 الموافق 22 جمادى الأولى 1438 .

المطلب الثاني: طرق الابتزاز الإلكتروني وصوره :

إن النصب عبر الشبكة العنكبوتية من بين أساليب الابتزاز الإلكتروني التي يسخرها شباب يفتنون على حساب ضحاياهم ، من داخل المغرب ومن خارجه ، نساء ورجالا ، فالقصة تبدأ بإنشاء حساب فيسبوكي باسم فتاة ثم البحث عن مقاطع فيديو خليعة تظهر فتيات يتعرين أمام الكاميرا بحركات جنسية وإيجائية مشينة ، يحتفظ بها في سجل خاص قبل أن يتم إسقاط الضحايا واحدا تلو الآخر¹ ، وأغلب ضحايا هؤلاء المبتزين من الرجال يوقعون بهم بكافة الطرق قبل الشروع في إرهابهم وابتزازهم ، ويتم الاستدراج من خلال برامج ذكية توهم الضحايا بالدخول في علاقات غرامية مع حسناوات ، ففي البداية تقوم فتاة حسناء وجميلة المظهر بإضافة الضحية من أي شبكة اجتماعية معروفة أو شبكات اجتماعية للتعارف والصدقة وتبدأ في الحديث الجاذب معه لتمتين العلاقة واستدراجه إلى إقامة علاقة حميمة معه عبر الكاميرا يحرص المبتز على توثيقها وتوظيفها لاحقا في عمليات الابتزاز ، إلا أن ما ينبغي تسجيله للأسف هو أن الغالبية العظمى من الضحايا يتفاعلون مع هذه الدعوات القادمة من فتيات وهميات من وسائط التواصل الاجتماعي².

أما لابتزاز الفتيات فهناك للأسف الكثير من الطرق التي تستخدمها فئة كبيرة جدا من الشباب سواء في المغرب أو غيرها من الدول العربية ، أهمها الوصول لتلك الفتاة من خلال العلاقات العاطفية أو علاقات الصداقة المصطنعة عبر الإنترنت ، أو من خلال قصص الغرام الخادعة والحصول على محتويات وصور خاصة و من ثم تهديد تلك الفتاة إما بالممارسة الجنسية واستمرار العلاقة غير المشروعة أو بالفضيحة أو دفع مبالغ مالية ، و قد يتم أيضا الوصول إلى الفتاة من خلال التسلسل غير المشروع إلى جهاز الحاسوب أو الهاتف الشخصي ، وأيضا إذا ما فقدت الهاتف و داخله محتويات خاصة³.

وعليه ومن كل ما سبق يتضح أن الابتزاز أنواع ، لكن المطروح أمامنا للنقاش يتعلق بالابتزاز المرتبط بالجنس والتقنية أو بمعنى أدق انتحال هوية فتاة والعمل على استدراج الشخص بغرض الوصول إلى مقطع فيديو أو صور فاضحة تخصه لابتزازه ، وقد تختلف وسائل الوصول إلى كل ما من شأنه أن يمس الحياة الخاصة للأشخاص فزيادة على استدراج الأشخاص من خلال وسائط التواصل الاجتماعي هناك حالات تتعلق بسقوط " بطاقة الذاكرة"⁴ التي توجد بها صور ووثائق خاصة ، وأيضا هناك حالة اختراق حواسيبها خصوصيات قد تسيء لأصحابها⁵.

1- عبد الله عياش ، الابتزاز الإلكتروني أو "الزناك" الذي ساق حياة البعض للجهنم .مقال منشور بموقع هبة بريس :

<https://www.hibapress.com/details-58944.html> تاريخ الاطلاع الأحد 21 يوليوز 2019 على الساعة العاشرة صباحا.

2-عبد العالي خلاد ، جرائم الابتزاز الجنسي بالمغرب وسؤال التأطير والحماية – مرجع سابق.

3- موقع مكافحة الابتزاز : <https://www.antixextortion.net/> : تاريخ الاطلاع الأحد 21 يوليوز 2019 على الساعة العاشرة صباحا.

⁴ - هي بطاقة إلكترونية تختلف طاقتها الاستيعابية ، تخزن فيها المعلومات من وثائق وصور وفيديوهات وغيرها.

5- عبد الله عياش ، الابتزاز الإلكتروني أو "الزناك" الذي ساق حياة البعض للجهنم – مرجع سابق.

و من طرق الابتزاز الإلكتروني أيضا تلك المستهدفة لفئة الأطفال والمراهقين واستغلالهم جنسياً وتوثيق مقاطع مصورة لهم وتهديدهم بها إذا لم ينصاعوا لأوامر المبتزين وطلباتهم.

هذا من جهة ومن جهة ثانية قد يكون الابتزاز الإلكتروني أيضاً من خلال استغلال الدين في التواصل مع الشخص ، حيث يقوم أحد أفراد العصابة بالتواصل مع الضحية على أنه شيخ جليل متخصص في الرقية الشرعية¹ سيقوم بمساعدته لفك السحر ، ويستدرجه حتى تؤمن الضحية لهذا الشيخ بإرسال صور ومقاطع ثم يتم استخدام المواد المرسله لتهديد الضحية وابتزازها.

إذن هنالك الكثير من طرق الابتزاز الإلكتروني الخبيثة التي تستدرج الأطفال والكبار لأهدافها الدنيئة². فكيف نكافح هذه الجريمة القذرة؟ وكيف نوفر الحماية الكافية لضحاياها؟ وكيف نقي المجتمع من شرورها؟

المبحث الثاني : مكافحة جريمة الابتزاز الإلكتروني والوقاية منها

المطلب الأول : عقوبة جريمة الابتزاز الإلكتروني في القانون المغربي :

الفقرة الأولى : النصوص المنظمة للعقوبة :

نص الفصل 538 من القانون الجنائي المغربي على أن : «من حصل على مبلغ من المال، أو الأوراق المالية أو على توقيع أو على تسليم ورقة مما أشير إليه في الفصل السابق، و كان ذلك بواسطة التهديد بإفشاء أو نسبة أمور شائنة، سواء كان التهديد شفويا أو كتابيا، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و غرامة من مائتين إلى ألف درهم.» و من خلال استقراء هذا الفصل يتضح لنا أن أركان جريمة الحصول على مال بالتهديد قريبة جدا من عناصر فعل الابتزاز³.

ويرى القاضي محمد قنديل في جوابه عن هذه الظاهرة انه ينبغي أن تميز ما بين الجرائم المعلوماتية و الجرائم المستخدمة عن طريق النظم المعلوماتية ، و هنا مكمن الاختلاف بين الجريمتين ، فالجرائم المعلوماتية تكون الضحية المباشرة فيها هو النظام المعلوماتي ، أما الجرائم الأخرى التي تستخدم النظم المعلوماتية كوسيلة لإنجازها تعتبر جرائم عادية جدا و تخضع للنصوص التقليدية (نصوص القانون الجنائي). وعليه فلا نحتاج لنص جديد يعاقب على الابتزاز الجنسي أو الإلكتروني لأنه أصلا هو الابتزاز ، حيث تصبح وسيلة الضغط (التهديد) هي النظام المعلوماتي و هي نفس الصورة لشخص يستخدم نشر الصور بتعليقها في أسوار الحي بحيث لا يوجد اختلاف في مضمون الجريمة وأركانها.

¹ - الرقية الشرعية : هي كلام يستشفى به المريض / سعدي أبو جيب ، مرجع سابق ، ص : 152.

² - موقع حلوها – مرجع سابق.

³ - عبد العاللي خلاد ، جرائم الابتزاز الجنسي بالمغرب وسؤال التآطير والحماية- مرجع سابق.

أما فيما يخص الحالة التي تتعلق بسقوط "بطاقة الذاكرة" ووقوعها بيد شخص آخر حاول استغلالها لمساومة الضحية ، فهنا ينبغي أن نناقش نوع المواد المرئية : فإذا كانت مجرد صور لضحية في أوضاع معينة ، فالجاني في هذه الحالة يكون قد ارتكب جريمة من جرائم السرقة المعاقب عليها بالفصل 527¹ من القانون الجنائي ، وكذا جريمة الابتزاز حسب الفصل 538² من القانون الجنائي المغربي ، أما إذا كانت التسجيلات أو الصور عبارة عن صور خليعة أو منافية للأخلاق و الآداب العامة فهنا يمكن اعتبار ضحية الجرائم أعلاه فاعل رئيسي لجريمة انتهاك حرمة الآداب العامة³ ، لأن ما قام به أصلا في هاتفه يخرق مقتضيات الفصل 89 من قانون الصحافة⁴ ، غير أن هذا الأخير يمكنه الدفع بأن ما "بني على باطل فهو باطل" و يمكن أن لا تعدد بالصور المضبوطة لأنه محصل عليها عن طريق جريمة ألا و هي السرقة و الابتزاز."

أما فيما يخص حالة اختراق أحد ما لحاسوب شخص وأخذ بعض الوثائق والصور والفيديوهات منه فيقول القاضي قنديل " هنا نتكلم عن جريمتين : الابتزاز و الجرائم المعلوماتية التي سبق الإشارة لها .⁵

وقد نص تعديل جديد في القانون الجنائي المغربي على أن المساس بخصوصية الآخرين من خلال نشر صورهم أو أقوالهم بغرض التشهير بهم سيعرض صاحبها إلى عقوبات سجنية وغرامات مالية قد تصل إلى خمسة ملايين سنتيم.

فيبعد توالي حوادث نشر الصور والفيديوهات الخاصة بالغير على مواقع التواصل الاجتماعي دون الحصول موافقة منهم وذلك بغرض الإساءة والتشهير ، قدم قانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء ثلاث

¹ نص الفصل 527 من القانون الجنائي المغربي على أن : "من عثر مصادفة على منقول، وتملكه بدون أن يخطر به مالكة ولا الشرطة المحلية، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة. ويعاقب بنفس العقوبة من تملك، بسوء نية، منقولا وصل إلى حيازته صدفة أو خطأ". / مجموعة القانون الجنائي صيغة محينة بتاريخ 25 مارس 2019 ، عن البوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل بالمملكة المغربية- عدالة <http://adala.justice.gov.ma> / تاريخ الاطلاع الأحد 21 يوليوز 2019 على الساعة العاشرة صباحا.

² نص الفصل 538 من القانون الجنائي المغربي على أن : "من حصل على مبلغ من المال، أو الأوراق المالية أو على توقيع أو على تسليم ورقة مما أشير إليه في الفصل السابق، وكان ذلك بواسطة التهديد بإفشاء أو نسبة أمور شائنة، سواء كان التهديد شفويا أو كتابيا، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين² إلى ألفي درهم". / مجموعة القانون الجنائي -مرجع سابق

³ ما ذكره فضيلة القاضي قنديل يحتاج إلى نقاش مستفيض ، فكيف نعتبر شخصا يملك صوراً سرية مخلة في حاسوبه الشخصي بعيدة عن أعين العموم منتكاً لحرمة الآداب العامة !!! فما فعله يبقى بينه وبين الله تعالى هو الذي سيحاسبه ، وبالتالي فالمجرم المبتز هو الذي سخر هذه الصور المخلة ووظفها من أجل انتهاك حرمة الآداب العامة والله أعلم بالصواب.

⁴ -ينص الفصل 89 من قانون الصحافة على ما يلي :يعد تدخلا في الحياة الخاصة...إفشاء وقائع وصور فوتوغرافية أو أفلام حميمة لأشخاص أو تتعلق بحياتهم الخاصة ما لم تكن لها علاقة وثيقة بالحياة العامة أو تأثير على تدبير الشأن العام . يعاقب على هذا التدخل ، إذا تم نشره دون موافقة الشخص المعني بالأمر او دون رضاه.... / ظهور شريف رقم 1.16.122 صادر في 6 ذي القعدة 1437هـ (10 اغسطس 2016) ، بتنفيذ القانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6491-11.

⁵ عبد الله عياش ، الابتزاز الالكتروني أو "الأنك" الذي ساق حياة البعض للجحيم - مرجع سابق.

تعديلات على الفصل 447 من القانون الجنائي ، حيث أصبحت هذه السلوكات تقع تحت بند انتهاك خصوصية الغير بموجب التعديلات الجديدة.¹

ودخلت التعديلات 447-1 و 447-2 و 447-3 التي أدخلها قانون رقم 103.13 على الفصل 447 من القانون الجنائي المتعلق بحماية الحق في الخصوصية حيز التنفيذ.

وبحسب الفصل 447-1 فإنه "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 2.000 إلى 20.000 درهم كل من قام عمدا، وبأي وسيلة بما في ذلك الأنظمة المعلوماتية، بالتقاط أو تسجيل أو بث أو توزيع أقوال أو معلومات صادرة بشكل خاص أو سري، دون موافقة أصحابها، ويعاقب بنفس العقوبة، من قام عمدا وبأي وسيلة، بتثبيت أو تسجيل أو بث أو توزيع أو بث أو توزيع صورة شخص أثناء تواجده في مكان خاص، دون موافقته".

أما الفصل 2 – 447 ف"يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات وغرامة من 2.000 إلى 20.000 درهم، كل من قام بأي وسيلة بما في ذلك الأنظمة المعلوماتية ، ببث أو توزيع تركيبة مكونة من أقوال شخص أو صورته، دون موافقته، أو قام ببث أو توزيع ادعاءات أو وقائع كاذبة، بقصد المس بالحياة للأشخاص أو التشهير بهم".

في حين نجد الفصل 3 – 447 "يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وغرامة من 5 آلاف إلى 50 ألف درهم، إذا ارتكبت الأفعال المنصوص عليها في الفصلين 1-447 و 2 – 447 في حالة العود وفي حالة ارتكاب الجريمة من طرف الزوج أو الطليق أو الخاطب أو أحد الفروع أو أحد الأصول أو الكافل أو شخص له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلف برعايتها أو ضد امرأة بسبب جنسها أو ضد قاصر".²

الفقرة الثانية : قصور القانون في محاربة جريمة الابتزاز الإلكتروني :

في الوقت الذي يرى فيه البعض أن المغرب يتوفر على ترسانة قانونية مهمة تحمي من جرائم الإنترنت وتعاقب عليها، يرى آخرون أن المملكة لم تستطع بعد أن ترقى إلى مصاف الدول المتقدمة في هذا المجال، بل إن تشريعها غير مقبولة على الصعيد الدولي.

1-نشر صور الغير قد يفودك للسجن، طارق البركة. عن موقع القناة الثانية : <http://www.2m.ma ar/news/> تاريخ الاطلاع الأحد 21 يوليوز 2019 على الساعة العاشرة صباحا.

2-تمت إضافة الفصول 447-1 و 447-2 و 447-3 أعلاه، بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 103.13، المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء . مجموعة القانون الجنائي – مرجع سابق.

وفي هذا الإطار، يقول عبد الرزاق مزيني، خبير قانوني في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات: إن المغرب لا يتقدم في ما يتعلق بالحماية من جرائم الإنترنت، كما أن الشرطة تقوم بعملها في هذا المجال لكن من دون أي أسس قانونية، واعتبر مزيني أن كل التشريعات الوطنية في مجال الحماية من جرائم الإنترنت وضعت تحت الضغط وبسرعة مؤكدا أنها باتت غير مقبولة على المستوى الدولي، وأعطى مثالا بقانون حماية المعطيات الشخصية الذي قال عنه أنه: "نص ترفضه أوروبا وترفض التعامل به"، مضيفا أن: "المغرب يمكنه إرسال المعطيات الشخصية بكل حرية إلى أوروبا، في حين هذه الأخيرة ترفض إرسال البيانات الشخصية في اتجاه المملكة نظرا لاعتبارها غير محمية، مستبعدة هذا النص لكونه غير متوافق مع قواعد الحماية المعتمدة دوليا."

وأكد المتحدث أن من يريد إرسال بيانات إلى المغرب من أوروبا يلزمه ترخيص للقيام بذلك، معتبرا أن المملكة "تعاني من فجوة كبيرة في ما يتعلق بمنع وقمع الجرائم الإلكترونية."

فالمستشار القانوني السابق لاتصالات المغرب أبرز أن: "قانون حماية المعطيات الشخصية مر تحت الضغط دون أي نقاش حوله، فيما جاءت المقترحات التي تهم حماية البيانات الشخصية ومحاربة القرصنة مقتضبة."

وأشار المتحدث إلى أنه عقب الأحداث المساوية لـ11 من شتنبر 2001، أصدرت جل الدول ردود فعل من خلال اعتماد نصوص تعرف الجرائم الجديدة على الإنترنت وسبل منعها والعقوبات، وتتضمن التزامات للجهات التي تعمل في مجال الإنترنت، وانضمامها إلى "اتفاقية بودابست" ضد جرائم الإنترنت، وهي اتفاقية تحدد القواعد القانونية التي يجب على البلدان الموقعة عليها الالتزام بها وتطبيقها ضمن قوانينها الداخلية...¹

وبخصوص مدى تطبيق المغرب وتفعيله لاتفاقية بودابست أكد رئيس النيابة العامة محمد عبد النباوي أنه إذا كان المشرع المغربي قد استحضر روح الاتفاقية الأوروبية، حول الإجرام المعلوماتي، إبان وضعه للباب العاشر من الجزء الأول من الكتاب الثالث، من مجموعة القانون الجنائي، (المواد 607-11 إلى 607-3)²، فإن المستجدات الحاصلة في مجال استخدام المعلومات في ارتكاب الجرائم العابرة للحدود، جعلت الدولة المغربية تصادق على

1- أمال كنين، قوانين الجرائم الإلكترونية لا تحمي "مغربي الإنترنت" في المغرب، مقال منشور بالجريدة الإلكترونية هسبريس - الجمعة 18 نونبر 2016 - 14:00، عن موقع هيسبريس: <https://www.hespress.com/hi-tech/328538.html>، تاريخ الاطلاع الأحد 21 يوليوز 2019 على الساعة العاشرة صباحا.

2- ينص الفصل 607-3 على أن: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال". ويعاقب بنفس العقوبة من بقي في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو في جزء منه، كان قد دخله عن طريق الخطأ وهو غير مخول له حق دخوله. تضاعف العقوبة إذا نتج عن ذلك حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو اضطراب في سيره/ وينص الفصل 607-11 على أن: يجوز للمحكمة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية أن تحكم بمصادرة الأدوات التي استعملت في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب والمتحصل عليه منها. يمكن علاوة على ذلك، الحكم على الفاعل بالحرمان من ممارسة واحد أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 من هذا القانون لمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات. يمكن أيضا الحكم بالحرمان من مزاوله جميع المهام والوظائف العمومية لمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات وينشر أو بتعليق الحكم الصادر بالإدانة. / مجموعة القانون الجنائي - مرجع سابق.

اتفاقية بودابست حول الجريمة المعلوماتية. هذه المصادقة التي تم إيداع وثائقها لدى أمانة مجلس أوروبا بتاريخ 29 يونيو 2018، ليبدأ العد العكسي لدخولها حيز التنفيذ بعد ثلاثة أشهر من ذلك.¹

وأوضح الوكيل العام للملك ، أنه وفقاً للدستور المغربي الذي يمنح السمو للاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية فور المصادقة عليها ، فإن هذه الاتفاقية قد أصبحت منذ تاريخ فاتح أكتوبر 2018 جزءاً من القانون الوطني، وأن السلطات ملزمة بتطبيقها اعتباراً للمنصوص عليه في تصدير الدستور بشأن سمو الاتفاقيات الدولية على التشريع الوطني¹ ، وكذلك عملاً بالمقتضى الوارد في المادة 713² من قانون المسطرة الجنائية فيما يتعلق بالمقتضيات المنظمة للتعاون القضائي الدولي .

وأبرز محمد عبد النباوي، أنه إذا كانت اتفاقية بودابست التي صادق عليها مجلس أوروبا ، وفتح باب التوقيع عليها ، قد أعدت في البداية للعمل بها من طرف الدول المنتمة للمجلس المذكور ، فإنها قد تضمنت مقتضى يتيح لدول أخرى خارج القضاء الأوروبي للانضمام إليها ، وبذلك فإن المملكة المغربية الساعية إلى تطوير ترسانتها القانونية ، وملاءمة قوانينها مع أحدث التشريعات العالمية ، حينما يتعلق الأمر بجرائم عابرة للحدود كالإجرام السيبراني³ ، تكون قد انضمت إلى هذه الاتفاقية وأصبحت بذلك هي العضو الستين ، وهذا دليل على السياسة الاستباقية للمملكة المغربية ، وانخراطها في المجهودات الدولية الرامية إلى منع الجريمة، وإزادتها الراسخة لتقوية

¹ ينص الدستور المغربي في تصديره على ما يلي : "جعل للاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب ، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة ، وهويتها الوطنية الراسخة ، تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية ، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة" / ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 شعبان 1432 هـ (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور . / ملحوظة : إن قضية سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية تحتاج إلى نقاش مستفيض ، فالمغربي المسلم الذي تعتبر الشريعة الإسلامية جزءاً لا يتجزأ من تشريعه الوطني لا يقبل أن تسمو هذه الاتفاقيات الدولية على شريعة الله المقدسة وعلى سبيل المثال لا الحصر الدعوات الدولية إلى المطالبة بالمساواة بين الرجال والنساء في الإرث ، والدعوة إلى إلغاء عقوبة الإعدام وغيرها من القضايا التي تعتبر خطأ أحمر في الشريعة الإسلامية....

² تنص المادة 713 من المسطرة الجنائية على أن : "تكون الأولوية للاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية فيما يخص التعاون القضائي مع الدول الأجنبية. لا تطبق مقتضيات هذا الباب، إلا في حالة عدم وجود اتفاقيات أو في حالة خلو تلك الاتفاقيات من الأحكام الواردة به." / قانون المسطرة الجنائية ، صيغة محينة بتاريخ 25 مارس 2019 ، عن البوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل بالمملكة المغربية- عدالة / <http://adala.justice.gov.ma> ، تاريخ الاطلاع الأحد 21 يوليوز 2019 على الساعة العاشرة صباحاً.

³ وصفت هذه الجريمة بأنه جريمة تقاوم التعريف شرها وتوضيحاً: فمنهم من نظر إليها من خلال وسيلة إرتكابها لكثرة ما تناولته الكتابات عنها ومنهم من خلال موضوعها، ومنهم من خلال توافر المعرفة بتقنية المعلومات ووجهات نظر مختلفة. ومن التعريفات الجامعة للجرائم المعلوماتية التعريف البلجيكي الذي ورد في الإجابة البلجيكية على الإستبيان الذي أجرته منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية عام 1982 حول الغش OCDE بطريقة مباشرة أو غير المعلوماتي حيث ورد التعريف التالي " كل فعل أو إمتناع من شأنه الإعتداء على الأموال المادية أو المعنوية يكون ناتجاً، مباشرة عن الإستخدام غير المشروع لتقنية المعلومات". ويلاحظ ان هذا التعريف يعبر عن الطابع التقني الخاص أو المميز تنضوي تحته أبرز صور الجريمة السيبرانية ويشمل تحديده ركها المعنوي أي القصد الجنائي، كما ويمكن من خلال هذا التعريف التعامل مع التطورات المستقبلية للتقنية. / العميد ناجي ملاعب ، تعريف الجرائم السيبرانية وتطورها ، دراسة منشورة بموقع الامن والدفاع العربي <http://sadarabia.com> تاريخ الاطلاع الأحد 21 يوليوز 2019 على الساعة العاشرة صباحاً.

التعاون الدولي من أجل ذلك¹.

والحقيقة فبالرغم من انخراط المغرب في محاربة الابتزاز الإلكتروني ونص القانون بصريح العبارة على معاقبة المساس بالحياة الشخصية للأفراد ، إلا أن الملاحظ أنه مع التطور التكنولوجي، أضحت هذه الحياة موضوع انتهاك مستمر، وازداد ضحايا الجرائم الإلكترونية بشكل مستمر، خاصة تلك المتعلقة بنشر صور وفيديوهات تحمل بعض الإيحاءات الجنسية الداعرة بغرض الابتزاز والتشهير².

بل هناك من فقهاء القانون من يرى أنه لا توجد نصوص رادعة لهذه الجريمة ، إذ أن النص القانوني اعتبرها مجرد جنحة بسيطة لا تتعدى عقوبتها السنة ، ويمكن للقاضي أن يحكم بعقوبة مخففة ، وهناك من اعتبرها مجرد جنحة ضبطية يستطيع القاضي إذا ثبت لديه توفر ظروف التخفيف أن يخفض العقوبة إلى الحد الأدنى المقررة في القانون، دون أن تقل مدة الحبس عن ستة أيام والغرامة عن 12 درهما، كما له الصلاحية أن يحكم بالغرامة عوض الحبس، على ألا تقل الغرامة عن الحد الأدنى المقرر في المخالفات³.

وبالرجوع إلى القانون الجنائي المغربي يلاحظ أنه يعاقب على جرائم العرض، وعلى سبيل المثال لا الحصر، أنه يعاقب على جريمة التحرش الجنسي ، ويعاقب أيضا كل من قام بإنتاج أو توزيع أو نشر أو استيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية⁴.

هذا بالإضافة إلى العقوبات التي يتضمنها قانون الصحافة⁵ بشأن عرض أعمال تروج الصور الإباحية المخلة بالمروءة، وكذا المطبوعات، أو المكتوبات أو الرسوم أو الإعلانات أو المنقوشات أو اللوحات الزيتية أو الصور

1- محمد عبد النباوي: "اتفاقية بودابست" حول الجريمة المعلوماتية جزء من القانون الوطني ، عن موقع ماروك تليغراف :

<https://maroctelegraph.com> ، تاريخ الاطلاع الأحد 21 يوليوز 2019 على الساعة العاشرة صباحا.

2 -كريمة مصلي، الابتزاز الإلكتروني... قصور القانون، مقال منشور بجريدة الصباح عدد 25 نوفمبر 2015 . ، وهي صحيفة مغربية مستقلة تصدرها مجموعة إيكوميدا.

3 تصوير مشاهد الجنس والابتزاز ... غياب قانون رادع : حوار أجراه الأستاذ عبد الحليم لعربي مع الأستاذ بوشعيب الصوفي محامي جمعية ما تقيش أولادي لحماية الطفولة / جريدة الصباح عدد 18 سبتمبر 2017 .

4 - "الفصل 1-1-503- يعتبر مرتكبا لجريمة التحرش الجنسي ويعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ستة أشهر وغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهماً بإحدى هاتين العقوبتين كل من أمعن في مضايقة الغير في الحالات التالية :- في الفضاءات العمومية أو غيرها، بأفعال أو أقوال أو إشارات ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية؛ - بواسطة رسائل مكتوبة أو هاتفية أو إلكترونية أو تسجيلات أو صور ذات طبيعة جنسية أو لأغراض جنسية. تضاعف العقوبة إذا كان مرتكب الفعل زميلا في العمل أو من الأشخاص المكلفين بحفظ النظام والأمن في الفضاءات العمومية أو غيرها." الفصل 2-503- يعاقب بالحبس من ثلاث إلى خمس سنوات وغرامة من 5.000 إلى 50.000 درهم، إذا ارتكب التحرش الجنسي من طرف أحد الأصول أو المحارم أو من له ولاية أو سلطة على الضحية أو مكلفا برعايته أو كافلا له، أو إذا كان الضحية قاصرا./ ظهير شريف رقم 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018) بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء منشور ب الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص 1449.

5 - نصت المواد من 83 إلى 89 على هذه العقوبات / ظهير شريف رقم 1.16.122 صادر في 6 ذي القعدة 1437هـ (10 أغسطس 2016) ، بتنفيذ القانون رقم 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6491-11.

الشمسية أو الأفلام أو الصور الخليعة ، وكل الأشياء المنافية للأداب والأخلاق ، وما تتضمنه مواد القانون رقم 0703¹ الذي يخص الجرائم المتعلقة بالنظم الآلية للمعلومات وتناوله ، ومع ذلك فإن تكييف الجرائم الإلكترونية ما يزال بعيد المنال ، مما يتطلب معه إجراء تعديل مهم على بعض فصولها وجعلها تتناسب مع الجريمة الأخلاقية الإلكترونية² ، ويتبين بالملاموس قصور القانون في محاربة جرائم الابتزاز الإلكتروني وإيجاد حل جذري لها ، وضعف الحماية القانونية لضحايا الابتزاز الإلكتروني ببلادنا .

المطلب الثاني : جهود الدولة والمجتمع المدني في محاربة جرائم الابتزاز الإلكتروني :

الفقرة الأولى : كيف يتعامل الضحية مع المبتز :

من المعروف أن المملكة المغربية من الدول التي تراقب باستمرار أي نشاط جرمي و تترصد أي بلاغ أو انتهاك للقانون و تقدم المجرم للعدالة لينال العقاب ، ويوجد في المغرب وحدة لمكافحة الجرائم الإلكترونية و جرائم الابتزاز و الجرائم التي ترتكب من خلال الإنترنت و تترصد المجرمين أولاً بأول ، و تفكك تلك العصابات باستمرار ، و تستخدم تلك الوحدة أسلوباً متطوراً في القبض على المجرمين و تقديمهم للعدالة ، فيمكن تقديم شكوى من خلال الاتصال الهاتفي بالشرطة المغربية أو من خلال السفارة الرسمية للمغرب في البلد المضيف ، و بكل تأكيد سوف يتم تتبع تلك البلاغات إلى حين القبض على المجرم ، فهناك فئة كبيرة جداً من المجرمين الذين تم التبليغ عنهم و وقعوا في قبضة العدالة ، نظراً لكون الشرطة المغربية و تلك الوحدات المدربة لا تهاون في قضايا الجرائم الإلكترونية ، و خصوصاً جرائم التهديد و الابتزاز الإلكتروني ، لهذا ينصح بعدم السكوت و التبليغ الفوري عن الجريمة لدى الجهات المختصة³ .

وفي هذا الإطار كشف حماد لكبير رئيس جمعية ضحايا "الويب كام" أن عمل الجمعية يقوم على استقبال شكايات ضحايا الابتزاز الإلكتروني ومحاولة ردع المبتز عبر تهديده بمتابعته قضائياً وهو الشيء الذي ينصح به في آخر المطاف.

¹- ينص الفصل 3-607 يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال. ويعاقب بنفس العقوبة من بقي في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو في جزء منه، كان قد دخله عن طريق الخطأ وهو غير مخول له حق دخوله. تضاعف العقوبة إذا نتج عن ذلك حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو اضطراب في سيره.....(وأيضاً الفصول 4-5-6-7-8-9-10-11 أشارت على مجموعة أخرى من العقوبات) / القانون رقم 07.03 بتنظيم مجموعة القانون الجنائي في ما يتعلق بالجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.03.197 بتاريخ 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003)، الجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 27 شوال 1424 (22 ديسمبر 2003)، ص 4284؛

2 - كريمة مصلي ،الابتزاز الإلكتروني... قصور القانون ، مقال منشور بجريدة الصباح عدد 25 نوفمبر 2015 . . وهي صحيفة مغربية مستقلة تصدرها مجموعة ايكوميديا.

3- موقع مكافحة الابتزاز – مرجع سابق .

كما أن الأرقام المتوفرة لدى الأخير تضع مدينة "وادي زم" في قفص الاتهام فأغلب محترفي الابتزاز الإلكتروني هم مستقرون بنفس المدينة بنسبة 80 في المائة ، ومدينة "خريكة" بنسبة 15 في المائة ، بينما "أبي الجعد" تتركز بها المبتزون بنسبة 4 في المائة ، إلى جانب 1 في المائة يتمركزون بباقي مناطق المملكة.¹

ولاشك أن الإنسان الكبير العاقل البالغ يمكن أن ينجو من الوقوع فريسة لعصابات الابتزاز إذا تعامل بحكمة وتعمل في استعمال الشبكة العنكبوتية ، لكن الأمر يزداد خطورة عندما يتعلق الأمر بطفل صغير طائش متهور لا خبرة له في الحياة فيكون صيدا سهلا لمجرمي الابتزاز ، فلا قدر الله إذا وقع الطفل ضحية للابتزاز الإلكتروني بالرغم من كل المحاولات لحمايته فلا بد من إتباع النصائح التالية² :

- قطع التواصل مع الشخص المبتز مهما كانت الضغوطات شديدة.
- عدم الانصياع للمبتز وعدم القيام بتحويل أي أموال له ، لأن المبتز بالنهاية هو لص ومجرم وسيستمر بطلب الأموال إذا شعر بضعفك من المرة الأولى.
- عدم طلب المساعدة من شخص آخر ليقوم باختراق حساب المبتز وذلك لعدة أسباب من بينها أن المبتز في الغالب يكون تابعا لعصابة كبيرة ولديهم معرفة كافية ووافية بأساليب الاختراق.
- تبليغ وحدة الجرائم الإلكترونية التابعة لبلدك، التي ستقوم بفتح تحقيق وملاحقة المبتزين.
- وكما ذكرنا سابقاً أن هدف الابتزاز في أغلب العمليات يكون مادياً ويكون مع أشخاص وعصابات منظمة ، لذلك ينصح بعدم التواصل معهم وعدم شتم المبتز كي لا تصبح غايته انتقامية³ .

ويستحسن في هذا الإطار الوقاية من الوقوع في هذه الورطة ، فالوقاية خير من العلاج ، فما هي ياترى الطرق الوقائية من الوقوع فريسة للابتزاز الإلكتروني ؟

الفقرة الثانية : التدابير الوقائية من الوقوع في الابتزاز الإلكتروني :

قبل الدخول في كل هذه المتاهات ينصح باتخاذ الحيطة والحذر في كل محادثة والتأكد من الطرف الذي يمكن أن يورطك في مصائب وكوارث قد تعصف بمستقبلك ، كما ينصح أيضا باستخدام العقل عند كل دردشة والبعد عن التعامل بمنطق العاطفة والأحاسيس وإخضاع كل التصرفات أمام الحاسوب للمراقبة الذاتية ، واستحضار رقابة الله تعالى علينا ، فهو جل شأنه يعلم كل صغيرة وكبيرة ولا تخفى عليه خافية ، فإن لم تستح من الخلق فالأجدد بنا أن نستحي من الخالق ، مع عدم الانغماس في حوارات جوفاء التي لا نغني ولا تسمن من جوع ، كما

1- عبد الله عياش ، الابتزاز الإلكتروني أو "الإنراك" الذي ساق حياة البعض للجهيم - مرجع سابق.

2 - المحامي بندر بن شمال الدوسري ، الابتزاز الإلكتروني جريمة يعاقب عليها القانون- مرجع سابق.

3- موقع حلوها - مرجع سابق.

ينبغي أيضا البحث عن المعرفة والتوعية وتكوين الذات من خلال دروس التقوية في كل المجالات والتعاطي للبحث العلمي والأدبي بدل الخوض في المواضيع والنقاشات التافهة.¹

ومن بين القواعد العامة التي ينبغي معرفتها من قبل الأطفال والمراهقين حتى لا يقعوا ضحية للابتزاز الإلكتروني ما يلي :

- توعيتهم بعدم نشر معلومات خاصة بهم على الإنترنت مثل كلمات المرور.
- عدم مشاركة الناس بل حتى المقربين منهم أسرارهم وصورهم وفيديوهاتهم إن لم تكن مقبولة ضمن المعايير العامة.
- التفكير ملياً قبل إضافة أو قبول طلبات الصداقة ، ورفض طلبات الصداقة من الأشخاص غير المعروفين أو غير المقربين.
- تحذيرهم من عدم التفاعل أو الدخول على الروابط والإعلانات التي تتواجد بكثرة على المواقع الإلكترونية ، فالكثير منها يكون بمثابة مصيدة للابتزاز الإلكتروني.
- توعيتهم بشكل كبير حول الخصوصية بعدم نشر معلومات خاصة بالعائلة.
- المراقبة والمتابعة من أهم خطوات الوقاية من ابتزاز الأطفال إلكترونياً ، مع الرفع من مستوى الرقابة وتفتيش جميع المواقع التي يتصفحها طفلك والملفات التي يحفظها على جهازه².
- عدم نشر الصور التي تخصك ولا تريد اطلاع العموم عليها فهناك برامج تسترجع كل الملفات المحذوفة من الجوال والحاسب ، بالإضافة إلى تعطيل كاميرا الحاسوب وحذف برامج تشغيل الكاميرات³ ، ووضع لاصق غامق وليس شفافاً على الكاميرا وعدم فتحه إلا عند الضرورة ، وعدم استقبال أي رسالة غامضة بالبريد الإلكتروني لا نعرف صاحبها ، مهما كانت مغرية ومرتبطة بشركات التوظيف والجوائز ، بالإضافة إلى تشفير ووضع كلمة سر للدخول إلى الحاسوب أو الهاتف النقال⁴.

كانت هذه أهم طرق الوقاية من الوقوع فريسة للابتزاز الإلكتروني ، وتبقى الحيلة والحذر في التعامل مع التطور الإلكتروني الذي نعيشه مطلوبين من أجل النجاة ، مع ضرورة مسايرة المستجدات التكنولوجية الإلكترونية التي تبين لنا مدى تطور مكر ودهاء المجرمين المبتزين.

1 عبد الله عياش ، الابتزاز الإلكتروني أو "الأزناك" الذي ساق حياة البعض للجحيم - مرجع سابق.

2- موقع حلوها - مرجع سابق.

³ ملحوظة : تبث أن بعض هذه البرامج الخبيثة قد تشغل كاميرات هاتفك او حاسوبك عن بعد وأنت لا تدري وتجسس عليك وتصورك في عدة أوضاع وأنت تتعامل بتلقائية في متزلك أو في غرفتك.

2- تحقيق فاطمة زيد الزايد ، الابتزاز الإلكتروني جريمة أخلاقية مدانة شرعاً ويحاكم عليها القانون ، منشور بجريدة الأيام تصدر عن مؤسسة الأيام للنشر مملكة البحرين العدد 10178 الأحد 19 فبراير 2017 الموافق 22 جمادى الأولى 1438 هـ.

خاتمة :

ختاماً يرى المختصون أن الابتزاز الإلكتروني في تزايد مستمر، وأن التعامل غير الحذر مع منصات التواصل الإلكتروني والثقة في الآخرين هي أبرز أسباب الوقوع في فخ الابتزاز، وتبقى النصوص القانونية غير كافية وغير رادعة لهذا الفعل الجرمي الشنيع، وبالتالي فإن الحماية القانونية لضحايا الابتزاز الإلكتروني لا تزال ضعيفة وهشة.

وبحسب آراء المختصين فإن التعاطي الحذر مع منصات التواصل الإلكتروني وحماية الأجهزة المحمولة بالأرقام السرية وإزالة الصور والبيانات ذات الطابع الخصوصي منها أمر مهم لاسيما أنها قد تتعرض للفقدان أو السرقة، ما يجعل من أصحابها كنزاً ثميناً للمبتزين¹.

لذلك فالوقاية خير من العلاج، ولا بد منا من زرع الرقابة الذاتية للفرد نفسه، والحرص على تنشئة الأبناء على القيم الإسلامية السامية، وزيادة الترابط الأسري وخصوصاً بين الأبناء والآباء باتباع أسلوب الحوار الفعال داخل الأسرة الواحدة، وشغل أوقات الفراغ بما هو مفيد، إلى جانب ضرورة تفعيل دور الأخصائيين الاجتماعيين في المدارس والجامعات.

هذا مع ضرورة اتباع بعض الإرشادات والتعليمات الهامة التي يجب تنشئة أبنائنا عليها طالما بات استخدام الأجهزة الذكية متاحاً لهم وفي أيديهم على مدار الساعة، ومنها عدم نشر الصور الخاصة لهم أو لذويهم بأي موقع أو برنامج، الحذر من وضع الصور الخاصة بمخزنة بالأجهزة حيث إن هنالك برامج تسترجع كل الملفات المحذوفة من الجوال والحاسب حتى بعد القيام بحذف جميع البيانات والملفات، إلى جانب عدم استقبال أو التفاعل مع أي رسالة مهمة تطلب معلومات خاصة سواءً كانت مرسلة بالبريد الإلكتروني أو بواسطة برامج التواصل مهما كانت تحمل من عروض مغرية².

بالإضافة إلى أخذ عطله بين الفينة والأخرى من هذه الفضاءات الإلكترونية الافتراضية التي جعلت أغلبنا يبتعد عن الواقع وعن الحياة الطبيعية وينغمس في الخيال والوهم، عوض التأمل في ملكوت الله، والاستمتاع بجمال الطبيعة، ودفع اللمة العائلية، ومراجعة النفس من أجل صحة الضمير قبل فوات الأوان، وقبل أن تقبض أرواحنا ونحن نترشق في ما بيننا على مواقع التواصل الاجتماعي ويفضح بعضنا بعضاً، ونحن ننشر غسيلنا القذر أمام أعين العالم بأسره!!!

3- تحقيق محمد الفاتح عابدين، الابتزاز الإلكتروني.. جريمة العصر، منشور بجريدة الخليج يومية سياسية مستقلة أسسها سنة 1970 تريم عمران وعبد الله عمران الإمارات العربية المتحدة، تاريخ النشر: 2018/03/24 عن موقع: <http://www.alkhaleej.ae/> تاريخ الاطلاع الأحد 21 يوليو 2019 على الساعة العاشرة صباحاً.

2- المحامي بندر بن شمال الدوسري، الابتزاز الإلكتروني جريمة يعاقب عليها القانون- مرجع سابق.

مشروع الحكم الذاتي وسيلة لحل نزاع الصحراء

شرافي محمد

دكتور في القانون العام

مدرس الأشغال التوجيهية في كلية الحقوق عين الشق

بعد استحالة إجراء الاستفتاء لحل مشكل الصحراء الذي عمّر أزيد من أربعة عقود¹، واستوعبت سواء منظمة الأمم المتحدة وكذا الولايات المتحدة الأمريكية والدول الأوربية وصول قضية الصحراء إلى النفق المسدود، حيث لم يعد مقبولا الإبقاء على هذه الوضعية إلى ما لا نهاية، وإنما أضى أمر البحث عن حل آخر أكثر إلحاحا، وهو ما دفع بالأمين العام السابق للأمم المتحدة كوفي أنان يدعو إلى استكشاف سبل ووسائل التوصل إلى حق سريع ودائم ومتفق عليه للنزاع القائم حول قضية الصحراء، أو ما سيعرف بالحل الثالث الذي يبقى في الحقيقة من إلهام منظمة الأمم المتحدة نفسها، حل سياسي متوافق عليه لا يكون فيه غالب ومغلوب، حل يستلهم معاييرها أيضا في ما خلّصت إليه المفوضية السامية للأقليات الوطنية التابعة لمنظمة الأمم والتعاون بأوربا عندما دعت مجموعة من الخبراء والمختصين من أجل وضع مختلف التصورات والترتيبات التي تجعل ممكنا المشاركة الفعلية للأقليات الوطنية في الحياة العامة ودمجها في الدولة من أجل صيانة هويتها وخصائصها الذاتية وكذا من أجل التدبير الجيد للشأن العام والوحدة الترابية للدولة²، وقد خرجت لجنة الخبراء هذه، بعد عدة لقاءات بمجموعة من توصيات- شكلت دليلا ونموذجا اجتمعت فيه المعايير الدولية -يهتدي بها كل من أراد تطبيق نظام حكم ذاتي ديمقراطي وقابل للاستمرار. فمثل هذا الحل الذي يشكل جبهة في أقصى مراحلها ضمن الدولة الموحدة ليس بغريب على المغرب ولا على المغاربة³، فالمجال المجتمعي التقليدي المغربي أفرز واقعا تاريخيا تميزت به الإمبراطورية الشريفة، هذا الواقع التاريخي يتمثل في الواقع القبلي الذي يعتبر فضاء متميزا بمكوناته البشرية المتنافرة، وبنياته الاقتصادية والتنظيمية المستقلة، وبروابطه الثقافية والفكرية واللغوية المشتركة، فالقبائل المغربية لم تكن فقط وحدات اقتصادية واجتماعية متعلقة بل كانت أيضا عبارة عن وحدات تدافع عن مصالحها وعن كينونتها وهويتها القبلية، بل أكثر من ذلك أن القبيلة لعبت دورا أساسيا في وصول عدد غير قليل من الدعوات إلى الحكم وترسيخها، والحفاظ على كيانها، فحضورها أثبت فعاليتها في كل المشاريع السياسية المطروحة، فالمجموعات القبلية الكبرى وخاصة منها قبائل السيب⁴ كانت تمارس ما يشبه الحكم الذاتي بواسطة مجالسها الخاصة بها وطبقا لأعرافها الخاصة في معزل عن السلطة المركزية وباعتراف تام بسلطة السلطان العصبوي أو الشريفي الذي

¹ - شرافي سيدي محمد، " الجبهة المتقدمة في الدولة الموحدة، نموذج المغرب" أطروحة الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق - الدار البيضاء، 2015 - 2016.

² - El Ouali (A) : op. Cit ; p : 146.

³ - إذ سبق للملك الراحل الحسن الثاني أن طرحه في نهاية الثمانينات حيث صرح بإمكانية منح الحكم الذاتي للصحراء مقابل الحفاظ على رموز السيادة، العلم، والطابع الريدي والعملة.

⁴ - قد سبق الإشارة إلى هذه القبائل عند الحديث عن بلاد السيبا وبلاد المخزن.

يجسد السيادة الجماعية باعتباره أميرا للمؤمنين يتمتع بالسلطة الروحية والأدبية وممثلا للإسلام؛¹ ومن أجل هذا، إذا كانت الجهوية السياسية تصلح كحل وسط لإنهاء نزاع الصحراء بشكل نهائي وصون الوحدة الترابية للدولة المغربية (المبحث الأول)، فإنه كذلك لا يمكن استثناء باقي الجهات ببلادنا من هذا الخيار ترسيخا للديمقراطية الحقة بتوسيع دائرة المشاركة والممارسة السياسية في كل مناطق المغرب التي يبقى تمديد الحكم الذاتي فيها، إنما هو "ربط المغرب بماضيه التقليدي دون أن يمس ذلك بوحدته الوطنية أو بمؤسساته التقليدية والموروثية والمقدسة"² (المبحث الثاني).

إن تبني نظام الجهوية الموسعة يفرض تعديلا دستوريا لن يقتصر على مستوى محدود داخل البنية الدستورية وإنما سيتمدد ليشمل فصل السلط العمودي، أساس التمثيل السياسي وشكل الدولة وغيرها، وهي أبعاد حسب البعض لا يمكن لتعديل دستوري محدود أن يجيب عنها، إذ القدرة الاحتوائية لسياسة التعديل الدستوري لسنوات 1992-1996 لم يعد بالإمكان إنتاجها، فالأمر هنا لا يتعلق بالبحث عن التوافق مع أحزاب المعارضة، ولا إلى امتصاص الحركات الاحتجاجية الحقوقية.³

المبحث الأول: مشروع الحكم الذاتي حل وسط لإنهاء نزاع الصحراء المغربية

بعد صدور قرار مجلس الأمن الدولي رقم 1495 في يوليوز 2003 بأن الاستفتاء لم يعد خيارا ممكنا لإنهاء النزاع في الصحراء، وتأكيد ذلك بشكل نهائي في فبراير لسنة 2006 عندما تم إعلان وفاة مخطط التسوية لما أعلن الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره أن ثمة خيارين لا ثالث لهما لإيجاد حل قضية الصحراء: إما الاستمرار في الوضع الحالي مع خطر الانزلاق نحو العنف، وإما خيار التفاوض والحوار المباشر بين الأطراف المعنية أساسا بالنزاع - ويعد الخيار الأخير الإطار الأمثل والملائم لفض هذا النزاع بشكل يرضي سائر الأطراف -، أصبح خيار الجهوية السياسية يمثل صيغة سياسية ملائمة وحلا مناسباً يصون الحقوق الثابتة للمغرب ويحفظ خصوصية المنطقة ويفتح آفاق رحبة للبناء الاقتصادي والتقدم الاجتماعي المساكن المبني على التضامن الوطني، كما أن هذا الحل يعد السبيل الوحيد الذي يسمح بالخروج من النفق الذي وضعت جملة الأخطاء التاريخية التي استغلها الجزائر لدعم الزعة الانفصالية التي تشخصت في حركة البوليساريو⁴، فأرساء جهوية موسعة بالصحراء يمثل

¹ - عبد اللطيف باكور: "الجهوية السياسية بالمغرب بين متطلبات المرحلة ومحدودية التطبيق"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 70، شتنبر- أكتوبر 2006، ص: 122.

² - المرجع السابق، نفس الصفحة.

³ - عبد اللطيف باكور، المرجع السابق، ص: 123.

⁴ - البوليساريو هي الجبهة الشعبية لتحرير الساقية الحمراء ووادي الذهب، تأسست في 10 مايو 1973، احتضنتها الجزائر ومولتها ليبيا.

وقد تم استدراج أعضائها بطريقة محكمة من طرف المحتل الإسباني فأول ما قام به هذا الأخير هو:

تشويه الهوية المغربية عن قصد ونية مبيتة وقد تمكن من ذلك عندما أحدث قطعة إيدولوجية اجتماعية وفكرية بين الوطن الأم والأجزاء التي احتلتها، وأول ما قام به في هذا الإطار هو إظهار القبائل وكأنها مجتمعات سكنية وجامدة خلافا لما هي عليه في الواقع، بل وفي شكل آخر تبنت إسبانيا على غرار مثيلاها من الدول الاستعمارية الأخرى تقسيم القبيلة الواحدة فيما بين دول الاحتلال (في هذه الحالة بين إسبانيا وفرنسا) وفي تقسيمها ذلك لم تأخذ بعين الاعتبار التعمير البشري علما بأن كل قبائل الصحراء توجد فروعها أو أصولها بشمال المغرب ووسطه.

إن القطيعة التي أحدثتها إسبانيا كانت موجبة بالخصوص إلى مواليد الأربعينات والخمسينات والستينات من القرن الماضي حيث عملت بتفتنتهم داخل مدارسهم وتوجيههم كما تريد، وقد نجحت تلك الاستراتيجية في خلق زعماء ينادون بالاستقلال عن الوطن الأم (المغرب) أو يزكون الوجود الإسباني في

الحل الأمثل والواعي لأن الجهوية أثبتت جدارتها في بلدان كثيرة كإيطاليا، وإسبانيا... فلا الخيار يتعلق بصيغة الاندماج الكلي التي يدعو إليها المغرب عبر الاستفتاء التأييدي، أو بصيغة الاستقلال التام الذي تشبثت بها جهة البوليساريو وانطلاقاً من مبدأ تقرير المصير¹، وإنما هو صيغة وسطية توفيقية تنظر إلى منطلق الأشياء على أرض الواقع²، والمبني على السيادة والوحدة الترابية للمملكة ومنح سكان الأقاليم الصحراوية صلاحيات واختصاصات واسعة في الميادين التشريعية والتنفيذية والقضائية لتدبير شؤونهم المحلية³.

وفعلاً استجاب المغرب للنداء الصادر عن المجموعة الدولية حين قام بإعداد مشروع نظام حكم ذاتي لجهة الصحراء واضعاً بهذه المبادرة الكرة في ملعب الطرف الآخر، لا سيما وكما نعلم أن هذا الأخير المدعوم من طرف دولة الجزائر استطاع فرض هذه الجهوية الموسعة ضمن مخطط أممي بحيث عدم تطبيقها كان سيجر بلادنا للمواجهة الصريحة مع المنتظم الدولي وهو ما تسعى الجزائر إليه دائماً، هذا المسعى سيخيب إذ بهذه المبادرة سيتم إحباط مناورة الانفصاليين والذين يدعونهم، فهي كانت واضحة في عرضها للجهوية الموسعة كمحطة نهائية متفاوض عليها لكنها في الآن ذاته عملت على إبعاد فرضية الاستقلال، وهنا نتساءل عن مدى جدية الطرح المغربي، وهل بإمكانه وضع حد نهائي لهذا الصراع المفتعل؟ (المطلب الثاني) يتمكن سكان جهة الصحراء وحدويين وانفصاليين من حقوقهم وعزتهم وكرامتهم وضمان للمملكة المغربية سيادتها ووحدةها الترابية، بل وقيل هذا سنبحث في الممرات والأسس التي طالما حاججت بها بلادنا في دفاعها الصامد والثابت عن هذا الجزء من ترابه، والعدول عن مواقفها وقبولها لكل الخيارات ما عدا الانفصال (المطلب الأول).

المطلب الأول: الأسس والمبررات لتمتع جهة الصحراء بالحكم الذاتي

بعد تشكل الهوية المغربية التي استلهمت عناصرها أساساً من الدين الإسلامي ومما توارثته من تقاليد وعادات الأجداد، سار المغرب دائماً في البحث عن ذاته والانفراد بخصوصياته وتطوير أساليب حياته الاجتماعية، الاقتصادية والسياسية⁴ التي ساعدته في مواجهة المشاكل التي اعترضت سبيله، خصوصاً الأطماع الخارجية التي كانت دائماً تترصد به وبمجاله الذي سيتعرض لعملية التجزئة من طرف القوى الاستعمارية التي تكالبت عليه.

المنطقة بخلق مجموعات مرتبطة بالتواجد الإسباني. كذلك البحث عن السلطة كان أبرز الأسباب في نشأة نخبة جهة البوليساريو التي ستتولى مقاليدها من بعد وكذا المصالح الذاتية لتلك النخبة، فعودتهم إلى الوطن الأم كان يعني تهديداً لمصالحهم الضيقة التي اكتسبوها من خلال التجارة السوداء أو تربية المواشي....

¹ - في التاريخ المعاصر لم يعرف أي من مبادئ القانون الدولي سوء استخدام بل وتناقض في كثير من الأحيان كالذي عرفه مبدأ تقرير المصير في قضية الصحراء، فنزاع الصحراء هو نزاع ترابي بين المغرب وإسبانيا حيث الأول يطالب من الثاني استعادة أراضيها الصحراوية التي احتلتها أواخر القرن 19. أما الطرف الثاني (إسبانيا) فيرفض ذلك محتجاً بحقوقها المستوفاة من القانون الاستعماري والتي يعطها حقوقاً في الأراضي التي اكتشفها ووجدتها بدون سيد، حسب زعمها.

² - هذا بالضبط ما ذهب إليه المبعوث الأممي بتيفران ولسوم المكلف سابقاً بتسوية ملف الصحراء، عندما اعتبر في تقريره الذي وجهه إلى الأمين العام للأمم المتحدة السيد بان كي مون في أبريل 2008، بأن خيار الاستقلال الذي تطالب به البوليساريو اقتراح غير واقعي، وقد تسبب هذا التقرير للمبعوث الأممي في عدة ضغوطات من قبل الجهة المعادية لوحدةنا الترابية عدلت باستقالته.

³ - عبد اللطيف بكور، نفس المرجع السابق، ص: 119.

⁴ - لقد اقتنع المغرب ومعه بعض مناطق شمال إفريقيا بضرورة الانسلاخ عن النفوذ العباسي والمركزي بالشرق، ومحاولة خلق مركز قادر على اتخاذ القرارات على المستوى المحلي وهو ما سيفرز هوية سياسية وثقافية جديدة في هذه المناطق.

هذه الأخيرة وعند استشعار نهاية تواجدها على أرض المغرب عمدت إلى خلق كيان مصطنع ينهي الوحدة الترابية التي جمعت عبر التاريخ شمال المملكة بجنوبها.

فإذا استطاعت الهوية المغربية – التي ارتبطت بالعناصر الدينية والسياسية واندماجها مع العنصر الاجتماعي- من إفراز مقاومة شعبية وطنية نالت من الاحتلال ومخططاته وفرضت عليه الخروج، فإن هذه الروح المقاومة ستظل مستمرة إلى اليوم، إذ من معينها ستتهل الدولة في محاولتها الدفاع عن حوزة تراثها بالاعتماد على مجموعة من الأسس القوية- التي تدحض ادعاءات من انقلبوا على هويتهم المغربي لصالح هوية مزعومة لا أساس لها- هذه الأسس منها ما هو داخلي أفرزته تشكل الهوية المغربي عبر مسار تاريخي مديد، ومنها ما هو خارجي تؤكد بها – بعد التحقق من قوة حجية الأسس الأولى – أن الخيار الأمثل يظل إبقاء المنطقة تحت سيادة المملكة المغربية.

الفرع الأول: المبررات والأسس الداخلية لتمتع جهة الصحراء بالحكم الذاتي

لقد كان للفتح العربي الإسلامي لشمال إفريقيا دور كبير في التأثير على المجرى التاريخي للمنطقة عموماً وعلى المغرب خاصة الذي أصبح جزءاً من دار الإسلام، وإن انسلخ النفوذ المركزي للمشرق¹ فإنه بقي ملزماً باتباع الإرث الإسلامي المتواتر عليه²، الذي يستمد منه الذين تقلدوا أمر شؤونه أدوات المشروع لتجسيد الممارسة السياسية واستمراريتها؛ فكانت البيعة³ الأداة الفاعلة في الحياة السياسية والدينية منذ دولة الأدارسة إلى اليوم⁴، والتي بواسطتها أمكن للسلطين وملوك المغرب أن يمارسوا مهامهم على كامل ترابه عبر جهاز مخزني شملت

¹ - إذا توخى الفاتحون منطقة شمال إفريقيا فرض المركزية من الشرق فإنه بالمقابل استفادت هذه المنطقة من هذا المستجد لتتوحد قبائلها.

² - عبد الحق عوفير: "الصحراء الغربية والهوية المغربية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في شعبة القانون العام، 1993-1994، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط – أكادال، ص: 260.

³ - عرفها الماوردي بكونها "بحق عقد مرضاة واختيار لا يدخله إكراه ولا إجبار" فمقتضاها يصير الخليفة وكيلاً عن الأمة، ويكون موضوع هذه الوكالة هو ما تفوضه الأمة إليه من اختصاصات، إذ من الواجبات اللازمة للخليفة (السلطان) الالتزام بكتاب الله تعالى ورسوله وإقامة العدل بين الناس، مقابل طاعة الجماعة بأن تسلم له النظر في أمر نفسها وهو ما يعني أن بيعة الأمة، للسلطان هو تكليف بجملة من المهام والاختصاصات التي ليست شخصية ومطلقة، إذ لا يتم باسمه بل باسم الجماعة التي استخلفت السلطان عليها. وهكذا تظل البيعة مستمرة منتجة لأثارها ما لم يطرأ عليها أي سبب من أسباب الانقضاء أو البطلان أو الفسخ.

إذن البيعة هي التزام بما جاء فيها، وهي أساس التعاقد بين السلطان والرعوية وقد ورد لفظ البيعة في عدة آيات قرآنية:

"... الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه..." آية 27 من سورة البقرة.

"... إن الذين يبايعونك إنما يبايعون الله، يد الله فوق أيديهم، فمن نكث فإنما ينكث على نفسه ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسنوف يؤتيه أجره عظيمًا..."

آية 10 سورة الفتح.

"لقد رضي الله عن المؤمنين، إذ يبايعونك تحت الشجرة..." آية 18 سورة الفتح.

ويعتبر عقد البيعة إرثاً نبوياً جسد الحياة الإسلامية بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، وفي عهده عليه الصلاة والسلام جرت مبايعته شفويًا وعن طريق المصافحة (في بيعة العقبة وبيعة الرضوان ببيعة أهل مكة بعد الفتح)، كذلك كانت في عهد الخلفاء الراشدين ولم تعرف هذه الطريقة تغير إلا في عهد بني العباس التي أصبحت تعقد فيها البيعة عن طريق الكتابة.

للمزيد راجع في هذا الشأن :

إسماعيل البدوي: "ولاية العقد (الاستخلاف) في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى 1982.

أحمد الكنسوسي: "السلطان ظل الله في الأرض"، ندوة البيعة والخلافة في الإسلام، المملكة المغربية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1985، العيون،

ص: 16.

⁴ - عبد الحق عوفير، المرجع السابق، ص: 261.

تدخلاته كافة المناطق بما فيها جهة الصحراء، هذه المنطقة سيتأكد ارتباطها التاريخي والقانوني بالمملكة من خلال مبايعة سكانها للملك المغربي، وكذا من خلال تشكل ملامح إدارة مخزنية بتلك المنطقة انبثقت من السلطان وعملت على تنفيذ أوامره فيها.

الفقرة الأولى: بيعة سكان جهة الصحراء للملوك المغاربة.

لقد أثبتت الوقائع التاريخية ارتباط الصحراء المغربية بمنطقة سوس، وذلك نظرا لكون منطقة سوس تعتبر معبرا للقوافل المتجهة نحو الصحراء أو نحو الشمال. ومنذ عهد محمد بن إدريس الثاني، تولى عبد الرحمان بن إدريس الثاني عمالة لمطة ثم بنى بها مدينة تامدلت، وقد تمكن الأدارسة من مراقبة الطريق التجاري الممتد إلى غانا جنوبا، وهذا ما يدل على أن الأدارسة باشروا حكمهم على الصحراء المغربية.

أما بخصوص المرابطين فإن النواة الأولى لهذه الدولة ظهرت في الصحراء وبالتالي فإن الكلام عن البيعة في هذه الفترة لا يخضع لأي شك ما دام المنطلق هو الصحراء.

وفي العهد المريني، تزامن حكمهم مع ظهور الزوايا، وقد تحدث ابن خلدون عن زوايا أولاد بونعمان المعقليين على ساحل البحر، وقد تلقى ملوك المرينيين بيعة سكان الصحراء وبالخصوص بيعة المعقليين، ونظرا لارتباطهم بالملوك المرينيين فقد استنجد بهم يعقوب في بعض تحركاته سنة 670 هـ. وفي سنة 683 قام المرينيون بغزوة ضد الخوارج بسوس وقد اقتفى الجيش أثرهم إلى الساقية الحمراء.

أما السعديون ففي عهدهم أنشئت عمالة بالجنوب مقرها (تكاوست) وقد ساعدت نجدات هذه العمالة المنصور الذهبي في حملته إلى السودان سنة 992 هـ.

وهكذا ففي عهد السعديين انتشرت طريقة توجيه البيعات كتابة على يد وفود القبائل والمدن بالإضافة إلى البيعة المباشرة. واستند السلطان أحمد المنصور الذهبي في دعوته¹ للبيعة إلى تزكية النسب القرشي وكذا الانتماء إلى السلالة النبوية.

والعلويون منذ أن تولوا أمر قيادة المغرب عملوا على أن يدخل في البيعة جميع الأطراف التي لها صفة تمثيلية أو مكانة² اجتماعية، وكذلك ممثلو القبائل، وتتم بيعة السلطان بحضور الأمراء والوزراء والعلماء والصلحاء، ثم يأتي بعد ذلك دور وفود الحواضر والبيوادي مصحوبين بهدايا العاهل.

فقد اهتم العلويون بالصحراء، وذلك أن مؤسسي الدولة العلوية ينتمون إلى الصحراء وتجمع بينهم روابط الدم و القرابة، فقد شهدت سنة 1265 هجرية قدوم الشيخ ماء العينين إلى السلطان مولاي بعد الرحمن من أجل

¹ - إبراهيم حركات: "المبايعة والخلافة وتطورات الموقف المغربي"، ندوة البيعة والخلافة في الإسلام 1985، ص: 23، هذا المرجع أشار إليه الباحث عبد الحق عوفير في رسالته التي سبق الإشارة إليها في ص: 277.

² - المرجع السابق، ص: 2.

أداء البيعة، وفي سنة 1300 هـ تمت زيارة الشيخ ماء العينين إلى سلطان المولى الحسن الأول لأداء البيعة مع وفود أخرى من الصحراء، وفي عهد المغفور له جلالة الملك محمد الخامس قدمت البيعة بتاريخ 18 نونبر 1927 وتكلمت الصحافة الأجنبية والوطنية عن ازدحام الوفود القادمة من جميع جهات المملكة لتجديد البيعة وذلك سنة 1958، وقد تقدم نائب الصدر الأعظم محمد الأغظف لجلالة الملك محمد الخامس من أجل تقديم البيعة، وحاول الاستعمار الإسباني وهو في طريقه إلى الرباط، وبعد وصوله إلى إقليم كلميم انتقل إلى الرباط على متن طائرة خاصة¹.

هذا وفي 2 نونبر 1975 رفع خطري ولد سعيد الجماني البيعة² إلى الملك الراحل الحسن الثاني رحمهما الله، وذلك باسمه واسم السكان الصحراويين وقد كان الجماني يشغل آنذاك رئيسا للجماعة الصحراوية. هذا وبعد عودة الصحراء المغربية إلى حظيرة الوطن، قدّم سكان الداخلة ووادي الذهب البيعة إلى الملك الحسن الثاني وذلك بـ 13 غشت 1979، ومن ضمن ما جاء في نص البيعة "... واجتمعت كلمتنا التي لا تجتمع على ضلال على أن نجدد لأُمير المؤمنين وحامي حصى الوطن والدين، سيدنا الحسن الثاني، حفظه الله بالسيب المثاني، البيعة التي بايع بها آباؤنا وأجدادنا، آباءه وأجداده الكرام، نعم الله أرواحهم في دار السلام، فبايعناه على ما بايع عليه رسول الله (صل الله عليه وسلم) أصحابه تحت شجرة الرضوان وأقررنا بحكمه والتزمنا طاعته ونصحه في كل وقت وأن، فنحن أنصاره وأعوانه وعساكره وجنوده نوالي من ولاة ونعادي من عاداه، أخذنا بذلك على أنفسنا العهود والمواثيق راضين مختارين راغبين مستبصرين وأشهدنا الله علينا وهو خير الشاهدين...".

هكذا كانت البيعة تقدم من قبل سكان الصحراء إلى السلاطين المغاربة كتابة أو شفوية حضورا أو مراسلة، وكان علماء الجنوب يحثون قبائل الصحراء على تقديم البيعة³.

الفقرة الثانية: العمل السلطاني في جهة الصحراء

إن تقديم البيعة من طرف سكان الصحراء للسلطان المغربي لا يعني سوى شيئا واحدا، وهو اندماجهم المباشر ضمن المجال الترابي المغربي، وأن الصحراء المغربية جزء من المملكة المغربية، وإذا كانت البيعة تجسد إحدى ملامح الهوية السياسية في المغرب، فإنها تعطي للسلطان حق ممارسة الشؤون اليومية بما فيها السياسية والإدارية للدولة المغربية إما مباشرة بنفسه أو عبر جهاز مخزني⁴، وتعد المعاهدات التي يبرمها السلطان إحدى هذه

¹ - إذ ذلك كانت تنشر جريدة صحراء المغرب، وقد أوردت في عددها 70/69 ليوم 28 يوليوز 1958 مقالة خصصته لاستقبال العاهل المغربي محمد الخامس لمحمد الأغظف بن ماء العينين، مجددا البيعة ومن بين ما ورد في هذه الكلمة: "... فأنا باسعي واسم سكان الصحراء الأمجاد أجدد الإخلاص والولاء لجلالتكم كما كانت أسلافنا متمسكة بذلك لأسلافكم، بكوني كنت نائبا عندكم في ذلك الجزء من الوطن باعتراف من الدولتين الإسبانية والفرنسية، بعد أن كان والدنا رضي الله (.....) واسطة فيما بين أسلافكم المقدسين مع ذلك الجزء من رعيتم من عقد جدكم الأكبر مولاي عبد الرحمان إلى أن توفي والدنا رضي الله عن الجميع وأسكنهم فسيح جناته...".

² - ويقول الجماني من خلال نص البيعة التي تم تحريرها بلاس بالماس في 2 نونبر 1975 "... إني أضع يدي الضعيفة في يدكم الكريمة لأجدد بيعتي وأؤكد ولائي وطاعتي لأن مبايعتك هي مبايعتك الله وطاعتك كطاعة الله تعالى...".

³ - عبد الحق عوفير: المرجع السابق، ص: 279.

⁴ - عبد الحق عوفير، المرجع السابق، ص: 293.

الممارسات حيث إبرامها إنما ينبثق من عقد البيعة الذي يخوله هذا الحق، فالإمام أو الخليفة هو اللسان الناطق باسم جماعة المؤمنين فإنه بهذه الصفة يمكنه إبرام معاهدات مع دول أجنبية.

ولإبراز تدخل السلاطين وملوك المغرب في جهة الصحراء يمكن العودة إلى ما تم إبرامه من طرفهم من معاهدات واتفاقيات مع دول أخرى تقرر إما صراحة أو ضمنا سيادتهم على أرض الصحراء (1) وكذلك عبر تعيينهم من يمثلهم في تلك المنطقة (2).

1- تدخل ملوك المغرب في الصحراء من خلال إبرامهم للمعاهدات والاتفاقيات مع الدول الأجنبية: هذه المعاهدات صنفان منها ما يقر ضمنا بسلطان الدولة المغربية على هذا الإقليم ومنها التي تقرر بذلك صراحة¹.

فمن بين المعاهدات التي تقرر ضمنا سلطان الدولة المغربية على إقليم الصحراء، نجد العديد منها تخص الصيد البحري والتجارة فعلى سبيل المثال هناك المعاهدة التي أبرمها السلطان سيدي محمد بن عبد الله مع الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1789 حيث تم التنصيص في إحدى بنودها على ما يلي: "... إذا ما جنحت سفينة أمريكية بضفاف وادي نون أو على الضفاف المجاورة له، فإن ركبها يبقون في الأمان إلى أن تيسر العودة إلى بلادهم إن شاء الله..." وقد تم تجديد هذه المعاهدة مع الولايات المتحدة الأمريكية من طرف السلطان مولاي عبد الرحمان بن هشام وذلك سنة 1886م.²

فمن خلال ما ورد في هذه المعاهدة يتضح بما لا يترك مجالاً للشك أن السلطان يمتد نفوذه إلى ما وراء وادي نون وهو ما يعني أن سيادة الدولة المغربية مبسطة على أرض الصحراء المغربية.

أو ما أورده الأستاذ القباچ في كتابه "قضية الصحراء المغربية"³ حول الاتفاقية المبرمة بين المغرب وإسبانيا والتي تم التوقيع عليها سنة 1799 وتطلب إسبانيا من خلالها، حماية السلطان للأساطيل الإسبانية وطاقتها عند الرسو في وادي نون، أو ما وراء هذا الوادي يعني الصحراء المغربية. أما المعاهدات والاتفاقيات التي تقرر صراحة بسط سيادة الدولة المغربية على الأراضي الصحراوية، يمكن الاستدلال بالاتفاق المغربي البريطاني حول رأس طرفاية سنة 1885 وقد تضمن هذا الاتفاق ما يفيد صراحة سلطان الدولة المغربية في إحدى فقراته والتي جاء فيها: "...إذا اشترى المخزن زينة المحل المذكور لا يبقى كلام لأحد في الأراضي التي من وادي درعة إلى رأس بوخادور والمعروف بالطرفايا المذكورة وكذلك فيما فوق هذا المحل من الأراضي لكون ذلك كله من حساب أرض المغرب..."⁴.

كما يمكن الاستشهاد بمجموعة من الاتفاقيات بين المغرب والدول الأوروبية أو بين الدول الأوروبية

¹ - شرافي سيدي محمد، "الجهوية المتقدمة في الدولة الموحدة، نموذج المغرب" نفس المرجع السابق، ص 245.

² - عبد الحق عوفير، المرجع السابق، ص: 296.

³ - Kabbaj (T) : « L'affaire du Sahara Occidental », Abidjan, 1981, p : 86, cité par Ghoufir (A) dans sa Mémoire, op. cit, p : 297.

⁴ - الإدريسي السالمي: "الأقاليم الصحراوية في الاتفاقيات الدولية المغربية قبل الحماية"، مجلة أبحاث، مجلة العلوم الاجتماعية، العدد الثامن، السنة الثانية، خريف 1985، ص: 26.

والصحراء التي نجدها كلها تقر بأن المغرب يمارس اختصاصاته السياسية بالصحراء المغربية، وكمثال على هذا البروتوكول المغربي الإسباني المؤرخ في 20 يونيو 1900 الخاص بإيفي والاتفاق الفرنسي الألماني المؤرخ في نونبر 1911.¹

2- سيادة المغرب على الصحراء من خلال تعيين ممثلي السلطان:

إذا تأكد أن ملك المغرب وسلطانه كان الفاعل وممثل بلاده على المستوى الخارجي، فإنه قبل ذلك باعتباره أمير المؤمنين ورئيس الدولة وجهازها التنفيذي (المخزن)² يمارس اختصاصاته على كل تراب المغرب، ومن هذه الاختصاصات تعيين أو خلع من يمثله، هذا الاختصاص الذي كان في الغالب يباشره عبر تقنية الظهير³ والتي لا زال العمل جاريا بها حتى اليوم. فعلى سبيل المثال نجد السلطان مولاي إسماعيل عندما قام بعزل القائد أحمد بن أحمد وعوضه بالقائد الزهوني بتوات، كما خلع السلطان المولى الحسن الأول الشيخ الحبيب وقام بتعيين شقيقه الطالب الحبيب قائدا على منطقة بالصحراء المغربية وذلك بمقتضى وثيقة محررة بتاريخ 2 رمضان عام 1299 هـ.⁴

كما عيّن السلاطين المغاربة مجموعة من القواد على قبائل الصحراء المغربية من خلال ظهائر، وكان السلاطين المغاربة يختارون قوادا من وسط المملكة أو شمالها وأحيانا يختارون شخصية لها نفوذ في بعض القبائل الصحراوية ويعينونها على رأس هذه القبائل، والملاحظ أيضا أن السلطان قد يعين خليفة له في الصحراء من أفراد عائلته المقربين له، وقد يعين أميرا أو خليفة بالجنوب بمراكش أو الصويرة أو آسفي أو أكادير، ويقوم هذا الأخير بمباشرة شؤون الصحراء.⁵

وما يبرز ذلك مثلا ويؤكدده: لما قام الأمير مولاي إدريس بن عبد الرحمان بتسليم ظهائر تعيين عمال المخزن إلى رؤساء وأمرء وشيوخ بالصحراء معنا آنذاك خليفة لأخيه مولاي عبد العزيز بالصحراء المغربية.⁶

¹ - Kabbaj (T), Ibid. p: 101- 102.

² - لقد عرف جهاز المخزن تطورا مهما عبر الدول التي تعاقبت على الحكم في المغرب، لاسيما مع ظهور الدولة السعيدية وبعدها مع الدولة العلوية، حيث أصبحت كلمة المخزن تطلق على الحكومة المغربية وعلى مؤسسة بيت المال وعلى الجهاز العسكري، هكذا فقد كانت لجهاز المخزن علاقات وطيدة مع النواحي والأقاليم والحواضر وذلك عبر ممثليه من قواد وباشوات وخلفاء وشيوخ ومقدمين وأمناء.

³ - الظهير في اللسان هو العون، والواحد والجمع في ذلك سواء، أما في المعجم الوسيط هو المعين.

ويندرج المعنى اللغوي في المعنى السياسي للظهير الذي ينطوي على دالتين:

دلالة شرعية حينما يؤدي إلى إضفاء الشرعية على رجال الدولة الذين يستمدون هذه الشرعية من تولية الإمام لهم، ودلالة معنوية يستمدوا رجال الدولة من سلطة الإمام الذي يحظى بطاعة المؤمنين الذين قلدهم بيعتهم.

⁴ - محمد صدوق أبيه: الصحراء المغربية قبل الاحتلال وبعده، " مطبعة فضالة، المحمدية، ص: 66.

⁵ - كمثال على ذلك: الأمير مولاي الحسن بن محمد بن عبد الرحمان الذي كان خليفة لأبيه السلطان مولاي محمد بن عبد الرحمان بمراكش وكان يباشر شؤون الصحراء المغربية سنة 1869 م.

والأمير سيدي محمد بن الحسن الذي كان خليفة لأبيه السلطان مولاي الحسن الأول بمراكش ومكلفا بشؤون الصحراء سنة 1886.

ثم الأمير مولاي عرفة الذي كان خليفة للسلطان بترتيت سنة 1905 م.

أ. الأمير مولاي حفيف بن الحسن الأول الذي كان خليفة لأخيه السلطان مولاي عبد العزيز بمراكش ومكلفا بشؤون الصحراء سنة 1886.

⁶ - عبد الحق عوفير: المرجع السابق، ص: 309.

إن الذي أسلفناه يؤكد وجود بيعة سكان جهة الصحراء وما يتبع ذلك من نتائج بممارسات سلطانية على أرض تلك الجهة والتي تستوجب تواجد إدارة مخزنية والتي يُعين رجالها السلطان بمقتضى ظواهر، هؤلاء يقومون بمتابعة القضايا ويرفعون التقارير إلى الأجهزة العليا وينفذون التعليمات وبهذا يتم ربط (الجنوب) الصحراء بالمركز من ناحية ومن ناحية أخرى بشمال المملكة.

الفرع الثاني: المبررات والأسس الخارجية لتمتع جهة الصحراء بالحكم الذاتي.

إن تمتع جهة الصحراء بالحكم الذاتي الموسع لا يقفل عند المبررات والأسس الداخلية، وإنما يتخطاه إلى ما هو خارجي تمظهر أساسا في الرأي الاستشاري الذي صدر عن محكمة العدل الدولية حول الصحراء المغربية، بعدما طالب المغرب من هيئة الأمم المتحدة من التدخل لحمل إسبانيا على التفاوض لاستعادة أراضيها، كما تجلى ذلك في استحالة تطبيق مخطط برين ديكيولار أو ما عُرف بمخطط التسوية من أجل تنظيم استفتاء حول تقرير المصير بالصحراء، والذي بدى منذ الوهلة الأولى أنه غير قابل للإنجاز.

الفقرة الأولى: الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية حول الصحراء المغربية

كرد فعل للمغرب على نية إسبانيا المحتلة لأراضي الصحراء - عزمها الأحادي تنظيم استفتاء لتقرير مصير الصحراء المغربية¹ التي تحتلها والذي كان الهدف منه خلق دويلة مصطنعة - أن اقترح عليها في 17 شتنبر 1974 أن تطلب من محكمة العدل الدولية التدخل لفك النزاع الترابي العالق بينهما حول أراضي الصحراء بالنظر في مسألة: هل الصحراء كانت تابعة لسيادة المغرب إبان احتلالها، وهو ما كان سيوقف مؤقتا تنظيم الاستفتاء أو بشكل نهائي في حالة الرد الإيجابي للمحكمة؛ وإذا كانت الإجابة بالنفي، فما هي الروابط القانونية التي كانت تربط هذا الإقليم بالمملكة المغربية ومجموع موريطانيا.²

وقد طلبت الجمعية العامة من خلال توصياتها- التي طلبت بموجبها الاستشارة من محكمة العدل الدولية ومحاولة الحصول على الإجابة عن التساؤل السابق- من إسبانيا أن تمتنع عن إقامة الاستفتاء الذي كانت تنوي تنظيمه في الصحراء لأن الجمعية العامة لم تبت بعد في السياسة التي يجب اتخاذها قصد تصفية الاستعمار بالمنطقة في أحسن الظروف طبقا للتوصية رقم (XV) 1514، وعلى ضوء الرأي الاستشاري الذي ستصدره محكمة العدل الدولية. كما طلبت الجمعية العامة من خلال نفس التوصية من أطراف النزاع [المغرب، موريتانيا وإسبانيا]

¹ - إن رد الأسبان على مطلب المغرب التي تقدم بها، أمام منظمة الوحدة الإفريقية وكذا الأمم المتحدة خصوصا أمام لجنة تصفية الاستعمار، حيث أكد أن اقتراحه اللجوء لمبدأ تقرير المصير هو أفضل وسيلة لضمان تحرير أراضي المستعمرة من طرف الأسبان إما بفرض التفاوض عليها أو بالتعبير الحر لسكان الصحراء.

وثانيا لتعميق الخلاف الذي يظهر بين الدول المغربية حول مشكل الصحراء فموريتانيا بدأت تطالب هي أيضا باستعادة أراضي الصحراء والتي كانت تدفعها إليها الجزائر هذه الأخيرة أعلنت عن أطماعها ضمنيا وصراحة في المنطقة باسم إبقاء التوازن الجيوسياسي بالمنطقة. والسبب الثالث الذي كان وراء سعي إسبانيا خلق دويلة مصطنعة هي وضع يدها على الفوسفات الذي اكتشف بتلك الأراضي سنة 1963 والذي بدأت تستغله في 1966.

² - El Ouali (A) : op. cit. p: 98.

أن يقدموا لها جميع الوثائق حول مدى طبيعة الصحراء الغربية ارض خلاء مستقلة أم تابعة للسيادة المغربية وفي 16 أكتوبر 1975 أصدرت المحكمة حكماً أجابت فيه عن التساؤل الأول بالإجماع على أن الصحراء المغربية لم تكن أرضاً خلاء كما كانت تدعي إسبانيا.

وفي الشق الثاني أكدت المحكمة بأن إقليم الصحراء كانت له روابط بيعة بين بعض قبائل الصحراء وملك المغرب¹: لكن المحكمة وقيل أن تنهي خلاصاتها في الموضوع، أعلنت أمام استغراب الجميع بأنه لم تستخلص وجود روابط قانونية التي من شأنها تغيير التوصية (XV) 1514 المتعلقة بتصفية الاستعمار بالصحراء المغربية وبالخصوص تطبيق مبدأ تقرير المصير من خلال التعبير الحر والأصلي لإدارة سكان الإقليم.²

إن مثل هذه الخلاصة³ لتحمل تناقضاً كلياً مع ما جاء في شقي جوابها عن التساؤل المركزي عندما أقرت المحكمة بوجود روابط قانونية بين الصحراء والمغرب وموريتانيا.

والحقيقة أن المحكمة حاولت الخروج برأي توفيق⁴ بين المغرب وإسبانيا وأن أسباب اتخاذها لهذه الاستشارة على هذا النحو جاء نتيجة لعدة عوامل تتعلق بتشكيلها وبالظروف والاعتبارات السياسية، وتأثر أغلب أعضائها بالفكر الغربي الأوربي وعدم إلمامهم بالهوية الإسلامية والهوية السياسية والاجتماعية المغربية، إذ لم يتمكن بعض قضاة المحكمة من فهم تلك الهوية لكونهم لم يفرقوا بين السيادة بمفهومها الكلاسيكي ورابطة البيعة، بين السيادة في ظل الدولة الأوربية العصرية التي تقيم علاقة مباشرة بين الدولة والأرض، وبين السيادة في ظل الدولة التقليدية التي تتجسد في رابطة البيعة والتي لا تقبل الفصل بين ما هو ديني وسياسي.

الفقرة الثانية: فشل مخطط التسوية

تكللت المساعي الحميدة⁵ للأمين العام للأمم المتحدة خافيير بريز دي كويلار بتقديم اقتراحه يوم 11 غشت 1988 للتسوية من أجل السلام الهادف إلى تنظيم استفتاء تقرير المصير بالصحراء، هذا المقترح سيتم قبوله من كافة الأطراف المعنية في 30 غشت، الذي سيحظى بدعم مجلس الأمن في 20 شتنبر من نفس السنة، وهو ما سيشجع الأمين العام في البحث عن وسائل لتفعيل ذلك الاقتراح، غير أن بحثه سيصطدم بعدة عراقيل جعلت من مخطط التسوية مستحيل التحقيق، فهو من جهة: شكل قطيعة مع ممارسة هيئة الأمم المتحدة فيما يتعلق

¹ - المرجع السابق، ص: 283.

² - Ibid, p: 99.

³ - يمكن الجزم أن هذه الخلاصة كانت السبب في إدانة هذا النزاع إلى اليوم، فهي تشكل خروجاً عن الوظيفة الاستشارية التي أريد لأمرها، فالمحكمة ارتكبت خطأً يتجاوز اختصاصاتها وتمادت في تأويلها كما رفضت اعتبار البيعة دليلاً كافياً للسيادة، فقد كان على المحكمة أن تكتفي بالجواب بالإيجاب أو النفي حول ما إذا كانت الصحراء أرض خلاء Terra Nullius وقت احتلالها وإذا كان الجواب بالنفي: ما هي الروابط القانونية التي تربط ذلك الإقليم مع المملكة المغربية والقطر الموريطاني، أما النظر في كون البيعة تفضي إلى السيادة أو العكس: فذلك لم تكن مطالبة بإدلاء رأيها فيه، أو إعداد خلاصات حوله، وأمر ذلك متروك للهيئات الأخرى التابعة لمنظمة الأمم المتحدة.

⁴ - هو رأي سياسي حاول إرضاء جميع الأطراف، رأي لا يعارض طموحات أحد، بشكل يمكن للدول المتنازعة أن تهمل من معيّن ما تراه يتمشى وإدعاءاتها.

⁵ - هي عبارة عن مسطرة تدخلت ضمن ممارسات الهيئة الأمم المتحدة والتي تستهدف إعداد الشروط للتسوية للنزاعات والمشاكل، والتي يلجأ إليها لما يتعذر على الجمعية العامة ومجلس الأمن في بلوغ تلك التسوية، أو يفشلان في حمل الأطراف المتنازعة قبول الحلول التي يقترحانها.

باستفتاءات تقرير المصير، فالمنتظم الدولي كان دائما يناهز بنفسه عن تنظيم مثل هذه الاستفتاءات ويترك المهمة للبلد المعني بمستقبل الإقليم موضوع النزاع، بحيث الأمم المتحدة في شخص مبعوثها والموظفين التابعين لها ينحصر دورهم كملاحظين ملزمين بإخبار الجمعية العامة حول الظروف التي مرت فيها الاستشارة، فعلى غير هذا النهج سار مخطط التسوية¹ عندما أكد في فقرته 47: «بأن منظمة الأمم المتحدة ستعمل على تنظيم ومراقبة الاستفتاء وستنشر وستعمل على نشر اللوائح، والقواعد والتوجيهات الضرورية لحسن سير تنظيم الاستفتاء» وأضافت أن «الممثل الخاص للأمين العام... سيكون المسؤول الوحيد بكل المواضيع المتعلقة بالاستفتاء لا سيما تنظيمه مراقبته»، إن المخطط لم يقف عند هذا الحد بل تجاوز ذلك في الفقرة 10² من المخطط، التي أعطت سلطات شبه مطلقة على إقليم الصحراء للمبعوث الخاص بشكل يلغي في المرحلة الانتقالية- أثناء إعداد اللوائح وعميلة التصويت- الإدارة، القوات المسلحة والقوات المساعدة المغربية على أرض الصحراء المغربية.

ومن جهة أخرى، أتى مخطط التسوية غير كامل لعدم نصه على المعايير المحددة للأشخاص المؤهلين للتصويت في الاستفتاء، ففي الوهلة الأولى حاولت لجنة تحديد الهوية اعتماد إحصاء 1974 الذي قامت به إدارة الاحتلال الإسباني دون استقصاء منها لأهداف مثل هذا الإحصاء، وهو ما سيولد احتجاجات شيوخ القبائل أثناء أول اجتماع للجنة بجنيف في يونيو 1990، حيث أوضحوا ما يعترض الإحصاء الإسباني من عدم الدقة والنقصان لإزاحته كثيرا من الصحراويين خصوصا الذين لجأوا إلى المغرب بسبب قمع المحتل الإسباني.

وأمام رفض سكان الصحراء لمثل هذا الإحصاء وكثرة الاحتجاجات تدخل الأمين العام لهيأة الأمم في العديد من المرات مقدما اقتراحات في شأن اللوائح التي يجب أن تشارك في عملية التصويت³.

لكن رغم كل الاقتراحات لن يُكتب لمخطط التسوية النجاح حيث سيدخل نفقا لن يرى بعدها النور بسبب تباعد مواقف طرفي النزاع، فإذا كانت البوليساريو تتشبث بإحصاء 1974 فإن المغرب ألح على إقحام الذين

¹ - مما جاء في هذه الفقرة: "أن الممثل الخاص سيتم تخويله حق اتخاذ الإجراءات ذات الطابع الإداري تقنية أو أمنية، التي يراها ضرورة التطبيق على الأقاليم خلال المرحلة الانتقالية. هذه الإجراءات ستخضع كل ما يتعلق بسير عملية الاستفتاء (اللقاءات السياسية والدعائية)، يمكن كذلك للممثل الخاص للأمين العام أن يطلب إلغاء أي قانون أو إجراء يرى فيه عرقلة لحسن سير استفتاء الحر والعادل، إذا أراد أحد التدخل بين أطراف النزاع وبين الممثل الخاص يلزمه في ذلك قرار من الأمين العام لهيأة الأمم المتحدة.

² - من بين ما تضمنته مخطط التسوية أيضا: إلى جانب تحديد الهيأة الناخبة وتنظيم استفتاء تقرير المصير هناك أيضا: السهر على تطبيق وقف إطلاق النار بين المغرب والبوليساريو، تحرير الأسرى، العودة الطوعية للاجئين، وقد تكلفت بتطبيق هذا المخطط بعثة الأمم المتحدة من أجل تنظيم استفتاء تقرير المصير بالصحراء المغربية والمسماة اختصارا المينورسو (MINURSO).

³ - فمرة بضغط من شيوخ القبائل حيث طلب الأمين العام من لجنة تحديد الهوية فحص طلبات لأشخاص يدعون أنهم صحراويون ولم يشملهم إحصاء 1974، وتارة أخرى بسبب ضغط سلطات المغرب التي قدمت للأمين العام لائحتين تضم 120.000 صحراوي مؤهل للمشاركة في التصويت - هاتين اللائحتين ثم اعتماد معيار الأصول في إعدادها - هذا التحرك المغربي الممثل الخاص للأمين العام السيد جوهانس مانزو بكونه لا علاقة له بمخطط الأمم المتحدة، وهو ما استتبع دخلا حازما من العاهل الراحل الحسن الثاني في خطابه في 20 غشت 1991 والذي أكد فيه أن على الأمم المتحدة أن تتفق والمملكة في شأن المعايير التي تخول لشخص ما صفة الصحراوي والتي سيتمكن بفضلها من حق التصويت، وللخروج من هذا التصلب قدم الأمين العام ضمن التقرير الذي تقدم به لمجلس الأمن في 19 دجنبر 1991 اقتراحات إضافية تجلت في قبول ضمن لائحة الناخبين كل شخص من أب صحراوي ولد على أرض الصحراء المغربية في أن يشارك في الاستفتاء إذا قطن بإقليم الصحراء مدة ست سنوات متتالية أو 12 سنة بشكل متقطع قبل 1 من دجنبر 1774، وقد برر الأمين العام اقتراحاته هاته بكونه لا يمكن حرمان أشخاص خرجوا من أرضهم بسبب الاحتلال من المشاركة في تقرير مصير أرضهم.

لجأوا إلى داخل المغرب إبان احتلال الصحراء، وقد اعتبر المغرب مطالبة هؤلاء بالإدلاء بوثائق هوية مكتوبة مقدمة من طرف المحتل قبل عقود من الزمان، يشكل عقوبة بل مطالبا تعجزنا يراد به إقصاء من هم أهل لتحديد مصير أرضهم، فالمعروف عن هؤلاء الذين هم جزء من الساكنة الرحل ذات الطابع التقليدي اعتدادها فقط بالقرآن والدلائل الشفوية.

لكن رغم هذا التباعد والصعوبات الجمة فقد استمرت جهود الأمين العام والتي ستتكلل باجتماع بين أطراف النزاع بالعيون 17-19 يوليوز 1993 للتقريب بينها، هذا اللقاء لن يسفر عن أي جديد حيث بقي التنافر يطبع مواقفها، إلا أنه ومع ذلك سيعلن المنتظم الدولي رسميا في 8 فبراير 1994 بداية عملية تحديد الهوية بفتح عدة مراكز للتسجيل في العيون وتندوف، وحتى 15 أكتوبر 1994 اليوم الأخير للتسجيل، تقدم المغرب بـ176.533 طلب و42,468 من قبل البوليساريو؛ وأثناء فحص الملفات لوحظ أن هيئة تحديد الهوية تبنت في ذلك إحصاء 1974 وتجاهلت المعايير المقترحة من طرف بريس دي كويلار، وهو ما سيدفع المغرب إلى تقديم شكواه معييا على الهيئة عدم حيادها، أخذها عليها التفاوضي على مناورات شيوخ جمة البوليساريو الراضية والمبعدة للشهادات الشفوية، هذا الأمر سيدخل المغرب والهيئة المكلفة بتحديد الهوية في أزمة ثقة، هذه الأزمة ستشدد¹.

إن هذه الأزمة ستكون موضوع اجتماع مجلس الأمن في 31 يناير 1996 والتي عبر في شأنها بانشغاله بالمأزق الذي دخل فيه مسلسل تحديد الهوية داعيا طرفي النزاع بالتعاون مع الأمين العام والمينورسو من أجل إحياء عملية تحديد الهوية، والتغلب على كل ما يعرقل سريانها الطبيعي وتطبيق العناصر الأخرى لمخطط التسوية وفق التوصيات الصادرة في الموضوع ذاته) وستبلغ مداها الأقصى مما سيحكم على عمل الهيئة بالتوقف بشكل نهائي.

إن غياب اتفاق بين الأطراف حول معايير تحديد الهوية جعل من مخطط التسوية غير قابل للتطبيق، مما تطلب البحث عن حل بديل، هذا الأخير بمرور الوقت سيأخذ شكل الحكم الذاتي الترابي فوحده القادر على الصمود والاستمرار وحل هذا النزاع المفتعل².

المطلب الثاني: المبادرة المغربية لتمتع جمة الصحراء بحكم ذاتي موسع (قراءة المشروع)

تدخل المبادرة المغربية بمنح جمة الصحراء حكما ذاتيا موسعا ضمن التزام المملكة الدائم بمبدأ التسوية السلمية للنزاع وتشبثها الصارم بالحل السياسي المتفاوض حوله والقائم على فكرة لا غالب ولا مغلوب، لا سيما بعدما تأكد تعذر تطبيق مخطط التسوية لسنة 1991، كما تندرج هذه المبادرة³ - وفق ما نصت عليه الفقرة

¹ - والسبب رفض البوليساريو أن يتم فحص طلبات التسجيل المقدمة من طرف الصحراويين الذين لم يشملهم إحصاء 1974، وبالخصوص المنتمين للفخذات القبلية المنضوية في الأنواع المصنفة: J51/52 H61 H1.

² - El Ouali (A) - Ibid, p:113 à 127.

³ - فقرات هذه المبادرة في الملحق، أنظر ص: 549، كذلك للإطلاع على المبادرة أنظر: "نظام الحكم الذاتي للجهات، المبادرة المغربية على ضوء التجارب الأجنبية لأنظمة الحكم الذاتي الجهوي"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة "نصوص ووثائق"، عدد 191، السنة 2008، ص: من 34 إلى 38.

الثالثة منها - في إطار بناء مجتمع ديمقراطي حديث، يركز على مقومات دولة القانون والحريات الفردية والجماعية والتنمية الاقتصادية والاجتماعية.

كما أن هذه المبادرة هي ككل أنظمة الحكم الذاتي إنما هي في «المبدأ استجابة لحاجيات وضعية معينة، أو نتيجة مفاوضات بين الدولة والأقليات من أجل تدبير حالة لها خصوصياتها؛ كذلك هي تجسيد لعلاقات القوة المتواجدة في وقت معين بين أطراف النزاع»¹.

وحتى تتمكن من تشكيل فكرة عن مضمون وفحوى هذه المبادرة يتوجب معاينة مدى استجابتها لتوصيات لجنة الخبراء المستقلين- المحدثة من قبيل المفوض السامي من أجل الأقليات الوطنية في 1998 (التابعة لمنظمة الأمن والتعاون الأوروبي) - إضافة إلى مقارنتها بالتجارب المتقدمة والسابقة التي طبقت نظام الحكم الذاتي حيث تبقى هذه الأخيرة أبرز مثال لقياس مدى جدية الطرح المغربي من عدمه.

إن من بين المعايير الواجب توفرها في أي نظام حكم ذاتي ناجح متعارف عليه عالميا هو ضرورة تمتيع الجهة المستقلة ذاتيا بمجموعة من الاختصاصات الماسة بكثير من القطاعات مع استثناء ما يتعلق بالسيادة التي تبقى من الصلاحيات الحصرية للدولة المركزية، ووجود هيآت محلية: جمعية تشريعية محلية وحكومة محلية منبثقة من انتخابات حرة مباشرة وسلطة قضائية محلية².

فهل بالفعل تضمنت المبادرة المغربية لتمتيع جهة الصحراء بالحكم الذاتي الموسع مثل هذه المعايير والمقتضيات؟ أو بمعنى آخر، إلى أي حد احترمت المبادرة المغربية هذه المعايير؟.

الفرع الأول: الاختصاصات المنصوص عليها في المبادرة المغربية

بقراءة مشروع الحكم الذاتي الذي تقدم به المغرب نجد خص جهة الصحراء باختصاصات جد واسعة في ميادين عدة. في حين أبقى على أخرى حصرية لفائدة الدولة، أما التي لم يتم التنصيص على تحويلها صراحة فإنها تمارس باتفاق بين الطرفين، وذلك عملا بمبدأ التفرع³.

الفقرة الأولى: اختصاصات جهة الصحراء المستقلة ذاتيا⁴

لقد خصت المبادرة جهة الحكم الذاتي للصحراء بعدة اختصاصات تمارسها داخل حدودها الترابية، هذه الاختصاصات شملت الميادين التالية:

. الإدارة المحلية والشرطة المحلية ومحاكم الجهة؛

¹ - El Ouali (A) - Ibid, p: 146.

² - شرافي سيدي محمد، "الجهوية المتقدمة في الدولة الموحدة، نموذج المغرب" نفس المرجع السابق، ص 253.

³ - الفقرة 17 من المبادرة المغربية حول الحكم الذاتي.

⁴ - الفقرة 12 من المبادرة المغربية حول الحكم الذاتي.

. على المستوى الاقتصادي والتنمية الاقتصادية والتخطيط الجهوي وتشجيع الاستثمارات والتجارة والصناعة والسياحة والفلاحة؛ ميزانية الجهة ونظامها الجبائي؛

. فيما يخص البنى التحتية: الماء والمنشآت المائية والكهرباء والأشغال العمومية والنقل؛

. على المستوى الاجتماعي: السكن والتربية والصحة والتشغيل والرياضة والضمان الاجتماعي والرعاية الاجتماعية؛

. على المستوى الثقافي: التنمية الثقافية، بما في ذلك النهوض بالتراث الثقافي الصحراوي الحساني؛

. البيئة.

فالملاحظ أن هذه الاختصاصات الممنوحة لجهة الصحراء تتماشى مع ما هو متضمن في التجارب المتقدمة في تطبيق الحكم الذاتي (إسبانيا، وإيطاليا)، كما تحترم الضوابط والمعايير المتعارف عليها عالميا في هذا الشأن، بل هناك من ذهب¹ إلى حد اعتبار أن ما جاء في المشروع المغربي متفوق في كثير من مقتضياته على توصيات لجنة لاند "lundi" التي أوصت على وجوب أن تمس اختصاصات الجهة "قطاعات: التربية، الثقافة، استعمال لغات الأقليات، البيئة، إعداد التراب المحلي، الثروات الطبيعية، التنمية المحلية، حفظ النظام المحلي، السكن، الصحة والخدمات الاجتماعية" في حين استثنيت من ذلك ميادين مهمة جاءت متضمنة بالمبادرة المغربية كاختصاص لجهة الصحراء مثل العدل، والجبائية، السياحة والنقل، التي جعلت (لجنة لاند) منها اختصاصات مشتركة بين الجهات والسلطات المركزية.

ولتمكين جهة الصحراء من ممارسة اختصاصاتها، وتحقيق تنميتها على جميع الأصعدة، حددت المبادرة المغربية الموارد المالية الضرورية التي ستساعد في ذلك وقد اشتملت على:

. الضرائب والرسوم والمساهمات المحلية المقررة من لدن الهيآت المختصة للجهة؛

. العائدات المتأتية من استغلال الموارد الطبيعية المرصودة للجهة؛

. جزء من العائدات المحصلة من طرف الدولة والمتأتية من الموارد الطبيعية الموجودة داخل الجهة؛

. الموارد الضرورية المخصصة في إطار التضامن الوطني؛

. عائدات ممتلكات الجهة².

ومن خلال هذه الموارد يتضح بما لا يدع مجالا للشك انعقاد الاختصاص للجهة الصحراء فيما يخص السياسة الجبائية (المحلية)، وهو ما يجعل من المبادرة المغربية متميزة عن توصيات "Lundi" التي ترفض مثل هذا الاختصاص للسلطة الجهوية المستقلة لوحدها والتي تدعو لاقتسامه (الاختصاص) مع السلطة المركزية المعنية¹.

¹ - El Ouali (A), Ibid, p: 148.

² - الفقرة 13 من المبادرة المغربية.

الفقرة الثانية: الاختصاصات الحصرية للدولة

مقابل اختصاصات جهة الصحراء المستقلة، نجد الدولة احتفظت لنفسها باختصاصات حصرتها، في الفقرة 14 من المبادرة، في كل:

- . ما يتعلق بالسيادة، لا سيما العلم والنشيد الوطني والعملة؛
 - . ما هو متعلق بالاختصاصات الدستورية والدينية للملك بصفته أمير المؤمنين والضامن لحرية ممارسة الشعائر الدينية وللحريات الفردية والجماعية؛
 - . ما يخص الأمن الوطني والدفاع الخارجي والوحدة الترابية؛
 - . العلاقات الخارجية؛
 - . النظام القضائي للمملكة.
- وتباشر هذه الاختصاصات من طرف مندوب الحكومة في جهة الحكم الذاتي للصحراء².

فإذا كنا لاحظنا في الفقرة السابقة توسعا في الصلاحيات التي منحها المبادرة لجهة الصحراء مقارنة بأهم أنظمة الحكم الذاتي، فإننا كذلك نستشف تقليصا واضحا فيما خصت به الدولة من صلاحيات بالموازاة مع ما جاءت به التوصية رقم 15 للجنة لاند Lundi التي حددت المهام الخاصة بالسلطات المركزية في: الدفاع، الشؤون الخارجية، الهجرة والجمارك، السياسة الماكرو- اقتصادية والسياسة النقدية.

فالأمر لم يتوقف عند هذا الحد وإنما ذهب أبعد من ذلك، ففي الفقرة 15 من المبادرة المغربية ثم إشراك جهة الصحراء في أحد أبرز الاختصاصات الحصرية المشار إليها أعلاه الخاصة بالدولة وهي الاختصاصات الدبلوماسية عندما تكون لها صلة مباشرة باختصاصات جهة الصحراء المستقلة، كما أعطيت هذه الأخير، إمكانية إقامة علاقات تعاون مع جهات أجنبية بعد تشاور مع الحكومة.

إن المبادرة المغربية في هذا الشأن أتت جريئة بالشكل الذي لا نجده إلا باستثناء في بعض الأنظمة المتقدمة للحكم الذاتي كالمطبق بالمجموعات المستقلة الإسبانية.

الفرع الثاني: هيأت جهة الحكم الذاتي للصحراء

فعند معاينة المشروع الذي تقدمت به المملكة، نجده خصص فقرات من 19 إلى 26 للحديث عن هيأت الجهة والتي جاءت كالتالي:

¹ - توصيات لاند "Lundi" رقم 20 الفقرة الثانية.

² - الفقرة 16 من المبادرة المغربية.

الفقرة الأولى: البرلمان الجهوي

من بين الأشياء التي يقتضها الاستقلال الداخلي الذي يتمتع به إقليم الحكم الذاتي وجود مؤسسة تشريعية¹، يتم اختيار أعضائها عن طريق أسلوب الانتخاب الذي يعتبر دليلاً على مشاركة سكان الإقليم في إدارة حياتهم السياسية بشكل ذاتي²، وتتولى هذه المؤسسة سن القوانين وإصدار قرارات محلية وتشكل بطريقة تتوافق مع القانون وتجعلها موضع اتفاق السكان.

وفي نفس الاتجاه نصت المبادرة المغربية من أجل منح الصحراء حكماً ذاتياً على ضرورة توفر برلمان محلي يتكون من أعضاء منتخبين من طرف مختلف القبائل الصحراوية، وكذا من أعضاء منتخبين بالاقتراع العام المباشر من طرف مجموع سكان الجهة ومن نسبة ملائمة من النساء³، ويمارس هذا البرلمان جميع الاختصاصات التي تدخل في إطار الوظيفة التشريعية المحلية مع اشتراط مطابقة جميع القوانين الصادرة عنه لنظام الحكم الذاتي في الجهة، ولدستور المملكة والقانون الوطني⁴، وفي حالة وقوع تعارض بين القوانين المحلية والوطنية أو في حالة ظهور بعض الاختصاصات التي لم يتم التنصيص عليها في مشروع المبادرة يتم اللجوء إلى تطبيق مبدأ التفرع⁵، ويجوز للبرلمان أن يحدث محاكم تتولى البث في المنازعات الناشئة عن تطبيق الضوابط التي تضعها الهيئات المختصة لجهة الحكم الذاتي للصحراء⁶.

وفي المقابل نص اتفاق الإطار الذي وضع مقترحه المبعوث الخاص للأمم المتحدة "جيمس بيكر" في 20 يونيو 2001، على أن السلطة التشريعية تمارسها جمعية تشريعية منتخبة، ويشارك في انتخابهم كل الأشخاص الذين توفر فيهم الشروط التالية:

- ✓ شرط السن: أن بلوغ الشخص 18 سنة كاملة.
- ✓ شرط الإقامة: ويقصد به أن يكون الشخص مقيماً بشكل متواصل في الإقليم منذ 31 أكتوبر 1998، أو أن يكون ممن أدرجت أسماؤهم في قائمة العودة إلى الوطن في 31 أكتوبر 2000.⁷

¹ - عبد العزيز إدريس الخطابي "الوحدة العربية ومفاهيم اللامركزية الإدارية والسياسية"، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية العدد 273، نونبر 2001، ص: 47.

² - محمد الهماوندي: "الحكم الذاتي ونظم اللامركزية الإدارية والسياسية"، دراسة نظرية مقارنة"، مرجع سابق، ص: 112.

³ - الفقرة 19 من نص المبادرة المغربية بشأن التفاوض لتحويل الصحراء حكماً ذاتياً والذي تقدم بها المندوب الدائم للمملكة المغربية لدى الأمم المتحدة المصطفى الساهل إلى الأمين العام للأمم المتحدة بأن كي مون بنيويورك في 11 أبريل 2007.

⁴ - تنص المادة 24 من نص المبادرة: "يجب أن تكون القوانين والمراسم التنظيمية الصادرة عن هيئات الحكم الذاتي للصحراء مطابقاً لنظام الحكم الذاتي ولدستور المملكة".

⁵ - هناك تأويلان مختلفان لمبدأ التفرع هما: أن يتم اللجوء إلى تطبيق القانون في حالة وقع تعارض بين القوانين المحلية والقوانين الوطنية، وأن يتم اللجوء إلى القوانين الوطنية في حالة وقوع التعارض، فالتأويل الأول يعتبر أن مبدأ فرع السلطات هو الأساس المنطقي لعملية تطبيق اللامركزية السياسية طبقاً لهذا المبدأ يجب أن تمارس المسؤوليات العامة بواسطة السلطات المنتخبة الأكثر التصاقاً بالمواطنين.

⁶ - المادة 22 من المبادرة المغربية بشأن التفاوض لتخوي الصحراء حكماً ذاتياً.

⁷ - الفقرة 4 من اتفاق الإطار بشأن مركز الصحراء المغربية الملحق بتقرير الأمين العام 2001/613 بتاريخ 20 يونيو 2001.

✓ كما يشترط في الانتخابات والاستفتاءات التي يتضمنها الاتفاق أن تكون متلائمة مع قواعد السلوك المتفق عليه بين المملكة المغربية والبوليساريو في سنة 1997¹.

أما بالنسبة لخطة السلام من أجل تقرير شعب الصحراء المغربية، فقد نصت على أن السلطة التشريعية للصحراء تمارسها جمعية تشريعية منتخبة من طرف السكان المحليين الذين تشترط فهم ألا تقل أعمارهم عن 18 سنة، وأن تكون أسماؤهم واردة في اللائحة المؤقتة المؤرخة في 30 دجنبر 1999، أو لائحة المفوضية السامية الخاصة بالنازحين والمؤرخة في 31 أكتوبر 2000، مع وجوب تحديد هؤلاء الأشخاص من طرف هيئة الأمم المتحدة، شريطة مراعاة الانتخابات والاستفتاءات المشار إليها في هذه الخطة للمعايير الدولية لحقوق الإنسان ومبادئ مدونة السلوك المتفق عليها بين المملكة المغربية، وجبهة البوليساريو سنة 1997².

وإذا ما قارنا بين المحاولات الثلاثة المتعلقة بمنح الحكم الذاتي للصحراء المغربية، نجد أن جميعها أسندت مهمة التشريع وسن القوانين المحلية لجمعية تشريعية أو برلمان الحكم الذاتي، لكنها وضعت لهذه الممارسة شروط محددة في حالة وقوع تعارض بين القوانين المحلية والوطنية، أو في حالة ظهور اختصاصات لم يتم التنصيص عليها في هذه المشاريع، حيث يتم اللجوء إلى شرط العمل بمبدأ التفرع، الذي يختلف تأويله من مشروع إلى آخر، ففي المبادرة المغربية من أجل التفاوض لمنح الصحراء حكماً ذاتياً وفي اتفاق الإطار ثم الاعتماد على ترجيح كفة القوانين الوطنية، حفاظاً على وحدة المملكة في حين اختارت خطة السلام مبدأ التفويض لصالح السلطة المحلية الذي يستند إلى فكرة: كل ما لا يخول للسلطة المحلية يعد من اختصاص السلطة المركزية³، فالأصل هو السلطة المحلية.

وإذا كانت المبادرة لم تأت بجديد في حفاظها على النهج الديمقراطي باعتماد الاقتراع المباشر المعبر عن الإدارة الحرة للسكان والتي من خلالها تنبثق كل هيئات الجهة المستقلة ذاتياً، فإنها زادت على ذلك عندما أكدت على ضرورة أن يمثل البرلمان المحلي كافة أطراف ومكونات المجتمع القبلي الصحراوي، فهذا الأمر يدخل في خانة حماية الأقليات الوطنية أو التجمعات القبلية ذات الهوية والخصوصيات المحلية في مفهومها الخاص؛ وهذه الإشارة هي استنباط لما قد يحمله الانتخاب الحر والمباشر - من بلوغ أغلبية - من جور وتعسف في حق بعض الأقليات التي تتشكل منها قبائل الصحراء، وفي هذه النقطة نجد المبادرة المغربية مستلهمة ذلك المقتضى من الدستور الإسباني الذي ينص في فصله 152 الفقرة الأولى على التمثيل النسبي الضامن لتمثيل مختلف المكونات البشرية للمجموعات المستقلة، وقد رأى البعض في إقحام فئة ممثلي القبائل ضمن الهيئة الناخبة أمراً غير مفهوم ما دام البرلمان المحلي يتم انتخاب أعضائه من مختلف سكان الجهة بأغنيائها وفقرائها وأعيانها وقبائلها كما اعتبروا اعتماد هذه الفئة تعارضاً مع الأسلوب الديمقراطي في انتخاب المؤسسات، فهذه الطريقة قد تفتح المجال مشرعاً للتلاعب بإدارة المواطنين والتأثير عليها إما عن طريق استعمال المال أو من خلال تدخل السلطة لفرض ولائها داخل البرلمان المحلي.

¹ - نفس الفقرة السابقة.

² - المادتان 16 و 17 من خطة السلام من أجل تقرير شعب الصحراء المغربية تقدم بها جيمس بيكر إلى الأمين العام للأمم المتحدة في سنة 2003.

³ - محمد بوبوش: "قضية الصحراء ومفهوم الاستقلال الذاتي" مرجع سابق، ص: 144.

أضف إلى هذا أنه رغم خصوصيات المجتمع القبلي الصحراوي، فالمبادرة أبت إلا أن تضمن تمثيلية للنساء الصحراويات بنسبة ملائمة يتفق عليها ويتضمنها النظام الأساسي لجهة الحكم الذاتي، وهي - أي المبادرة - في هذا إنما أتت مواكبة لتطور المجتمع المغربي المكرس بتخصيص 30 مقعد للنساء بالبرلمان الوطني¹.

الفقرة الثانية: الحكومة الجهوية

يمارس السلطة التنفيذية في جهة الحكم الذاتي للصحراء رئيس حكومة ينتخبه البرلمان الجهوي وينصبه الملك، فهو من يمثل الدولة في الجهة²، كما يتولى تشكيل حكومة الجهة ويعين الموظفين الإداريين الضروريين لمزاولة الاختصاصات الموكولة إليه، بموجب نظام الحكم الذاتي، وهو مسؤول أمام برلمان الجهة³.

تعتبر الهيئة التنفيذية إحدى المؤسسات الأساسية التي يتطلمها نظام الحكم الذاتي، إذ أنها تمثل رمز استقلالية السلطة المحلية وقدرتها على القيام بتنفيذ الأعمال القانونية⁴، ويتم تشكيل هذه الهيئة من طرف المجلس التشريعي المحلي، حيث ينتخب هذا الأخير أعضاء المجلس التنفيذي ورئيسه أو يكتفي فقط بترشيحهم للسلطة المركزية، في حين يصدر قرار التعيين من رئيس الدولة، ويلعب رئيس المجلس التنفيذي دوراً مزدوجاً، إذ أنه يشرف على الإدارات والمؤسسات الإقليمية من جانب ويمثل الإقليم في علاقاته مع الحكومة المركزية من جانب آخر⁵.

وقد أناطت الفقرة الثالثة من اتفاق الإطار السلطة التنفيذية في الصحراء المغربية بهيئة تنفيذية تنتخب بأصوات الأشخاص المدرجة أسماؤهم في قوائم الناخبين المؤقتة المنجزة في تاريخ 30 دجنبر 1999، وذلك لمدة أربعة سنوات، وبعد ذلك تنتخب الهيئة التنفيذية بأغلب أصوات أعضاء الجمعية التشريعية، وتعين الهيئة التنفيذية إداريين للدوائر التنفيذية لمدة أربع سنوات⁶.

¹ - فقد جاء بالمادة الأولى من القانون التنظيمي رقم 31.97 المتعلق بمجلس النواب أنه: "يتألف مجلس النواب من 325 عضواً ينتخبون بالاقتراع العام المباشر عن طريق الاقتراع باللائحة وفق الشروط التالية:

295. عضواً ينتخبون على الصعيد الدوائر الانتخابية المحدثة طبقاً لأحكام المادة 2 بعده:

30. عضواً ينتخبون على الصعيد الوطني..."

والملاحظ في هذه المادة أن المشرع لم يشر صراحة أو ضمناً لكون المقاعد الثلاثين مخصصة للنساء وذلك حرصاً منه على عدم مخالفة الفصل الثامن من الدستور المغربي الذي ينص على المساواة في الحقوق بين المواطنين إلا أنه بالانسحاب مع التوجهات الإصلاحية للدولة ورغبة في الرفع من مستوى تواجد النساء في المؤسسة البرلمانية، توافقت الأحزاب السياسية سنة 2002. قبيل الانتخابات التشريعية. على تخصيص اللائحة الوطنية لفائدة النساء.

² - الفقرة 20 من المبادرة المغربية.

³ - الفقرة 21 من المبادرة المغربية.

⁴ - عبد العزيز إدريس الخطابي: "الوحدة العربية ومفاهيم اللامركزية الإدارية السياسية"، مرجع سابق، ص: 47.

⁵ - محمد الهماندي: "الحكم الذاتي ونظم اللامركزية الإدارية والسياسية.. دراسة نظرية مقارنة"، مرجع سابق، ص: 113.

⁶ - عبد العالي حامي الدين: "السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية من خلال اتفاق الإطار، ملاحظات دستورية في الأمم المتحدة وقضية الصحراء المغربية: وقائع الندوة التي نظمها منتدى 21 الحوار والتنمية بتاريخ 16 أبريل 2002 الرباط.

أما بالنسبة لخطة السلام فقد أقرت في فقرتها العاشرة: بأحقية شعب الصحراء المغربية بانتخاب رئيس تنفيذي طبقا للشروط المنصوص عليها في الفقرات 15 و16 و17 من هذه الخطة¹، ويمارس الرئيس المنتخب السلطة التنفيذية، ويمكن أن يعين بعض الإداريين لمساعدته في ممارس الاختصاصات التي تخولها له الخطة وذلك إذا اقتضت الضرورة.

وبالنظر إلى ما قد يترتب عليه انتخاب السكان المحليين المباشر للرئيس التنفيذي من مشاكل وصعوبات خاصة على مستوى العلاقات التي تربط بين هذا الشخص والجمعية التشريعية، التي غالباً ما تطغى عليها الاتجاهات السياسية المختلفة، رفض المغرب خطة السلام جملة وتفصيلاً واعتبرها تراجعاً عن المكتسبات التي حققها اتفاق الإطار، فهي لن تساهم إلا في إذكاء الحالات التنزاعية مما قد يصيب الأجهزة بالشلل².

في المقابل حدد المغرب موقفه الرسمي على ضوء الحل السياسي الذي يعتبره حلاً وسطاً يتمثل في حكم ذاتي ضمن سيادة مغربية، بمقتضاها ينتخب البرلمان الجهوي رئيس الحكومة وينصبه الملك، فيمارس الرئيس السلطة التنفيذية ويكون ممثلاً للدولة في الجهة مسئولاً أمام البرلمان الجهوي، وتولى تشكيل حكومة بتعيينه للموظفين الإداريين الضروريين لمزاولة الاختصاصات الموكولة إليه بموجب الحكم الذاتي³.

من هنا يتبين لنا أنه هناك نوعاً من التشابه التقريبي بين المبادرة المغربية واتفاق الإطار بخصوص السلطة التنفيذية، فكلاهما يعتبران الهيئة التنفيذية بمثابة حكومة إقليمية تمارس صلاحية التنفيذ والضبط والإدارة المحدودة بنطاق الإقليم، وليس لها صلاحيات سيادية كما ينص على ذلك اتفاق الإطار لأنها تظل مرتبطة بوجود الدولة، وتقتصر ممارستها على الدولة المركزية باعتبارها تتمتع بكامل الشخصية الدولية على صعيد العلاقات الدبلوماسية والدولية، في حين أن الجهات وأقاليم الحكم الذاتي لا تتمتع بمثل هذه الشخصية⁴.

فهكذا وكما يتضح من الفقرتين فإن السلطة التنفيذية لجهة الحكم الذاتي للصحراء يتولها رئيس ينتخبه البرلمان المحلي، مما يجعل مسؤوليته تتعقد فقط أمامه ومن خلاله أمام ساكنة منطقة الصحراء، كما أن الرئيس يتم تنصيبه من الملك والتنصيب على ذلك إنما يدخل في إطار الشكليات التي يراد بها التذكير بالوحدة الترابية للدولة المغربية وليس للإستناد في مزاولة صلاحياته، كما أنه بذلك التنصيب يكون الممثل للدولة في الجهة، وهذه الصفة لا تتعقد لمندوب الحكومة حسب ما جاء في الفقرة 16 من المبادرة والتي لم تسمه ممثلاً للدولة وإنما مندوباً ينفذ اختصاصات الدولة في الجهة المنصوص عليها في الفقرة 14، فالمشروع اكتنفه غموض فيما يخص مؤسسة

¹ - تتعلق هذه الشروط بطريقة انتخاب الرئيس التنفيذي التي تكون عن طريق الإدلاء بالأصوات بشكل منفصل وكذلك بالأشخاص المؤهلين للمشاركة في التصويت في الانتخابات والذين يجب ألا تقل أعمارهم عن 18 سنة وأن تكون أسماءهم واردة في اللائحة المؤقتة في 30 دجنبر 1999 أو في لائحة المفوضية السامية الخاصة بالنازحين والمؤرخة في 31 أكتوبر 2000. كما ترتبط هذه الشروط بتنظيم الحملات الانتخابية التي يجب أن تكون متلائمة مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان ومبادئ مدونة السلوك المتفق عليها من طرف المملكة وجمعة البوليساريو سنة 1997.

² - سعد الدين العثماني: "الصحراء المغربية والجهوية الموسعة". أشغال ندوة الصحراء وثوابت القيم الوطنية بتاريخ 8 مارس 2005، (مقال غير منشور).

³ - المادتين 20 و21 من المبادرة المغربية لتحويل الصحراء حكماً ذاتياً.

⁴ - محمد الهماوندي: "الحكم الذاتي ونظم اللامركزية الإدارية والسياسية"، دراسة نظرية مقارنة"، مرجع سابق، ص: 114.

مندوب الحكومة بسبب غياب أي إشارة لطبيعتها القانونية،¹ وكذا لأهم الوظائف المنوطة بها خاصة بما يرتبط بطبيعة العلاقة بين هذه المؤسسة ورئيس السلطة التنفيذية لجهة الحكم الذاتي للصحراء هذا من جهة وعلاقتها من جهة أخرى بمختلف الوحدات الإدارية التحتية لجهة الحكم الذاتي- من عمالات وأقاليم وجماعات حضرية وقروية- ورجال السلطة وأعاونها من عمال وولاة... المنتمون لنفس تراب جهة الحكم الذاتي للصحراء.

وبالعودة إلى الفقرة 21 يتجلى الدور المحوري الذي يقوم به رئيس الحكومة، تأسيساً برئيس حكومة المجموعات المستقلة في إسبانيا الذي تجتمع له الإدارة والتنسيق بالشكل الذي يتم فيه سيطرة الرئيس في نظام برلماني وعلى أرض الواقع ملامح نظام رئاسي مما جعل أحد الباحثين² الإسبان يتساءل: لما لا يتم تغيير طريقة انتخاب رئيس المجموعة المستقلة من طرف البرلمان المحلي إلى انتخاب مباشر من قبل مواطني المجموعة المستقلة؟

الفقرة الثالثة: المحاكم الجهوية

تشكل الهيئة القضائية الضلع الأخير في مثلث مؤسسات الحكم الذاتي في الصحراء المغربية، وليس احتلالها المرتبة الأخيرة في حديثنا عن الجهاز المؤسساتي للحكم الذاتي دليل على قلة أهميتها، بل اختيارنا للحديث عنها في نهاية المطاف كان بسبب ما أثارته هذه المؤسسة من إشكاليات حساسة مست بالسيادة المغربية، وكانت إحدى الأسباب التي أدت إلى تحفظ المغرب على اتفاق الإطار ورفضه لخطة السلام.

لقد أنيطت السلطة القضائية وفق الفقرة الثالثة من اتفاق الإطار بالمحاكم المحلية التي تقتضيها الحاجة، وبقضاة يتم اختيارهم من المعهد الوطني للدراسات القضائية على أن يكونوا من الصحراء المغربية، وهذه المسألة تثير بعض الإشكالات الدستورية على مستوى التنفيذ ونوعاً من الغموض فيما يخص المسطرة، فالدستور المغربي لسنة 1996 م ينص في فصله 84 على أن القضاة يعينون من طرف جلالة الملك بظهير شريف وبناء على اقتراح المجلس الأعلى³، كما أن الفصل 83 من الدستور ينص على أن الأحكام الصادرة يجب أن تصدر وتنفذ باسم جلالة الملك، لأن القضاء في المغرب مرتبط بمؤسسة الملك، إذ يعتبر أهم ضمانات استقلال القضاء وعدالة أحكامه باعتباره حامياً لحقوق وحرّيات المواطنين⁴.

أما بالنسبة للقرارات الملكية فهي غير قابلة للطعن كيفما كان شكلها ومضمونها، في حين نجد أن عبارة اختيار القضاة من المعهد الوطني للدراسات الوطنية، على أن يكونوا من الصحراء المغربية عبارة غامضة وفضفاضة يمكن أن يفهم منها تجريد الملك من صلاحياته الدستورية المتعلقة بتعيين القضاة، كما يمكن أن يفهم

¹ والتي نصت على أن "مندوب يعين من قبل El Delegado del Gobierno - ففي الجارة إسبانيا أتى الفصل 154 من الدستور مشيراً إلى هذه المؤسسة الحكومية، فهو يضطلع بتوجيه إدارة الدولة بتراب المجموعة المستقلة وينسق مع الإدارة الخاصة بالمجموعة المستقلة عندما يدعو الأمر إلى ذلك".

² - Rico Ruiz (G) "La organización política de las comunidades Autonomas en Espana", Cursos de Verano, 2006, E.N.C.G, Tager.

³ - القضاء يمارس عن طريق التفويض والنيابة بواسطة قضاة يتم تعيينهم بظواهر ملكية غير خاضعة للتوقيع عليها بالعطف لا من جانب رئيس الحكومة ولا من جانب وزير العدل.

⁴ - انظر الفصل 19 من الدستور.

منها أيضا مخالفة الأحكام الدستورية السابقة الذكر¹، الشيء الذي يعتبر في نظر المغرب تهديداً لسيادته في الصحراء المغربية².

هذا بالنسبة لاتفاق الإطار، أما بالنسبة لخطة السلام فقد نصت على أن السلطة القضائية تمارس من طرف سلطة محكمة عليا بالإضافة إلى محاكم سفلى أخرى تتشكل من طرف السلطات المحلية بالصحراء المغربية، أما تعيين أعضاء المحكمة العليا والمحاكم السفلى فهو يتم من طرف الرئيس التنفيذي وباتفاق مع الجمعية التشريعية، كما أن المحكمة العليا تصدر أحكاماً قضائية تكون مطابقة لأي قانون تعتمده الصحراء المغربية، وهي تملك السلطة النهائية في تأويل القوانين السارية بالصحراء، ولها سلطة التصريح بالغاء وعدم صلاحية أي قانون أو تشريع أو قرار من القرارات التي تتخذها السلطات المحلية في الصحراء المغربية، ولا يحق للمجلس الأعلى بالمغرب في هذا الإطار إلا سلطة توضيح الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا³.

بعيدا عن فكرة إبقاء نفس النظام القضائي للدولة بالوحدة الترابية المستقلة ذاتيا، أجازت المبادرة المغربية للبرلمان الجهوي إحداث محاكم للبت في المنازعات الناشئة عن تطبيق الضوابط التي تضعها الهيئات المختصة لجهة الحكم الذاتي للصحراء، وتُصدر هذه المحاكم الأحكام الكاملة الاستقلالية، وباسم الملك⁴، وهو ما يفهم منه أن هذا النظام القضائي المحلي في كليته يضل ضمن دائرة - وإن لم تصرح بها المبادرة - الجهاز القضائي للمملكة⁵، ومما يؤكد هذا المعطى هو الفقرتين 23 و24 من المبادرة المغربية.

ففي الفقرة 23 التي جاءت بالمحكمة العليا الجهوية كأعلى هيئة قضائية الجهة التي تتولى النظر انتهائيا في تأويل قوانين الجهة، نجدتها تدعو إلى عدم الإخلال باختصاصات المجلس الأعلى والمجلس الدستوري للمملكة، أما الفقرة 24 فقد أكدت أنه إلى جانب القوانين والمراسيم التنظيمية يجب على الأحكام القضائية الصادرة عن هيئة الحكم الذاتي للصحراء أن تكون مطابقة بالإضافة إلى نظام الحكم الذاتي للجهة، إلى دستور المملكة، وهذا الأمر مفهوم لأن غير ذلك سيتم فيه المس بوحدة القضاء المعمول به في المملكة، إن هذه الإشارة المستوحاة من الفقرة 24 إنما أتت لتسد الباب أمام أي تأويل للفقرة 22 التي قد يُفهم منها أن القضاء المحلي سيكون مستقلا عن القضاء الوطني.

إن منح الجهة محاكم محلية ذاتية يعد مخالفا لما جاءت به توصيات لاند "Lundi" التي فضلت استمرار الاعتماد على النظام القضائي السابق على منح الجهة الحكم الذاتي وذلك بالثقة فيه، ودعت إلى ضمان استقلالية

¹ - يعتبر احترام المبادئ الدستورية الكبرى من أهم أسباب نجاح الجبهة السياسية في الدول المتقدمة، ففي ألمانيا مثلا بالرغم من توفر جهات اللاندر على محاكمها الخاصة فإنها تخضع لمراقبة القضاء الفيدرالي.

² - عبد العالي حامي الدين: "السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية من خلال اتفاق الإطار، ملاحظات دستورية في الأمم المتحدة وقضية الصحراء المغربية"، مرجع سابق، ص: 137.

³ - الفقرة 12 من خطة السلام.

⁴ -El ouali (A): op. cit, p: 154.

⁵ - الفقرة 22 من المبادرة المغربية.

هذا النظام بدعمه بآليات الوقاية من النزاعات، التحكيم، الوساطة¹.

إلى جانب هذه الهيآت نصت المبادرة المغربية في فقرتها 26 إلى ضرورة أن تتوفر الجهة على مجلس اقتصادي واجتماعي يتشكل من ممثلي القطاعات الاقتصادية والاجتماعية والمهنية والجموعية، ومن شخصيات ذات كفاءات عالية.

تجدر الإشارة إلى أن المبادرة المغربية للحكم الذاتي تضمنت في آخر فقراتها مسار الموافقة عليها وكيفية تفعيلها، حيث سيطر الحكم الذاتي للجهة موضوع التفاوض على السكان المعنيين بموجب استفتاء حر ضمن استشارة ديمقراطية وهو ما يعد في حد ذاته ممارسة حرة من لدنهم لحق تقرير مصيرهم²، كما أدرجت الآليات لتفعيله بعد موافقة سكان الصحراء عليه: بحيث يتم تعديل الدستور المغربي بإدراج الحكم الذاتي فيه وذلك لضمان استقرار هذا النظام وإحلاله المكانة الخاصة اللائقة به داخل المنظومة القانونية للمملكة³، كما يتم إدراج الأشخاص العائدين إلى الوطن إدماجاً تاماً في حظيرته بالشكل الذي يحفظ كرامتهم وسلامتهم ويحمي ممتلكاتهم⁴، ولهذه الغاية ستصدر المملكة عفواً شاملاً يستبعد أي متابعة أو توقيف أو اعتقال أو حبس، أو أي شكل من أشكال التهريب⁵.

إن المبادرة المغربية لما تضمنته من عناصر استطاعت إقناع مجلس الأمن⁶ والعديد من دول العالم بجديتها وبكونها ذات مصداقية، كما تأكد لكل بأن المبادرة تعد الأداة الوحيدة القادرة على حل النزاع حول الصحراء، وجعل دول المنطقة تتجه صوب التنمية وتفعيل الاتحاد المغاربي الذي أضحى مطلباً محلياً لمجموع الشعوب المغاربية الخمسة، إن الحكم الذاتي الموسع لم يعد فقط وسيلة لإنهاء الصراع حول المناطق الجنوبية للمملكة وإنما تعدى ذلك ليصير مطلب العديد من المغاربة لتطبيقه على باقي تراب بلادنا.

ولما كان النظام القضائي في المغرب نظاماً موحداً ومركزياً ومحوره محكمة عليا واحدة، تقيم التنفيذ الموحد للقانون بواسطة الهيئات القضائية الأخرى، فإنه يصعب التوفيق بينه وبين وجود محكمة عليا تابعة للسلطة المحلية، لأن في ذلك ما يشبه لنظام اتحادي متقدم غير قابل للتطبيق في المغرب، كما أن استقلالية المحكمة العليا المحلية تبقى محل التشكيك على اعتبار أن أعضائها يعينون من طرف السلطتين التنفيذية

¹ -El Ouali (A), Ibid, même page.

² - الفقرة 27 من المبادرة المغربية.

³ - الفقرة 29 من المبادرة المغربية.

⁴ - الفقرة 30 من المبادرة المغربية.

⁵ - الفقرة 31 من المبادرة المغربية.

⁶ - فني قراره الأخير رقم 1813 دعا الأطراف إلى التحلي بالواقعية وروح التوافق، إذ عمل هذا القرار على الإشارة قدماً في طريق التسوية، وفي هذا تفوق المقترح المغربي على مقترحات الطرف الآخر وتعزيز مقارنته داعياً الكثير من الإشارات تلمح إلى إيجابية وقوة مقترح الحكم الذاتي الموسع الذي تقدمت به بلادنا، منها دعوة المجلس إلى أن تأخذ المفاوضات بعين الاعتبار الجهود المبذولة منذ عام 2006 والتطورات اللاحقة في الحسبان - أي المبادرة المغربية - من أجل التوصل إلى حل سياسي عادل ودائم ومقبول للطرفين بما يكفل - حسب القرار دائماً - لشعب الصحراء المغربية تقرير مصيره في سياق ترتيبات تتماشى مع مبادئ ميثاق الأمم المتحدة مقاصده.

والتشريعية في الإقليم، فكيف يمكن لمحكمة بهذه الخصائص أن تتعامل مع التجاوزات المحتملة للسلطة المحلية في ممارسة إختصاصاتها؟¹.

وأمام هذه الانتقادات الموجهة لكل من اتفاق الإطار وخطة السلام جاء المغرب بمبادرة جديدة للحكم الذاتي في الصحراء، حاول فيها أن يعبر عن وجهة نظره ويبين للعالم بأجمعه تشبته بالسيادة في منطقة الصحراء المغربية، هكذا خولت المبادرة المغربية للبرلمان الجهوي الحق في أن يحدث محاكم تتولى البث في النزاعات الناشئة عن تطبيق القوانين التي تضعها هيئات الحكم الذاتي بالصحراء، كما منحت للمحكمة العليا الجهوية سلطة التأويل النهائي لقوانين الجهة بشرط عدم المس باختصاصات المجلس الأعلى والمجلس الدستوري للمملكة. وفي مقابل هذه الحقوق وضمنانا للسيادة المغربية، نصت المبادرة المغربية على أن الأحكام القضائية التي تصدر عن المحاكم الجهوية يجب أن تكون مطابقة لقوانين نظام الحكم الذاتي وللقوانين الوطنية ولدستوري المملكة².

المبحث الثاني: تمديد الحكم الذاتي الموسع على باقي الجهات

إذا كان تمتيع جهة الصحراء بوضع خاص استثناء على التراب الوطني يجد مبرره في حل نزاع مفتعل عمّر أكثر من ثلاثة عقود، بالشكل الذي تقسم فيه المملكة إلى منطقتين كمرحلة أولى، منطقة الجنوب ذات نظام خاص تطبيق فيه، نظام الجهوية السياسية القائم على الحكم الذاتي، وأخرى ذات نظام عادي يقوم على اللامركزية الإدارية مع التنصيب على مبدأ وحدة الدولة وعدم قابليتها للتجزئة؛ فإن ربط الجهوية السياسية بجهة واحدة فقط (جهة الصحراء) قد يكون مغامرة غير محسوبة العواقب، إذ وإن تم حل النزاع بواسطتها فإنه قد ينتج عنها مشاكل أخرى قد تعصف بالوحدة الترابية للمملكة.

فمشروع الحكم الذاتي المطروح للتفاوض والذي قد يلقي قابلية لدى الطرف الآخر ويجعله يتخلى عن طرحه الانفصالي، لأحق بأن يُمكن منه كل المغاربة ويستفيدون منه، فلدى هذا المشروع كل العناصر والمقومات التي تجعل منه بذرة لإحياء دولة الحق والقانون التي تجعل المواطن يجدد ارتباطه بالوطن عبر إعطائه فرصة تسيير شؤونه بنفسه.

فإذا كان هناك من يتوجس³ من إقرار جهوية سياسية بداعي أن ذلك سيفسح الباب أمام ظهور حركات انفصالية ببلادنا، وبالتالي يدعو إلى تبني سيناريو الحفاظ على الجهوية الحالية مع إضافة بنود دستورية تعطي

¹ - في حقيقة الأمر إن مهمة الفصل في توزيع الاختصاصات يجب أن تعود للمحكمة العليا للبلد على اعتبار أنها الهيئة الضامنة لوحدة تفسير القانون وتطبيقه.

• محمد بويوش: "قضية الصحراء ومفهوم الاستقلال الذاتي"، مرجع سابق. ص: 146.

² - المواد 22، 23، و24 من المبادرة المغربية بشأن التفويض لتحويل الصحراء حكما ذاتيا.

³ - منهم سعيد ميسور والذي جاء في إحدى فقرات مقالة له بعنوان: "الصراع العرقي بالمغرب: بين هدوء الواقع وعاصفة الاحتمال". واليوم، وقد أثير النقاش الفكري والقانوني حول مشروعية السماح رسميا بإنشاء الأحزاب ذات العناوين الجهوية والشعارات المرتبطة بالخصوصيات اللغوية والثقافة، بما يفتح الباب لتشكيل قوى وهيئات أخرى على نفس النهج والشاكلة، تأخذ مكانها في الحراك السياسي المغربي، ويحمل بعضها أو جلها شعار الفيدرالية بشكل علني، دونما الإحساس بأدنى مسؤولية فيما قد تقود إليه مثل هذه الشعارات الذي قد توقظ بتراكماتها، والصعوبات التي قد تواجهها، فتنة التفتيت في بلد من المفروض يكون وطننا للجميع... إن ما نخشاه هو أن يتحول الفشل الذي لاقته المخططات الاستعمارية الرامية إلى تقسيم المغرب، إلى

للأقاليم الجنوبية حكما ذاتيا، فإنه بالمقابل هناك من يرد عليهم بأنه لا مبرر لهذا التوجس ما دامت الجهات تربطها بملك البلاد رابطة البيعة، كما أنه إذا كان شعب موحد- كالشعب الجرمني - اختار لنفسه نظاما فيدراليا فلا يعقل حرمان بلد "بمثابة سيفيساء بشرية، وجغرافية،¹ هو حقل هوياتي متعدد الأبعاد والاتجاهات، أو استثناء بعض مناطق من نظام هو أدنى درجة من الفيدرالية.

كما أن بلادنا التي استلهمت مقترحها حول الحكم الذاتي لإنهاء مشكل الصحراء من تجارب الدول القريبة منا جغرافيا وثقافيا لا يمكنها أن تتغافل ما سارت عليه هذه الدول التي لم تكتف بمنح نظم الاستقلال الذاتي إلى بعض جهاتها وإنما عممته على سائر تراجها وإن تم ذلك عبر مراحل، ولربما هذا ما بدأت تفكر فيه المؤسسة الملكية، فقد جاء في خطاب العرش الذي ألقاه جلالة الملك محمد السادس يوم 31 يوليوز 2007 «...وفي هذا الصدد، نوكد من جديد توجهنا الراسخ، إقامة جهوية متدرجة ومتطورة، جهوية متضامنة تشكل كل مناطق المملكة، على أساس تقسيم جديد وصلاحيات موسعة ضمن مسار مغربي - مغربي، بإرادتنا الوطنية الخاصة، مراعاة لخصوصيات كل جهة،...».

إن الدعوة لتعميم نظام الحكم الذاتي الموسع على كافة جهات المغرب يجد أسسه أيضا في كثير من مزاياه وإن كنا واعين أن تطبيق مثل هذا النظام في بلاد ما زال يتلمس طريقه نحو الديمقراطية ستواجهه الكثير من العوائق والمثبطات، (المطلب الأول)، كما أن النهج الذي سيتبع في تعميمه لن يخرج عن إحدى النموذجين الإسباني، أو الإيطالي المؤسس على اللامركزية المتقدمة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مزايا وعيوب تعميم الحكم الذاتي الموسع لباقي جهات المملكة

إذا كانت اللامركزية السياسية أسلوب من أساليب الحكم – كما سبقت الإشارة إلى ذلك – تتعلق بممارسة الوظائف الأساسية للدولة من تشريع وقضاء وإدارة، فإن ما يميز تطبيقها في المغرب هو ارتباطها المباشر بالمؤسسة الملكية حفاظا على وحدة الدولة حيث ذلك الارتباط يمثل وجاء يحمي من التفكك رغم ما يكون للجهوية من استقلالية، إن خصوصية التجربة المغربية تضل في الارتكاز على العرش رمز الوحدة واستمرارية الدولة، مما يضعف شك وتخوف البعض من الحكم الذاتي في إمكانية أن يتسبب في ظهور نزاعات انفصالية، هذا ما عبّر عنه الملك الراحل الحسن الثاني عندما أكد أنه: "... يمكن أن نسير في اللامركزية إلى أبعد الحدود ما دمنا متمسكين برابطة البيعة، فكلما تم احترام هذا الميثاق من طرف الأجيال المقبلة كان بإمكان السلطة المركزية ترشيد الجهات

نجاح يسهم فيه البعض ولو دون وعي، وعن نية صادقة في التعبير عن الذات وتحقيق الاستقلالية والتميز، ولعل الجميع – فيما يبدو – على وعي تام بكون المغرب هو بلد الجميع، يتقدم بقدوم الجميع، ويتخلف بتخلفهم أيضا، وليس لأحد المصلحة على الإطلاق في إذكاء نار التفرد والخلاف حول هوية محسومة بين المغاربة منذ قرون.

المغربية أكثر فأكثر..."¹. فهذا المنظور الملكي الاستباقي والمتطور للجهوية، إنها هو نابع من إدراكه لكثير مزايا الجهوية السياسية التي وصفها بالفضيلة من خطاب له بتاريخ 15-9-1992، هذا مع إدراكه في الوقت ذاته ما في الأمر من صعوبات وعراقيل بل ومخاطر حيث وجب التريث والتدرج والتريء لها جيدا قبل أي تطبيق لهذه الفضيلة، وهو ما دفع بجلالته رحمه الله في نفس الخطاب أن دعا لأن تكون بداية التطبيق على الأقاليم الصحراوية.

الفرع الأول: مزايا تعميم الحكم الذاتي

هي كثيرة ترتبط في أغلبها بالغايات التي ستتحقق إذا ما نحن عممنا مثل هذا النظام على كامل تراب المغرب، هذه المزايا:

. احترام الحقوق الأساسية التي تكمن في التعددية الثقافية والاستقلال الذاتي، وترسيخ الديمقراطية الحقة بتوسيع دائرة المشاركة والممارسة السياسية وتقريب السياسة إلى الجمهور، كل هذا يدرّب الفرد داخل الجهة على تحمل المسؤولية وينمي المهارات القيادية والحنكة السياسية الشيء الذي يمهد الأرضية لبروز نخب جديدة² وتيارات سياسية مختلفة متضاربة أو متناقضة.

فتعددية الجهات السياسية التي تتحقق من التعميم لا بد أن تقوم على أساس رباط المواطنة، الذي يعتبر القاسم المشترك بين مختلف الجهات، حيث لا يسمح لهذه التعددية بأن تؤدي إلى انعزال كل جهة باسم خصوصيتها المتميزة فتلغي كل إمكانية للتآزر والانسجام في ظل الوحدة الوطنية³.

. تعزيز فصل السلط والاختصاصات إن عموديا أو أفقيا، على اعتبار أن الجهوية السياسية ما هي إلا إعادة للتوزيع الترابي للسلطة في أقصى تجلياتها على مستوى وسطي بين الدولة والوحدات المحلية⁴.

. فعلى الصعيد الاقتصادي خصوصا والتنموي عموما سيتم بفضل الحكم الذاتي إعادة توزيع الثروة بشكل عادل بين كافة الجهات وتحقيق العدالة الاجتماعية، وذلك بتمكين سكان المناطق بصفتهم المعنيين الأوائل ببرمجة وتنفيذ المشروعات الخاصة بنطاقهم والاستفادة من خبرات جهاتهم، ويتم هذا في ظل تنافسية حقيقية بين كل المناطق يكون المستفيد الأول هو الدولة المغربية، ولن تتحقق هذه الغاية إذا ما لجأت كل جهة في "تنمية ذاتها بالاستناد فقط على مقوماتها وشروطها الخاصة إلى درجة تشكل به دولة داخل دولة أو تدخل في صراع تناحري مع جهات أخرى، وإنما يجب على جهات الحكم الذاتي أن تنخرط في إقامتها لمشاريعها التنموية ضمن صيرورة تنمية شمولية مرتكزة على الاعتماد المتبادل بين الجهات المكونة للمجتمع وعلى التكامل بين الخاص والعام وبين الجهوي والوطني"⁵.

¹ - المرجع السابق: ص: 126.

² - عبد الجبار عراش: "الأفاق المستقبلية للمسلسل الجهوي بالمغرب"، المرجع السابق، ص: 55.

³ - صالح المستف: "التطور الإداري في أفق الجهوية بالمغرب"، المرجع السابق، ص: 318-319.

⁴ - شرافي سيدي محمد، "الجهوية المتقدمة في الدولة الموحدة، نموذج المغرب" نفس المرجع السابق، ص 269.

⁵ - عبد اللطيف بكور: المرجع السابق، ص: 125.

بتعميم الحكم الذاتي على باقي جهات المملكة ستستعيد الدولة المركزية توازنها التي كانت بافتقاده ستؤثر سلبيا على الجهات المحورية منه، ولنا في التجربة الإسبانية خير مثال التي نودي فيها في بادئ الأمر بتمتع كطالونيا وبلاز الباسك وكاليسيا بالاستقلال الذاتي دون باقي المناطق، وإن جاء دستور 1978 بالنقيض من ذلك النداء عندما سمح لجميع المجموعات المستقلة بأن تلج نظم الحكم الذاتي الموسع إلا أنه قسم المناطق إلى مجموعتين إحداها باختصاصات أوسع من الأخرى¹، والنتيجة كانت دولة مختلة التوازن وتقليص للحكم الذاتي الموسع لجميع المجموعات المستقلة²، وقد خلفت هذه الوضعية كثيرا من الانتقاد كادت أن تعصف بالتجربة برمتها لولا التفاهم الذي جرى بين أهم المكونات السياسية للجمهورية الإسبانية سنة 1992 والذي تساوت بفضلها في الاختصاصات المجموعات المستقلة السبعة عشر.

يسمح للدولة - في إطار الوظيفة التعاونية La Subsidiarité - من خلالها كتنظيمية عليا أن تتدخل أو تجر لنفسها تلك المهام التي لا تستطيع التنظيمية الدنيا (الجهة) القيام بها بشكل مرضي رغم توفرها على موارد بشرية ومالية كافية³.

هو أفضل آلية تمكّن من التعايش بين وحدويين وانفصاليين ملكيين وجمهوريين، ولما في نموذجي إسبانيا وإيطاليا خير مثال، فبالحكم الذاتي الموسع وحده أمكن الجمع بشكل قل نظيره في حكومة جهة كتالونيا بعد انتخابات المجموعات المستقلة لسنة 2004، ائتلاف ثلاثي ضم حزب جمهوري هو حزب اليسار الجمهوري ERC إلى جانب الحزب الاشتراكي العمالي واليسار الموحد (فرع كتالونيا)، كما أنه بفضل نظام الحكم الذاتي تم استيعاب القوميين الباسكيين الممثلين في الحزب الوطني الباسكي - هذا الأخير هو من يحكم منطقة الباسك منذ عقدين من الزمان- ضمن المملكة الإسبانية بالشكل الذي يؤكد أن الحكم الذاتي إنما هو "أساسا صيغة تفاهم مع إثنية معينة لا تقبل بمؤسسات مركزية وتبحث عن قواسم مشتركة وإن كانت ضعيفة للتعايش في فضاء جغرافي يجمعهما⁴، فإذا ما تم قبول المقترح المغربي سنرى على أرض الواقع تعايشا بين سكان الصحراء الملكيون والجمهوريون، الوحدويين والانفصاليون هؤلاء ستعطي لهم المبادرة المغربية العمل ضمن مؤسسات مغربية، كذلك إذا ما تم تعميم التجربة على جهات المغرب سنرى كيف سيتم استيعاب مثلا أنصار الحركة الأمازيغية الداعين إلى تعميم نموذج الحكم الذاتي المطروح تطبيقه بجهة الصحراء كحل وحيد لحفاظ باقي مناطق المغرب على خصوصياتها وتنوعها الثقافي والإثني، والجناح العروبي المناصر لتقوية سلطة الدولة المركزية والرافض الذهاب أبعد من تبؤ الجهة أكثر من اللامركزية الإدارية اتقاء لأي بلقنة مستقبلية للمملكة على غرار ما حدث في إيطاليا حيث تم التوفيق بين اتجاهين أحدهما الداعي إلى استقلال ذاتي واسع والآخر المطالب باستقلال ذاتي ضيق، وهو ما ترجمته المادة الخامسة من دستور 1948 بتأكيدها مبدأ وحدة الجمهورية وعدم تجزئتها من جهة وتشجيعها الاستقلال الذاتي واللامركزية من جهة ثانية.

¹ - انظر الفصل الأول من هذا الباب ص: 372.

² - انظر الفصل الأول من هذا الباب، ص: 372.

³ - عبد الجبار عراش: المرجع السابق، نفس الصفحة.

⁴ - حسن مجدوبي: "ملف الصحراء في استراتيجيات الدول الكبرى"، مجلة نظر، عدد 28، ربيع 2006، ص: 21.

الفرع الثاني: عيوب تعميم الحكم الذاتي .

مقابل هذه المزايا نجد أن للحكم الذاتي الموسع عيوباً قد يخلفها تعميمه على باقي تراب بلادنا، فأول ما يعاب عليه هو ما قد يمس وحدة الدولة من تهديد جراء بروز جهات قوية بالشكل الذي يضعف الدولة وهو ما يفسر التحجيم الذي عرفته الكثير من الجهات في أوروبا وإن أرجع البعض ذلك إلى الخصوصيات التاريخية.

والأكيد أن حجم الجهات ليس وحده هو الذي يشكل تهديداً لوحدة الدولة، أيضاً إذا ما اقترن حجمها مع خصائص أخرى كما هو حال اليوم في بلجيكا المهددة في وحدتها بسبب اجتماع الفروقات اللغوية بالاختلالات الاقتصادية التي يتواجه بسببها الوالونيون والفلامنيون¹؛ لدى تعمل الدول عند تشكيل الجهات ومؤسساتها بإرفاقها بكثير من الضمانات القانونية ضماناً لوحدة الدولة، ففي إسبانيا إلى جانب المادة الثانية من دستور 1978 التي تعلن الوحدة غير القابلة للتجزئ للأمة الإسبانية، هناك المادة 145 التي تمنع الاتحاد بين المجموعات المستقلة؛ وأن كل اتفاقات التعاون بينها يتم إخضاعها وجوباً لترخيص الكورتيس أو مواد 153 إلى 155 التي جاءت بأليات الرقابة اتجاه المجموعات المستقلة كي يتم ضمان إنجاز هذه الأخيرة لواجباتها اتجاه المملكة الإسبانية.

فمن مخلفات تعميم الحكم² الذاتي على باقي جهات المملكة حرمان الدولة المغربية من المزيد من وسائل تدخلها لتنفيذ سياساتها، فإذا كانت سلطات الرباط في إطار قانون 47.96 و 111.14 تعتمد بموجب الجمع بين أليتي اللامركزية وعدم التركيز على إدارتها الترابية وكذلك على ما منحها القانون السالف الذكر من وصاية ثم رقابة على أعمال المجالس الجهوية، فإن الأمر لن يبقى كذلك عند تطبيق الحكم الذاتي الموسع والذي سينتج عنه إحداث برلمانات جهوية منبثقة من انتخابات محلية ومباشرة مما سيعرض "سيادة الدولة الداخلية" إلى الخطر³، لاسيما إذا ما نتج عن تطبيق نظام الحكم الذاتي ما هو قائم بالتجربة الإسبانية من ريادة رئيس الحكومة الجهوية للمشهد السياسي والإداري على تراب جهته⁴.

كذلك قد ينتج عن تمديد الحكم الذاتي على سائر الجهات ببلادنا تخوف الجماعات المحلية التحتية (جماعات حضرية، قروية) من أن يتم المس بصلاحياتها والانتقاص من استقلاليتها، هذا الأمر تنبّه له المشرع

¹ - Ministerio de Administraciones publicas: "La regionalizacion y sus consecuencias sobre la autonomia lical", op. cit. p: 56.

- Ibid, p: 57²

³ - هذا التهديد أشار إليه التقرير حول السويد الذي أعده م.أسطول M.Osthol، في إطار التقارير الوطنية حول الجهوية وتأثيراتها على الحكم الذاتي المحلي، هذه التقارير التي اعتمدها اللجنة العليا من أجل الديمقراطية المحلية والجهوية التابعة للمجلس الأوروبي لصياغة أهم القواسم المشتركة للبنىات الترابية المحلية بالقارة الأوروبية، للإطلاع على هذه التقارير، أنظر المرجع السابق:

"La regionalizacion y sus consecuencias sobre la autonomia lical"

⁴ - وخير دليل على ذلك الاحداث التي عرفتها جهة كتالانبا سنة 2017 عند اعلان البرلمان الجهوي لإستقلال الجهة نتيجة إستفتاء جهوي تم دعمه من طرف الحكومة الجهوية مما أصفر عن طلب الحكومة المركزية بمدريد من مجلس الشيوخ تفعيل الفصل 155 من الدستور الإسباني (وتنص على أنه يجوز للحكومة المركزية "اتخاذ الإجراءات اللازمة لحمل (المنطقة المعنية) على احترام الالتزامات التي يفرضها الدستور أو غيرها من القوانين"، ولكن الدستور لا يفصل ماهية "الإجراءات اللازمة". وتتخذ تلك "الإجراءات اللازمة" في حال "لم يمثل مجتمع حكم ذاتي بالواجبات التي يلزمها به الدستور أو تلزمه إياها قوانين أخرى، أو في حالة قام بتصرف يضر بشكل خطير المصلحة العامة لإسبانيا".

الدستوري الإسباني عندما فرض على أي مجموعة مستقلة أرادت لنفسها الحكم الذاتي الموسع أن تحصل على موافقة (بموجب الفصل 143) الدوائر الإقليمية Diputaciones provinciales وثلاث البلديات الممثلة على الأقل لنصف ساكنة كل إقليم أو جزيرة، هذا التخوف والقلق على المس بالاستقلال الذاتي للوحدات الترابية التحتية (القاعدية) سيبليغ مده الأقصى في حالة إيطاليا الذي يجد مبرره في رسوخ وقدم تلك الوحدات على الجهات التي مازالت تبحث عن موضع قدم لها بين الوحدات المشكلة للجمهورية الإيطالية، لدى كان الدستور الإيطالي لسنة 1947 واضحا في مادته 114 الفقرة الثانية، عندما أكد على أن كلا من البلديات والأقاليم الحواضر الكبرى Urbes metropolitanas والجهات وحدات مستقلة بذاتها لها نظامها الأساسي، اختصاصاتها Facultades ومهامها وفقا للمبادئ المقررة في الدستور. إن مثل هذا التخوف كان سببا كافيا في إعاقة مسار الجهوية في البرتغال حيث بلدياتها - التي يعود تأسيسها إلى القرون الوسطى. تتوجس من إحداث الجهات التي سيفقد دورها في إدارة البلاد، فبدون ضمانات دستورية للاستقلال الذاتي للبلديات سيظل تطبيق الجهوية يعرف التعثر والعرقلة¹.

إن هذه العيوب مهما بلغت حدتها تظل مقارنة بما رأيناه من مزايا وفضائل تمديد الحكم الذاتي ضعيفة التأثير، فالنظام اللامركزي عموما والحكم الذاتي خصوصا يكتسي قيمة ديمقراطية لا محيد عنها فيه تتجسد سياسة القرب والتشاركية عندما يتمكن السكان حقيقة تسيير مرافق ومؤسسات الجهات التي ينتمون إليها.

إن الدعوة إلى تمديد الحكم الذاتي على باقي جهات المغرب يستتبع التساؤل عن أي السيناريوهات، سيتم إتباعها في ذلك؟

المطلب الثاني: أوجه تمديد الحكم الذاتي .

لما كان مشروع الحكم الذاتي لفائدة جهة الصحراء قد تم إعداده وفق أهم ما جاءت به تجارب الدول القريبة من المغرب جغرافيا وثقافيا، فإنه يكون من المنطقي في حالة تمديده على باقي جهات المملكة إتباع السبيل الذي انتهجته نفس تلك الدول، بما يعني السير على منوال إحدى الطريقتين الإسبانية أو الإيطالية.

فالطريقتان تختلفان في تطبيقهما لمقتضيات الحكم الذاتي الموسع، حيث تتميز كل منهما عن الأخرى كما وكيفا؛ فإذا كان الدستور الإسباني أقر لكل القوميات والجهات المشكلة لإسبانيا حق الحكم الذاتي حيث أغلب القوانين التي تنظم هذا الحق ترده إلى المستقبل (الفرع الأول)، فإن الدستور الإيطالي جاء أكثر تحديدا وتدقيقا وإن احترم مبدأ التدرج فيما عرف باللامركزية المتقدمة (الفرع الثاني). إن إدراج الطريقتين لا يعني أن بلادنا ملزمة بإتباع أي منهما، فقد يحدث أن تأخذ منهما على حدى أو عن كليهما فقط ما تراه يناسب ويوافق مسيرته وصيرورته التاريخية ويعبر عن تميزه واختلافاته الجغرافية ويلي تطلعات سكانه.

الفرع الأول: تمديد نظام الحكم الذاتي على الطريقة الإسبانية

¹ - Ministerio de Administraciones publicas, Ibid, p: 58.

فكما سبقت الإشارة إلى ذلك أن الدستور الإسباني إنما أتى نتاج توافق عسير لما كان يُعتمَل داخل الساحة الإسبانية من صراعات ونزاعات ترابية وحزبية خلفت تضاربا وتعارضا في التوجهات لا سيما فيما يخص التنظيم الترابي؛ بحيث لم يكن ممكنا بلوغ التوافق إلا بفضل حلول جد واقعية وعملية بعد رفض العديد من الاقتراحات "نماذج" وترك أبرز القرارات للمستقبل¹ فأول ما تم القيام به هو إدخال أكبر قدر من المرونة على نظام الحكم الذاتي الموسع حيث تم الاتفاق على وضع حلول فورية للمشاكل التي تعرفها بعض المناطق (كتالونيا، بلاد الباسك وكاليسيا) وترك الباقي - للغموض دون تحديد - لما ستسفر عنه قرارات الدوائر الإقليمية والبلديات.

إن الاتفاق حول نظام الحكم الذاتي المتضمن بالجزء الثامن من الدستور، لم يكن من الممكن إدراكه بإتباع بعض النماذج في القانون المقارن وإنما بالتركيز فقط بحل بعض القواعد العامة وربط تحقيقه بقوانين مستقبلية أساسا بالأنظمة الأساسية للمجموعات المستقلة وبعض القوانين العامة للدولة كالقانون التنظيمي المتعلق بتمويل المجموعات المستقلة²، فهذا الجزء تضمن بالفعل بعض المبادئ العامة (كحرية التجول)، وبعض الحدود (كالاختصاصات الابتدائية الأولية للمجموعات المستقلة في حدودها الدنيا والقصوى) وكثيرا من الإجراءات والمساطر (من أجل بلوغ الحكم الذاتي، ومن المصادقة على الأنظمة الأساسية، إلخ...).

فالدستور المغربي عند مراجعته عكس التطورات التي يشهدها داخليا وأتى بحلول تجيب عن كثير من انتظارات الشعب المغربي لاسيما فيما يخص تنظيمه الترابي، فمن بين ما يجب أن يضمه القانون الأسى بين مواد الأولى الإقرار بتعدد مكونات الشعب المغربي مع التأكيد على وحدة الأمة المغربية غير قابلة للتجزئ واختلاف جهاته مع ضمان حقها في الحكم الذاتي لكن أن يتم ذلك بالتضامن فيما بينها³، بعده يتم تخصيص باب للتنظيم الترابي للمملكة وفيه يجب أن يسلك تقنية النص المفتوح حيث يكون تفسيره وتطبيقه مرتبطا بمجموعة من القوانين والقرارات السياسية المستقبلية على الخصوص بالأنظمة الأساسية للجهات؛ فقد يتم منح الحكم الذاتي الموسع كمرحلة أولى إلى جهة الصحراء ثم يليه في مرحلة مواءمة التمديد لكل جهات المغرب استجابة وتحقيقا لمطالب إحدى مكونات الأمة المغربية (الأمازيغ) التي ما فتئت تطالب بمثل هذا النظام حفاظا على خصوصياتها ولغتها، دون أن يعني هذا أننا ندعو إلى إرساء جبهة عرقية أو إثنية ما دام أن الحكم الذاتي سيعم جميع مناطق المغرب ذات الأصول العربية أو البربرية، وفي هذا الخصوص لا نساير ما جاء في التصميم الوطني كون المناطق التي

¹ - فمن بين النماذج التي تم تداولها في الكواليس آنذاك هو نموذج الحكم الذاتي الموسع على الشكل الفيدرالي، مما كان سيؤجج انتقادات الفريق المعبر والمناصر لبقاء إسبانيا كدولة مركزية، خصوصا وأن هذا الفريق ذو الميول الفرانكوية مازال نافذا في أغلب مؤسسات الدولة - باستثناء البرلمان - هذه المعارضة ستجعل الحزب الحاكم آنذاك UCD اتحاد الوسط الديمقراطي، يغير موقفه بالتراجع إلى الوراء ورفض مشاريع اليساريين والقوميين الساعين إلى الفيدرالية.

² - Aja (E) : op.cit, p: 67.

³ - على شاكلة الفصل 2 من الدستور الإسباني مع فارق أنه لا يوجد بالمغرب قوميات Nacionalidades فوضع هذا المصطلح إلى جانب مصطلح الجهات يوضح التمييز والاختلاف الذي طبع مختلف مناطق إسبانيا، وهو التمييز الذي نتج عنه جهات من الدرجة الأولى (كاتالونيا بلاد الباسك وكاليسيا) والجهات الباقية هي من الدرجة الثانية، فرغم مرور على الدستور الإسباني ثلاثة عقود مازال مصطلح Nacionalidades يثير كثير من التقاد، فأغلب الجهات اعتمدت عليه عند تعديلها لأنظمتها الأساسية كطالونيا مثلا أو أندلوسيا التي نص نظامها الأساسي في مادته الأولى الفقرة الأولى بكونها أمة Nacion، وهو ما أثار حفيظة الحزب الشعبي الذي عمل على الطعن في تلك المواد إلى جانب مواد أخرى أمام المحكمة الدستورية معللا طلبه بكون الفصل 2 من الدستور الإسباني تنص على وحدة الأمة الإسبانية غير القابلة للتعزئ

يتكلم غالبية سكانها البربرية لا تشكل جهات بربرية كما لا نتفق مع من اعتبر أن هذه الجهات لا تندرج في إشكالية الاستقلال أو الحكم الذاتي، فقط في نظره ترتبط بكل بساطة بمسلسل اللامركزية واللامركزية¹؛ إن تحديث ممارسات الحكم ومساهمة المواطنين في تسيير شؤونهم المحلية والجهوية بشكل فعلي لا يمكن الوصول إليه إلا بتقنية نظام الحكم الذاتي الموسع، فهذا الأخير لم يعد فقط اختيار سياسي وإنما هو نتيجة منطقية لمسار بلادنا التاريخي.

الفرع الثاني: تمديد نظام الحكم الذاتي على الطريقة الإيطالية

إذا كان التنظيم الترابي في إسبانيا عرف طريقه إلى الصيغة المتوافق عليها بفضل تقنية النص المفتوح الذي صيغ به دستور 1978، فإنه في إيطاليا تم نهج اللامركزية المتقدمة وفق مسلسل متدرج يسير الواقع الجغرافي والتحويلات التي تعيشها إيطاليا، فمن سنة 1947 حتى اليوم عرف عدد الوحدات الجهوية المستقلة ذات الأنظمة الأساسية تزايداً من 5 إلى 20، بل سمح الدستور الإيطالي في مادته 132 بإمكانية اندماج الجهات أو إحداث جهات جديدة باسكنة تقل عن مليون نسمة إذا ما كان ذلك مطلب البلديات الممثلة على الأقل لثلث السكان المعنيين ويتوجب تأكيد ذلك بأغلبية أولئك في استفتاء، أضف إلى هذا أن الفقرة الثانية من نفس المادة خولت بموجب قانون جمهوري لأقاليم معينة وبلديات الانفصال عن جهات والالتحاق بأخرى.

لكن يبقى وصف اللامركزية الإيطالية بالمتقدمة بما لهذا النموذج من قدرة تعايش نسقين في نظام واحد، نظام الجهوية السياسية بخمس الجهات ذات الأنظمة الأساسية الخاصة مع باقي الجهات ذات الأنظمة الأساسية العادية التي يطبق فيها حقيقة نسق اللامركزية الإدارية².

فإذا كانت الجهات الخمس دخلت أنظمتها الأساسية³ حيز النفاذ مباشرة بعد العمل بدستور 1947، فإن الجهات الأخرى بأنظمة عادية لم تصبح حقيقية واقعا إلا سنة 1970 مع أول انتخاب للمجالس الجهوية.

فاللامركزية الإيطالية لن تقف عند هذا الحد، بل ستستجيب لمتطلبات المرحلة مرة أخرى حيث سيعمل المشرع على توسيعها سنة 1997 بموجب القانون رقم 59 لـ 15 مارس 1997 الذي عمل على تمكين الجهات والأقاليم والجماعات وتحويل المهام إليها.

إذن على المشرع الدستوري المغربي وهو يسير وفق نهج النموذج الإيطالي أن يماثل في ذلك بين الجهوية والترابية المبنية على التفاوت في منح السلطات حسب خصوصية كل منطقة، بحيث يكون تدخل الدولة بدرجات متفاوتة⁴، كما هو حاصل في إيطاليا بين الجهات الخمسة ذات النظام الخاص والجهات المتبقية ذات النظام العادي، وعليه يجب أن تتكلف الهيئات المشرعة في البلاد في وضع ميثاق جهوي يقسم المملكة إلى منطقتين، منطقة

¹ - التصميم الوطني لإعداد التراب"، المرجع السابق، ص: 54.

² - - شرافي سيدي محمد، "الجهوية المتقدمة في الدولة الموحدة، نموذج المغرب" نفس المرجع السابق، ص 276.

³ - بل هناك من بين هذه الجهات من صادق على نظامها الأساسي حتى قبل تبني دستور 1947 كجهة صقلية.

⁴ - عبد اللطيف بكور، المرجع السابق، ص: 123.

الجنوب ذات نظام خاص فيها الجهوية السياسية القائمة على الحكم الذاتي، حيث تتنازل الدولة لهذه الجهة (الصحراء) عن بعض سلطاتها واختصاصاتها لتجعل منها منطقة يمارس سكانها عن طريق هيآت تنفيذية وتشريعية وقضائية السلطة الكلية على إدارة الحكم المحلي¹، على أن تحتفظ الدولة المركزية المغربية بالسلطة الكلية على كل ما يتعلق بمظاهر السيادة. أما المناطق الأخرى فيتم إبقاء سريان اللامركزية الإدارية عليها، لكن وفق قانون جديد يتجاوز تصور قانون 47.96² و111.14، لاسيما فيما يخص تحديد وتوزيع الاختصاصات بين الدولة والجماعات تفاديا لكل تضارب في الأدوار والتدخل الذي لا يخدم التنمية... فالمشرع لم يعد مقبولا منه إصدار قانون يتضمن عبارات غامضة وغير دقيقة، بل يجب أن تكون محددة بوضوح «حتى يتم تفادي تداخل وتشابك الصلاحيات وكذا تسلسلية الشؤون السياسية وطريقة إدارتها»³، أسوة بالدستور الإيطالي في مادتيه 117 و118 والذي حدد بوضوح في المادة 117 الاختصاصات الحصرية للدولة وكذا الاختصاصات المتنافسة عليها بينها وبين الجهات مضيضة فيما يخص هذا النوع من الاختصاصات بشكل لا يدع مجالا للتأويل، أن للجهات حق التشريع كل الميادين المتنافسة عليها باستثناء ما يتعلق بتحديد المبادئ الأساسية المنظمة لتلك الميادين فإن حق التشريع فيها يكون فقط للدولة.

كما أن المادة 117 نصت بصريح العبارة في أحد فقراتها أن كل مادة غير مدرجة كاختصاص حصري للدولة فهو يصبح من صلاحيات الجهة يحق لها التشريع التنظيمية بين الدولة وجماعاتها الترابية التحتية حيث جعلت سلطتها التنظيمية في كل الميادين فيالي هذه الأخيرة ينعقد تنظيمها، كما تكون السلطة التنظيمية من نصيب البلديات والأقاليم والحواضر الكبرى لتنظيم ومباشرة الصلاحيات المخولة لها بنفس التوضيح والتدقيق أتت المادة 118 التي خصصت للبلديات المهام الإدارية التي تباشرها بشكل انفرادي، كما تعهد بها، إلى الأقاليم والحواضر الكبرى والجهات والدولة وفقا لمبادئ التفرع subsidiariedad والتفاضلية diferenciacion والتكيف adecuacion، أو ما جاء في الفقرة ما قبل الأخيرة من هذه المادة والتي تنص على أنه يتم تحديد بواسطة قانون طرق التنسيق بين الدولة والجهات في مواد الهجرة والنظام العام والأمن مع استثناء للشرطة الإدارية المحلية، كذلك تحدد أشكال الاتفاق والتعاون فيما يخص الخدمات الثقافية.

فيجب على المشرع الدستوري المغربي وكذا المشرع العادي أن يقتنيا أثر النموذج الإيطالي لتلافي الازدواجية وتضارب الجهود وتشتيت الوسائل بين الدولة وكافة الوحدات الترابية التحتية، ومن أجل بلوغ هدف تخويل مؤسسات جهوية سلطات تقريرية وجعلها وحدة ترابية لامركزية تتمتع بالاستقلالية وتتوفر على هياكل مؤسسية وأجهزة إدارية واختصاصات يتم توزيعها توزيعا جيدا بين المركز والجهات من جهة وبين الجماعات والإقليم والجهة من جهة أخرى.

¹ - المرجع السابق، ص 126.

² - حدود هذا القانون تناولناه في الباب الثاني من القسم الأول عند الحديث عن وقع المنظور التقليدي على السياسة الجهوية.

³ - عبد اللطيف بكور، المرجع السابق، ص: 127.

إن تطبيق المقرب السياسي للجهوية ببلادنا سواء أكان على الطريقة الإسبانية أو الإيطالية لمن شأنه ليس فقط أن يحل نزاع قضية الصحراء وإنما سيعمل على تحجيم التفاوتات الصارخة بين تراب جهات المملكة، كذلك سيعطي السكان المحليين فرصة حكم مجالهم بأنفسهم وهو ما سيفتح الباب أمام تنافسية حقيقية بين جهات المغرب بل سيوقدها ويشعلها، حيث يكون التراب الوطني بكامله هو المستفيد على جميع الأصعدة أولاً وأخيراً، بالشكل الذي سيكون معه خيار الجهوية السياسية، صيغة ملائمة وحلا مناسباً يصون الحقوق الثابتة للمغرب ويحفظ خصوصية المنطقة ويفتح آفاقاً رحبة للبناء الاقتصادي والتقدم الاجتماعي والتساكن المبني على التضامن الوطني"¹.

وبالترتيب على كل ما سبق ذكره، سيتضح بأن تبني المغرب لمقاربة جديدة للتهيئة المجالية وإعطائها الدور الحقيقي للتأثير إيجابياً في السياسة العمومية وفق منظور المفهوم الجديد للسلطة يكون قد استوعب الدرس جيداً وتعلم من أخطاء التي ارتكبتها السياسة الترابية القديمة التي لم تكن تتوفر على إطار قانوني، فبالإضافة إلى ما جاء به المنظور الجديد لإعداد التراب من فلسفة جديدة بمبادئ (التشاركية، المواطنة والفعالية) واختيارات (ضمان وحدة المجال، إعادة بناء العلاقة الترابية وخلق دينامية محلية للنمو) فإنها أرفقتها بآليات لتفعيلها على أرض الواقع فكان أن تمت صياغة ميثاق لإعداد التراب وإحداث المجلس الأعلى لإعداد التراب وإنجاز التصميم الوطني لإعداد التراب.

إن الهدف من هذا التغيير كان هو تجاوز النظرة الأحادية التي كانت تطبع التعامل مع قضايا إعداد التراب وتعويضها بنظرة شمولية أساسها التشاور والتواصل وكذا التعاون والتنسيق بين كل الفاعلين، مع التأكيد على أولوية البعد الجهوي والمحلي في هذه المقاربة وذلك في إطار تسيير تشاركي لا مركزي ينزل قضايا إعداد التراب على أرض الواقع بتمكين المسؤولين على التنمية المحلية والجهوية من أدوات تقنية تحمي الخصوصيات وتشجع الابتكار، كل هذا لا يمكن أن يتحقق إلا إذا تعاملنا مع المجال كما هو وليس كما نريد أن يكون لأجل توفير مجالات للتنمية تكون قادرة على إنجاز المهام المنوطة بها، ولبلوغ هذه الغاية لا بد من ضمان الانسجام والتكامل الجغرافي، التاريخي، الإثني، اللغوي والثقافي... آنذاك فقط يمكن الذهاب في تطبيق على تلك إطارات الترابية أقصى مراحل اللامركزية المجسدة في الحكم الذاتي، هذا الأخير سيفتح أمام المغرب فرصة تأكيد وحدة أراضيه الترابية من خلال الحل النهائي لنزاع الصحراء، والمرور بعد ذلك إلى تفعيل أوراش التنمية بباقي تراب المملكة وتكريس دولة العدالة والمساواة وتكافؤ الفرص.

¹ المرجع السابق، ص: 120.

التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات

Electronic arbitration as a means of resolving disputes

الدكتور ياسر احمد العجلوني

yajloni@yahoo.com

الملخص:

توجت الضرورة الفكرية والعملية الى إيجاد وتسخير واختراع تقنيات توازي وتساوي وتحاكي النهضة الالكترونية الرقمية لمواكبة عولمة الاقتصاد الحر, بعد أن خلفت التجارات الرقمية البينية العديد من الإشكاليات التي بدورها تختلف عن الإشكالات التقليدية لعدة اعتبارات , فكان لابد من توفير وسيلة لفض النزاع وبادوات مقاربة للشكل التجاري الحديث تناسب رغبة وطموح سلسلة الممارسات التجارية ولاسيما العالمية .

وكون طرق ووسائل فض المنازعات الناتجة عن التجارة الالكترونية لا ترضى بطرق المعالجة التقليدية بالتقاضي أيضا التحكيم لا يلي الرغبة والجموح التجاري الذي لا يتوقف فكان لابد من إيجاد هذه الوسيلة وهي التحكيم الإلكتروني الذي يعتبر امتداد طبيعي وحقيقي للتحكيم التقليدي ويهدف الى خدمة التجارة العالمية وتحديدا الالكترونية لما يتميز به من خروج عن وسائل فض النزاع التقليدية , من السرعة , والسرية , وتقليل النفقات والبعد عن التدخلات المحلية للقوانين وتوظيف الوسائل الرقمية الناتجة عن الثورة المعلوماتية والاتصالات .

ومع القصور التشريعي المتنازع في هذا الباب الا اننا امام مداخل ضيقة في التشريعات توظف في هذا المجال مع عدم الكفاية الا اننا بحاجة الى زخم تشريعي حقيقي يواكب هذه السرعة ويلاحق التطور الرقمي والتكنولوجي .

المقدمة:

لاشك ان التجارة الرقمية أضحت نمطاً تجارياً هاماً في الاقتصادات العالمية وأصبحت المسيطرة على النمط التجاري التقليدي لأهمية هذا النوع والاسلوب المستخدم ولما يميزه هذا الاسلوب من السرعة وتقليل النفقات والمحافظة على الاسرار التجارية والصناعية .

تشير التقارير الرسمية لمنظمة التجارة العالمية الى ان التطور السريع للتكنولوجيا الرقمية في الآونة الأخيرة لديه القدرة على تحويل التجارة الدولية بعمق في السنوات القادمة , وكما تشير هذه التقارير واخرها تقرير لعام 2018 بأنه يدرس كيفية تأثير التقنيات الرقمية وخصوصا الانترنت والذكاء الصناعي على ما يتم تداوله عالمياً وكيفية تكوين هذه التجارة لاسيما على البلدان النامية⁽¹⁾. ومع أن لهذا النوع من المساوىء ما يثير الرعب ايضا لدى المتعاملين الا أنها اصبحت تشكل جزءاً كبيراً من التجارة العالمية , حيث وصل حجم السوق العالمية للتجارة

¹ تم الرجوع الى تقرير منظمة التجارة العالمية على هذا العنوان الرسمي بيوم 2018/1/3 الساعة 22.00 .

https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr18_e.htm

الألكترونية إلى 28 تريليون دولار امريكي وفق تقديرات منظمة التجارة العالمية وهو بزيادة واضحة عن الأعوام السابقة بنسبة 2% سنويا .

وبالتالي فأن الخصومات التي تنشأ عن هذه الاستخدامات في التجارة الألكترونية تزداد بشكل واضح وكبير وتكون بشكل مختلف عن النزعات التقليدية وهذا النوع يحتاج الى طريق مختلف في الحسم عن الطريق التقليدي , لاسيما أن هذا النوع من التجارة يكون على مستوى عالي ومازالت التشريعات قاصرة في مثل هذا النوع وجامدة أيضا حتى المعدل منها حاليا ما زال يراوح مكانه وان تقدم فيضيء جدا على المستوى المحلي و الدولي .

ونظرا للوصف المطلق على القضاء بأنه قضاء العلاقات المحطمة , ويوصف التحكيم بأنه قضاء العلاقات المتصلة⁽¹⁾ , فإني اسي التحكيم الالكتروني بقضاء الفصل الرقمي المتجدد او قضاء التشابك الرقمي في فضاء الكون البشري .

ونظرا للتطور العالمي في هذا الاتجاه اي التحكيم الألكتروني في ظل وجود القاضي الافتراضي والمحكمة الألكترونية والمنظمة العالمية للملكية الفكرية , ومحكمة الفضاء (cyber Tribunal)⁽²⁾ وغيرها , وتقصير التشريعات العربية ومن ضمنها الاردني في تناول التحكيم الألكتروني بجراءه. نسلط الضوء على هذا المعطيات ونقدم التوصيات والاقتراحات في هذا المضمار .

أهمية الدراسة :

يعتبر اتفاق التحكيم الألكتروني من الاهمية بمكان وزمان حتى غدا يمثل ثقل قانوني بأعتبره وسيلة مطلوبة لفض المنازعات بعيدا عن الطرق القانونية التقليدية من القضاء الى التحكيم التقليدي , ولاسيما ما اصاب العالم من تطور تكنولوجي هائل . لا بل اصبح هناك ما يسمى التحكيم الالكتروني المعجل (Accelerated electronic arbitration) نظرا لمتطلبات السرعة والتطور المتزايد⁽³⁾ .

وأضحى الوقت أهم عامل في التعامل الوجودي والتجاري من خلال المعاملات الألكترونية , وبذلك ارتقى التحكيم الألكتروني الى الصدارة , حيث يعتبر من اقوى وافضل الوسائل البديلة لفض المنازعات (ADR)⁽⁴⁾ , وعليه سيم بحث التحكيم الالكتروني كاحد وسائل فض المنازعات في ضل قصور التشريعات ولاسيما التشريعات العربية .

¹ . حيدر مدلول بدر عبد الله , الرقابة القضائية في المنازعات المتعلقة بال عقود الادارية , دراسة مقارنة , المركز العربي للنشر والتوزيع , 2017 , ص 12 .

² . محكمة الانترنت , نشأت هذه المحكمة وتكونت في كندا بمركز بحوث القانون العام بجامعة مونتريال في عام 1996 .

³ . محمد أبو الهيجاء , التحكيم بواسطة الانترنت , دار الثقافة , الأردن , 2002 , ص 58 , نقلا عن التحكيم عبر ماهية وإجراءات التحكيم الالكتروني ,

توجان فيصل الشريدة , ص 1096 .

⁴ . (ADR) Alternative Dispute Resolution الوسائل البديلة لفض النزعات

إشكالية الدراسة :

على اعتبار وجود قصور في التشريعات العربية ومنها الأردني ندرس مدى إمكانية كفاية التشريعات الحالية لتسهيل التحكيم الإلكتروني في ظل النص الحالي . وإمكانية تطويع النص لمواكبة انتشار التجارة الإلكترونية حماية للاستثمار وأخيرا مدى إمكانية تنفيذ الحكم في التحكيم الإلكتروني ؟.

منهجية الدراسة :

قضت طبيعة هذه الدراسة الالتزام بالمنهج التحليلي المقارن (Comparative Approach)

و هو منهج بحثي حديث ينطلق من تحليل الظواهر من قاعدة موضوعية حيث يعتمد على مقارنة الظاهرة او القاعدة او الحادثة المدروسة الحالية مع المماثلة لها لاكتشاف العوامل التي تصاحب حدثاً معيناً، أو مقارنتهما في بعض المجالات الاقتصادية والسياسية والقانونية⁽¹⁾ . وقد استعمل الباحث هذا المنهج ليقوم بمقارنة التشريعات المحلية مع الاجنبية وكذلك مع الاتفاقيات الدولية مع المراكز التحكيمية .

الكلمات المفتاحية للدراسة :

التحكيم التقليدي , التحكيم الألكتروني , فض النزاعات , قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم , اتفاقية نيويورك .

خطة الدراسة :

سيكون البحث في التحكيم الألكتروني في القانون الاردني ضمن مبحثين :
المبحث الاول : ماهية التحكيم الألكتروني من خلال مطلبين
المطلب الاول : تعريف التحكيم الألكتروني ومشروعيته .
المطلب الثاني : ميزات التحكيم الألكتروني وعيوبه .
المبحث الثاني : إجراءات التحكيم الألكتروني من خلال مطلبين
المطلب الاول : شروط صحة التحكيم الألكتروني والنظام العام .
المطلب الثاني : تنفيذ حكم التحكيم الألكتروني .

63 ص ، 2009 اليمنية الجمهورية صنعاء، التحليل، مناهج وأساليب العلي البحث إعداد قواعد فروان، علي أحمد . حسين¹

المبحث الاول : ماهية التحكيم الإلكتروني

التحكيم الإلكتروني هو نتاج ثورة التكنولوجيا مع ما ترتب عليها من تغيير في سلوك الافراد والمؤسسات والدول عبر الفضاء الإلكتروني , ومع ما يوفره التحكيم الإلكتروني من مزايا فإنه لا يمكن التعويل عليه في كل النزاعات القائمة ولا بد من تأطير هذا العقد الجديد وتنظيمه⁽¹⁾. وقبل هذا وذاك لا بد من معرفة ماهية التحكيم الإلكتروني ومشروعيته في المطلب الاول ومن ثم ميزاته ومخاطره في المطلب الثاني .

المطلب الاول : تعريف التحكيم الإلكتروني ومشروعيته

يعتبر التحكيم الإلكتروني هو الصورة الاحداث لتطور التحكيم الكلاسيكي او التقليدي بمعنى أنه امتداد طبيعي للتحكيم التقليدي ولكنه يختلف في الشكل عن سابقه حتى انه يسمى التحكيم المعجل كأسم مختلف عن قبله .

ونظرا لوجود قصور في تعريف التحكيم الإلكتروني من قبل جل التشريعات العالمية والعربية , فإنه لا بد من العودة الى تعريف التحكيم بشكل عام .

وكون هدف أي تعديل لاي تشريع هو تطهير البيئة التشريعية من أي شائبة قانونية مخالفة قد تؤدي الى عرقلة مسيرة التشريعات ووصولها الى الغاية النبيلة من هذا التشريع⁽²⁾, كما ان الهدف الاخر هو مواكبة التطورات العالمية والحفاظ على البيئة الاجتماعية من دنس المخالفات وتمكين المجتمع من عدم فرض أي قيد ممكن من عولة التشريعات , ومع ذلك لم ينهض قانون التحكيم الأردني المعدل رقم (2018/16) بما كان يعول عليه اثر التطور العلمي والتكنولوجي بعد قانون رقم (2001/31) والذي كان يلتحفه كثير من القصور في هذا المضمار – التحكيم الالكتروني – كما انه لم يعرف التحكيم بعكس ما سبق أن أوضحه في قانونه السابق والأول رقم (1953/18)⁽³⁾

ومع أن التشريعات كما ذكرت قصرت في تعريف التحكيم الا أن الفقه استفاد في ذلك ونحن نميل الى هذا التعريف بأن اتفاق التحكيم هو " اتفاق الاشخاص (الطبيعية او الاعتبارية) على عرض نزاع قائم بينهم (مشاركته) او محتمل (شرط) ناشئ عن عقد او دون عقد على فرد او على هيئة لاختيار الفرد او الافراد المحكمين ولتنظيم عملية التحكيم أو افراد عاديين يختارونهم مباشرة أو يبينوا طريقة اختيارهم للفصل فيه خلال فترة زمنية معينة يحدونها او يتكفلون تحديدها للقانون وفقا لقواعد القانون (تحكيم بالقضاء) وفقا لقواعد العدالة والأنصاف (

1. رجاء نظام بني شمس , الاطار القانوني للتحكيم الالكتروني , دراسة مقارنة , رسالة ماجستير , جامعة النجاح , 2009, ص 17 .

عبد الرحمن الصباحي , قراءة للقانون رقم 5.8.2007 المنظم للتحكيم والوساطة , المؤتمر الثاني لمحاكم العليا في الدول العربية , غير معروف السنة²

ص 447

³ . المادة (2) من قانون التحكيم الاردني رقم (1953/18) " وتعني عبارة (اتفاق التحكيم): الاتفاق الخطي المتضمن احالة الخلافات القائمة او المقبلة على التحكيم سواء اكان اسم المحكم او المحكمين مذكوراً في الاتفاق ام لم يكن."

تحكيم بالصلح) دون عرضه على قضاء الدولة, وذلك بقرار ملزم لهم ويرمي الى استمرارية العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بينهم⁽¹⁾.

وبطبيعة الحال فهذا هو المفهوم التقليدي للتحكيم والقانون الاردني المعدل رقم (2018/16) اخذ بهذا التعريف من خلال نصوص مواد القانون التي اوضحت ماهية التحكيم والمحكم .

والتحكيم الإلكتروني لا يختلف من حيث الجوهر عن التحكيم التقليدي حيث يمكن تعريف التحكيم الإلكتروني بأنه " التحكيم الذي تتم اجراءاته عبر شبكة الانترنت , وفق قواعد خاصة دون الحاجة الى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين ."⁽²⁾ , وتعتبر الخالدي التحكيم الإلكتروني بأنه نظام قضائي كونه يكتسب حكم التحكيم حجية الامر المقضي به ولو كان قابل للاستئناف فيه امام القضاء العادي لأن الحجية تثبت للحكم ولو لم يكن نهائياً⁽³⁾.

وإن كنا نتفق مع هذا التعريف إلا أننا نميل إلى عدم إصباغ التحكيم بالصبغة القضائية فهو برائينا مختلط .

ومن خلال التعريف يتضح لنا بأن التحكيم الإلكتروني يشمل على عدة عناصر ضرورية :

1. أن يكون النزاع الناشئ أو المحتمل وقع بسبب التجارة الإلكترونية , وهذا ما ذهب اليه كثير من الفقه ,

واخرج بذلك أي نزاع اخر لم يكن بسبب التجارة الإلكترونية .

القانون الاردني للتحكيم رقم (2018/16) لم يتدخل في شكل النزاع عندما عرف هيئة التحكيم⁽⁴⁾ , الا انه عندما نص في المادة الثالثة على ما تسري عليه احكام هذا القانون⁽⁵⁾ حاول تدويل التحكيم من خلال مراعاة الاتفاقيات الدولية النافذة واعتد بمراعاة الاعراف التجارية عند تفسير هذا القانون , وبالعودة الى اتفاقية نيويورك فانها تؤكد على انه يجوز الإحالة الى التحكيم أي نزاع قد ينشأ ويمكن تسويته بالتحكيم . كما أن القانون الاردني للمعاملات الإلكترونية اكد بتعريفه للاتفاق الإلكتروني بأنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً او جزئياً⁽⁶⁾.

و بطبيعة الحال وحسب النصوص القانونية وتحديد الأردنية فيما ورد اعلاه فإن التحكيم الإلكتروني يكون لعقد الكتروني او غيره وهذا ايضا واضح في المادة الخامسة من قانون التحكيم الاردني بخصوص اختيار الاجراء

1 .سيد احمد محمود احمد , مفهوم التحكيم , دار النهضة , الطبعة الاولى , 2003 , ص 4 .

2 . عصام عبد الفتاح مطر , التحكيم الالكتروني , دار الجامعة الجديدة , مصر , 2009 , ص 42 .

3 . ايناس الخالدي , التحكيم الالكتروني , دار النهضة , 2009 , ص 31

4 . المادة الثانية من قانون التحكيم الاردني رقم (16/2018) عرف هيئة التحكيم: الهيئة المشكّلة من محكم واحد او اكثر للفصل في النزاع المحال الى التحكيم وفقا لاحكام هذا القانون.

5 . قانون معدل لقانون التحكيم رقم 2018/16 , المادة الثالثة " يلغى نص المادة 3 من القانون الأصلي ويستعاض عنه بالنص التالي (أ)

مع مراعاة احكام الاتفاقيات النافذة في المملكة تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفائي , يكون مقره في المملكة وعلى كل تحكيم يتم اتفانق على اخضاعه لهذا القانون سواء تعلق بتزاع مدني او تجاري بين اطراف اشخاص القانون العام او القانون الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية او غير عقدية . (ب) تراعى في تفسير احكام هذا القانون القواعد والمبادئ الأحوال جميعها بالاعراف التجارية "

6 . الماد الثانية من قانون المعاملات الالكترونية رقم (2001/12) عرفت العقد الالكتروني: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية , كلياً او جزئياً"

الذي يلائم الطرفين⁽¹⁾.

مما يعني أن الهدف من اللجوء الى التحكيم هو السرعة ونظرا لاهمية الوقت في عصرنا الحالي فإن التحكيم الإلكتروني هو زيادة في السرعة حيث أن النزاع يقع بين المتخاصمين في عقد تجاري معين بدء من التعاقد المباشر واستمر في ظل المراسلات الإلكترونية, أو أن يكون عقد الكتروني نشىء عن تعاقد مباشر في الاصل واستمرت آثاره الى العقد الجديد. أو أن يكون هذا العقد في الأساس مباشر و يرغب الطرفان في التعاقد مع هيئة تحكيم خارجية وبالتالي يجب أن لا تنقيد بمثل هذه القيود ما لم تكن مخالفة للقانون والنظام العام.

2. يجب أن يكون اتفاق بينهما.

وهذا تأكيد لمبدأ سلطان الإرادة القائم على حرية الطرفين في اختيار الطريقة المناسبة لحل الخصومة بينهما, وكما يوضح الدكتور احمد سعيد الصاوي بأن التحكيم هو بناء قانوني مكون من ثلاث/ارادات, ارادة المشرع في ترخيص اللجوء الى التحكيم (التقليدي, الالكتروني) كبديل عن القضاء, وارادة الاطراف في اللجوء الى التحكيم الالكتروني والاخيرة ارادة المحكمين في قبول مهمة التحكيم الالكتروني⁽²⁾, والتعبير عن الإرادة تتم من خلال الوسائل الإلكترونية السابقة او اللاحقة, ويجب أن تتوافر في اتفاق التحكيم شرائط صحته الشكلية والموضوعية, وهو ما نصت عليه المادة التاسعة من قانون التحكيم الاردني⁽³⁾, والذي يملك التصرف في حقوقه هو الذي تتوافر فيه شرائط الصحة الشكلية والموضوعية من الاهلية والرضى والمحل. وكذلك الشروط الشكلية المتمثلة بالكتابة وهو الشرط الشكلي الأهم وهو ما سنبحثه في المبحث الثاني.

ومع هذا تتشابه الشروط في تأكيد الروابط والقواعد الالكترونية لتحديد هوية المتصل وهل هو صاحب حق في عقد الاتفاق ام لا ؟

وكذلك ما يميز العقد الإلكتروني أنه اتفاق وعقد عن بعد أي أن هناك مسافة تفصل بين المتعاقدين⁽⁴⁾ وفي هذا المقام اميل الى أن هذا النوع من التحكيم وهو التحكيم الإلكتروني يتم بوسيلة الكترونية ولكن ليس بالضرورة أن ينشأ العقد بطريقة الكترونية فيمكن أن يتم العقد وتنشأ آثاره الكترونيا أو أن يتم فقط التحكيم الكترونيا. أو يتم التحكيم الكترونيا بعد وقوع النزاع, وهذا ما ذهب اليه قانون المعاملات الإلكترونية رقم (2001/12) عندما عرف العقد الإلكتروني بأنه الاتفاق الذي يتم أنعقاده بوسائل الكترونية كلياً او جزئياً.

¹ المادة الخامسة من قانون التحكيم الاردني " في الاحوال التي يجيز فيها هذا القانون لطر في التحكيم اختيار الاجراء الواجب الاتباع في مسالة معينة فإن ذلك يتضمن حقهما في الاذن للغير في اختيار هذا الاجراء, ويعتبر من الغير كل مؤسسة او مركز للتحكيم في المملكة او في خارجها"

² دعاء حرز الله, اشكالية التحكيم الالكتروني والحلول المقترحة في القانون الاردني, رسالة ماستر, جامعة اليرموك, 2010, ص 5.

³ المادة (9) من قانون التحكيم الاردني رقم (2018/16) " اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف سواء من الأشخاص الحكمية او الطبيعية الذين يتمتعون

بالاهلية القانونية للتعاقد على ان يحيلوا الى التحكيم جميع او بعض النزاعات التي نشأت او تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية او غير

تعاقدية. ب: ل يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"

⁴ محمد امين الرومي, النظام القانوني للتحكيم الالكتروني, دار الفكر الجامعي, 2006, ص 13.

وهناك من ينظر الى العقد الإلكتروني أنه فقط ذو طابع تجاري وأنه ذو طابع دولي⁽¹⁾

المطلب الثاني : ميزات التحكيم الإلكتروني ونطاقه .

لاشك أن التحكيم الإلكتروني هو واقعة قانونية مستقرة ولا يعتبر طارئاً على القواعد القانونية , لاسيما أن كثير من الدول تستخدم هذا الأسلوب ومما لا شك فيه أننا ما زلنا نعاني ونتخوف من بعض المثالب فيما يتعلق بالأهلية والرضا وغيرها , مع أنه يتمتع بمزايا متعددة ومهمة ويعتبر ثورة عصرية لا يمكن الجمود عندها , لاسيما مع التطور التكنولوجي ونمو التجارة المتسارع للأستفادة من الأستثمار الخارجي والداخلي وعليه سنعرض ما هي أهم ميزات هذا النظام وعيوبه أو مخاطره .

أولاً: ميزات التحكيم الإلكتروني

يعتبر التحكيم الإلكتروني في الوقت الحالي ذو أهمية بالغة لا سيما مع التطور التكنولوجي والعلمي , بالإضافة أنه يعتبر من ضمانات التجارة الدولية حالياً ومن أهم الميزات التي سنتحدث عنها . السرية , وتقليل النفقات , والسرعة , تجاوز التشريعات الداخلية . سهولة حفظ المعلومات والرجوع إليها .

1. السرية في التحكيم الإلكتروني

تعتبر السرية من أهم ميزات التحكيم الإلكتروني وما يذهب إليه أطراف النزاع من لجوئهم الى التحكيم الإلكتروني في عدم افشاء أسرارهم والاطلاع على أعمالهم وخلافاتهم لاسيما أن بعض الشركات الكبرى تفضل أن تخسر الدعوى او القضية على أن يفضح سرها او يكشف عن خلافها أو يعرف طريقة عملها.⁽²⁾

وتعتبر ذلك اقل خسارة من خسائرها فيما لو عرفت اسرارها الصناعية لاسيما المنافسين , ولأن الشركات الكبرى لاسيما صاحبة الاسرار التجارية والتي لا ترغب منافسها الاطلاع ومعرفة اسرارها والطرق الفنية في اعداد المنتج وبالتالي الابتعاد عن المحاكم والعلمية في اي ما يدخل بمنتجاتها⁽³⁾ .

وضمانة سرية المعلومات تبدوا اكثر وضوحا في التحكيم الإلكتروني وذلك من خلال استخدام الوسائل الفنية في ادارة التحكيم الإلكتروني من شأنها أن تجعل الوصول الى هذه الاحكام شبه مستحيل . وتقضي على حالات

الاهمال المادي التي تؤدي الى الكشف عن مضمون بعض الاحكام.⁽⁴⁾

ووفق التطور التكنولوجي المتسارع فإن امن وسرية المعلومات اصبح حالة في العالم المادي ولا سيما بعد وجود

¹ . محمد أمين الرومي , مرجع سابق , ص 13

² . هند السيد الطويحي , التحكيم في عقود التجارة الالكترونية , رسالة دكتوراه , جامعة عين شمس , 2010 , ص 148

³ . هند السيد الطويحي , مرجع سابق , ص 144 .

⁴ . بلال عبد المطلب بدوي , التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية , مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ,

2006 , ص 85 . ايناس الخالدي , مرجع سابق ص 38.

قرصنة وتهكير لبعض المواقع الرسمية للدولة . وهذه الحالة الإيجابية هي معنية بالحماية الحقيقية وفق أنظمة اتصالات وشركات دولية متخصصة يصعب بل يستحيل اختراقها كما هي البنوك وحسابها .

وانا ادراج هذه الملحوظة للتأكيد اني مع امان وسرية التحكيم الالكتروني أكثر من التقليدي ومع عدم ادراجها في المعوقات لهذا التحكيم كما يرى البعض .

2. التقليل من النفقات في التحكيم الإلكتروني

من ميزات التحكيم الإلكتروني باللغة الأهمية التقليل من الوقت والجهد والكلفة الباهضة التي تستوجبها القضاء والتحكيم التقليدي⁽¹⁾. وهنا السبب في التقليل في النفقات هو استخدام الوسيلة الإلكترونية في التحكيم الإلكتروني , وكذلك اختصار الذهاب او الحضور المادي امام هيئة التحكيم , وكذلك الامر بالنسبة للشهود وحتى المحكمين , وهو حال بحال بالنسبة لتبادل الوثائق وارسال هذه الوثائق بالطرق الألكترونية .

مقارنةً مع القضاء العادي او التحكيم التقليدي وما يتطلبه من حضور مادي ورسوم ومصاريف واتعاب لاسيما اذا كانت القضية دولية .

كما أن طرق تسوية المنازعات على الأنترنت تقدم تخفيضات للنفقات كونها تقلل من التدخل البشري في التعامل مع النزاع وهي على سبيل المثال أنظمة تسوية النزعات الألية , فالكميبيوتر يحسب قيمة التسوية بناء على إدعاءات الطرفين⁽²⁾.

3. السرعة في التحكيم الإلكتروني

إن من أهم ما تحتاجه التجارة في هذا اليوم زيادة سرعة الأنتاج والمرونة والتيسير في الاجراءات , فهم لايرغبون تجميد اموالهم من خلال الاجراءات الشكلية والعقيمة التي تقوم بها بعض الدول فالأنتقال لرأس المال يجب أن يكون سهل وسلس , وليس ادل على ذلك من إنتهاج معظم الدول التخليص عن بعد ومنها قانون الجمارك الاردنية الذي يسمح بالتخليص على البضائع قبل وصولها باسبوع من ارسال المنافست الألكتروني واعتماده من اي بلد في العالم , وهذا دليل على اعتماد التجارة الألكترونية وفائدة السرعة فيها .

وهذا ما ساهم في أنتشار التحكيم الألكتروني , حيث لايلتزم اطراف النزاع بالأنتقال والحضور المادي امام المحكمين او هيئة التحكيم , لابل يمكن لهم المشاركة في جلسات التحكيم من خلال الاتصالات الألكترونية والمحادثات الهاتفية⁽³⁾ . ويمكن للأطراف ارسال كميات مهولة من المعلومات الى أي طرف مهما بعدت المسافة وسرعة في اصدار الاحكام⁽⁴⁾ أي أن هناك بعد مكاني وتواجد زمني⁽⁵⁾ .

¹ . فايز الكندري , مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير , مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية , 2000 , ص 134 .

² . O. Cachard , Electronic Arbitration, the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 2003, page 9.

³ . بلال عبد المطلب بدوي , مرجع سابق ص 85

⁴ . عصام عبد الفتاح مطر , التحكيم الالكتروني , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية , ص 58

⁵ . محمد امين الرومي , مرجع سابق , ص 13

كما أن التحكيم الإلكتروني يكون قابل للتنفيذ دون أن يمر بمراحل التقاضي ودرجاته , وفي هذا النوع من التحكيم الإلكتروني من يطلق عليه بعقود النقر , إشارة الى النقر على الفارة للتعبير عن الإرادة وإبرام العقد⁽¹⁾.

ولا تعود سرعة الفصل في النزاع التي يتميز بها التحكيم الإلكتروني فقط الى البيئة التي من خلالها تتم اجراءات التحكيم بل الى لوائح المراكز المنظمة له والتي تضع للمحكم سقفاً زمنياً لحسم النزاع⁽²⁾ وفي هذا اخذ القانون الاردني في مادته (37) من قانون التحكيم الاردني⁽³⁾.

كما أن غالبية المنظمات التي تعمل في مثل هذا المضمار في تسوية المنازعات عبر وسائل غير قضائية لاسيما من خلال الأنترنت تؤكد على سرعة في الإجراءات دون أن يكون ذلك على حساب النتيجة المتوخاه بطبيعة الحال⁽⁴⁾. لان معظم المحكمين يعملون على مدار الساعة فالاسبوع دون وجود عطل او اجازات او أعياد حيث يتم التحكيم من خلال الحواسيب الخاصة وهذا يؤدي الى وقت اقل بكثير من الوقت العادي⁽⁵⁾

4. تجاوز مشكلة التشريعات الداخلية في التحكيم الإلكتروني

هذا الامر هو اشكالية كانت تواجه عقود التجارة الدولية . ومع ذلك وفق رأي الفقه فأن عقود التجارة الإلكترونية هي عقود دولية حتى لو تمت داخل البلد الواحد مع الاحتفاظ بحقوق العقد وطريقة تشكيله إذ أن العقد شريعة المتعاقدين , وفي عقود التحكيم وردت الحرية في الاتفاق على تطبيق القانون الذي يتفق عليه الفرقاء وفي هذا نصت المادة (36) من قانون التحكيم الاردني حيث اكدت أن القواعد القانونية المطبقة في النزاع هي القواعد المتفق عليها⁽⁶⁾, واذا لم يتفق الطرفان لهيئة التحكيم تطبق القواعد القانونية التي تراها الاكثر اتصالاً بالنزاع .

ومن هنا تبدوا أهمية التحكيم الإلكتروني حيث يعتبر الفضاء الإلكتروني إقليم قانوني خاص به لا يتعلق بالحدود الجغرافية مما يصعب توطين العلاقات القانونية التي يجري في اطارها اختصاص مكاني يحدد الجهات

¹ . هند الطوخي السيد , مرجع سابق ص 137 , " منقول من الدكتور محمد حسام محمود لطفي , الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية , القاهرة , بدون دار نشر , 2002, ص 17 .

² . بوديسة كريم , التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات في عقود التجارة الالكترونية , رسالة ماستر , 2002, ص 26

³ . المادة (37) من قانون التحكيم الاردني " أ- على هيئة التحكيم اصدار الحكم المنهبي للخصومة كلها خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان فأن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء اجراءات التحكيم وفي جميع الاحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم تمديد هذه المدة على الا تزيد على ستة اشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك."

⁴ . O. Cachard , Electronic Arbitration , the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 2003, p9.

⁵ . سهام صديق , مجلة القانون والاعمال , الاطار القانوني للتحكيم الإلكتروني , العدد الأول , 2019 , جامعة الحسن الأول , المغرب . ص 6

⁶ . قانون التحكيم الاردني المادة 36- " أ- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان واذا اتفقا على تطبيق قانون دولة

معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين.

ب- اذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الاكثر اتصالاً بالنزاع."

(¹) إذ يكون اللجوء اليه امرا مجديا لحل مشكلة تنازع القوانين , فالمحكم يمكنه أن يطبق القانون الذي يتم الاتفاق عليه وليس ملزما كالقاضي بتطبيق قواعد تنازع القوانين

وبالتالي تعتبر ميزه تضاف الى التحكيم الإلكتروني مقارنةً بالقضاء في عدم اخضاع الخصومة الا للقانون المختار من قبل الخصوم ويمكن تركه للمحكمين (²).

5. سهولة حفظ المعلومات والرجوع اليها

في البداية لا بد من معرفة ان إحالة النزاع الى التحكيم الالكتروني يتم من خلال مراكز متخصصة على الاغلب وغير ذلك يكون التحكيم وفق افراد وهذا بطبيعة الحال لا يقاس عليه من حيث المجلد بالميزات والمعوقات لانها حالات نادرة وفق التجارة الدولية وهذا ما يتم بالعادة للتحكيم الالكتروني .

وعليه لا بد من الإحالة الى مركز او محكم عالي يكون له موقع خاص على شبكة الانترنت ومرتبطة بسيرفرات او خوادم حافظة عالمية للحفاظ على امن وسرية المعلومات , ومن خلال هذه الصفحات يقدم المركز للخصوم رموز وأسماء كما هو البنوك وبطاقات الائتمان لسرية المعلومات والحفاظ عليها والاطلاع عليها وقت الحاجة .

حيث يكون للأطراف عرض نزاعهم ومستنداتهم ودفعوهم وحتى مناقشة الشهود وذلك بصلاحيات يحددها المركز بالاطلاع على المعلومات لكل طرف .

ثانياً : مخاطر التحكيم الإلكتروني

كما للتحكيم مزايا كثيرة فأن لها ايضاً مثالب ومساوىء متعدده سواء كانت تقنية فنية ام قانونية نذكر منها :

1. السرية في التحكيم الإلكتروني

تعتبر السرية من اهم مزايا ومساوىء التحكيم الإلكتروني في ذات الوقت , فمن باب تعتبر من اهم ميزات التحكيم الإلكتروني وذلك للبعد عن تداول المستندات والتقليل من افشاء الاسرار التجارية والصناعية , الا أن التحكيم الإلكتروني يمكن اختراقه وقرصنة ملفاته , وهذا هو سبب دعر الاوساط التجارية , لاسيما ممن يعتمدون على المحافظة على اسرارهم التجارية والعلاقات السرية للعملاء ايضاً فكثير ممن يعتمد الى عدم افشاء سره التجاري لا بل لا يرغب بتسجيله وحمايته احياناً خوفاً على طريقة عمله او مكونات منتجيه .

الا أنهم كما ذكرنا متخوفين ممن يطلقون على أنفسهم القراصنة (Hackers) أو المخربين (Crackers) وهم اشخاص يجوبون الأنترنت ويعترضون المعلومات السرية خاصة منها , وبالتالي فأن التحكيم الإلكتروني مهدد بعدم السرية خاصة منها ما يخترق او يضعف حفظه وهذا من النودر الان كون الامن المعلوماتي ارتفع الى حد

¹ .سهام صديق , مجلة القانون والاعمال , الاطار القانوني للتحكيم الالكتروني , مرجع سابق ص 6 .

² .لزهر بن سعيد , التحكيم التجاري الدولي , دار الفكر الجامعي , 2010 , ص 35 .

كبير وفق أنظمة الحماية العالمية , وبالتالي فإن التحكيم الإلكتروني مهدد بعدم السرية أيضا الى حد ما اذا ما اخترقات الحسابات الرسمية والأنظمة الفاعلة للامن المعلوماتي⁽¹⁾.

كما أن من مساوئ السرية أن يصعب على احد طرفي التعاقد التحقق من اهلية المتعاقد الآخر , وعدم معرفة المعلومات الاساسية عن المتعاقدين لاسيما أن الاطراف ترفض الكشف عن خصوصيتها⁽²⁾.

2. عدم اتفاق التحكيم الإلكتروني مع التشريعات المحلية .

يعتبر التحكيم بشكل عام وسيلة استثمارية وضعت لصالح المستثمر الاجنبي , ويقصد بها أقصاء القانون المحلي لاسيما الدول النامية للنظر في منازعات عقود التنمية والاستثمار , وحتى لا يتعرض المستثمر الاجنبي والشركات العالمية التي تعتبر الطرف الاقوى للخضوع للقوانين المحلية وهو طوق نجاه للشركات العملاقة⁽³⁾.

كما أن التحكيم الإلكتروني يتعذر معه استيفاء الشروط الشكلية التقليدية تحديدا اوالموضوعية للقوانين المحلية ولا سيما عندما تشتترط القوانين شكل معين او شرطاً معيناً كالكتابة او الشروط الموضوعية وتوافقها مع التحكيم الإلكتروني⁽⁴⁾.

وهذا لا يعني التباكي على الدول النامية والخوف من تطوير القوانين بما يتواءم مع الاتفاقيات الدولية وحركة التجارة العالمية والتطور التكنولوجي , بل هو نقطة ضعف في تشريعاتنا المهالكة حسب رائينا , وهو ما حاول مشرعنا الاردني تفاديه من خلال التعديل الأخير للقانون رقم 2018/16 المعدل لقانون التحكيم حيث نصت المادة الثالثة المعدلة على ضرورة مراعاة احكام الاتفاقيات الدولية النافذة التي بدورها شرعت التحكيم الالكتروني وعملت به ونظمته ونظمت اجراءته من خلال المراكز الدولية المعتمدة والتي اوضحت أسس التحكيم واشكاله من خلال اعتمادات معينة لا يجوز مخالفتها كاصل عام الا ما توافق عليه الأطراف في غير ذلك على ان تراعي هذه الاتفاقيات النظام العام الداخلي حتى تنفيذ الحكم تحديدا وهي معضلة أخرى .⁽⁵⁾ وهو تطور يحسب للمشرع الأردني عن ما ورد في المادة الثالثة من قانون التحكيم الأردني السابق⁽⁶⁾ وهذا الذي اوضحته

¹ .بوديسه كريم , مرجع سابق ص 29 .

² . محمد محمود جبران , التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الالكترونية . رسالة ماستر , جامعة الشرق الاوسط , 2009 , ص 49 .

³ .لزهر بن سعيد , مرجع سابق , ص 37 .

⁴ . بوديسه كريم , مرجع سابق , ص 36 .

⁵ . قانون معدل لقانون التحكيم رقم 2018/16 , المادة الثالثة " يلغى نص المادة 3 من القانون الأصلي ويستعاض عنه بالنص التالي (أ)

مع مراعاة احكام الاتفاقيات النافذة في المملكة تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفائي , يكون مقره في المملكة وعلى كل تحكيم يتم الاتفانق على اخضاعه لهذا القانون سواء تعلق بتزاع مدني او تجاري بين اطراف اشخاص القانون العام او القانون الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية او غير عقدية . (ب) تراعى في تفسير احكام هذا القانون القواعد والمبادئ الأحوال جميعها بالاعراف التجارية "

⁶ . المادة (3) من قانون التحكيم الأردني السابق رقم 31 لعام 2001 "تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفائي يجري في المملكة ويتعلق بتزاع مدني او تجاري بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع , عقدية كانت او غير عقدية."

محكمة التمييز الأردنية في احد قراراتها⁽¹⁾. كما يحسب للمشرع الأردني بتعديله الأخير للمادة 27 بإضافة الفقرة الثانية التي تسمح صراحة بالتحكيم الإلكتروني من خلال هيئة التحكيم⁽²⁾.

وأخيرا فإن ما يمكن ان يذكر في المثالب الفنية التقنية للتحكيم هو ما يحسب له بذات الاتجاه من حسنات ومزايا. حيث أن بعض الفقهاء يرى ضرورة احكام الاقفال الالكترونية في مواجهة ما يطرىء من أخطاء فنية بحيث يمكن ان تسمح جميع المعلومات والوثائق وتفسد اتفاق التحكيم. ونحن بدورنا نرد على هذا الاتهام ان التكنولوجيا عالجت كل هذه المثالب بحيث يمكن الاحتفاظ بالوثائق الالكترونية من خلال مسجلات ورقية وماسحات ضوئية ووضعها في مخازن الكترونية يصعب العبث بها او تزويرها.

المبحث الثاني: قواعد في إتفاق التحكيم الإلكتروني

كما تناولنا ماهية التحكيم وميزاته وأنه يتم من خلال وسائل حديثة فالعقد الإلكتروني يتم عن بعد ولا يكون في مجلس حقيقي وإنما مجلس افتراضي ولا يتم بالطرق التقليدية. ومما لاشك فيه أن استخدام الوسائل الحديثة لها اثر قانوني على نتائج الاتفاق وبالتالي ضرورة الالتزام بالمعايير القانونية. وستناول في هذا البحث شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني ومطابقته للنظام العام في المطلب الاول والثاني تنفيذ حكم التحكيم.

المطلب الاول: شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني والنظام العام

الفرع الأول: شروط الصحة

أتفاق التحكيم في صورته المشاركة للتحكيم وشرط التحكيم وهما أن يتم التحكيم بعد وقوع النزاع في الاولى وأن يتفق بداية على التحكيم في الثانية, لا بد من توافر شروط صحته الشكلية والموضوعية.

اولاً: الشروط الموضوعية

¹ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2004/335 (هيئة خماسية) تاريخ 2004/7/5 منشورات مركز عدالة* اذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى أنه في حالة نشوب أي خلاف بينهما ناشيء عن تنفيذ اتفاقية التحكيم ولم يمكن حله أو التفاهم عليه بشكل ودي فإنه يتوجب أن يعرض هذا الخلاف والنزاع على محكمة التحكيم السويسرية ولما كانت المادة 12 / أ من قانون التحكيم الأردني رقم 2001 / 31 والتي نصت على ما يلي (على المحكمة التي يرفع إليها النزاع بوجود بشأنه إتفاق تحكيم أن يحكم ببرد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى)، وحيث أن المدعى عليهم قد تمسكوا بإحالة النزاع إلى التحكيم فإن من واجب المحكمة أن تقضي ببرد الدعوى لوجود شرط تحكيم، أما عن القول بأن تخلي المحاكم الأردنيه عن صلاحية النظر في الدعاوى المعروضة عليها لصالح محكمة تحكيم أجنبيه فيه مخالفه للنظام العام، فإن المادة 27 من قانون التحكيم رقم 2000/31 النافذ المفعول قد أجازت لطرفي التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم في المملكه أو خارجها، وعليه وفي ضوء هذا النص فإنه يجوز الإتفاق على أن يتم التحكيم في بلد أجنبي.

² قانون معدل لقانون التحكيم رقم 2018/16، المادة 27/ب: لهيئة التحكيم استخدام الوسائل الحديثة للاتصال للقيام باي اجراء من إجراءات التحكيم "

والشروط الموضوعية التي تناولتها الدراسة هي أهلية أطراف التحكيم , وتحقق الرضا بين أطرافه , والمحل الموافق للنظام العام او الآداب ومشروعيته⁽¹⁾ .

1. الأهلية

نصت المادة التاسعة من قانون التحكيم الأردني بأن أهلية التصرف في الحقوق هي أهلية الشخص الطبيعي أو الاعتباري⁽²⁾ وهذه الأهلية بطبيعة الحال لأطراف النزاع المتعاقدين وفي حال لم تتوفر هذه الأهلية فجزاء ذلك البطلان حسب ما ورد في قانون التحكيم الأردني⁽³⁾ واتفاقية نيويورك للتحكيم⁽⁴⁾ التي اعتبرت أيضا الحكم باطل في حال عدم توافر الأهلية وتركت تحديد البطلان للمحكمة المختصة عند تنفيذ الحكم .

وأما المحكمين فيجب أن يتمتعوا بأهلية التصرف سندا لنص المادة (1/15) من قانون التحكيم الأردني⁽⁵⁾ , مع أننا نذهب الى عدم ضرورة النظر الى أهلية المحكمين لا سيما أن المتنازعين أرتضوا ذلك وفي الأغلب يكون من خلال مراكز كبرى تحرص على سمعتها التجارية .

وبطبيعة الحال فأن مسألة تحقق من الأهلية القانونية عبر وسائل الكترونية مسألة فنية دقيقة إذ أن المستخدمين لشبكات الأنترنت يعمدون الى عدم اظهار معلومات حقيقية من مبداء الخصوصية⁽⁶⁾ , وبالتالي يجب عدم اعتماد مثل هذه المعاملات مالم تكن مصدقة من قبل جهات رسمية او حتى مراكز خاصة معتمدة لتصديق التوقييع الألكترونية او تعريف بأهلية الأطراف ., علما بأن هناك شركات متخصصة بتصديق التوقييع وتأمين تدفق البيانات الحقيقية في العالم الافتراضي .

1. عمر مشهور الجازي , اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم (2001/31) مقال منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي الدولي, 2003, العدد (22) ص 2 .

2 . قانون التحكيم الأردني رقم (2018/16) " المادة9- أ. اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف, سواء من الأشخاص الحكمة أو الطبيعية الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد, على أن يحلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة, تعاقدية كانت أو غير تعاقدية.

ب. لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

3 . قانون التحكيم الأردني رقم (2018/16) المادة (2/49) لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في أي من الحالات التالية : اذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقداً للأهلية او ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته .

4 . اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية , المادة الخامسة: (1) لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يجتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على: (أ) أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديهي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعة له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم."

5 . قانون التحكيم الأردني رقم (2018/16) المادة15- أ- لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً او محجوراً عليه او محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية او بجنحة مخلة بالشرف او بسبب شهر إفلاسه ولورد اليه اعتباره."

6 . بوديسه كريم , مرجع سابق , ص 56.

والمملكة الأردنية الهاشمية اخذت بهذه التصاديق واعتمدها وذلك من خلال قانون المعاملات الألكترونية حسبما ورد في المواد (2,33,34)⁽¹⁾ وهذا يوضح مدى التقدم ومواكبة التشريعات الأردنية مع التطور التكنولوجي , والخروج من مفهوم الخوف من التقدم العلمي والجور على الدولة بأعتبرها الطرف الاضعف .

2. الرضا

يقوم ركن التراضي على الايجاب والقبول بين المتعاقدين والاصل أن يتم الايجاب والقبول في المجلس الحقيقي وليس المجلس الافتراضي , وهنا تثير الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة ونقلها في المجال الألكتروني شكوكاً حول الاعتراف بالإرادة المعبر عنها الكترونياً⁽²⁾ .

فالتعبير عن الإرادة في العقود الرضائية لا يخضع لشكل خارجي معين ولذا يصح أن يكون صريحاً أو ضمناً سواء بالقول أو عبر وسيلة اتصال كالهاتف أو بالكتابة باشكالها المختلفة والمتعددة⁽³⁾ , ومنها الكتابة الألكترونية عبر شهادة التوثيق الألكتروني , وهذا ما اكد عليه القانون المدني الأردني في مادته (93) بقوله " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة التراضي وبأخذ أي مسلك آخر لاتعد ظروف الحال شكاً في دلالتة على التراضي⁽⁴⁾ .

ومع ذلك كله الا أنه بأعتقدنا أنه لابد من الايجاب والقبول الصريح والواضح , لأن التحكيم خروج عن القواعد العامة في التراضي الى وسيلة استثنائية أخرى وهي التحكيم .

3. المحل

¹ . قانون المعاملات الألكترونية الأردني رقم (2001/85)

المادة الثانية " شهادة التوثيق: الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة او معتمدة لاثبات نسبة توقيع الكتروني الى شخص معين استناداً الى اجراءات توثيق معتمدة"

المادة (33) " يعتبر السجل الألكتروني أو أي جزء منه يحمل توقيعاً الكترونياً موثقاً سجلاً موثقاً بكامله أو فيما يتعلق بذلك الجزء . حسب واقع الحال ، اذا تم التوقيع خلال مدة سريان شهادة توثيق معتمدة ومطابقته مع رمز التعريف المبين في تلك الشهادة."

المادة 34- " تكون شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة في الحالات التالية:-أ- صادرة عن جهة مرخصة او معتمدة .

ب- صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومعترف بها. ج- صادرة عن دائرة حكومية او مؤسسة او هيئة مفوضة قانوناً بذلك. د- صادرة عن جهة وافق اطراف المعاملة على اعتمادها."

² . نور الهدى مرزوق , التراضي في العقود الألكترونية , رسالة ماجستير , جامعة مولود معمري , الجزائر 2012 , ص 8 .

³ . أنور سلطان , مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني , منشورات الجامعة الأردنية , 1987 , الطبعة الأولى , ص 46 .

⁴ . القانون المدني الأردني رقم (1976/43) المادة (93) كما وردت اعلاه .

مما لا شك فيه وحسب القواعد العامة أن لكل عقد والالتزام محل معيناً أو قابل للتعين , ممكناً أو موجوداً , وأن يكون قابل للتعامل فيه أي أن يكون مشروعاً⁽¹⁾.

وحتى نخرج من التزيد أو اللغو فإن المشرع أفصح عن شروط المحل , وأهم هذه الشروط هو أن يكون محل العقد قابل للتعامل فيه أي أن يكون مشروعاً غير مخالف للقانون أو النظام العام والآداب العامة والا كان باطلاً .

وتفرق المحاكم في فرنسا بين قواعد النظام العام الداخلي والدولي فيجوز في فرنسا مخالفة قواعد النظام العام الداخلي إذا كانت المسألة متعلقة بعقد دولي⁽²⁾ , ونحن نميل إلى هذا الرأي لاستقرار التجارة .

وبطبيعة الحال يقصد بمحل اتفاق التحكيم (عقد التحكيم) هو تلك المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم والتي يجب أن تقبل التسوية بواسطته والذي يرتبط وجوده بوجودها⁽³⁾ .

وفي القانون الأردني أكد على القواعد العامة وعدم مخالفتها من خلال القانون المدني كما اسلفنا , وذهب أيضاً إلى أن شرط التحكيم يعتبر مستقلاً عن شروط العقد الأخرى وفي حال بطلان العقد أو فسخه أو أنهائه لا يرتب أثر على شرط التحكيم إذا كان الشرط صحيحاً في ذاته⁽⁴⁾ , وعلق نفس القانون أي قانون التحكيم الأردني أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح بمعنى آخر أن محل التحكيم هو ذاته محل الصلح , إذ ما يجوز به الصلح يجوز به التحكيم والعكس صحيح . وخير فعل عندما نص على ذلك صراحة .

كما أن المشرع أحال إلى قاضي الموضوع من خلال المحكمة المختصة أن تنتظر من تلقاء نفسها بطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم⁽⁵⁾ .

وهنا تبرز أهمية المحل في التحكيم وضرورة الانتباه إلى المحل كركن أساسي للتحكيم من خلال المحكمة المختصة . ولكن التساؤل يبقى في حال أن المحل محتمل الوجود وهذا مهم جداً لأن الغرر قد يكون موجوداً .

القانون المدني الأردني في المادة (1/160) نص " يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبلي إذا أنتفى الغرر " والغرر هو عدم القدرة على التسليم⁽⁶⁾ .

¹ . المواد (157-163) من القانون المدني الأردني رقم (1976/43)

² . سمير برهان , ندوة صياغة وأبرام عقود التجارة الدولية , مصر (25-29/ ديسمبر 2007) ص 7 .

³ . داميه اشهبو , اتفاق التحكيم وشروط صحته , مقال منشور في مجلة الفقه والقانون , تاريخ النشر 24/ دجنبر 2011 , ص 5 .

⁴ . مادة (22) من قانون التحكيم الأردني " يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى , ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو أنهائه أي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته" .

⁵ . مادة (49/ب) من قانون التحكيم الأردني " تقضي المحكمة المختصة التي تنتظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها بطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها" .

⁶ . أنور سلطان مرجع , سابق , ص 96

وبالتالي لابد من وصف المنتج أو الخدمة بشكل دقيق وأن يكون التسليم ممكناً وصحیحاً و من جهة معلومة , وهذا خوفاً من الدعايات والشركات المضللة والخداعة , والا أصبح المحل غير موجود بعدم وجود الطرف الآخر .

ثانياً : الشروط الشكلية

كما هي الشروط الموضوعية ذات أهمية بالغة , فقد أكدت معظم التشريعات إن لم تكن كلها على أهمية إفراغ الشروط الشكلية في قالب معين أهمية أيضا . ولذلك لابد من دراسة هذه الشروط لما لها من آثار قانونية في بطلان الاتفاق أو اللجوء الى القضاء وهنا تثار الاشكالية في التحكيم الألكتروني في الالتزام والقدرة على مثل هذه الاشكاليات المطلوبة .

ونظرا لعدم وجود نص قانوني صريح يخص التحكيم الألكتروني فأنا نعود الى القواعد العامة والخاصة والدولية في التعاملات الألكترونية لنسقطها على التحكيم الألكتروني , وأهم هذه الشروط الشكلية هي شرط الكتابة .

شرط الكتابة في التحكيم الألكتروني

إن الشرط الشكلي المتمثل في الكتابة شرط رئيسي مهم في التحكيم التقليدي , ويزداد أهمية الكتابة في التحكيم في النص عليه في التشريعات والاتفاقيات الدولية , وبدونه يفقد التحكيم كل مقوماته ومبرراته ووجوده , كما ويسترد اطراف العلاقة التعاقدية حق اللجوء الى القضاء في الدولة لفض منازعاتهم⁽¹⁾

وقد نص المشرع الاردني صراحة بضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً⁽²⁾ , وهو نفس الامر الذي قرره محكمة التميز الاردنية حين قضت بأن التحكيم لا يكون الا باتفاق خطي بين الفريقين المتنازعين⁽³⁾ وبذلك قطعت المادة الامر بعدم قبول غير الكتابة كشكل لاتفاق التحكيم وهذا ايضا ما اكدته المادة الثانية من اتفاقية نيويورك⁽⁴⁾ , والمادة السابعة من قانون الاونسيترال⁽⁵⁾ .

وقد كان القانون الاردني للتحكيم على قدر من المرونة من خلال اعتبار أن اتفاق التحكيم يكون مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان او اذا تضمنته ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طرق الفاكس او التلكس أو غيرهما من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق .

¹ . ابراهيم صبري الزناؤوط , شرط الكتابة والتحكيم الاللكتروني , مجلة الشريعة والقانون , العدد التاسع والاربعون 2012 , ص 124 .

² . المادة(10) من قانون التحكيم الاردني تنص " أ- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً " .

³ . قرار محكمة التميز رقم (85/217) سنة 1986 , برنامج عدالة . " يتم التحكيم باتفاق خطي بين الفريقين المتنازعين .

⁴ . المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية " يقصد " باتفاق مكتوب " شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة - أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق " .

⁵ . الاونسيترال " هيئة قانونية رئيسية تابعة لمنظمة الامم المتحدة في مجال القانون التجاري , وهي متخصصة في مجال اصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي , ومنه هيئة مختصة بالتحكيم وتنص في قانونها في المادة السابعة " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً " .

وهذه المرونة تعني فتح الباب أمام الكتابة الإلكترونية واعتماد التوقيع الإلكتروني، وأن لا يوقع جميع الأطراف على نفس الوثيقة أو أن يقوموا بالتوقيع عليها في نفس الوقت⁽¹⁾.

كما جاء في اتفاقية نيويورك حيث نصت في الفقرة الثانية من المادة الثانية من الاتفاقية بأن التحكيم المقبول هو الذي تتضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات، وهو نفس ما ورد في قانون الأونسيترال في مادته السابعة في الفقرة الثانية⁽²⁾ باعتبار أي وثيقة موقعه من الطرفين أو حتى في حال تبادل الرسائل أو غيرها وسائل سلكية أو لاسلكية تعتبر سجل للاتفاق. وأما بشأن التحكيم الإلكتروني وأعمال الكتابة بالطريقة المتعارف عليها وهل هي منتجة لآثارها فإن قانون اليونسيترال للمعاملات الإلكترونية⁽³⁾ أكد أنه عندما يشترط أن تكون المعاملات مكتوبة فإن المعاملات الإلكترونية تستوفي شرط الكتابة إذا تيسر الاطلاع على البيانات الوارد فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً، وقد أحال قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في مادته الثالثة عند تطبيق أحكامه مراعاة العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الإلكترونية⁽⁴⁾ كما أكدت بأن السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها وإطرافها أو صلاحيتها بالإثبات، ولا يجوز اغفال هذه الآثار لكونها تمت بوسائل الكترونية⁽⁵⁾، وأن تستوفي الشروط اللازمة المطلوبة في المادة الثامنة من نفس القانون⁽⁶⁾.

وعليه ومن خلال التحليل فإن الكتابة الإلكترونية هي مقره من قبل التشريعات الأردنية والعالمية ومطابقة للكتابة التقليدية ولاسيما أن الكتابة بداية لم تشترط أن تتم على ورق. والمهم أن تقوم هذه الكتابة بوظيفتها

¹ عمر مشهور الجازي، مرجع سابق، ص 4

² المادة السابعة من الأونسيترال، "يعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعه من الطرفين أو حتى في حال تبادل الرسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق....."

³ مادة (1/6) من قانون الأونسيترال للمعاملات الإلكترونية "عندما يشترط القانون أن يكون المعاملات مكتوبة فإن المعاملات الإلكترونية تستوفي شرط الكتابة إذا تيسر الاطلاع على البيانات الوارد فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً"

⁴ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (2001/85) المادة (3/ب) "يراعى عند تطبيق أحكام هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الإلكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها"

⁵ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (2001/85) "المادة 7- أ- يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لإطرافها

أو صلاحيتها في الإثبات. ب- لا يجوز اغفال الأثر القانوني لأي مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة لأنها أجريت بوسائل الكترونية شريطة اتفاقها مع أحكام هذا القانون."

⁶ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (2001/85) "المادة 8- أ- يستمد السجل الإلكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية: 1- أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن، في أي وقت، الرجوع إليها. 2- إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به أنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند أنشائه أو إرساله أو تسلمه. 3- دلالة المعلومات الواردة في السجل على ما ينشأه أو يتسلمه وتاريخ وقت إرساله وتسلمه. ب- لا تطبق الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للسجل التي يكون القصد منها تسهيل إرساله وتسلمه.

ج- يجوز للمنشئ أو المرسل إليه إثبات الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة بواسطة الغير."

المقصودة في الاثبات⁽¹⁾. وبشرط ايضاً أن تكون مكتوبة بشكل واضح ومقروء للتدليل على الفعل القانوني⁽²⁾. لا بل ذهب المشرع في اتفاقية نيويورك وفي قانون الاونسيترال للتحكيم والقانون الاردني بأشترط الكتابة اذا تضمنه مستند موقع من قبل الطرفان وفي هذا ايضاً مرونة أكثر فيما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني بالإضافة الى الكتابة الألكترونية , وهو ما اكدته المادة (3/13) من قانون الاثبات الاردني⁽³⁾.

الفرع الثاني : النظام العام

يعتبر الولوج في التحكيم الاللكتروني ومخالفة النظام العام أمر في غاية الخطورة نتيجة التطور السريع للمفاهيم التجارية والثقة التجارية وكذلك الامر بالنسبة للنظام العام الذي يعتبر غير ثابت من مكان الى اخر ومن زمان الى اخر حتى انه قد يختلف من بداية الاتفاق على التحكيم لحين تقديم قرار التحكيم للتنفيذ وبالتالي ضرورة الالتزام به من حيث المبدأ , وذلك لان مخالفة النظام العام يعني بالمحصلة إنهاء اتفاق التحكيم بعد تقديمه للتنفيذ⁽⁴⁾

إن النظام العام كفكرة ترمي الى حماية المجتمع المحلي والاسس الجوهريّة التي يقوم عليها⁽⁵⁾, واما الحماية الفردية فأنها تخرج من هذا المفهوم وهو الحماية الخاصة فلا تعتبر من قبيل النظام العام ولا يمكن حمايتها⁽⁶⁾ الا من قبل الافراد انفسهم برد هذا الاعتداء من خلال القضاء .

النظام العام لا يختلف بالوسيلة القانونية المستخدمه , بمعنى انه لا تغيير في أساسه سواء كانت طرق فض النزاع عادية كلاسيكية مثل القضاء او التحكيم العادي او كانت بالطرق الاللكترونية لاسيما عند التنفيذ .

معظم التشريعات على وجه البسيطة اكدت على حماية النظام العام الدولي ومن ثم الداخلي ومنها ما تضمنته أتفاقية نيويورك لتنفيذ احكام التحكيم على حماية النظام العام الداخلي لاي بلد ينفذ فيه قرار التحكيم⁽⁷⁾

¹. خالد ممدوح ابراهيم , التحكيم الاللكتروني في عقود التجارة الدولية , ص 294.

². Overview on Online Arbitration and Procedures (Jordan as an Example) , Mostafa Al Ateyat , Ahmad Kh. Al Dhahir, **Canadian Social Science**, 2013 page 82.

³. قانون البيئات رقم (1952/30) المادة(13)1. تكون للرسائل قوة الاسناد العادية من حيث الاثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً بارسالها. 2- وتكون البرقيات هذه القوة أيضا إذا كان أصلها المودع في دائرة البريد موقعاً عليه من مرسلها. 3-أ- وتكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الاللكتروني قوة السندات العادية في الاثبات. ب- وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل اليه حجة على كل منهما. ج- وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة او الموقعة قوة الاسناد العادية من حيث الاثبات ما لم يثبت من نسبت اليه أنه لم يستخرجها او لم يكلف احدا باستخراجها.

⁴. ياسر احمد العجلوني , التحكيم والنظام العام في القانون الأردني , مجلة المنارة للسياسات والدراسات القانونية , العدد السابع , 2014 , ص 120

⁵. اياد بردان , التحكيم والنظام العام " دراسة مقارنة", منشورات الحلبي , 2004 , ص 391 .

⁶. جلال محمد ميمول , الدفع بعدم الاختصاص وفكرة النظام العام , موجود على الرابط <http://www.berradarz.ma/3adam-iktissass.pdf> , بتاريخ 2018/2/22, الساعة 14.15 , ص 19.

⁷. المادة (2/5)ب) من اتفاقية نيويورك لعام 1958 تنص على يمكن رفض الاعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه اذا رات السلطات في البلد المطلوب تنفيذ القرار فيه ان الاعتراف بذلك القرار وتنفيذه يناقض السياسة العامة لذلك البلد .

باستثناء فرنسا كما اشرنا سلفاً في حال كان الخلاف دولياً - وهو ما تضمنه قانون الانوسيترال في مادته (1/36/ب/2) بأن المحكمة تقرر من تلقاء نفسها إذا رأت أن الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة للدولة ومخالف للنظام العام⁽¹⁾ وكذلك التشريعات العربية بمعظمها ومنها ما نصت عليه المادة (49/ب) من قانون التحكيم الأردني رقم (2018/16) بأن محكمة الاستئناف وهي المحكمة صاحبة الصلاحية سواء ما تم أو اجري ضمن اختصاصها التحكيم أو محكمة الاستئناف التي يتفق عليها الطرفان هي التي تنظر في دعوى البطلان من تلقاء نفسها فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة⁽²⁾، ويمكن ان يتدخل النظام العام في مراحل التحكيم من بداية الاتفاق على التحكيم الى محل التحكيم مروراً بالاجراءات الى صدور القرار وتنفيذه⁽³⁾.

وامر مهم اخر ان عدم النص على مخالفة النظام العام في القوانين لايعني عدم الأخذ بهذه الأسباب في تلك القوانين للطعن في الحكم فالنظام العام عموماً احد الضوابط الأساسية في كافة التصرفات القانونية والاحكام القضائية والتحكيمية بحيث تؤدي مخالفته الى بطلان او ابطال التصرف او الطعن به وفق أي وسيلة أخرى متاحة قانوناً دون حاجة الى نص خاص به⁽⁴⁾.

والمحكم اصولاً يجب أن يتمتع بالاهلية وأن لا يكون محكوماً بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب اشهر افلاسه ولو رد اليه اعتباره وأن يكون قبول المحكم لمهمة التحكيم كتابة كأصل عام ، وكذلك لايجوز للمحكم تجاوز مهمته المبينه في اتفاق التحكيم أو اصدار الحكم خارج الوقت المتفق عليه وهو من قبيل مخالفة المحكم للنظام العام⁽⁵⁾ و الأهم من ذلك عدم جواز قبول المحكم الاتفاق التحكيمي اذا كان مخالفاً للنظام العام شأنه في ذلك المحكمة الوطنية التي تردها من تلقاء نفسها⁽⁶⁾، كون المحكم هو العنصر الأهم في منظومة المنازعات التحكيمية وله ماليس لغيره من السلطات المكانية والزمانية على المنازعة التحكيمية⁽⁷⁾.

ويثور التساؤل عن الوقت الذي تكون فيه مخالفة للنظام العام هل هو وقت الاتفاق ام وقت التنفيذ كون النظام العام مختلف ومتطور من الناحية الزمانية. المستشار محمد الديري يرى بأن مفهوم النظام العام الذي يتعين اخضاع حكم التحكيم له بوقت ممارسة الرقابة على الحكم وهي ذاتها القاعدة المماثلة لهذا المبدأ والتي

¹ . الانوسيترال " هيئة قانونية رئيسية تابعة لمنظومة الامم المتحدة في مجال القانون التجاري ، وهي متخصصة في مجال اصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي ، ومنه هيئة مختصة بالتحكيم وتنص في قانونها في المادة (2/ب/1/36) على ضرورة عدم مخافة قرار التحكيم للسياسة العامة للدولة المراد تطبيق حكم التحكيم فيها ."

² . المادة (49/ب) من قانون التحكيم الأردني رقم (2001/31) تنص على " تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو اذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم بها ."

³ . اياك بردان ، مرجع سابق ، ص 8

⁴ حمزة حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، الجزء الأول ، 2007 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، فقرة 185 .

⁵ . حمزة حداد ، بطلان حكم التحكيم لمخالته النظام العام ، ملحق مكة الثاني للتحكيم ، 2008 ، المعهد العربي للتسوية والتحكيم .

⁶ . ممدوح عبد الحميد ، انعام الدسوقي ، مرجع سابق ، ص 9 .

⁷ . محمد احمد شحاته ، التحكيم في الفقه والقانون المقارن ، المكتب الجامعي الحديث ، 2009 ، ص 35 .

تطبيق على الاحكام الاجنبية والتي يطلق عليها مبداء وقتية النظام العام وبالتالي يمكن ان يكون حكم التحكيم متوافقا مع النظام العام لحظة صدوره بينما يعتبر ضد النظام العام لحظة المطالبة بتنفيذه.⁽¹⁾

كما أن اطراف النزاع قد يتفقوا على اختيار قانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وهم على علم والمحكم بمخالفته النظام العام فهل يستطيع المحكم أن يغير هذا القانون ؟. كما ذكرنا فأن على المحكم واجب في ضرورة احترام الانظمة القانونية التي سيتم تطبيقها على النزاع , ويفرض عليه اتفاق التحكيم إقامة التوازن بين مراعاة مصالح اطراف النزاع من ناحية ومراعاة مصالح المجتمع او المجتمعات التي قد تتأثر بنتيجة التحكيم , والمطلوب من المحكم هو بذل العناية اللازمة لحسن سير التحكيم وتنفيذ قراره.⁽²⁾

وفي هذا تذهب قواعد غرفة التجارة الدولية في ضرورة أن يتوخى مركز التحكيم أن يطبق القانون الممكن تنفيذه , وعلى المحكم أن يستبعد القانون الذي اختاره الاطراف إذا تبين له أن هذا الاختيار سيؤدي الى عدم تنفيذ حكم التحكيم وعلى المحكم التزام التأكد من قابلية حكمه للتنفيذ.⁽³⁾

وهذا يعني أنه بالضرورة معرفة المحكم أو هيئة التحكيم النظام العام الخاص المراد تطبيقه من قبل الاطراف وفي حال عدم مطابقتها البحث عن النظام العام القريب من النزاع والاطراف, وهذا غير منطقي ومخالف للقواعد القانونية وبالتالي بطلان التحكيم في القانون الاردني وغيره من الاتفاقيات الدولية⁽⁴⁾, الا اذا لم يتفق اطراف النزاع على القانون واجب التطبيق⁽⁵⁾, وفي حال ان تم احالة الاتفاق الى قانون مخالف للنظام العام قواعد الاونسيترال بينت بعدم الاستمرار في التحكيم من قبل المحكم⁽⁶⁾.

أما في حال لم يتفق الاطراف على قانون فإنه ملزم بالبحث عن قانون واجب التنفيذ لانه اصبح بمهمة الوصول الى نتيجة وليس فقط بذل عناية .

وفي حال أن اختلف مكان تطبيق قرار التحكيم في اكثر من بلد أو جهة بالاضافة الى تطبيق النظام العام الدولي وجب على المحكم مراعاة جميع تلك البلدان ونظامها العام .

¹ . محمد الديري, اجتهادات في القضاء الاردني وتعليقا على نص المادة (49) من قانون التحكيم الاردني . اجتهادات عربية , مجلة التحكيم , 2009 , العدد

الثالث ص 274 .

² . الدكتور حسام التلهوني , مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام) مجلة التحكيم , العدد الثالث , 2009 , ص 208 . .

³ . المادة (26) من قواعد غرفة التجارة الدولية لسنة 1988 وقرارات لغرفة التجارة الدولية (نقلا عن مقال الدكتور حسام التلهوني , مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام) مجلة التحكيم , العدد الثالث , 2009 , ص 210 .

⁴ . المادة (4/49) من قانون التحكيم الاردني " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في الحالات التالية :4. إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي أتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع "

⁵ . المادة (1/35) من قواعد الاونسيترال للتحكيم " تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الاطراف بأعتبارها منطبقة على موضوع النزاع , فأن لم يعين الاطراف تلك القواعد طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسبا"

⁶ . المادة (2/36) من قواعد الاونسيترال تنص " اذا اصبح الاستمرار في اجراءات التحكيم قبل صدور قرار التحكيم عديم الجدوى او مستحيل التنفيذ لاي سبب غير مذكر في الفقرة 1 , ابلغت هيئة التحكيم الاطراف بعزمها على اثناء الاجراءات "

ومن جانبنا نؤكد على ضرورة وجود ثوابت دولية يجب عدم مجاوزتها كما هي الرشوة والفساد وبيع الاعضاء البشرية وغيرها من ما يعتبر نظاما دوليا , بالاطافة الى مراعاة النظام الداخلي للدول حماية للقواعد القانونية والمجتمعية .

وحق نخرج من ما هو نظاما عاما داخليا فلا بد من اعتماد الهيئات الدولية للتحكيم واعتمادها للخروج من التحكيم الداخلي حتى تستمر المعاملات التجارية في استقرار وكذلك لسهولة الوصول الى قواعدها وعدم الخروج عن ما يعكس صفو التحكيم الدولي عند اللجوء الى التنفيذ .

المطلب الثاني : تنفيذ حكم التحكيم

تعتبر قابلية النزاع للحل عن طريق التحكيم شرطاً لصحة اتفاق التحكيم , حيث لا يمكن أن يكون التحكيم صحيحاً اذا كانت المنازعة غير قابلة للفصل عن طريق التحكيم وبالتالي لا بد للمحكم والاطراف أن يكونوا متأكدين من قابلية المنازعة للتحكيم وتنفيذها من خلال القانون المتفق عليه⁽¹⁾.

والاتفاق على التحكيم وأن كان يتضمن نزاعاً للاختصاص القضائي بصورة مبدئية , الا أنه أبعد من ذلك حيث أنه يتضمن الجهة التي ستفصل في النزاع والية اختيارهم والاجراءات والصلاحيات والقانون الواجب التطبيق الذي من المحتمل أن يكون قانوناً أجنبياً ومكان التحكيم الذي قد يكون دولةً أجنبية أو هيئة أجنبية أو مكان افتراضي⁽²⁾.

ويجب على النظام القانوني الذي يسير عليه التحكيم أو يتفق عليه ولاسيما التحكيم الألكتروني أن يراعي متطلبات المعاهدات والاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال التحكيم وكذلك القوانين الداخلية وكل ما يخص تنفيذ الاحكام الاجنبية لأن من الوضع الطبيعي أن تنفذ احكام المحكمين في اطار احد دول الاطراف وهذا يتطلب استصدار امر من الجهة القضائية في بلد احد اطراف النزاع بتنفيذه في اطار القوانين الداخلية⁽³⁾.

ويتم من خلال هذا المطلب بحث القانون الواجب التطبيق في اولاً , وثانياً الية تنفيذ قرار التحكيم .

اولاً: القانون الواجب التطبيق في التحكيم الألكتروني

بداية تنص المادة الثالثة⁽⁴⁾ من قانون التحكيم الاردني بأن قانون التحكيم الاردني هو صاحب الولاية وتسري احكامه على كل تحكيم يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني او تجاري وبين اشخاص القانون العام أو الخاص

¹ . احمد بن حازه , التحكيم وحل المنازعات في العقود الاقتصادية , رسالة ماستر , جامعة الجزائر , 2005 , ص 118 .

² . حمزة حداد , مشاكل اتفاق التحكيم في الدول العربية , ورقة عمل مقدمة في مؤتمر العربي للتحكيم والتسويات البديلة , 2008 , ص 5 .

³ . نبيل المقابلة , التحكيم الألكتروني , 2007 , ص 7 . منشور على الوصلة الألكترونية

⁴ http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=216 بتاريخ 2018/11/28.

⁴ . قانون معدل لقانون التحكيم رقم 2018/16 , المادة الثالثة " يلغى نص المادة 3 من القانون الأصلي ويستعاض عنه بالنص التالي (أ)

وسواء كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع تعاقدية او غيرها مع مراعاة احكام الاتفاقيات الدولية النافذة ومراعاة الأعراف التجارية الدولية في التحكيم الدولي .

وفي هذا قضت محكمة التمييز في احد قراراتها أنه يجب تطبيق القوانين المشار اليها في البند (20) من عقد العمل الذي يحكم العلاقة بين الطرفين وفق قواعد مجلس التحكيم الامريكى وفي ضوء هذا النص فأن التحكيم المتفق عليه يخرج عن التحكيم المشار اليه في المادة الثالثة من قانون التحكيم الاردني , اذ أنه يجري خارج المملكة⁽¹⁾ .

الا أن التحكيم بين اطراف النزاع اختياري حيث أن لهم حرية الاختيار بداية من التحكيم الى المحكمين وكذلك الاجراءات المتبعة والقانون الذي يحكم علاقتهم ونزاعاتهم بغض النظر عن هذا القانون وبشرط عدم مخالفته للنظام العام والمسائل الجوهرية كحق الدفاع⁽²⁾ , وفي هذا ذهبت المادة (36) من قانون التحكيم الاردني في أن هيئة التحكيم تطبق على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان ولهم الحق في اختيار اي قانون لاي دولة على أن يتم اتباع القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة⁽³⁾ .

وهو نفسه ما اكدته قواعد قانون الاونسيترال في المادة (35) في أن هيئة التحكيم تطبق قواعد القانون الذي يتفق عليه الاطراف بما يخص نزاعهما ومع مراعاة النظام العام كما ذكرنا واعراف التجارة الدولية , يجب ايضا أن تراعي العادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين وشروط العقد⁽⁴⁾

وفي حال أنه لم يتفق الطرفان على القانون الواجب التطبيق في موضوع النزاع فأن هيئة التحكيم او المحكم هو من يختار القانون الملائم والمناسب لنوع وخصوصية النزاع⁽⁵⁾ , لاسيما اذا كان احد الطرفين هو مستهلك , ونحن من هنا نوجه مشرعنا الاردني بضرورة حماية المستهلك لاسيما في العقود الألكترونية , التي غالبا ما يقع ضحيتها كونه الطرف الاضعف .

مع مراعاة احكام الاتفاقيات النافذة في المملكة تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاق , يكون مقره في المملكة وعلى كل تحكيم يتم الاتفاق على اخضاعه لهذا القانون سواء تعلق بنزاع مدني او تجاري بين اطراف اشخاص القانون العام او القانون الخاص وأيما كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية او غير عقدية . (ب) تراعى في تفسير احكام هذا القانون القواعد والمبادئ الأحوال جميعها بالاعراف التجارية " .

¹ . قرار محكمة التمييز رقم (4186) , نقلا عن نشأت السبايدة , ولاية القضاء على حكم التحكيم في ظل القانون الاردني , 2012, جامعة الشرق الاوسط , ص 31.

² . اشرف العاصي , مقالة الكترونية منشورة على الوصلة الالكترونية " <http://www.alassy.net/news/index.php?news=96> " استخرجت بتاريخ

2018/11/20.

³ . -المادة (1/36) من قانون التحكيم الاردني (2018/16) " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان واذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ."

⁴ . المادة 36/ج, من قانون التحكيم الاردني " في جميع الاحوال , يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الاعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين .

والمادة (3/35) من قانون الاونسيترال للتحكيم " والمادة (3/ب) من قانون المعاملات الالكترونية الاردني تنص " يراعى عند تطبيق احكام هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الالكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها."

⁵ . مادة (36/ب) من قانون التحكيم الاردني , ومادة (1/35) من قانون الاونسيترال للتحكيم " اذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

كما أنه من الضرورة الإشارة الى استقلالية القانون المطبق في التحكيم عن القانون في العقد لاصلي ، أي أنه ليس بالضررة أن يخضع لنفس القانون حيث يعتبر شرط التحكيم او اتفاق التحكيم مستقلاً بذاته عن شروط العقد الأخرى وهذا ما نصت عليه المادة (22) من قانون التحكيم الأردني ، ولا يرتب بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي اثر على شرط التحكيم إذا كان شرط التحكيم صحيحاً⁽¹⁾.

بالإضافة الى أن بمقدور هيئة التحكيم في التحكيم في الصلح أن تخالف العقد الاصلي وأن لا تنقيد حرفياً⁽²⁾، لأنها تحكم بالصلح استثناءً بشرط أن يتم الاتفاق على ذلك صراحة وتطبق قواعد العدالة والأنصاف .

وهذا الامر يعني ضرورة معرفة طرفي النزاع الى اين هم ذاهبون الى تحكيم قانوني ام صلح حسب قواعد العدالة والأنصاف. وما ينطبق على عقد التحكيم التقليدي يطبق على عقد التحكيم الإلكتروني⁽³⁾.

وفي حال استبعد المحكم أو هيئة التحكيم تطبيق القانون المتفق عليه من قبل اطراف الخصومة فأن حكم الهيئة او المحكم باطلا سندا لنص المادة (4/49) من قانون التحكيم الأردني⁽⁴⁾.

واخيراً فأن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني اكد على خضوع جميع المعاملات الإلكترونية اليه بما فيها التحكيم الإلكتروني، مالم يتفق على غير ذلك بين الاطراف ، كون العقد شريعة المتعاقدين بما لا يتعارض مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية⁽⁵⁾.

ثانياً : تنفيذ قرار التحكيم

خلاصة خروج اطراف الخصومة من طرق التقاضي بواسطة المحاكم الى الطريق الاستثنائي وهو التحكيم الإلكتروني هو تمكين من سيصدر القرار لمصلحته من الحصول على حقه بأيسر الاجراءات وابطسها وكل ما يمر به نظام التحكيم تصب في المرحلة الاخيرة وهي الحل النهائي للنزاع⁽⁶⁾.

¹ . مادة (22) من قانون التحكيم الأردني " يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه اذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته ."

² . حمزة حداد ، مرجع سابق ، ص 17.

³ . توجان الشريدة ، ماهية واجراءات التحكيم الإلكتروني ، غير معروف سنة النشر ، مقال القي في المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) ، ص 1104.

⁴ . المادة (4/49) من قانون التحكيم الأردني تنص " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في أي من الحالات التالية-4/ اذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع."

⁵ . المادة 5/ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني " - تطبيق احكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق اطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل الكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك. ب- لمقاصد هذه المادة لا يعتبر الاتفاق بين اطراف معينة على اجراء معاملات محددة بوسائل الكترونية ملزماً لاجراء معاملات اخرى بهذه الوسائل."

⁶ . ابراهيم اسماعيل ابراهيم ، فعالية قرار التحكيم الإلكتروني ، مقال نشر في مجلة جامعة بابل للعلوم الأنسانية ، العدد 2 ، المجلد 21 ، 2013 ، ص

والاصل أن يتم تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بالتراضي بين المتخاصمين لأن الثقة في قرارات التحكيم والاطمئنان الى نفاذها يؤثر بلا شك من الناحية العملية على التجارة الدولية في المقابل أعداد الثقة تزيد من المخاطر والاثر السلبي على التجارة الدولية⁽¹⁾.

المحكمة الالكترونية في المادة (6/25) تقرر أن القرار الصادر من هيئة التحكيم أو المحكم هو قرار نهائي ينفذ فوراً وغير قابل للطعن أو الاعتراض ويجب على الأطراف تنفيذه بسرعة وعدم التأخير وعلى الطرف الخاسر التنفيذ.

وبطبيعة الحال يجب أن يكون حكم التحكيم الإلكتروني مسبباً كما هو التحكيم التقليدي وفي هذا نص المادة (34) من قانون الأونسيترال للتحكيم وقانون التحكيم الأردني في مادته (41/ب) الا اذا اتفق طرفي التحكيم على غير ذلك اي بدون تسييب أو كان القانون المطبق على الاتفاق لا يشترط التسييب⁽²⁾. وهو ما تم تعديله في النص الأخير للقانون الأردني رقم 2018/16 بحيث اشترط التعليل والغي نصه السابق بإمكانية الاتفاق على غير ذلك , ولعل الحكمة زالت بتعديل هذا النص لتعارضه مع النصوص الأولى بمرعاة الاتفاقيات الدولية النافذة المفعول وفق نص المادة الثالثة في القانون المعدل سالفه الذكر .

كما أن قرار التحكيم الإلكتروني كما هو غيره يجب أن يصدر من المحكمين أو هيئة التحكيم كتابة ويوقع من قبل المحكمين او الهيئة⁽³⁾.

كما يشترط أن يكون مكتوباً باللغة العربية مالم يتفق على غير ذلك بين الأطراف , ويجوز نشر قرار التحكيم علناً اذا وافق الأطراف⁽⁴⁾.

وهنا يثور التساؤل عن اذا ما رفض احد الأطراف وتحديد الخاسر تطبيق قرار التحكيم الإلكتروني ؟

¹ . عصام عبد الفتاح مطر , التحكيم الالكتروني , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية , ص 486 .

² . قانون التحكيم الأردني رقم (2018/16) مادة (41/ب) تنص " يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً " المادة (2/31) من قانون الأونسيترال للتحكيم تنص على " يبين في قرار التحكيم الاسباب التي بني عليها القرار مالم يتفق الطرفان على عدم بيان الاسباب " وهو ذات نص المادة 3/34 من قواعد

الأونسيترال المنقحة لعام 2010

³ . قانون التحكيم الأردني رقم (2018/16) مادة (41/أ) " يتم تدوين حكم التحكيم ويوقعه المحكمون , وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم يكتفى بتوقيع أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية.

" . المادة (1/31) من قانون الأونسيترال للتحكيم تنص " يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم او المحكمون ويكتفي في اجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد أن توقعه اغلبية اعضاء هيئة التحكيم , شريطة بيان أسباب غيبة اي توقيع " .

⁴ . قانون التحكيم الأردني رقم (2018/16) المادة 28- أ- يجري التحكيم باللغة العربية . ب- عل الرغم مما ورد في الفقرة الأولى يجوز للطرفين الاتفاق

على لغة أخرى كما يجوز لهيئة التحكيم ان تحدد لغة او لغات أخرى , ويسري حكم الاتفاق او القرار على لغة البيئات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية وكذلك على كل قرار تتخذه الهيئة او رسالة توجهها او حكم تصدره مالم ينص اتفاق الطرفين او قرار هيئة التحكيم على غير ذلك.

ج- ولهيئة التحكيم أن تقرر أن يرفق بكل او بعض الوثائق المكتوبة التي تقدم في الدعوى ترجمة الى اللغة او اللغات المستعملة في التحكيم وفي حالة تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها". المادة (1/22) من قانون الأونسيترال تنص "للطرفين حرية الاتفاق على اللغة او اللغات التي تستخدم في اجراءات التحكيم "

على الطرف الاخر وهو من يريد تطبيق القرار أن يتقدم الى المحكمة المختصة وهي في قانون التحكيم تكون محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم⁽¹⁾، وطبعاً اذا كان كلا الطرفين يخضعان لقانون التحكيم واتفاقاً على تطبيق قانون التحكيم الاردني او ضمن اختصاصه. اما اذا كان اتفاق التحكيم جرى في خارج الاردن او بالطرق الألكترونية فأن قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية في مادته الرابعة حدد محكمة البداية التي يقيم المحكوم عليه ضمن صلاحيتها أو المحكمة التي يقع ضمن صلاحيتها املاك المحكوم عليه اذا كان المحكوم عليه لا يقيم في الاردن⁽²⁾.

ومن الضرورة بمكان ان نشير انه لوعورة امر التنفيذ الناتج عن القرار الاللكتروني ظهر ما يسمى بنظام الية تنفيذ ذاتي خاص لاحكامه من خلال مؤسسة الايكان والذي بموجبه يمكن للمعتدى على حقوقهم من استخدامه ضد جانري عناوين المواقع الاللكترونية غير المشروعه وهي تلزم جميع مسجلي المواقع الاللكترونية المعتمدين من قبل الايكان من الرجوع الى نظام التحكيم الاجباري في البوليصه الموحدة⁽³⁾.

كما لا بد من الإشارة الى ان بعض المراكز التحكيمية ترم عقود مع مصدري البطاقات الائتمانية كشركة فيزا او ما ستر كارد ويتضمن هذا العقد شرطاً يخول مصدر بطاقات الائتمان والزامه برد المبالغ المطلوبة من قبل مراكز التحكيم وتحويلها لاي من اطراف الخصومة اذا ما تلقت الشركات الائتمانية قرارا تحكيميا من المركز المتفق عليه⁽⁴⁾.

ويعتبر الحكم الألكتروني من ضمن الاحكام المشمولة بالتنفيذ حسب ما ود في قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية عندما عرف الحكم الاجنبي بأنه يشمل قرار المحكمين في اجراءات التحكيم⁽⁵⁾.

وبعد ذلك يكون للقاضي الرقابة الشكلية بقابلية التنفيذ وعدم مخالفته للنظام العام بعد أن يكون قد أنقضى ميعاد البطلان واستصدار امر بتنفيذ حكم التحكيم الألكتروني .

¹ قانون التحكيم الاردني رقم (2018/16) تنص المادة الثانية " المحكمة المختصة:محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف اخرى في المملكة.

² قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (1952/8) المادة (4) " تقام الدعوى بطلب تنفيذ حكم اجنبي باستدعاء يقدم الى المحكمة البداية التي يقيم المحكوم عليه ضمن صلاحيتها او المحكمة التي تقع ضمن صلاحيتها املاك المحكوم عليه التي يرغب في تنفيذ الحكم عليها اذا كان المحكوم عليه لا يقيم في المملكة

الاردنية الهاشمية"

³ www.icaan.org/ar تم الرجوع اليه بتاريخ 2019/1/30 .

⁴ .رجاء نظام بني شمسه , الاطار القانوني للتحكيم الاللكتروني, مرجع سابق .

⁵ .قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (1952/8) المادة(2) " تعني عبارة (الحكم الاجنبي) الواردة في هذا القانون كل حكم صدر من محكمة خارج المملكة الاردنية الهاشمية (بما في ذلك المحاكم الدينية) يتعلق في اجراءات حقوقية ويقيض بدفع مبلغ من المال او الحكم بعين منقولة او تصفية حساب ويشمل قرارالمحكمين في اجراءات التحكيم اذا كان ذلك القرار قد أصبح بحكم القانون المعمول به في البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلاً للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور.

الخاتمة :

تمت دراسة التحكيم الإلكتروني ضمن نصوص القانون الأردني للتحكيم , وقانون المعاملات الإلكترونية وقانون الأونسيترال للتحكيم وقواعد الأونسيترال للتجارة الإلكترونية , واتفاقية نيويورك وغيرها من القوانين التي لها علاقة . لما لهذا الموضوع من أهمية متزايدة في ظل اعتماد العالم على التجارة الإلكترونية والتي تقدر بأكثر من 90% من نسبة التجارة العالمية , وبالتالي لا بد من ضرورة تجديد وتجويد وتطوير التشريعات العربية والعالمية لضمان سير العملية التجارية وزيادة الثقة المتبادلة والبعد عن الأساليب التقليدية .

وفي ضوء هذه الدراسة رأينا التطور التشريعي المواكب للتشريع العالمي وفق قانون التحكيم الأردني المعدل رقم (2018/16) والذي استقى أحكامه من الاتفاقيات الدولية وتحديدًا اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية للتحكيم (1958) وقانون الأونسيترال للتحكيم (1985) , إلا أننا مازلنا أمام بعض الحالات التي تحتاج إلى معالجة في قانون التحكيم بعيدًا عن الاستقاء من القوانين الأخرى والاتفاقيات الدولية ومنها :

1. لم يعرف قانون التحكيم الأردني رقم (2018/16) المعدل التحكيم التقليدي وبالتالي لم يعرف التحكيم الإلكتروني , وهنا نرى أنه لا بد من تعريف التحكيم الإلكتروني والتقليدي في ظل المشروع القادم لتعديل القانون لمنع اللبس عن هذا التحكيم ولينتج هذا الاتفاق آثاره ويظهر أسراه .
2. لم يهتم المشرع الأردني بالأهلية من خلال التعاقد الإلكتروني , وكيفية اعتماد وتصديق الأطراف وأهليتهم من خلال مؤسسات الكترونية رسمية محلية وعالمية . وبالتالي ضرورة اعتماد مثل هذه المؤسسات والتضيق على من تسول له نفسه التلاعب .
3. قصر المشرع بمحكمة الاختصاص عندما نص على الرجوع إلى محكمة الاستئناف في حين أن قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية ذهب إلى محكمة أقل درجة , وخيرا فعل في قانون التحكيم الأول في المملكة رقم (1952/18) عندما أوكل الأمر إلى محكمة البداية . ولذلك يجب الرجوع إلى محكمة البداية وذلك تسهيل على المستهلك والتاجر وتوافقًا مع قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية .
4. لم يتطرق القانون الأردني للتحكيم رقم (2018/16) لحماية الطرف الأضعف وهو المستهلك وضرورة تطبيق القانون الأقرب لحماية المستهلك في حال كان طرفًا في النزاع .
5. عدل قانون التحكيم رقم 2018/16 ولم يتم مشاركة الباحثين وأصحاب الخبرة والمدارس التحكيمية في الأردن وغيرها لإضافة قيمة حقيقية للقانون والسمو به إلى أفضل القوانين من خلال نصوص رشيقة تحاذي ركب التطور العالمي الإلكتروني .
6. نشيد بموقف المشرع الأردني بإضافة البند الثاني من المادة 27 الفقرة (ب) عندما شرع التحكيم الإلكتروني بالسماح للهيئة التحكيمية استخدام الوسائل الحديثة للاتصال للقيام بأي إجراء من إجراءات التحكيم . كما نوصي في خاتمة هذا المقال لعدة أمور منها :

- تدريب وتأهيل الكوادر التحكيمية لاتمام وتنويع أساليب التحكيم ولاسيما التحكيم الإلكتروني الذي قد نشهد قريبًا تنوعًا آخر يظهر أسلوب جديدًا في التحكيم .

- عقد الندوات والمؤتمرات لتمرير الملاحظات ومعالجتها في ظل التطور السريع للمساطر الدولية وتنوع أساليب التجارة الالكترونية .
- زيادة دراسة التشريعات النازمة للتحكيم وتعديل الحقول الجافه في منع التطور التشريعي
- إيجاد مراكز متخصصة للتحكيم الالكتروني وإيجاد توئمة مع المراكز الدولية .

أنظمة الاستثمار في القانون الجزائري: دراسة مقارنة

فاطمة حديد .

ماجستير ، السنة الخامسة دكتوراه العلوم في قانون الأعمال .

أستاذة مساعدة "أ" - جامعة جيجل

مقدمة :

إنّ التحولات الاقتصادية التي عرفتها الدولة الجزائرية نهاية سنوات الثمانينات فرضت عليها تغيير النهج الاقتصادي من الطابع الموجه القائم على التخطيط إلى نظام حر يلعب فيه قانون العرض والطلب دورا محوريا ، لذلك وجب على المشرع وضع آليات وميكانزمات تعمل على ضمان وحماية هذا الطرح الجديد . ومن بين هذه الآليات نجد المادة الاستثمارية التي يمكن من خلالها دفع عجلة تنمية الدولة اقتصاديا من خلال استقطاب رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية وكذا الحد من ظاهرة البطالة ، كما يساعد الاستثمار في نقل التكنولوجيا على أكثر من صعيد . بما يرتبط بالحركية الاقتصادية وبتحريك التنمية الاقتصادية عن طريق التحفيزات التي تمنحها الدولة ، وخاصة بالنسبة للاستثمارات المحلية والأجنبية التي تعتبر الركيزة الأساسية لبناء الاقتصاد .

لذلك ، تعتبر الجباية كموجه للقرارات الاقتصادية ، وبالأخص في مجال الاستثمار الذي يعتبر من أهم الاهتمامات التي توليها الحكومات للاقتصاد ، لأنه يعتبر الشرط الأساسي لتطوير الاقتصاد و من هذه العلاقة يتبين ارتباط الضريبة بالاستثمار .

فلا بد من إيجاد طرق للنهوض بهذا المتغير الأساسي عن طريق استعمال سياسات تحفيزية جبائية تهدف إلى تشجيع الاستثمارات للمساهمة في نمو و تطوير الاقتصاد .

وهذا ما تولاه المشرع بالعبء عن طريق إلغاء القانون المتعلق بتطوير الاستثمار¹ وإحداث مكانه قانون آخر جديد يتعلق بترقية الاستثمار² عمل بمقتضاه على تكريس جملة من المزايا يمكن أن يستفيد منها المستثمر بقوة القانون دون تدخل من الإدارة (المكلفة بالاستثمار ، مصالح الجباية) ، تتجلى في إعفاءات وتخفيضات جبائية والشبه جبائية و جمركية بعنوان النظام المشترك بين كل الاستثمارات والنظام الخاص الاستثنائي ، التي حاول من خلالها تقديم تسهيلات للمستثمرين في إطار مرحلتين تتمثلان في: إنشاء وقيام المشروع الاستثماري ومرحلة استغلال تلك الاستثمارات .

ما يدفعنا ل طرح الإشكالية الآتية : إلى أي مدى يمكن اعتبار المزايا الجبائية التي كرسها المشرع الجزائري ، في ظل القانون الجديد ، آلية فعالة تعمل حقيقة على ترقية الاستثمار في الجزائر؟ .

للإجابة عن الإشكالية المطروحة قمنا بتقسيم الدراسة إلى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول النظام المشترك في ظل القانون الملغى والجديد ، ونتطرق في المبحث الثاني إلى النظام الخاص بين قانوني تطوير وترقية الاستثمار

¹ - أمر رقم 03-01 ، مؤرخ في 20 أوت 2001 ، يتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر عدد 47 ، مؤرخ في 26 أوت 2001 . معدل ومتمم .

² - قانون رقم 09-16 ، مؤرخ في 03 أوت 2016 ، يتعلق بترقية الاستثمار ، ج ر عدد 46 ، مؤرخ في 03 أوت 2016 .

المبحث الأول : النظام المشترك في ظل أمر 01-03 القديم وقانون 16-09 الجديد .

إنّ الهدف الذي يرمي القانون الجديد إلى تحقيقه يتمثل في تحديد النظام المطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات¹ ، فبالإضافة إلى التحفيزات الجبائية وشبه الجبائية والجمركية المنصوص عليها في القانون العام تستفيد الاستثمارات المعنية بالمزايا والمحددة بالمادة 02 من قانون ترقية الاستثمار².

أما المادة التاسعة من الأمر رقم 03-01 من القانون الملغى فقد نصت على: "زيادة على الحوافز الجبائية وشبه الجبائية والجمركية المنصوص عليها في القانون العام يمكن أن تستفيد الاستثمارات المحددة في المادتين 1 و2 أعلاه، بعنوان إنجازها على النحو المذكور أعلاه..."³.

والمقصود بعبارة "القانون العام droit commun" أي القانون المشترك الذي يمنح المزايا الجبائية وشبه الجبائية والجمركية المنصوص عليها ضمن قوانين الضرائب⁴ والقانون الجمركي⁵.

وحتى يتسنى لنا الخوض في مضمون النظام المشترك للاستثمار (مطلب ثاني) لا بد أولاً من تحديد مجال الاستفادة من هذه الامتيازات في إطار قانوني تطوير وترقية الاستثمار (مطلب أول) .

المطلب الأول: مجال الاستفادة من مزايا النظام المشترك للاستثمار.

الاستثمار عملية يقصد من ورائها توظيف رؤوس الأموال من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين في النشاطات المفتوحة لذلك، والمكرسة في القوانين الداخلية للدولة سواء كانت دولة المستثمر أو دولة أخرى مضيضة له.

وعرف الاستثمار على أنه: "عملية شراء أو إنتاج مواد أو تجهيزات و سلع بسيطة"⁶.

يتبين لنا من هذا التعريف على أن الاستثمار هو عملية الحصول على التجهيزات و مستلزمات الإنتاج .

ما يستدعي تحديد مجال هذه الاستثمارات من حيث الموضوع، ومن حيث الأشخاص، بمعنى هل كل استثمار وكل مستثمر له الحق في الاستفادة من هذه الامتيازات؟ .

¹ - المادة الأولى قانون رقم 16-09 ، المرجع السابق .

² - المادة 12 ، نفس المرجع .

³ - أمر رقم 03-01 ، معدل ومتمم بموجب أمر رقم 08-06 مؤرخ في 15 جويلية 2006 ، ج.ر. عدد 47 مؤرخ في 19 جويلية 2006 .

⁴ - قانون رقم 01-21 ، مؤرخ في 22 ديسمبر 2001 ، يتعلق بقانون المالية لسنة 2002 ، ج ر عدد 79 ، مؤرخ في 23 ديسمبر 2001 . من المادة 40 حتى المادة 200 منه . (معدل ومتمم) .

- أمر 76-101 ، مؤرخ في 09 ديسمبر 1976 ، يتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة ، ج ر عدد 102 ، مؤرخ في 22 ديسمبر 1976 ، معدل ومتمم .

- أمر رقم 76-103 ، مؤرخ في 09 ديسمبر 1976 ، يتضمن قانون الطابع ، ج ر عدد 39 ، مؤرخ في 15 ماي 1977 ، معدل ومتمم .

- أمر رقم 76-104 ، مؤرخ في 09 ديسمبر 1976 ، يتضمن قانون الضرائب غير المباشرة ، ج ر عدد 70 ، مؤرخ في 02 أكتوبر 1976 ، معدل ومتمم .

- أمر رقم 76-105 ، مؤرخ في 09 ديسمبر 1976 ، يتضمن قانون التسجيل ، ج ر عدد 81 ، مؤرخ في 18 ديسمبر 1976 ، معدل ومتمم .

⁵ - قانون رقم 79-07 ، مؤرخ في 21 يوليو 1979 يتضمن قانون الجمارك ، ج ر عدد 30 ، مؤرخ في 24 يوليو 1979 . معدل ومتمم .

⁶ - MILOUDI Boubaker , investissement et stratégie du développement , OPU, ALGER, 1987 , p 15.

الفرع الأول: من حيث موضوع الاستثمار.

حتى يستفيد الاستثمار من الامتيازات الممنوحة بعنوان النظام العام للاستثمار يجب أن تتوفر في موضوعه المواصفات المحددة في قوانين الاستثمار.

أولاً: في ظل الأمر 03-01:

تنص المادة الأولى من الأمر 03-01 على: " يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات. وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/أو الرخصة".¹ فمن هنا يمكن حصر محل الاستثمار في:

-استثمارات منتجة: تلك الاستثمارات التي تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال زيادة الإنتاج. وهي التي تعطي من خلال إنتاج مثل القطاع الزراعي أو الصناعي أو التجاري.²

-الاستثمارات في إطار الامتياز و/أو الرخصة: يقصد بها إنتاج سلعة أو خدمة ، لكن الفرق بينه وبين النوع الأول (الاستثمارات المنتجة) أن هذا النوع يتعلق بقطاعات تتطلب استغلال الدومين العام أو الأملاك التابعة للدولة³، رغم أن المشرع فتح هذه القطاعات أمام المستثمر الخاص إلا أنه أقره بضرورة الحصول على رخصة أو امتياز ، هذا الأخير الذي يُمنح من قبل السلطات المختلفة وفقاً لإجراءات تختلف باختلاف كل قطاع .

ثانياً : في ظل القانون المتعلق بترقية الاستثمار.

أبقى المشرع ضمن المادة الأولى مجال وحيد فقط يمكن من خلاله المستثمر الاستفادة من الامتيازات الجبائية وشبه الجبائية والجمركية وتعلق الأمر بالاستثمارات المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات أي أنّ الاستثمارات التي تستفيد بقوة القانون من المزايا الجبائية تلك التي تعمل على زيادة الإنتاج وتحقق التنمية الاقتصادية .

وهذه الاستثمارات المحددة ضمن نص المادة الأولى من الأمر 03-01 تتخذ إحدى الأشكال التالية⁴:

1-اقتناء أصول جديدة تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج، أو إعادة التأهيل، و/أو إعادة الهيكلة .

فاقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة و معناهما واحد وهو استحداث نشاط جديد والذي لا يتم إلا بإنشاء شخص معنوي (مؤسسة أو شركة) حسب الأشكال المقررة في القانون.

أي : تعويض أصل استثماري بأصل جديد بعد انقضاء مدة حياته بتعويضه للاهلاك على مدار عدة سنوات حيث يمثل الاهلاك مخزوننا من رأس المال يؤدي إلى تراكم هذه الأقساط مع أن هذا المخزون يستعمل في تجديد الأصل الممتلك بأصل جديد⁵

¹ - أمر رقم 03-01، المرجع السابق .

² - رضائي لعلا ، أثر التحفيز الجبائية على الاستثمار في ظل الإصلاحات الاقتصادية : حالة الجزائر ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية ، فرع : التخطيط الاقتصادي ، جامعة الجزائر ، السنة الدراسية 2002/2001 ، ص 34.

³ -ع نصل كمال الدين ، مبدأ الحيطة في انجاز الاستثمار وموقف المشرع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الإصلاحات الاقتصادية، جامعة جيجل، 2005-2006، ص112.

⁴ - المادة 02 من الأمر 03-01 .

⁵ - MILOUDI Boubaker, OP Cit, pp 17 et 18

توسيع قدرات الإنتاج: الذي يعني تلك الاستثمارات التي هدفها تحسين نوعية الإنتاج وزيادة فيه.

2- الاستثمارات في إطار الخصوصية: ونميز بين حالتين:

- المساهمة في رأسمال شركة لم يحدد المشرع الجهة التي تساهم في رأسمال الشركة وعليه ترك المجال مفتوح فقد تكون مساهمة من شخص عام أو خاص وطني أو أجنبي.

- استعادة النشاط في إطار خصوصية جزئية أو كلية ، هذه الحالة واردة ضمن القانون الملغى دون الجديد ، وهذا تماشياً مع أحكام المادة 48 من قانون الخصوصية¹ ، التي اعتبرت العمليات التي تتم في إطار تطبيق هذا الأمر تستفيد بقوة القانون من الضمانات المنصوص عليها في القانون أعلاه. وهذا ما أكدته الأمر رقم 03-01 عندما أدرج استعادة النشاط في إطار عملية الخصوصية ضمن المادة 02 ، لأن الجزائر في هذه الفترة كانت تحاول إنقاذ المؤسسات وبالتالي إنقاذ مناصب الشغل المرتبطة بها.

الفرع الثاني: من حيث أشخاص الاستثمار.

المستثمر هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينجز استثمارات أو يقدم إسهامات عينية، فالمستثمر

قد يكون شخص أجنبي أو وطني .

أولاً- بالنسبة للمستثمر الوطني.

تنص المادة الأولى من الأمر الملغى والقانون الجديد على: "يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على

الاستثمارات الوطنية والأجنبية..." .

وعليه يمكن القول بإمكانية استفادة كلا منهما من امتيازات النظام العام فتشترك جميع الاستثمارات

من الامتيازات الجبائية المحددة بموجب المادة 12 من قانون ترقية الاستثمار .

ثانياً: بالنسبة للمستثمر الأجنبي.

يكمن معيار التفرقة بين المستثمر الوطني والأجنبي في الإقامة ، وعليه فالإقامة المقصودة هنا هي المركز

الرئيسي للنشاط وبالتالي فالمشرع لم يعتمد على جنسية المستثمر وهذا تشجيعاً للمستثمرين الجزائريين المقيمين في الخارج والمالكين لرؤوس أموال لا يستهان بها في الإقدام على استثمارها في الجزائر.² وعليه سواء كان المستثمر مقيم أو غير مقيم فله الحق في الاستفادة من امتيازات النظام المشترك والخاص .

ولم يتغير الأمر بالنسبة لمعاملة الأجنبي فالمشرع أيضاً في ظل الأمر 03-01 نص على المعاملة المماثلة

حيث تنص المادة 14 على: "يعامل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريين في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار..."³.

واحتفظ المشرع بنفس المقتضى ضمن المادة 21 من قانون ترقية الاستثمار الجديد في الفصل الرابع المعنون بالضمانات الممنوحة للاستثمارات .

فالمستثمر الأجنبي له نفس معاملة المستثمر الوطني من ناحية الاستفادة من المزايا الجبائية والشبه جبائية

¹ - أمر رقم 22-95 مؤرخ في 26 أوت 1995، يتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، ج ر عدد 48 ، مؤرخ في 26 أوت 1995 (ملغى).

² - يوسف محمد، "مضمون وأهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات"، مجلة إدارة ، مركز التوثيق والبحوث الإدارية، المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 9، العدد 2 ، ص 92.

³ -أمر رقم 03-01، المرجع السابق.

والجمركية في النظام المشترك والأنظمة الخاصة .

المطلب الثاني: النظام المشترك للمزايا في ظل القانونين الملغى والجديد .

بعد أن كانت إجراءات الاستفادة من المزايا الجبائية والشبه جبائية والجمركية طويلة ومعقدة تستدعي تقديم طلب لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ، هذه الأخيرة حوّلها المشرع سلطة تقديرية في منحها المزايا من عدمه بالإضافة إلى إمكانية مطالبة الوكالة المستثمر دفع تكاليف جزاء دراسة الملفات المتعلقة بالمزايا¹. أصبح الوضع في ظل القانون الحالي المتعلق بترقية الاستثمار غير ذلك ، حيث يستفيد المستثمر من الامتيازات المشتركة بين جميع أنواع الاستثمارات المنتجة بقوة القانون و بصفة آلية بعد التسجيل² على مستوى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار دون تدخل منها³. باستثناء الاستثمارات التي يساوي مبلغها أو يفوق خمسة ملايين دينار (5.000.000.000 دج) التي تستدعي حصول المستثمر على موافقة مسبقة من المجلس الوطني للاستثمار⁴. وعليه قلّص المشرع من السلطة التقديرية للإدارة الاستثمارية في منح المزايا أو لا .

لكن ، لم يبيّن الجهة التي يرفع أمامها أي إشكال يتعلق بالاستفادة من تلك المزايا .

الفرع الأول : توسيع المزايا في مرحلة الإنجاز.

يبدأ سريان أجل الإنجاز من تاريخ التسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ، ويدون ذلك في شهادة التسجيل ويمكن تمديد هذا الأجل⁵ إلى غاية إقامة المشروع الاستثماري ويستفيد من المزايا الآتية :

أولا : في إطار أمر رقم 01-03 القديم

حسب المادة 09 منه تتجلى المزايا في إطار هذا النظام في :

- الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع غير المستثناة المستوردة والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار ؛
- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع غير المستثناة المستوردة والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار ؛
- الاعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض عن كل المقتنيات العقارية التي تمت في إطار الاستثمار المعني .

ثانيا : حسب القانون الجديد :

وفقا للمادة 12 من قانون ترقية الاستثمار تستفيد الاستثمارات من المزايا الآتية :

- الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار ؛

¹ - المادة 07 ، نفس المرجع .

² - مرسوم تنفيذي رقم 17-102 ، مؤرخ في 05 مارس 2017 ، يحدد كيفية تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به ، ج ر عدد 16 ، مؤرخ في 08 مارس 2017 .

³ - المادة 08 ، قانون 16-09 ، المرجع السابق .

⁴ - المادة 14 ، نفس المرجع .

⁵ - المادة 20 ، قانون 16-09 ، المرجع السابق .

- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات المستوردة أو المقتناة محليا التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار ؛
 - تتمتع البضائع والسلع من المزايا في حالة ما إذا لم تُلحق بالقائمة السلبية المستثناة من الاستفادة¹ ، وذلك لغرض حماية الاقتصاد والمنتوج الوطني ، هذا من جهة ، كما لم يتم التطرق إلى إعفاء المواد الأولية سيما بالنسبة للمنتوج الوطني ، من جهة أخرى .
 - الإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض والرسم على الإشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار المعني ؛
 - الاعفاء من حقوق التسجيل والرسم على الإشهار العقاري ومبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز على الأملاك العقارية المبنية وغير المبنية الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية ، وتطبق هذه المزايا على المدة الدنيا لحق الامتياز الممنوح ؛
 - تخفيض بنسبة تسعين بالمائة (90%) من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة خلال فترة إنجاز الاستثمار ؛
 - الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار ابتداء من تاريخ الاقتناء ؛
 - الإعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية للشركات والزيادات في رأس المال .
- من خلال ما تقدم وبالمقارنة بين القانونين الملغى والساري المفعول المتعلقين بالاستثمار نسجل توسيع المزايا في القانون الجديد مقارنة بالقانون المتعلق بتطوير الاستثمار . حيث أضاف المشرع عدّة مزايا جبائية وشبه جبائية لم تكن موجودة .

الفرع الثاني : المزايا في مرحلة الاستغلال² .

بعد قيام المصالح الجبائية بمعاينة واقعة الشروع في النشاط بطلب من المستثمر³ ، يستفيد من المزايا بعنوان الاستغلال لمدة ثلاث (03) سنوات بعد التحقق من فعالية بدء النشاط .

أولا : بالعودة للقانون القديم :

- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات ؛

- الإعفاء من الرسم على النشاط المهي .

ثانيا : في ظل القانون الجديد . (قانون 16-09) .

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 17 - 101 ، مؤرخ في 05 مارس 2017 ، يحدد القوائم السلبية والمبالغ الدنيا للاستفادة من المزايا وكيفيات تطبيق المزايا على مختلف أنواع الاستثمارات ، جر عدد 16 ، مؤرخ في 08 مارس 2017. منها : التي تدخل في نشاط المخبزة والحلويات ، مطعم ، مقهى ، مرقد...إلخ.

² - المادة 90 أمر 03-01 ، المرجع السابق . المادة 12 قانون رقم 16-09 ، المرجع السابق .

³ - راجع المادة 08 ، مرسوم تنفيذي رقم 17-104 ، مؤرخ في 05 مارس 2017 ، يتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة ، جر عدد 16 ، مؤرخ في 08 مارس 2017.

- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات ؛
 - الإعفاء من الرسم على النشاط المهني ؛
 - تخفيض نسبة 50 % من مبلغ الاتاوة الأيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة .
- إذن ، نستنتج أنّ المشرّع يوسّع في المزايا لمدة محددة (ثلاث سنوات من الاستغلال بعد إجراء المعاينة) بالإضافة إلى ما كان سائد في القانون الملغى بهدف جذب المستثمرين .

لكن ، هذا لو كانت إعفاءات تدريجية لكل سنة بنسب معينة وبشكل متدرج إلى أن نصل إلى الإخضاع الضريبي التام ، كي يعتاد المستثمر على التعامل الضريبي ولا يتغاضى عند نهاية المدّة المحددة للإعفاء¹ . ولم يكتف المشرّع ، بغرض جذب المستثمرين ورؤوس الأموال ولأجل الحد من ظاهرة البطالة ، بالمزايا في ظل النظام العام المشترك بل أضاف إليها امتيازات جبائية وشبه جبائية وجمركية بعنوان المزايا الاستثنائية الخاصة .

سنتولى دراستها في المبحث الموالي من هذه المداخلة .

المبحث الثاني : المزايا الاستثنائية الخاصة .

تستفيد من هذه المزايا كل من :

- الاستثمارات المنجزة في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من طرف الدولة .
 - الاستثمارات المنشئة لأكثر من مائة (100) منصب شغل دائم . (لم يعرفها القانون الملغى) .
 - الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني .
- المطلب الأول : مراجعات وتراجعات بالنسبة لمزايا الاستثمارات المنجزة في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة .

بغية تحقيق تنمية جغرافية شاملة استحدث المشرّع هذا النوع من الاستثمارات في ظل القانون السابق وخصه بجملة من المزايا بعنوان الإنجاز ومزايا مرتبطة ببداية نشاط المشروع القائم وأبقى عليه في ظل القانون الجديد . حيث تستفيد الاستثمارات المنجزة في مناطق الجنوب والهضاب العليا وكذا الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني من مزايا جبائية وشبه جبائية والجمركية في مرحلة إقامة المشروع الاستثماري كما هو محدد قانونا ، فوفقا للمادة 11 أمر 01-03 الملغى يستفيد المستثمر بعد تقديم طلب من :

- الإعفاء من دفع حقوق نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار ؛
- تخفيض حقوق التسجيل (°/°2) فيما يخص عقود تأسيس الشركة والزيادة في رأس المال ؛
- تكفل الدولة جزئيا أو كليا بمصاريف فيما يخص الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية التي تدخل في إنجاز الاستثمار ؛

¹ - بان صلاح الصالحي، " الاستثمار والإعفاءات الضريبية" ص 04 ، مقالة منشورة بالموقع الإلكتروني WWW.DROITENTREPRISE.COM، تاريخ الزيارة 2016/11/18 ، الساعة : 21:00 .

- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع المستوردة وغير المستوردة وغير المستثناة من المزايا والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار .
- وأصبحت بموجب المادة 13 من قانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار تشمل ما يلي :
- كل مزايا النظام العام المتعلقة بإنجاز المشروع الاستثماري ،
- تكفل الدولة جزئياً أو كلياً بمصاريف فيما يخص الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية الضرورية التي تدخل في إنجاز الاستثمار ؛
- التخفيض من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة ، بعنوان منح الأراضي عن طريق الامتياز من أجل إنجاز مشاريع استثمارية بالدينار الرمزي للمتر مربع خلال لفترة عشر (10) سنوات بالنسبة للمشاريع الاستثمارية التابعة لمناطق الهضاب العليا ولمدة خمس عشر (15) سنة فيما يخص المشاريع الاستثمارية التابعة لولايات الجنوب الكبير ؛ وترتفع بعد هذه الفترة إلى (50%) من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية .
- نفس الملاحظة تُسجل بالنسبة للنظام الشامل لمختلف أنواع الاستثمارات في المناطق المختلفة من الوطن إذ نجد تقديم امتيازات إضافية وموسعة تتعلق بالإعفاء أو التخفيض من الضرائب والرسوم الجبائية والجمركية والمالية بصفة عامة في القانون الحديث مقارنة بسابقه.
- أما بعد التحقيق ومتابعة المستثمر وملاحظة عدم إخلاله بالتزاماته المرتبطة بالمزايا الممنوحة بعنوان الإنجاز تحرر المصالح الجبائية محضر المتابعة وترسله إلى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ، يستفيد المستثمر من مزايا مرتبطة بمباشرة بالاستغلال والقيام بالإنتاج ، ففي ظل الأمر الملغى نصت المادة 11 منه على المزايا الآتية :
- الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من النشاط الفعلي ، من الضريبة على أرباح الشركات ومن الرسم على النشاط المهني ؛
- الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات ابتداء من تاريخ الاقتناء ، من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار ؛
- منح مزايا إضافية من شأنها أن تحسن و/ أو تسهل الاستثمار ، مثل تأجيل العجز وأجال الاستهلاك.
- أما في إطار مقتضيات المادة 13 قانون 16-09 فتتكون المزايا من :
- المزايا في إطار النظام العام والمتعلقة باستغلال المشروع المتعلقة بالإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات والإعفاء من الرسم على النشاط المهني لكن لمدة عشر (10) سنوات من تاريخ تحرير محضر المعاينة التي تُجرىها المصالح الجبائية.
- الملاحظة المسجلة على هذا العنصر هو تقليص المزايا بعنوان استغلال المشروع الاستثماري ومن هنا نسجل تراجع المشرع في الإقرار بالمزايا الجبائية وشبه الجبائية .

المطلب الثاني : استحداث مزايا متعلقة بالاستثمارات المنشئة لأكثر من مائة

منصب شغل دائم¹.

أنشأ المشرع هذا النوع من المزايا في إطار القانون الساري المفعول ولم يكن موجود في ظل أمر 01-03 السابق وتتجلى هذه المزايا في:

- المزايا المتعلقة بعنوان الإنجاز والاستغلال المذكورة في المادة 12 و13 من قانون 09-16 المتعلقة بالضمانات الجبائية في إطار النظام العام وكذا التي تستفيد منها الاستثمارات المنشئة في مناطق الهضاب العليا والجنوب الكبير²؛
- تمديد مدة تخفيض الضرائب والرسوم من عشر (10) سنوات إلى ثلاث عشر (13) سنة بالنسبة لمزايا الاستغلال المتعلقة بالاستثمار في المناطق التي تستدعي تنميتها مساهمة خاصة من طرف الدولة وذلك ابتداء من تاريخ التسجيل إلى غاية نهاية السنة الأولى من الاستغلال على الأكثر³.

المطلب الثالث: المزايا الاستثنائية لفائدة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني⁴.

تستفيد الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني من مزايا جبائية وشبه جبائية وجمركية وذلك بشروط هي:

- التسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار؛
- تقديم طلب الاستفادة من المزايا الاستثنائية إلى الوكالة.
- إبرام اتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة التي تتصرف باسم الدولة؛
- شرط موافقة المجلس الوطني للاستثمار على إبرام الاتفاقية؛
- وتتمثل هذه المزايا بعنوان إنجاز المشروع في ظل أمر 01-03 خلال مرحلة الإنجاز ولمدة أقصاها خمس (05) سنوات تستفيد من:
- إعفاء و / أو خلوص الحقوق والرسوم والضرائب وغيرها من الاقتطاعات الأخرى ذات الطابع الجبائي المطبقة على الاقتناءات سواء عن طريق الاستيراد أو من السوق المحلية للسلع والخدمات الضرورية لإنجاز الاستثمار؛
- إعفاء من حقوق التسجيل المتعلقة بنقل الملكيات العقارية المخصصة للنتاج وكذا الإشهار القانوني؛
- إعفاء من حقوق التسجيل التأسيسية للشركات والزيادات في رأس المال؛
- إعفاء من الرسم العقاري فيما يخص الملكيات العقارية المخصصة للإنتاج.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 17-105 ، مؤرخ في 05 مارس 2017 ، يحدد كفاءات تطبيق المزايا الإضافية للاستغلال الممنوحة للاستثمارات المنشئة لأكثر من 100 منصب شغل ، ج ر عدد 16 ، مؤرخ في 08 مارس 2017.

² - راجع المادة 15 ، قانون رقم 09-16 ، المرجع السابق.

³ - المادة 16 ، قانون 09-16 ، المرجع السابق .

⁴ - المادة 17 ، نفس المرجع ، المادة 12 مكررا 1 ، أمر 01-03 ، المرجع السابق .

ووفقا للمادة 18 من قانون 16-09 يستفيد الاستثمار من جميع المزايا المذكورة في المواد 12 ، 13 ، 15 ، 16 أي المزايا في إطار النظام العام وكذا المزايا التي تستفيد منها الاستثمارات القابلة للاستفادة (خارج القوائم السلبية) وكذا المزايا الممنوحة لفائدة النشاطات ذات الامتياز والمنشئة لمناصب الشغل التي تقع في المناطق الخاصة (الهضاب العليا والجنوب الكبير) .

أما مزايا الاستغلال فكانت تتلخص في:¹

- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات ؛
 - الإعفاء من الرسم على النشاط المهني ؛
 - يمكن أن يقرر المجلس الوطني منح مزايا إضافية منصوص عليها قانونا .
- وفي سنة 2016 وسّع المشرع في المزايا الجبائية وشبه الجبائية والجمركية بموجب المادة 18 من قانون ترقية الاستثمار وتشمل هذه المزايا ما يلي :
- تمديد مدة مزايا الاستغلال المتعلقة بالنظام المشترك والمذكورة أعلاه لفترة تصل إلى عشر (10) سنوات؛
 - منح إعفاء أو تخفيض للحقوق والرسوم الجبائية والجمركية للمدة المتفق عليها لإنجاز المشروع الاستثماري في إطار النظام الاستثنائي ؛
 - منح إعفاءات أو تخفيضات للحقوق والضرائب والرسوم لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات كما تستفيد من نظام الشراء بالإعفاء من الرسوم والمواد والمكونات التي تدخل في إنتاج السلع المستفيدة من الإعفاء من TVA .
- ففي هذه الحالة يمكن أن تتداخل المزايا التي تحمل نفس الطبيعة سواء الواردة ضمن القانون العام أو التي تطرقنا لها في ظل النظام المشترك أو النظام الاستثنائي الخاص لا يمكن أن يؤدي ذلك إلى تطبيقها معا إنما يستفيد المستثمر من التحفيز الأفضل.²

¹ - المادة 12 مكرر 1 ، أمر 01-03 ، نفس المرجع .

² - المادة 15 ، قانون رقم 16-09 ، المرجع السابق .

خاتمة :

وضع المشرع ضمن القانون الجديد المتعلق بترقية الاستثمار جملة من المزايا يستفيد منها المستثمر بقوة القانون وبصفة آلية -عدا المزايا التعاقدية - بعد أن كان الوضع مغاير تماما في ظل القانون السابق ، حيث ترجع مسألة استفادة المستثمر من المزايا الجبائية وشبه الجبائية والجمركية والمالية لسلطة الإدارة (الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار). هذا يُعد أكبر وأهم ضمانة تشريعية على الإطلاق نظرا لما يحققه هذا الإجراء من فوائد تتعلق بجذب الاستثمارات والمستثمرين سيما الأجانب منهم .

ولأجل تحقيق ذلك (جذب الاستثمارات والحد من البطالة) قام المشرع في إطار القانون الجديد بتوسيع المزايا مقارنة بما كان سائد في ظل القانون القديم عدا تقليصها في حالة الاستغلال في النظام الاستثنائي المتعلق بالمناطق التي تستدعي تنميتها مساهمة خاصة من الدولة .

لكن، حتى ولو مُنحت للمستثمر هذه المزايا الجبائية والمالية والجمركية المُغرية ، إلا أن مسألة ترقية الاستثمار ليست مرتبطة فقط بالإطار التشريعي وإنما بتهيئة المحيط وبيئة المال والأعمال بكل ما تحمله العبارة من معنى .

لذلك لا بد من تسجيل بعض الملاحظات يمكن أن تتخذ شكل توصيات وهي :

-تسوية إشكالية العقار الصناعي .

-التعديل في تشريعات العمل بحيث تتماشى مع المتطلبات الحالية .

-تبسيط النظام الضريبي وجعله أكثر شفافية¹.

-ضمان استقرار تشريعي وأمني .

-وضع آليات قانونية واقتصادية لتجنب تهريب الأموال من دول الجنوب نحو دول الشمال.

- يمكن أن يؤدي الإعفاء الضريبي لهذه المنشآت وفي هذه المناطق فيما بعد إلى إنهاء نشاطها بعد نهاية فترات

الإعفاء وتنتقل بذلك من نشاط لآخر، لذلك لا بد من وضع ميكانيزمات تضمن استغلال (المستثمر) هذه المشاريع مقرونة بجزاءات².

¹ -رمضاني العلاء ، المرجع السابق ، ص37.

² - بان صلاح الصالحي ، المرجع السابق ، ص 03.

حقوق الملكية الفكرية على الحيازة النباتية في التشريع الجزائري

الدكتورة دوار جميلة،

أستاذة محاضرة-أ- بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريش-الجزائر-

lyndadouar@yahoo.fr

الملخص:

تعتبر الأصناف النباتية الجديدة أحد أشكال الملكية الفكرية التي أكدت اتفاقيات الملكية الفكرية على ضرورة حمايتها، وذلك على سند من القول بأن الإبداع في مجال الأصناف النباتية يمثل في ذاته إبداعا فكريا يكون بمقتضاه لمربي الصنف النباتي ملكية فكرية تجب حمايتها من الاعتداء عليها من جهة، وتشجع المربين على تقديم المزيد من الإبداعات من جهة أخرى. بالنسبة للجزائر، فبعد انضمامها إلى العديد من الاتفاقيات الدولية الرامية إلى حماية الموارد الطبيعية خاصة الموارد الوراثية، أصدرت القانون 103/05 المؤرخ في 6 فيفري 2005 والمتعلق بالبذور والشتائل وحماية الحيازة النباتية، ومن ثم تكون المسألة الرئيسية المعالجة في هذه المقالة هي كيفية الحصول على الموارد الجينية النباتية في ظل قوانين براءات الاختراع. الكلمات المفتاحية: الأصناف النباتية الجديدة، الملكية الفكرية، الحماية القانونية.

ABSTRACT :

The plant varieties is considered as a form of the new intellectual property that the ip agreements confirmed on the necessity to protect these varieties, based on the saying that creativity in the field of plant varieties represents in itself an intellectuality that gives to the plant variety breeders an intellectual property that should be protected from abuse on one hand, and encourages the breeders to provide more creations on the other hand.

Keys word: plant varieties, intellectual property, protection.

تقديم

بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وانتصار قوات التحالف ظهرت الأهمية النسبية للتكنولوجيا ، كما أن من أهم ما طرح مسألة التنمية المستدامة Sustainable Development وهي التي تهدف إلى الاستخدام الأمثل للموارد المتاحة خاصة الموارد الوراثية والحفاظ على تنوعها في بيئتها الطبيعية وغير الطبيعية واعتبار أن ما نملكه اليوم هو استعارة من الأجيال القادمة¹.

وجاءت بداية الخمسينيات واكتشف واتسن Watson التركيب الكيماوي للكرموسومات وتم تطوير أدوات جديدة للتطوير الوراثي للمادة الحية ، ووظفت الدول المتقدمة والشركات متعددة الجنسيات موارد بشرية ومادية ضخمة في تطوير تكنولوجيات حديثة أصبحت من أسرار تلك الشركات حتى تحتفظ بالميزة النسبية لها في الأسواق ، واستخدمت هذه التكنولوجيات الحديثة في تحسين منتجات قائمة وإضافة منتجات جديدة، ومع تعقد وتداخل هذه التكنولوجيات كان لا بد وأن يتم نوع من التخصص بين الشركات، ومن هنا جاءت ضرورة حماية هذه التكنولوجيات محليا ودوليا تحت ما يسمى "حقوق الملكية الفكرية"².

ومن المعلوم أن الحماية التي تقرها قوانين الملكية الفكرية لأصحاب الحقوق على اختلاف صورها تتضمن منحهم حقوقا استثنائية، وهي حقوق احتكارية بطبيعتها يؤدي منحها بصدد الغذاء إلى إعاقة الحصول عليه وارتفاع أسعاره، لذلك اتجهت تشريعات كثير من بلدان العالم إلى استبعاد النباتات والحيوانات من نطاق الحماية المقررة عن طريق براءة الاختراع باعتبارهما المصدران الرئيسيان للغذاء³.

لكن بدأ هذا الوضع في التغير في السنوات العشرين الأخيرة من القرن العشرين نتيجة للضغوط التي تمارسها الشركات العملاقة متعددة القوميات على مختلف الدول لرفع مستويات الحماية بما يمكنها من إحكام قبضتها وسيطرتها على مختلف مجالات التكنولوجيا بما في ذلك تكنولوجيا الغذاء والزراعة، وقد طالبت هذه الدول بذلك في الجولة الثامنة للمفاوضات التجارية المتعددة الأطراف التي عقدت في الفترة ما بين 1986 إلى 1993 تحت مظلة الجات⁴ (جولة الأوروغواي).

و قد استجابت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية تريس) لمطالب الدول المتقدمة، فأوجبت على الدول ضرورة توفير درجة عالية من الحماية للاختراعات في مختلف مجالات التكنولوجيا دون تمييز بين مجال تكنولوجي و آخر، كما أوجبت كذلك توفير حماية فعالة للأصناف النباتية الجديدة دون أن تضع حدا أدنى من معايير أو مستويات مثلما فعلت في صور الملكية السبعة التي عالجتها، و من ثم لا يوجد أي التزام على عاتق الدول بالأخذ بنصوص اتفاقية اليوبوف، بل يجوز لها وضع نظام خاص بما

¹ - هور مارتين: الملكية الفكرية و التنوع البيولوجي: دار المريخ للنشر، السعودية طبعة 2004 ص 12.

² - مدوح ابراهيم: حقوق الملكية الفكرية، الدار الجامعية مصر طبعة 2011 ص 09.

³ - البهجي عصام: حقوق الملكية الفكرية للأصناف النباتية الجديدة، الدار الجامعية مصر طبعة 2000 ص 23.

⁴ - يتعلق الأمر باتفاقية تريس المنقرعة عن اتفاقية المنظمة العالمية للتجارة المنعقدة بمراكش سنة 1994.

يتفق مع مصالحتها بشرط أن يكون فعالاً¹.

على المستوى العربي، الظروف السياسية التي تغلغت بين الدول العربية خلال العصور الحديثة لم توفر لتلك الدول الفرصة الكافية لإعطاء الموارد الوراثية النباتية وحمايتها وصيانتها وتطويرها الجهد التشريعي المناسب على الرغم من تصديق العديد من الحكومات العربية على الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، هذا لا ينفي أن هناك العديد من الجهد التشريعي في مجالات قد تؤثر على الموارد الوراثية بمعناها الشامل (الحيواني والنباتي والكائنات الدقيقة)².

فقد أصدرت السودان قانون حماية البيئة لعام 2001 واعتبر الإطار القانوني للعمل من أجل صيانة الموارد الوراثية، وفي دولة الإمارات العربية المتحدة أصدرت الدولة القانون الاتحادي رقم 1995/24 في شأن حماية البيئة وتنميتها وتطويرها، ووضعت تونس العديد من التشريعات للمحافظة على الموارد الوراثية النباتية وحماية حقوق المربين في الأصناف الجديدة³.

أما الجزائر، فبعد انضمامها إلى العديد من الاتفاقيات الدولية الرامية إلى حماية الموارد الطبيعية خاصة الموارد الوراثية⁴، أصدرت القانون 03/05 المؤرخ في 6 فيفري 2005 والمتعلق بالبدور والشتائل و حماية الحيازة النباتية، و من ثم تكون المسألة الرئيسية هي كيفية الحصول على الموارد الجينية النباتية في ظل قوانين براءات الاختراع، أو بمعنى آخر إلى أي مدى يمكن التوفيق بين براءات الاختراع المتعلقة بالموارد الجينية النباتية و النفاذ لأغراض البحث و التطوير؟

وعليه ارتأينا تحليل الفكرة من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: الاعتراف بالحيازة النباتية في التشريع الجزائري

لم يكن الابتكار في مجال النبات محلاً لأي حق في الماضي، ولكن تغير هذا الموقف وتزايد الاهتمام بمنح حماية حقوق الملكية الفكرية للإبداع و الابتكار في مجال النبات خاصة بعد الدور الموسع للشركات الخاصة في الدول المتقدمة في البحث الزراعي، وبشكل خاص أبحاث التكنولوجيا الحيوية الزراعية⁵.

و عليه تعتبر الأصناف النباتية الجديدة أحد أشكال الملكية الفكرية التي أكدت اتفاقيات الملكية الفكرية على ضرورة حمايتها، وذلك على سند من القول، بأن الإبداع في مجال الأصناف النباتية يمثل في ذاته إبداعاً فكرياً

¹ - طلبة أنور: الاقتصاد السياسي لحماية حقوق الملكية الفكرية في ظل اتفاقية تريبس، المكتب الجامعي الحديث مصر طبعة 2004

ص 56.

² - عبد الظاهر حسين: الحماية القانونية للأصناف النباتية الجديدة، المكتب الجامعي الحديث مصر طبعة 2003 ص 21

³ - المرجع نفسه ص 27.

⁴ - من بين هذه الاتفاقيات اتفاقية اليوبوف و اتفاقية التنوع البيولوجي.

⁵ - عماره ضحى مصطفى: حقوق الملكية الفكرية و حماية الأصناف النباتية الجديدة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة المنوفية

مصر السنة الجامعية 2010/2011 ص 11.

يكون بمقتضاه لمربي الصنف النباتي ملكية فكرية تجب حمايتها من الاعتداء عليها من جهة، وتشجع المربين على تقديم المزيد من الإبداعات من جهة أخرى¹.

ذلك أن إطلاق الطاقات الإبداعية لدى الإنسان يستلزم ضمان الحماية و الرعاية لهذا الإبداع في القوانين الوطنية و الدولية، و هذا ما يعرف بحماية حقوق الملكية الفكرية، حيث أن الملكية الفكرية هي إبداعات فكر الإنسان، و لا يجوز لأي شخص آخر أن ينتفع بها انتفاعا مشروعاً بغير إذن مالكها².

و من أجل ذلك يتطلب الأمر بداية تحديد المقصود بالصنف النباتي الجديد (الحيازة النباتية) ثم نتحدث عن طرق الحصول على الأصناف النباتية الجديدة في المطلب الثاني لنصل إلى حصر خصائص الحيازة النباتية في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مفهوم الصنف النباتي الجديد

في هذا المطلب سنحاول تبيان المقصود بالأصناف النباتية الجديدة في فرعين، نتناول في الفرع الأول التعريف التشريعي و في الفرع الثاني التعريف الفقهي.

الفرع الأول: التعريف التشريعي

عرفت اتفاقية اليوبوف الصادرة عن الإتحاد الدولي لحماية الأصناف النباتية الجديدة المقصود بمصطلح الصنف النباتي بأنه مجموعة نباتية تندرج في مصنف نباتي واحد من أدنى المرتبات المعروفة، وتستوفي أو لا تستوفي تماماً شروط منح حق مستولد النبات، و يمكن تعريفها بالخصائص الناجمة عن تركيب وراثي معين أو مجموعة معينة من التراكيب الوراثية، و تمييزها عن أي مجموعة نباتية أخرى بإحدى الخصائص المذكورة على الأقل، و اعتبارها وحدة نظراً لقدرتها على التكاثر دون أي تغيير³.

و قد عرف قانون حماية الأصناف النباتية الجديدة الأردني الصنف النباتي بأنه مجموعة نباتية تقع في أدنى رتبة في التصنيف النباتي الواحد سواء كان مستوفياً أو غير مستوفٍ لشروط منح الحماية، و يتصف هذا الصنف بخصائص ناجمة عن تركيب وراثي معين أو عن مجموعة تراكيب يمكن تمييزها عن أي مجموعة نباتية أخرى بإحدى هذه الخصائص على الأقل، و يعتبر الصنف وحدة واحدة بسبب قدرته على التكاثر دون أي تغيير في خصائصه⁴.

¹ - غالي محمود: الحماية القانونية للأصناف النباتية الجديدة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة نابلس فلسطين السنة الجامعية 2012/2013 ص 27.

² - عرفة عبد الوهاب: حماية حقوق الملكية الفكرية، دار الفكر و القانون، مصر طبعة 2002 ص 08.

³ - نفس المرجع ص 11.

⁴ - هي الاتفاقية التي سعت إلى إبرامها الدول الأوروبية في 2 ديسمبر 1961 و تعرف بالفرنسية باسم UPOV و قد أنشأت اتحاداً دولياً يقع بجنيف بسويسرا، أدخلت على هذه الأخيرة عدة تعديلات آخرها في 19 مارس 1991 الذي دخل حيز النفاذ في 24 أبريل 1998.

وهو التعريف ذاته الوارد عند المشرع السوداني و الفلسطيني و الإماراتي، في حين لم يرد في قانون حقوق الملكية الفكرية المصري تعريف للصفة النباتي، و إنما اقتصر المشرع على تعداد شروط الحصول عليه¹.

أما المشرع الجزائري، فبعدما استبعد بموجب المادة 8 من الأمر 07/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءة الاختراع الأنواع النباتية و الطرق البيولوجية للحصول على حيوانات أو نباتات من الحماية، تدارك الأمر في القانون 03/05 المؤرخ في 6 فيفري 2005 و المتعلق بالبذور و الشتائل و حماية الحيازة النباتية، فنص على أنه توصف الحيازة النباتية على أنها كل صنف جديد أنشئ أو اكتشف أو وضع ينتج عن مرحلة جينية متميزة أو عن تشكيلة خاصة للأطوار الوراثية، و الذي يتميز عن المجموعات النباتية الأخرى التي تشكل كيانا مستقلا بالنظر لقدرتها على التكاثر².

و يلاحظ أن جل التعاريف الواردة لا تختلف كثيرا عن التعريف الوارد في اتفاقية اليوبوف، مما يعني أن هذه الأخيرة وسيلة ساعدت الدول و المنظمات في صياغة القوانين.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

الصفة في النبات حسب علماء البيولوجيا هو مجموعة نباتية ضمن نطاق مصنف نباتي واحد من أدنى المراتب المعروفة، و تعرف من خلال خصائص الميزة الوراثية، و بالتالي، فإن الحماية لا يمكن أن تمتد لتشمل عائلة بكاملها، و لا يمكن أن تمتد لتشمل الجنس بالكامل، كما لا تمتد الحماية لتشمل نوعا من الأنواع، و إنما تقتصر الحماية على الصنف النباتي الجديد³. و بهذا تنقسم العائلة في النبات إلى أجناس، و ينقسم الجنس إلى أنواع، و ينقسم النوع إلى أصناف، و الصنف هو أدنى مرتبة معروفة في تقسيم النبات، و مثال ذلك القمح الذي ينتمي إلى العائلة النجيلية، و ينتمي إلى هذه العائلة أيضا الأرز و الشعير، و يعتبر القمح جنسا و الشعير جنسا و هكذا⁴. و بمرور الوقت أصبح كل جنس يتضمن أكثر من نوع، فجنس القمح يتضمن القمح الصلب و اللين، و ينقسم النوع إلى عدة أصناف، فمثلا ينقسم القمح الصلب إلى صنف حوراني، حماري، سيناتور، كابكلي، و تختلف هذه الأصناف من حيث إنتاجيتها و مقاومتها للآفات الزراعية و موعد النضج و غير ذلك⁵.

و لا بد من التوضيح في الأخير أن هنالك فارقا كبيرا بين حماية الصنف النباتي باعتباره جديدا يتمتع بالحماية كملكية فكرية، و بين حماية النبات نفسه، ذلك أن حماية هذا الأخير تتم من خلال اتفاقية التنوع البيولوجي، لأن الملكية الفكرية لا تحمي الفكرة الإبداعية إلا وفقا لشروط محددة.

¹ - القانون يحمل رقم 24 المؤرخ في 02 جويلية 2000.

² - أنظر في ذلك قانون الملكية الفكرية المصري رقم 82 لعام 2000 وكذا قانون حماية البيئة السوداني رقم 05 لعام 2001 و قانون

حماية الملكية الصناعية الفلسطيني رقم 12 لعام 2012.

³ - التعريف جاء في المادة 24 من القانون 03/05 المؤرخ في 6 فيفري 2005 و المتعلق بالبذور و الشتائل و حماية الحيازة النباتية.

⁴ - عبد الظاهر حسين: المرجع السابق ص 28.

⁵ - غالي محمود: المذكرة السابقة ص 32.

المطلب الثاني: طرق الحصول على الأصناف النباتية الجديدة

شهد قطاع تربية النباتات تطوير بذور مهجنة ذات إنتاجية عالية، إلا أنها قد تحمل خصائص غير مرغوب بها، والسبب في ذلك أنه خلال عملية التهجين يتم مزج الخصائص الوراثية لسلالات الأباء، لكنه في طور لاحق أصبحت عملية تحسين النبات تتم عن طريق الانتخاب الصناعي، حيث يتدخل الإنسان لتطوير السلالات، ويمكن الحصول على الأصناف النباتية الجديدة بإحدى الطرق التالية:

الفرع الأول: الطريقة البيولوجية

هي طريقة التكاثر العادي التي تم الحفاظ عليها دون إدخال أية تعديلات، إذ يظل النبات محتفظا بتكوينه و تركيبه، و لم يتم التدخل فيه من جانب النظريات التي ظهرت في علم البيولوجيا والهندسة الوراثية، وهذه الطريقة تؤدي إلى تحسينات هائلة في النبات، لكنها مقيدة بحدوث التوافق الجنسي، ووفقا لاتفاقية تريس لا تحظى هذه الطريقة بالحماية وفقا لنظام براءة الاختراع¹.

الفرع الثاني: الطريقة الهجينة

هي التي تنتج أصنافا جديدة من خلال إدخال تحسينات، و لما كانت المادة الوراثية للنبات توجد على الجينات المحمولة على DNA، فإن عملية نقل الجينات من نبات إلى آخر يتم باستخدام ناقل بكتيري أو قاذف للجينات²... وهكذا يصبح الصنف النباتي المعدل وراثيا هو صنف تم التدخل في تركيبه الوراثي من حيث المحصول أو اللون أو الطعم، و بما يحقق رغبات المستهلكين و المزارعين، و قد أسهمت هذه الطريقة في حصول المربي على أصناف نباتية تحمل الصفات المرغوب بها بشكل أدق و أسرع من الطرق التقليدية لتربية النباتات³.

المطلب الثالث: خصائص الصنف النباتي الجديد

يسود الاعتراف على نطاق واسع اليوم بأهمية الحفاظ على و الاستخدام المتواصل للموارد الجينية النباتية في مجال الزراعة و الغذاء، و يتعلق مجال العمل بحماية المزرعة، فالمزارعون لا يستخدمون التقاوى فقط، بل يلعبون دورا رئيسيا في عملية الحفاظ على السلالات النباتية و تحسينها، إذ تكفل أنشطتهم تطوير المحصول، حيث تنشأ أصناف جديدة من خلال التوليف الجيني و التحول و التهجين ، و كذلك بين المجموعات النباتية المزروعة و غير المزروعة⁴.

و عليه يقتضي إذن حماية الحيازات النباتية بموجب قانون الملكية الفكرية الجزائري ملائمة هذه الأخيرة لحقائق الفلاحة الوطنية، إذ أقر المشرع الجزائري بموجب المادة 24 من القانون 03/05 السالف الذكر الخاص بحماية الحيازة النباتية إمكانية بسط الحماية على الأصناف النباتية الجديدة المستحدثة إذا كانت تتمتع بالخصائص التالية:

- أن تختلف عن الأنواع المعروضة من قبل بميزة هامة و دقيقة و قليلة التقلب، أو بعدة ميزات تشكل في مجموعها نوعا نباتيا جديدا.

¹ - عمارة ضحى مصطفى: الرسالة السابقة ص 44.

² - مستجير أحمد: طعامنا المهندس وراثيا، دار النهضة العربية مصر طبعة 2006 ص 19.

³ - المرجع نفسه ص 25.

⁴ - المرجع نفسه ص 30.

- أن تكون متجانسة بالنسبة لمجموع ميزاتها.
- أن تكون لها صفة الاستقرار، أي أنها تبقى مطابقة لتعريفها الأول بنهاية كل دورة إنتاجية.

المبحث الثاني: شروط الاعتراف بالحيازة النباتية في التشريع الجزائري

برزت خلال الفترة الأخيرة أهمية الابتكارات المتعلقة بالأصناف النباتية وخاصة في مجال الزراعة و الغذاء في ظل التطور المذهل للتكنولوجيا الحيوية، وكانت أغلبية الدول النامية تستبعد الأصناف النباتية الجديدة من الحماية القانونية للمصلحة العامة نظرا للآثار السلبية المترتبة على احتكار هذه الابتكارات على غذاء الإنسان و تطوير محاصيله الزراعية و المحافظة عليه¹.

و قد بذلت الدول الأوروبية جهود كبيرة في سبيل إبرام أول اتفاقية لحماية الأصناف النباتية المعروفة باسم U.P.O.V، و طبقا لأحكام هذه الاتفاقية يمكن منح الحماية بغض النظر عن الطريقة التكنولوجية التي تم التوصل من خلالها إلى الصنف النباتي الجديد سواء بطريق التكاثر الجنسي أو اللاجنسي أو باستخدام الهندسة الوراثية².

و تعتبر نصوص هذه الاتفاقية بمثابة القواعد العامة لحماية الأصناف النباتية في تشريعات دول الأعضاء، و تحدد الاتفاقية الشروط اللازمة لمنح الحماية و ما يجب فعله، و عن أحكام U.P.O.V أخذ التشريع الجزائري، لذلك سيتم التوضيح من خلال هذا المبحث المحل الذي ترد عليه الحماية و هو الصنف النباتي، و ما ينبغي أن يتوافر فيه من شروط في المطلب الثاني، و ما يجب إتمامه من إجراءات في المطلب الثالث.

المطلب الأول: الصنف النباتي محل الحماية

يرى علماء البيولوجيا أن الحصول على صنف نباتي يحتاج إلى وقت طويل و مجهود كبير يقدر بفترة زمنية تتراوح ما بين 13 سنة إلى 17 سنة يقوم خلالها المربي بتجميع عدد كبير من العينات، ثم يقوم بفحص عينة في السنة الأولى، و ينتقي بعضها في السنة التالية، وهكذا حتى يصل إلى الصنف الذي يحتوي على جميع الصفات الوراثية التي يريدها المربي و التي تصورها كصورة ابتكارية، و من أمثلتها القطن الملون، و هو نوع من القطن المطور الذي يخرج بشكل معين دون حاجة إلى صبغه، و كذلك زراعة الطماطم المربعة التي تواجه مشاكل التخزين و التغليف دون أن تتعرض للتلف السريع³

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية

سارت تشريعات دول العالم على نهج اتفاقية اليوبوف بوضعها لشروط محددة لمنح الحماية للأصناف النباتية الجديدة، تتلخص هذه الأخيرة حسب المادة 03 و ما بعدها من القانون الجزائري المتعلق بالحيازة النباتية على النحو التالي:

الفرع الأول: التمايز

اشتراط المشرع الجزائري في الصنف النباتي المطلوب حمايته لكي يكون متميزا أن يختلف بوضوح عن أي صنف نباتي آخر يكون معروفا بشكل عام.

¹ - البهجي عصام: المرجع السابق ص44.

² - طلبة أنور: المرجع السابق ص76.

³ - اليوبوف (U.P.O.V) معناه: Union pour la protection des obtentions végétales

و عليه ليكون الصنف النباتي متميزا يجب أن¹:

- أن يسجل في الفهرس الرسمي للدولة،
- أن يتم إيداع طلب الحماية،
- أن يحمل صفات مختلفة يمكن أن تكون ذات طبيعة مورفولوجية أو فيزيولوجية.

و يعد شرط التمايز شرطا أساسيا لمنح الحماية، و إذا تم منح الحماية لصنف نباتي لا يفي بهذا الشرط، أو صنف نباتي يدخل في مفهوم المعرفة العامة، فإنه لا يرقى إلى درجة التميز التي تؤهله للحماية القانونية، و كذلك الحال إذا لم تكن الصفة المميزة من الممكن احتفاظ الصنف النباتي بها عند تناسله، حيث لن يكون الصنف النباتي مميزا عند هذا التناسل، مما يفقده ميزته.

الفرع الثاني:التجانس

المقصود به أن تتوحد أفراد الصنف بدرجة كافية عل الأقل في الخواص الأساسية، حتى و إن وجد اختلاف بين أفرادها فيما عدا ذلك، طالما أن الاختلاف قد وقع في الحدود المسموح به².

فالتجانس لا يكون مطلقا، و إنما يسمح بوجود تنوع نتيجة لاختلاف خصائص المواد المستخدمة للإكثار، و بهذا يمكن القول بأن الصنف يكون متميزا إذا اتحدت أفرادها في الطول أو القصر أو الشكل، و إن اختلفت إنتاجيته أو تباينت ألوان أوراقه³.

الفرع الثالث:الثبات

يعد الصنف النباتي ثابتا إذا لم تتغير خصائصه الأساسية عند الإكثار المتكرر للصنف النباتي، أو عند نهاية كل دورة من دورات الإكثار للصنف النباتي⁴.

و قد أوضح الاتحاد الدولي لحماية الأصناف النباتية الجديدة أنه عادة إذا ثبت عند إجراء الفحص أو ما يسمى باختبارات التمايز و التجانس و الثبات للصنف النباتي المطلوب حمايته أن الصنف النباتي متجانس في خصائصه الأساسية، فإنه يعد ثابتا و ذلك بالنسبة للعديد من الأصناف النباتية، و في حال ما إذا ثبت عدم استفاء الصنف النباتي المطلوب حمايته شرط التجانس و الثبات وقت منح حق مربي النبات، فإن هذا يترتب عليه بطلان حق مربي النبات، كذلك يسقط حق مربي النبات إذا ثبت أن الصنف النباتي لم يعد يفي بشرط التجانس و الثبات⁵.

الفرع الرابع:تسمية الصنف النباتي

الاسم هو العنصر المميز لكل عمل و لكل صنف، و حتى لا يختلط الصنف بغيره من الأصناف من النوع ذاته أو قريب منه يجب احترام الضوابط التالية⁶:

¹ - غالي محمود:المذكرة السابقة ص66.

² - البهجي عصام:المرجع السابق ص71.71

³ - عماره ضحى مصطفى:الرسالة السابقة ص82.

⁴ - نفس الرسالة ص90.

⁵ - عبد الظاهر حسين:المرجع السابق ص55.

⁶ - أنظر المادة07 الفقرة ج من اتفاقية اليوبوف.

- أن تكون التسمية مختلفة عن كل الأسماء الأخرى المستخدمة،
- يجب أن لا تتسبب التسمية في التظليل أو في الخلط فيما يتعلق بطبيعة الصنف النباتي أو بهوية المربي،
- التأكد من أن تسمية الصنف لن تؤثر على حقوق مسبقه،
- يجب أن تكون التسمية مميزة.و يمكن التعرف عليها بسهولة.

الفرع الخامس: القيمة الزراعية والتكنولوجية

يعتبر الصنف ذا قيمة تكنولوجية و زراعية إذا توافرت فيه مقارنة بالأصناف المسجلة أو النموذجية تحسين نوعي للزراعة و الإنتاجية و انتظام للمردود، أو أي استعمال آخر للمنتجات الناجمة عنها¹.

المطلب الثالث: الشروط الإجرائية

حدد القانون الجزائري عددا من المتطلبات الإجرائية التي يجب أن يفي بها مقدم الطلب للحماية ملخصة على النحو التالي:

الفرع الأول: إيداع الطلب

يودع كل شخص طبيعي أو معنوي ذو جنسية جزائرية طلب حماية حيازة النبات لدى السلطة الوطنية التقنية النباتية، و تقبل أيضا حماية حيازات النباتات بطلب من كل شخص طبيعي أو معنوي ذي جنسية أجنبية إذا ما تم احترام مبدأ المعاملة بالمثل².

الفرع الثاني: إرفاق الطلب بمجموعة وثائق

يجب أن يدعم طلب حماية حيازة النبات بما يسمح بتعيين الصنف تعيينا جنيسا يسمح بتعريفه، و لا يتشكل إلا من أعداد، و لا يمكن أن يقع في الخطأ أو يؤدي إلى التباس في الخصائص أو في القيمة أو في هوية الصنف³.

الفرع الثالث: تقديم شروحات

على طالب الحماية أن يقدم كل معلومة أو مادة نباتية تطلبها السلطة الوطنية من أجل⁴:

- التحقق من أن الصنف ملك فعلا للطالب،
- التحقق من أن الصنف ينتهي فعلا لعلم التصنيف النباتي المصرح به،
- إثبات إختبار V.A.T،
- إثبات الوصف الرسمي للصنف.

علاوة على ذلك، و حتى يكون الصنف جديدا، يتعين على الطالب إثبات أنه لم يتم عند تاريخ إيداع الطلب بيعه أو تسليمه للغير، أو برضاه لأغراض تجارية أو لاستغلاله الخاص على التراب الوطني منذ أكثر من سنة، أو غير التراب الوطني منذ أكثر من أربع سنوات، أو في حالة الأشجار و الكروم منذ أكثر من ستة سنوات¹.

¹ - عالي محمود: المذكرة السابقة ص78.

² - أنظر المادة 3 فقرة 9 من القانون 03/05 المؤرخ في 6 فيفري 2005 و المتعلق بالبيدور و الشتائل و حماية الحيازة النباتية السالف الذكر.

³ - أنظر المادة 26 من ذات القانون.

⁴ - أنظر المادة 27 من ذات القانون.

ليتم دراسة الطلب عن طريق اختبار العينات الواجب تقديمها وإجراء الفحوص المطلوبة، لتنتشر بعد ذلك النتائج، وتبلغ للمعني².

المبحث الثالث: آثار الاعتراف بالحياسة النباتية في التشريع الجزائري

إذا توافرت في الصنف النباتي شروط الحماية القانونية، تمنح لمربي الصنف النباتي الجديد شهادة تخول صاحبها المتمتع بحقه الاستثنائي الذي يعد حجة على الغير كافة لا يجوز المساس به إلا بموافقة صاحبه، إلا أن حقوق مربي الصنف النباتي ترد عليه استثناءات وقيود تفرضها المصلحة العامة تتناول هذه المسائل في المطالب الموالية.

المطلب الأول: حقوق صاحب الصنف النباتي الجديد

تخول كل حياسة نبات تستجيب للشروط السابق ذكرها ما يلي من الآثار:

الفرع الأول: الحصول على شهادة الحياسة

يترتب على إيداع طلب حماية حياسة النبات قانونا الحماية المؤقتة للصنف قبل منح شهادة حياسة النبات، وتمنح الأولوية في طلب حماية الصنف للمودع الأول الذي يخول له القانون الحق في الحصول على سند يسمي شهادة حياسة النبات التي تشكل سند ملكية معنوية³.
وعليه تشمل الحقوق المرتبطة بشهادة حياسة النبات ما يأتي⁴:

- الصنف النباتي المحمي،
 - كل صنف لا يختلف اختلافا واضحا عن الصنف المحمي،
 - كل صنف مشتق أساسا من الصنف المحمي إذا لم يكن هذا الأخير مشتقا بدوره أساسا من صنف آخر،
 - كل صنف يتطلب انتاجه الاستعمال المتكرر للصنف المحمي.
- والجدير بالذكر أنه تبقى العناصر الأساسية للنباتات الهجينة والأصناف المركبة سرية إذا ما طلب الحائزون ذلك.

مع مراعاة كل وثيقة أو حدث أو معطى أو معلومة ذات صلة بأحكام هذا القانون، لا تمتد الحقوق المرتبطة بشهادة المتحصل النباتي للأعمال المنجزة في⁵:

- إطار خاص ولأغراض غير تجارية،
- على سبيل التجربة أو التعليم أو البحث العلمي، وكذا في إطار إنشاء بنك للمورثات،
- بهدف إنشاء صنف جديد شريطة أن لا يكون مشتقا أساسا من الصنف المحمي، أو أن هذا الصنف المخترع لا يتطلب الاستخدام المتكرر للصنف المحمي،

¹ - أنظر المادة 29 من ذات القانون.

² - أنظر المادة 28 من القانون 03/05 المؤرخ في 6 فيفري 2005 و المتعلق بالبذور و الشتلات و حماية الحياسة النباتية السالف الذكر.

³ - أنظر المادة 29 فقرة 3 من ذات القانون.

⁴ - أنظر المادة 30 من ذات القانون.

⁵ - أنظر المادة 37 من ذات القانون.

• من الفلاحين لأهداف الزرع في مستثمراتهم الخاصة باستعمال منتوج المحصول المتحصل عليه عن طريق زرع الصنف المحمي باستثناء النباتات التزيينية والزهرية.

و تعود ملكية المتحصل النباتي المخترع من قبل عون عمومي باحث أثناء ممارسة مهامه إلى المؤسسة العمومية التي يتبعها، و بدون اسم العون في شهادة المتحصل، و لهذه المؤسسة وحدها أهلية تقديم طلب لنيل حقوق المتحصل النباتي أو التسجيل في الفهرس الوطني ضمن الشروط المقررة قانوناً¹.

الفرع الثاني: الاستفادة من مدة ضمان

يعد صاحب شهادة حيازة النبات صاحب الحق في الحماية إلى أن يثبت العكس، و تحدد مدة الحماية ب20 سنة للأنواع السنوية و 25 سنة بالنسبة لأنواع الأشجار و الكروم، و يبدأ سريان هذه الأجل ابتداء من تاريخ منح شهادة حيازة النبات، و بعد انقضاء مدة الحماية يسقط الصنف في الملك العمومي إلا في حالة ما إذا طلب الحائز أو ذو حقه تجديد الحماية، حيث لا يمكن منح التجديد إلا مرة واحدة لمدة أقصاها عشر سنوات².

و في الأخير يكون حق الحماية مقابل أتاوة تدفع يحدد قانون المالية مبالغها و كيفية تحصيلها³.

الفرع الثالث: الانخراط في السجل الوطني

تشأ لدى الوزير المكلف بالفلاحة سلطة وطنية تقنية تضم لجنة وطنية للبذور و الشتائل و تضم لجنا تقنية متخصصة و مفتشين تقنيين تكلف بحماية الحيازات النباتية عن طريق مسك سجل للحقوق بدون فيه كافة طلبات شهادات حيازة النبات، و كذا سندات الحيازة المسلمة و يحفظ فيه كل الوثائق و المعلومات المتعلقة بحداثة الصنف و تركيبه و خصائصه وصفاته⁴.

المطلب الثاني: حدود حق حماية الحيازة النباتية

تمنح شهادة حيازة النبات صاحبها حقا في الحماية يتكون من حق حصري على الاستغلال التجاري للحق المعني، و تشمل الحماية عناصر إنتاج أو تكاثر و تكثيف الصنف المحمي، كما تمتد الحماية إلى أعمال التوضيب و العرض للبيع، و كذا إلى كل شكل من أشكال تسويق و تصدير و استيراد الصنف المحمي⁵.

إذن زيادة على الاعتراف بالحيازة النباتية، أجاز القانون 03/05 المؤرخ 06 فيفري 2005 المتعلق بالحيازة النباتية في أن يكون الصنف المحمي موضوع استغلال أو تحويل وفق شروط معينة تتعرف عليها في الفرع الأول، غير أن هذه الامتيازات ليست على إطلاقها نسلط الضوء على القيود المفروضة في الفرعين الثاني و الثالث.

الفرع الأول: منح التراخيص

¹ - أنظر المادة 45 من القانون 03/05 المؤرخ في 6 فيفري 2005 و المتعلق بالبذور و الشتائل و حماية الحيازة النباتية السالف الذكر.

² - أنظر المادة 44 من ذات القانون.

³ - أنظر المادة 38 من ذات القانون.

⁴ - أنظر المادة 39 من ذات القانون.

⁵ - أنظر المواد 4، 5، 7، 33 من القانون 03/05 المؤرخ في 6 فيفري 2005 و المتعلق بالبذور و الشتائل و حماية الحيازة النباتية السالف الذكر.

يمكن للصنف الذي منح حماية أن يكون موضوع عقد ترخيص بين المتحصل و مؤسسة انتاج و تكاثر البذور و الشتائل المعتمدة وفقا لأحكام المادة19 من القانون الوارد أعلاه و المعرفة بموجب هذا القانون بمستغل الصنف، كما يمكن أن يكون حق الحيازة موضوع تحويل كل أو جزء من الحقوق لذي حق واحد أو أكثر، ويتم تحويل الحقوق عن طريق عقد موثق لا يسري مفعوله قبل الغير إلا بعد أن يسجل في دفتر الحقوق، لكن يجب تحت طائلة البطلان أن يحدد مدى الحقوق الممنوحة للمستغل أو لذي حقه في عقد الترخيص أو في عقد التحويل لاسيما طبيعته الحصرية أو غير الحصرية، أو المحدودة أو غير المحدودة، كما يجب أن يحدد أيضا قيمة تعويض الاستغلال الذي يمثل حق المستغل في المكافأة¹.

و أخيرا يمكن لصاحب شهادة المتحصل النباتي التنازل في كل وقت عن كل أو جزء من حقوقه، و يتم التنازل عن طريق تصريح كتابي يرسل إلى السلطة الوطنية التقنية النباتية، و يترتب على هذا التنازل تحويل حقوق المعني إلى الأملك العامة².

الفرع الثاني: الرخصة الإجبارية

يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي أن يطلب من السلطة الوطنية التقنية النباتية، و يحصل لديها على رخصة إجبارية إذا لم يتم استغلال الصنف المحمي من قبل صاحبه في أجل ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ منح شهادة المتحصل النباتي³.

و الجدير بالذكر لا تمنح الرخصة الإجبارية إلا من أجل المحافظة على مصلحة عمومية أكيدة، لذلك تؤهل السلطة الوطنية التقنية النباتية للبت بموجب مقر معلل في المصلحة العمومية التي منحت بموجبها الرخصة التي يجب عليها زيادة على هذا التأكد من أن طالب الرخصة الإجبارية تتوافر فيه الشروط التالية⁴:

- يجب أن يصدر الطلب عن مؤسسة للإنتاج و تكاثر البذور و الشتائل معتمدة قانونا و تتوفر على الكفاءات و المؤهلات المهنية المطلوبة في هذا المجال.
- يجب أن تكون مؤسسة إنتاج و تكاثر البذور و الشتائل قادرة على الاستغلال المالي لحق الحيازة.
- يجب على مؤسسة إنتاج و تكاثر البذور و الشتائل أن تكون قد طلبت من صاحب الحق المعني ترخيصا ضمن الشروط السابق بيانها، و رفض ذلك.
- يجب أن يتم الطلب بعد ثلاث سنوات من تاريخ منح حق المتحصل.

الفرع الثالث: مقرر المصلحة العمومية

يمكن للسلطة الوطنية التقنية النباتية بصفة استثنائية، و لأسباب ترتبط بالأمن الغذائي الوطني أو ذات أهمية بالنسبة للتنمية الفلاحية الوطنية إصدار مقرر المصلحة العمومية دون أن يكون الصنف المحمي موضوع طلب الرخصة الإجبارية، و في هذه الحالة تقوم السلطة الوطنية التقنية النباتية بتعيين مؤسسة انتاج و تكاثر البذور و

¹ - أنظر المادتين 30 ف2 و 36 من ذات القانون.

² - أنظر المادة 42 من ذات القانون.

³ - أنظر المادة 46 من ذات القانون.

⁴ - أنظر المادة 47 من القانون 03/05 المؤرخ في 6 فيفري 2005 و المتعلق بالبذور و الشتائل و حماية الحيازة النباتية السالف الذكر.

الشتائل أو أكثر معتمدة لاستغلال الصنف المحمي المعني،و الذي يوصف بالرخصة التلقائية بموجب هذا القانون¹.

المطلب الثالث:استنفاذ الحق

حقوق مربي النبات ليست مطلقة، و إنما مقيدة بضوابط تهدف إلى خلق نوع من التوازن ما بين الاهتمامات المشروعة لصاحب الحق في الحماية و التي تتمثل بشكل رئيسي في تحقيق مكاسب مادية تعوض ما أنفقه على أنشطة البحث و التطوير لاستنباط أصناف جديدة و بين اهتمامات الدولة التي تسعى إلى مراقبة كل ما يتعلق بتسويق هذا الأخير تحقيقا للمصلحة العامة نتعرف على هذه الأمور في الفروع التالية.

الفرع الأول:حالات الانقضاء

باستثناء حالة انقضاء أجال الحماية، لا يتم زوال الحقوق المرتبطة بحماية المتحصل النباتي إلا عن طريق إجراءات الانقضاء المسبق أو السحب أو إلغاء الحقوق،و يتم العمل بالانقضاء المسبق للحقوق من طرف السلطة الوطنية التقنية النباتية في الحالات الآتية²:

- التنازل المنصوص عليه في المادة46من ذات القانون.
- عدم دفع الأتاوى المنصوص عليها في المادة39من ذات القانون.
- رفض إعطاء السلطة الوطنية التقنية النباتية الوثائق و العينات و المادة النباتية المقررة في مراقبة إبقاء الصنف بموجب أحكام المادة43من القانون.

أما السحب،فتصدره السلطة الوطنية التقنية النباتية بعد استنفاذ طرق الطعن الإدارية و القضائية،و عندما تثبت هذه الأخيرة بأن حق المتحصل قد منح لشخص لم يكن له الحق في ذلك³. و يبادر بإلغاء الحقوق عندما يتبين خلال استغلال الصنف المحمي، بأن هذا الصنف لم يعد يستجيب لأحد مقاييس الحدائة أو التمايز أو الانسجام أو الاستقرار التي كانت سببا في منح تلك الحماية⁴.

الفرع الثاني:المراقبة

دون الإخلال بمختلف أنواع المراقبة التي تقوم بها السلطات المؤهلة قانونا في ميدان الفلاحة و تسويق المنتجات الفلاحية،فإن عمليات مراقبة إنتاج و تكاثر البذور و الشتائل،و التحقق من حماية حقوق المتحصلين يقوم بها سلك من المفتشين التقنيين للنبات التابعين للسلطة الوطنية التقنية النباتية⁵.

¹ - أنظر المادة 48 من ذات القانون.

² - أنظر المادة 49 من ذات القانون.

³ - أنظر المادتين 51،50 من القانون 03/05المؤرخ في 6فيفري2005 و المتعلق بالبذور و الشتائل و حماية الحيازة النباتية السالف الذكر.

⁴ - أنظر المادة 52 من ذات القانون.

⁵ - أنظر المادة 53 من ذات القانون.

و يمكن زيادة على ذلك معاقبة كل من ينتهي إلى مستخدمي السلطة الوطنية التقنية النباتية وفقا لأحكام المادة 301 من قانون العقوبات الذي يقوم دون أن يكون مؤهلا قانونا من قبل المتحصل أو من ذي حقه بإفشاء أو محاولة إفشاء معلومات تقنية أو علمية كان المتحصل قد طلب صراحة إبقائها سرية.

و تقرر للسلطة الوطنية التقنية النباتية في مجال حماية حقوق المتحصلين منع تسويق كل صنف محمي منتج أو متكاثر بطريقة غير مطابقة لأحكام هذا القانون، و تبلغ بذلك المتحصل أو ذي حقه أو أصحاب الترخيص بالاستغلال¹.

و يجب عليه تقديم كل معلومة أو مادة نباتية تطلبها السلطة الوطنية التقنية النباتية للفحص من أجل²:

- التحقق من أن الصنف ملك فعلا للطالب.
- إثبات أن الصنف جديد و مستقر و متميز و متناسق.
- إثبات الوصف الرسمي للصنف.

المبحث الرابع: الحيازة النباتية و البحث العلمي

يعتبر الحق في الغذاء من حقوق الإنسان الأساسية التي قدرتها المواثيق و الاتفاقيات الدولية فضلا عن دساتير كثير من دول العالم، و قد أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن لكل شخص الحق في أن يعيش هو و عائلته في مستوى يكفيه للمحافظة على الصحة و الرفاهية، و يشمل ذلك الغذاء و الملابس و المسكن و العناية الصحية³.

و تجنباً لاحتكار الغذاء، و حرصاً على توفيره دون قيود، استبعدت قوانين معظم دول العالم الحيوانات و النباتات من نطاق الحماية عن طريق البراءة، لأن هذه الأخيرة تحمي النبات كله باعتباره وحدة واحدة بما فيه من جينات و تركيبات كيميائية، و عليه يمنع على الغير استخدامه إلا بإذن من صاحب البراءة، و هو ما يؤدي إلى عرقلة التقدم العلمي و تطوير النباتات و تحسينها⁴، لأنه إذا أراد شخص أن يدخل في النبات أفكاراً جديدة تؤدي إلى إنتاج صنف نباتي جديد، فإنه لا يستطيع ذلك بسبب براءة الاختراع، و سبيل المثال لو حصل شخص على براءة اختراع نبات الذرة، فإن بيع هذه الذرة إلى مصنع ليستخرج منه زيتاً لا يتم إلا بعد الحصول على موافقة صاحبه، وهو الأمر ذاته بالنسبة لاستخراج مادة كيميائية من الصنف النباتي⁵.

و بالإضافة إلى ما تقدم، ففي نظام براءة الاختراع، لا يمكن استعمال الصنف المحمي بالبراءة في التعليم أو التدريب إلا بعد موافقة صاحب البراءة، و هذا ما قد يشكل عقبة أمام التقدم العلمي، و يمثل نوعاً من الاحتكار أو الاستئثار الذي يتمتع به صاحب البراءة، و هو ما لا يتفق مع النظرة الاجتماعية لأي حق، هذه النظرة تستوجب السماح للغير بالتدريب و التعليم، بل و الاستعمال الشخصي للصنف النباتي طالما أنه بعيد عن الاستغلال التجاري⁶.

¹ - أنظر المادة 54 من ذات القانون.

² - أنظر المادة 73 من ذات القانون.

³ - أنظر المادة 29 من ذات القانون.

⁴ - مستجير أحمد؛ المرجع السابق ص 85.

⁵ - هور مارتن؛ المرجع السابق ص 49.

⁶ - السيد أحمد عبد الخالق؛ حقوق الملكية الفكرية حماية أم نهب، دار المريخ للنشر السعودية طبعة 2004 ص 111.

ومن أجل ذلك كله كان الرفض لنظام براءة الاختراع كوسيلة لحماية الأصناف النباتية، مما دفع إلى التفكير في وضع نظام خاص لهذه الحماية، وهو ما فعلته معظم الدول فيما بينها من خلال اتفاقية دولية بهذا الشأن التي تهدف بشكل أساسي إلى دعم أنشطة صناعة التقاوي التي تقوم بها الشركات المتعددة الجنسيات في الدول الصناعية الكبرى، والدليل على ذلك الشروط التي تتطلبها الاتفاقية من أجل منح الحماية للصنف النباتي الجديد، والتي من بينها التجانس و الثبات الوراثي، وهذا ينتج عنه احتكار عدد محدد من شركات صناعة التقاوي السوق¹.

وقد وسعت اتفاقية اليوبوف من نطاق الحقوق الإستثنائية لمربي النبات لكي تشمل كل أشكال إعادة الإنتاج سواء لأغراض تجارية أو غيرها، وكذلك التخزين لمادة إكثار الصنف النباتي أو المادة المحصودة لأي غرض من الأغراض مما جعلها تقدم نموذجاً للحماية شبيهاً بالحماية التي تقدمها براءة الاختراع².

وعليه يمكن القول أن الحصول على الموارد الجينية النباتية الموجودة ضرورة حتمية للتحسين و التطوير المستمر للنباتات بالنسبة للزراعة و الغذاء، حيث أن تنوع النباتات الجديدة لا يمكن أن يخلق من العدم، إذ أنه لا يوجد خلق فعلي في مجال تطوير النبات، فتتنوع المحصولات لا يمكن أن يأخذ مجراه إلا على أساس الاستخدام و التحويل فيما يوجد في الطبيعة³.

إن منح براءة الاختراع ينطوي على حظر استخدام المواد المبرأة في الدول التي اعترفت بهذه الحقوق، حيث لن تكون الجينات و لا السلالات النباتية متاحة لمزيد من التطور دون الموافقة المسبقة لأصحاب حقوق الملكية الفكرية⁴. لذلك تعمقت المخاوف لدى الكثير من الدول بسبب التطبيق الواسع النطاق لحقوق الملكية الفكرية خاصة براءة الاختراع على الكائنات الحية، و بسبب الإمكانية المتاحة في معظم الدول الصناعية في الحصول على الحقوق الإستثنائية لاستغلال الجينات و أي أجزاء خلوية صغيرة من النبات شأنها شأن الخلايا و السلالات النباتية، مما يجعل تحقيق نظام متعدد الأطراف المستند إلى مبدأ النفاذ المشترك مجرد وهم كاذب⁵.

¹- نفس المرجع ص 123.

²- غالي محمود: المذكرة السابقة ص 211.

³- عبد الظاهر حسين: المرجع السابق ص 98.

⁴- البيهجي عصام: المرجع السابق ص 110.

⁵- مستجير أحمد: المرجع السابق ص 105.

الخاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية يتضح لنا مدى سعي المشرع من خلال قانون الحيازة النباتية لوضع نظام لحماية الأصناف النباتية يقترب من نظام اليوبوف، لكن لا يتطابق معه، وذلك بالعمل على إيجاد نوع من التوازن بين حماية المصالح المشروعة لمربي النبات و حماية المصلحة العامة في قطاعات مختلفة.

إن امتداد حقوق الملكية الفكرية إلى الموارد النباتية يخلق عددا من المسائل المتعلقة بالنفاذ إلى الموارد الجينية النباتية بقصد البحث و التربية، و التي يمكن معالجتها على المستوى القومي باستخدام وسائل لتوضيح بعض القواعد الدولية القابلة للتطبيق على الموضوع خاصة فيما يتعلق بآثارها على براءة الاختراع في الجينيات و قبول الاستثناء المتعلق بإجراء التجارب بخصوص المواد المبرأة.

و عليه يمكن التوصل إلى بعض الاستنتاجات، و من أهمها:

- أن تعرف شرط الجدة بطريقة تستبعد إمكانية منح البراءة لأي موضوع سبق إتاحتها للجمهور بطريقة الوصف المكتوب أو بالاستعمال، أو بأي طريقة أخرى في أي دولة قبل تاريخ التقدم بالطلب، بما فيها الاستخدام من قبل الجماعات المحلية و الوطنية.
- الاحتفاظ بحق أي دولة كما هو معترف به حاليا في استبعاد النباتات، أو أي جزء منها بما فيها سلاسل DNA من إمكانية منح البراءة.
- الأخذ بقواعد واضحة تؤكد على أن المواد النباتية التي تنمو بشكل طبيعي بما فيها الجينات تكون و ستظل خارج نطاق أي شكل من حماية حقوق الملكية الفكرية في أي بلد.

انعكاسات تحرير تجارة الخدمات على التعليم العالي في الدول النامية

د. أحمد طويل ،

دكتوراه في القانون العام .كلية الحقوق وجدة ،

باحث في العلاقات الدولية والعلوم السياسية ،

مقدمة

يظل الحق في التعليم أحد الحقوق الأساسية للإنسان ، كما يعتبر المفتاح الرئيسي لممارسة باقي الحقوق المتعلقة به ، إنه حق يساهم بطريقة حاسمة للغاية في تمكين الفرد ، خاصة بالنسبة للأشخاص المهمشين اقتصاديا واجتماعيا وتخليصهم من البؤس والفقر . وبهذا أصبح التعليم العالي اليوم ذا أهمية كبرى ومحورية في اقتصاديات الدول ، وهذا ما جعله يحظى في العقود الأخيرة باهتمام متزايد سواء من قبل الأفراد أو الجماعات أو الدول ، بل وحتى المنظمات الحكومية وغير الحكومية ، ويرجع ذلك جزئيا إلى دوره الرائد في تحسين الإنتاجية وتطوير النمو الاقتصادي وتعزيز الابتكار والقدرات التكنولوجية . ويعتبر تطوير هذا القطاع شرطا ضروريا لنمو الاقتصاد العالمي واتساعه ، كما تظهر أهميته في التأثير على فلسفة مؤسسات التعليم العالي ودورها في تحقيق التنمية المجتمعية ، والدور الذي يلعبه في الاقتصاد الوطني وفي تنافسية هذا الاقتصاد على المستوى الدولي¹ .

وفي هذا السياق فإن الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات تعتبر التعليم سلعة قابلة للتسويق مثلها مثل البضائع والسلع الأخرى وليست حقا أساسيا من حقوق الإنسان ، وتعطى الأولوية لقانون المنافسة التجارية على جميع حقوق الإنسان الأساسية بما فيها الحق في التعليم ، مما جعل لهذه الاتفاقية انعكاسات سلبية على الدول النامية ، بل وأصبحت تشكل تهديدا خطيرا للحق في التعليم ، من خلال عمليات تحرير وخصوصية الخدمات التعليمية . وهذا ما يدفعنا إلى تحميل الدول والحكومات مسؤولية توفير التعليم لمواطنيها مع أخذ الحيطة والحذر من الانعكاسات السلبية للاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات التي تعمل على تسليع التعليم ، وذلك برسم سياسات عمومية تخدم المصلحة العامة ومختلف جوانب التنمية، وليس فقط خدمة أهداف وأولويات الشركات والمؤسسات الخاصة سواء كانت دولية أو وطنية .

ولكن يبدو من المهم التأكيد على أن الإنسان هو كائن ثقافي وليس كائنا اقتصاديا ومستهلكا فقط . ومن هنا فإن وجهة النظر النفعية التي ترى في التعليم مفيد من الناحية الاقتصادية فقط ، ليست سوى رؤية محدودة للغاية ، ويجب أن يتم تجاوزها من خلال رؤية متعددة التخصصات وأكثر شمولاً ، ومن خلال تتبع آثار وانعكاسات الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات والوعي بمخاطرها .

¹ عثمان بن عبد الله الصالح : تنافسية مؤسسات التعليم العالي - إطار مقترح ، مجلة الباحث ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، عدد 10 ، 2012 ، ص : 297 .

وتأسيسا على ما سبق سنعمل على دراسة ربط تحرير تجارة الخدمات بقطاع التعليم من خلال الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات واستعراض أهم المقاربات والمواقف المؤيدة والمعارضة لتحرير تجارة الخدمات التعليمية من خلال المبحث الأول ، فيما سنخصص المبحث الثاني إلى رصد آثار وانعكاسات تحرير التجارة على مختلف جوانب الخدمات التعليمية في الدول النامية .

المبحث الأول : تحرير تجارة الخدمات التعليمية والمقاربات المؤطرة لها

إذا كانت التجارة العالمية هي عبارة عن تبادل تجاري للبضائع والخدمات خارج الحدود المحلية ، فإن إدراج التعليم ضمن هذا التعريف ليس أمراً محسوماً . ففي حين يعتبر البعض أن التعليم حق أو مصلحة عامة ، وبالتالي لا يجب اعتباره سلعة أو إخضاعه لاتفاقات تجارية ، فإن مواقف أخرى تعتبره خدمة أو بضاعة مثل أية خدمة قابلة للتسويق، وهو المنطق الذي تبنته منظمة التجارة العالمية من خلال الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات (AGCS).

المطلب الأول : إدراج التعليم ضمن الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات

لقد جرت العادة على أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتعليم العالي كان يتم تأطيرها من خلال المحادثات والاتفاقيات الثنائية بين الدول ، أو من خلال منظمة الأمم المتحدة للتعليم والعلوم والثقافة (اليونسكو)، لكن الأمر عرف تطوراً سريعاً من جانب بعض الدول المتقدمة التي بدأت تدرج التعليم العالي ضمن قطاع الخدمات ، مثل الخدمات الصحية والاجتماعية والمالية والسياحية ، وخدمات الاتصالات ، وخدمات النقل ... بعدما تحول التعليم تدريجياً إلى تجارة ربحية ، حيث اندثرت معالم التعليم العام المجاني لتحل محله مؤسسات ربحية تتاجر في العملية التعليمية . وبالتالي فإن النظرة الجديدة للتعليم العالي جعلت منه جانباً من أنشطة الخدمات التجارية ، التي تدر عائداً وأرباحاً للاستثمارات الخاصة ، وفي هذا الصدد أصبح قطاع التعليم العالي .إسوة بالخدمات الصحية سواء الخاصة أو العامة التي تم تحويلها إلى تجارة ربحية . قضية من اختصاص الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ، وأصبحت منظمة التجارة العالمية بمثابة الإطار الذي تتم في ظله الاتفاقيات المتعلقة بشؤون التعليم العالي¹ . ومن هنا بدأ الحديث عن "تبضيع" أو "تسليع"

التعليم واعتباره سلعة قابلة للتبادل² ، وتم إدراجه في إطار الخدمات الخاضعة لقواعد التجارة الدولية ، وهو ما دفع العديد من الحكومات إلى اعتماد إصلاحات ملائمة للسوق لدعم نمو هذا القطاع الأخذ في الاتساع .

إن هذه الاتفاقية تعكس إضفاء الطابع الرسمي على الإجراءات وعمليات السوق المنطبقة على التجارة الدولية في الخدمات . وتشمل هذه الاتفاقية جميع الخدمات التي تدخل في إطار التجارة الدولية ، بما في ذلك الخدمات التعليمية . ويمكن تقسيم هذه الخدمات إلى خمس فئات : التعليم الابتدائي والثانوي والتعليم العالي ، وتعليم الكبار ، وأصناف أخرى . وبالإضافة إلى ذلك فإن الاتفاقية ، تحدد أربعة "أساليب" أو أنماط للتسويق³ (المادة الأولى والثانية) :

¹ مركز الدراسات الاستراتيجية : منظمة التجارة العالمية وتأثيرها على التعليم العالي ، سلسلة نحو مجتمع المعرفة ، دراسات يصدرها مركز الدراسات الاستراتيجية ، جامعة الملك عبد العزيز ، الإصدار 23 ، 2010 ، ص : 5 .

² Jandhyala B.G. Tilak : Marchandisation de l'enseignement supérieur: l'impact de l'Accord general sur le commerce des services (AGCS) , UNESCO : Institut international de planification de l'éducation (IIEP) , Paris , 2012 , p : 11 .

³ Angel J. Calderon & Jim Tangas : Libéralisation des échanges, accords régionaux et implications pour l'enseignement supérieur, in: Politiques et gestion de l'enseignement supérieur , 2006/1 (no 18) , pp : 97-126 , OCDE , p : 101 .

1. توريد الخدمات عبر الحدود (بقاء المستهلكين (الطلاب) في بلدهم، التعليم عن بعد مثلا) ،
2. الاستهلاك في الخارج (عبور المستهلكين حدود بلدهم من أجل الدراسة) ،
3. الحضور التجاري للموردين إلى بلد آخر (التنقل المؤسسي أو الشراكة بين موردي خدمات التعليم أجنب ومحلين) .
4. وجود الأشخاص الطبيعيين في بلد آخر (تنقل الموظفين) .

ومن الناحية التاريخية ، تقدمت أمانة منظمة التجارة العالمية في شتنبر 1998 ، في مذكرة تركيبية ، بمقترح مفاده أنه ما دامت الحكومات تعترف بوجود مقدمي خدمات خواص في مجال التعليم ، فإنه يمكن اعتبارها خدمة تجارية، وبالتالي رهنها بالنظم المعمول بها في منظمة التجارة العالمية ، وحددت لأول مرة قائمة العقبات التي تحول دون التبادل الحر "للخدمات التعليمية" في جميع أنحاء العالم ، بما في ذلك احتكارات الدولة ، والقيود المفروضة على الهجرة أو رفض تقديم المساعدات المالية للمؤسسات الخاصة . وقد تمت الموافقة على الاقتراح في عام 1999 ، وأدرجت الخدمات التعليمية في المفاوضات التي بدأت في يناير 2000 بشأن مسألة الخدمات الجديدة . وقد أعاد إعلان الدوحة 2001 تأكيد هذا الموقف وتم تحديد التواريخ الرئيسية في الجدول الزمني للتفاوض¹ . وبهذا تم اعتبار سوق التعليم أكثر فأكثر كسوق للخدمات مثل الأسواق الأخرى ، وقد تم إدراجها في الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات التي وقعت في مراكش عام 2004 من قبل أكثر من 130 دولة² .

ويتم تعريف خدمات الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات عموما على نطاق واسع ، وتنقسم حاليا إلى 12 منطقة تجارية دولية رئيسية، تنقسم كذلك إلى نحو 160 صنفا من الخدمات أو القطاعات الفرعية. وتشمل القطاعات الـ 12 : الأعمال التجارية والاتصالات والبناء والهندسة والتوزيع والتعليم والبيئة والصحة والسياحة والسفر والترفيه (الأنشطة الثقافية والرياضية) والنقل ، والتمويل، والخدمات "الأخرى"³ . ويتعلق أحدهما بخدمات التعليم في جميع الدول الأعضاء التي لا تعتمد نظمها التعليمية حصرا على القطاع العام .

والجدير بالذكر أن هذا الخلاف الناشئ حول حاضر التعليم ومستقبله جاء في أعقاب ازدهار تجارة الخدمات التعليمية خلال العقد الأخير من القرن الماضي . والواقع أن الهيئات الاقتصادية تمارس اليوم ضغوطا هائلة على

¹ Rafael Guarga : Higher education in the World Trade Organisation (WTO) : A threat to the future of higher education in the world , in : Sjur Bergan, Rafael Guarga, Eva Egron-Polak, José Dias Sobrinho, Rajesh Tandon, Jandhyala B. G. Tilak : "Public responsibility for higher education" , (pp : 81-98) , UNESCO, Conférence mondiale sur l'enseignement supérieur , Paris , 2009 .

² Michèle Leclerc-Olive , Grazia Scarfò Ghellab & Anne-Catherine Wagner : Les mondes universitaires face au marché : circulation des savoirs et pratiques des acteurs , Karthala Editions , Paris , 2011 , p : 11 .

³ تنطبق الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات من حيث المبدأ على جميع الخدمات . والاستثناءات الوحيدة هي "الخدمات المقدمة تحت سلطة الحكومة" ، أي خدمات النقل الجوي التي تؤثر على حقوق الحركة الجوية والخدمات المرتبطة مباشرة بممارسة تلك الحقوق. بمقتضى أحكام الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ، فإن الخدمات المقدمة في إدارة وممارسة اختصاصات وسلطة الحكومة "لا تخضع لأي قواعد في الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ولا تخضع للتفاوض ، ولا تنطبق عليها الالتزامات المتعلقة بالوصول إلى الأسواق والمعاملة الوطنية (معاملة الشركات الوطنية والأجنبية على قدم المساواة" ، (المادة 3/1 / ب ، ج) .

الجامعات ، لا سيما تلك التي تشهد تراجعاً في إقبال الطلاب عليها وتدنياً ملحوظاً في مستواها الأكاديمي وعجزاً متنامياً في موازنتها السنوية ، لتقليل الأموال العامة التي تتدفق عليها ، الأمر الذي يضع تلك الجامعات أمام احتمالين :

- الاستمرار في تدهورها الأكاديمي والمالي ، مع ما يترتب على ذلك من نتائج اجتماعية خطيرة.
- تعويمها وإنقاذها باللجوء إلى خصصتها كلياً أو جزئياً ، بما يتماشى مع مفهوم "تسويق التعليم" أو "تسليح التعليم" الذي تتوخاه منظمة التجارة العالمية بترويجها لتجارة الخدمات .

وتكشف هذه الاتفاقية تصميم المنظمة على زيادة تحرير التجارة على الصعيد الدولي ، والتي تشمل "التعليم" كقطاع خدمات . ومن الأمثلة على "الحواجز" المتصورة في التجارة في خدمات التعليم العالي نذكر القيود المفروضة على التأشيرات والضرائب التي تضر بالمؤسسات الأجنبية وترتيبات الاعتماد والقبول التي تتمتع بها المؤسسات المحلية . وعلى العموم فإن العديد من الدارسين والباحثين ينظر إلى الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات كقوة إيجابية ، مما يسرع تهاافت مقدمي خدمات التعليم العالي من القطاعين الخاص والأجنبي على البلدان التي تكون فيها القدرات المحلية غير كافية. في حين يتخذ آخرون وجهة نظر سلبية أكثر ، وذلك بإظهار القلق تجاه تحرير التعليم الذي قد يعرض العناصر الهامة لضمان الجودة للخطر ويسمح لمقدمي الخدمات من القطاعين الخاص والأجنبي باحتكار أفضل الطلاب والبرامج الأكثر ربحاً¹ .

المطلب الثاني : تعدد المقاربات حول سياسات تحرير التجارة في الخدمات التعليمية

على الرغم من إخضاع التعليم العالي إلى قواعد منظمة التجارة العالمية لم يخطأ باهتمام كبير من العالم الأكاديمي القانوني ، إلا أن المجتمع المدني قد تأثر بشدة بهذا "التحول" وكان أكثر نشاطاً في مواجهة عمليات خصخصة التعليم وإخضاعه للمنطق التجاري الربحي ، وحاول تسليط الضوء على مخاطر وعواقب إزالة الضوابط والحواجز وتبني سياسة الخصخصة التي تفرضها الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ، وأقر على أن التعليم خدمة عامة تبقى من اختصاص الدول ، فيما حاولت مقاربات أخرى على استجلاء إيجابيات تحرير التعليم على الدول النامية بالخصوص ، والإقرار بأنها خدمة يمكن أن يقدمها أي مورد وتخضع إلى قواعد التجارة العالمية² . ويعود هذا التضارب الصارخ بين هذه المقاربات إلى الاختلاف في فهم وتفسير المادة (1/3ب، ج) .

¹ Jane Knight : Trade in higher education services : the implications of GATS? , in "The general agreement on trade in services and South Africa – higher education : what should South Africa do?" , the Council on Higher Education (CHE) , Kagisano , Issue No 3 , (Autumn 2003) , Pretoria , pp : 6-7 .

² Eva Hartmann & Christoph Scherrer : Negotiations on trade in services – the position of the trade unions on GATS , (pp : 4-29) , Occasional papers , N° 6 / May 2003 , Friedrich Ebert Stiftung , Geneva , p : 12-14 .

الفرع الأول : مقارنة مؤيدي تحرير التعليم

لقد ساهمت العديد من العوامل في تطور التجارة الدولية في الخدمات التعليمية . ويعد هذا التطور في الخدمات التعليمية جزءاً من سياق تكنولوجي واقتصادي ، يتسم بتطور تكنولوجيات المعلومات والاتصالات الجديدة والحماسة للاقتصاد الإلكتروني وتطور اقتصاد المعرفة والتوجه إلى التعلم على مدى الحياة والتغيرات الديموغرافية. لقد أدى هذا السياق العام إلى تدويل خدمات التعليم العالي في لعب دور هام في تطوير وتعزيز حركة الطلاب ، وكذلك في انخراط الجامعات العمومية في السوق العالمية لخدمات التعليم ما بعد الثانوي . إن المنطق التجاري يعتبر أن الدخل الكبير المستمد من الرسوم الدراسية للطلاب الدوليين يساهم في منح المؤسسات التعليمية حوافز قوية لتوظيف وتوفير خدمات تعليمية متطورة وبنية تحتية ملائمة . هذه الجهود المبذولة لا تمر فقط من خلال استراتيجيات التسويق ، ولكن أيضاً من خلال التكيف التدريجي لعروضها مع مطالب أو احتياجات الطلاب الدوليين¹ .

إن الطلب على التعليم العالي وتعليم البالغين ، خاصة فيما يتعلق بالفصول الدراسية المهنية وطرق التعليم غير التقليدية ، في تزايد مطرد في غالبية الدول . وبالموازاة مع هذا التزايد في الطلب ، فإن قدرة القطاع العام على تلبية ذلك الطلب المتصاعد معرض للتحديات في كل أنحاء العالم ، نتيجة لمحدودية الميزانية والتغير في دور الحكومات والتركيز المتزايد على اقتصاديات السوق والخصوصية ، الشيء الذي جعل العملية التعليمية تخرج عن دائرتها التقليدية ، فأصبحت المعارف والعلوم متوفرة للجميع بمجرد بعض النقرات على أزرار الفأرة ولوحة المفاتيح ، أو بإدخال تقنيات المعلومات والاتصال .

إن هذا الوضع سيؤدي إلى إنهاء احتكار المدرسة للعملية التعليمية : حيث لم تعد المكان الوحيد لتلقي العلم ، حيث برزت العديد من الأشكال الأخرى التي لها طابع تجاري كالمدراس الافتراضية ومؤسسات التعليم عن بعد ... ، ودخلت العملية التعليمية مجموعات ومنظمات كانت إلى وقت قريب لا تمت بأية صلة إلى القطاع . علاوة على ذلك فهذا التطور سينتج عنه ضمان التشغيل والإنتاج للموارد البشرية ، وسرعة تأقلمه مع ظروف عدم الاستقرار التي يتميز بها سوق العمل في عصر العولمة ، وذلك من خلال تعميم تعلم الاستعمال البسيط للحاسوب والإنترنت للفرد ، وبذلك تزيد مقدرته على التعلم مدى الحياة على حسابه الخاص ، وفي أوقات فراغه ، وهي خدمة تقدمها المدرسة للمواطنين ، مما يفيد في توفير وبيع الموارد الضخمة التي كانت تصرف على إعادة التأهيل² .

وفي نفس الوقت لقد وقرَّ الابتكار في تقنيات المعلومات والاتصالات بدائل وطرق افتراضية للتعليم العالي . وبناء على هذا ، فقد ظهرت أنواع جديدة من الجامعات والشركات الجامعية والمؤسسات الربحية وشركات الوسائل المتعددة. لتوريد التعليم العالي عبر الحدود الدولية ولتلبية الحاجيات إلى البلدان الأخرى . وبسرعة مذهلة تم

¹ Kurt Larsen et Stéphan Vincent-Lancrin : Le commerce international de services d'éducation : est-il bon ? est-il méchant ? , Politiques et gestion de l'enseignement supérieur 2002/3 (no 14) , pp : 9-50 , Editions de l'OCDE , pp : 24-25 .

² عبد الوهاب عمري : تأثيرات العولمة الليبرالية في إصلاح التعليم في تونس ، مجلة أقلام ، العدد العاشر ، السنة الثالثة ، فبراير 2004 .

وضع برامج مختلفة ومتنوعة لتوصيل التعليم العالي ، مثل فروع الجامعات ، إلى جانب ترتيبات الوكالات والتوأمة ، وبالتالي أطلقت على العالم صورة مثيرة لسبل توصيل التعليم العالي¹ ، حيث لم يعد الطلبة هم وحدهم من يتحركون ، بل إن البرامج الأكاديمية وموردي التعليم أو معيديه هم الآخرون يتحركون عبر الحدود . هذا الدافع التجاري أو الربحي أصبح اليوم واقعا ، وينطبق على كل من موردي الخدمات الخاصة وفي بعض الحالات يشمل حتى المؤسسات العمومية . وباختصار ، فإن الجانب التجاري من التعليم العابر للحدود يعرف نموا كبيرا ، وهذا هو الهدف الرئيسي من الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات . لذلك من المهم أن يعرف المختصون في مجال التعليم تأثير تحرير التجارة على التعليم العالي ، وأن يتخذوا خطوات لتحقيق أقصى قدر من المنافع ولتقليل الأخطار التي تهدد نظام التعليم العالي القوي والجيد . وتلك جهود كلها يجب أن تكون غايتها ضمان نظام تعليم عالٍ متماسك وعلى قدر كبير من الجودة² .

ومن ناحية أخرى ، يمكن أن يكون استخدام الخدمات الأجنبية وسيلة للإسراع من تطوير نظام جامعي وطني عن طريق تدريب بعض المدرسين في المستقبل ومن خلال تبادل المعارف التي يتم الحصول عليها في شراكات بين المؤسسات الوطنية ونظيرتها الأجنبية . ففي الدول النامية ، يمكن أن تسهم التجارة الدولية في الخدمات التعليمية أيضا في التنمية الاقتصادية من خلال التوسع السريع في المشاركة في التعليم ما بعد الثانوي ، وهو توسع لا يعتمد حاليا على أنظمتها الوطنية وحدها . ففي إطار اقتصاد المعرفة ، من المتوقع أن يكون لهذا التوسع في الوصول إلى التعليم العالي تأثير اقتصادي إيجابي على هذه البلدان³ . كما أن حركية الطلاب له انعكاسات سلبية ، إذ أنها عملية مكلفة وهذا من شأنه أن يزيد من احتمال هجرة الأدمغة ، مما يجعل من تحرير التجارة الدولية في الخدمات التعليمية خصوصا النمطين 1 و 3 وسيلة مهمة للتخفيف أو وقف هذا النزيف ، بما أن استثمار المؤسسات الأجنبية يجعل الخدمات التعليمية أقل تكلفة للطلاب ، وكذا بالنسبة للحكومات التي من المفروض أن يقع على عاتقها تمويل هذه الخدمات .

إضافة إلى ما سبق ذكره فإن مناصري تحرير التعليم يتكثرون على حجج أخرى ، حيث يقرون على أن التزويد الخارجي يمكن أن يؤدي إلى التخلي عن النظام التعليمي المحلي والتوجه نحو تبني منهاج مختلف وأساليب أخرى في

طرائق التدريس وأنظمة إدارية مغايرة وأساليب جديدة للبحث . وقد لعب التعليم العابر للحدود أحيانا دورا مهما في تطور أنظمة ضمان الجودة التي تكون قد تطورت في البداية على أنها "ميكانيزمات تصفية" بهدف التعامل مع المزودين الأجانب ، ثم تم تطبيقها فيما بعد لمراقبة المزودين المحليين وتحسين مستوياتهم . إضافة إلى ذلك فإنه من

¹ مركز الدراسات الاستراتيجية : منظمة التجارة العالمية وتأثيرها على التعليم العالي ... ، مرجع سابق ، ص : 8 .

² Jane Knight , op. cit , p : 5 .

³ Kurt Larsen et Stéphan Vincent-Lancrin , op. cit. , p : 37 .

شأن منح المزدودين الأجانب التراخيص أن يحفز الحكومة المضيفة على تشجيع المزدودين الخواص المحليين على منح شهادات عليا¹.

جانب آخر لا يقل أهمية عن الجوانب السابقة ذكرها وهو المتعلق بالجانب المالي ، حيث يؤكد مناصرو التعليم المتحرر على أن الدولة لم يعد يقع على عاتقها وحدها مسؤولية تمويل التعليم وتحمل الأعباء المالية لهذا القطاع ، بل أصبحت المؤسسات الأجنبية أو المحلية المستثمرة في هذا القطاع تتقاسم مع الدولة هذه المهمة ، الشيء الذي أدى إلى تخفيف العبء والضغط على الميزانية العامة ، واستثمار هذه الأموال التي تم توفيرها في تطوير قطاعات أخرى .

الفرع الثاني : مقارنة معارضي تسويق وتسليح التعليم

في الواقع إن السماح للجامعات والمؤسسات الأجنبية باستغلال أسواق التعليم في البلدان النامية والسيطرة عليها من المرجح أن يضعف نظام التعليم العالي في هذه البلدان² ، مما جعل العديد من الأصوات تعتبر أنه ليس مألواً أن يكون للربح التجاري والمالي الأسبقية على الاعتبارات التعليمية والإنسانية³.

إضافة إلى ذلك يعتبر أصحاب هذه المقاربة أن تعزيز التجارة الدولية سيُشجع على تحرير قطاع التعليم ، ولا سيما إزالة كل رقابة قانونية وسياسية ومالية للجودة في القطاع ، وسيؤدي ذلك إلى تخلي الحكومات عن مسؤولياتها الاجتماعية ، ويسفر عن تعميق اللامساواة الاجتماعية وعرقلة نشر القيم الأخلاقية والثقافية ، ويؤدي إلى توحيد التعليم وإقصاء الثقافات المحلية والوطنية ويكون له تأثير سلبي على سيادة الشعوب .

ويؤكد معارضي سياسة تحرير قطاع التعليم على ضرورة تجميد المفاوضات التجارية بشأن الخدمات التعليمية في منظمة التجارة العالمية بالاستناد إلى مبدأ الحيطة (التحوُّط)⁴ . وفي رأيهم فإن تطور التجارة الدولية يمكن أن يتم دون الحاجة إلى أية اتفاقيات تجارية ، ومنه فإن المفاوضات التجارية تكون عديمة الفائدة لأنها قد تؤثر بشكل سلبي على جودة التعليم العالي وعلى تكافؤ الفرص ومبدأ المساواة في الولوج إليه ، إضافة إلى أن هذه المفاوضات لها انعكاسات سلبية على حق السلطات الوطنية في تدبير نظم التعليم العالي العمومي ودعمها . من جهة أخرى فإن

¹ ميتشل والاس ، لي دون : التعليم في مجال التعليم العالي العابر للحدود . تعزيز تعلم الطلاب العالميين العابرين للحدود . ترجمة فريدة فوزي الخباز ، العبيكان للنشر ، الرياض ، الطبعة العربية الأولى ، 2012 ، ص : 36 .

² Jandhyala B.G. Tilak , op. cit. , p : 9 .

³ Ibid , p : 7 .

⁴ لمزيد من التفاصيل انظر :

أحمد طويل : إشكالية التوازن بين تحرير التجارة وحماية البيئة في ظل منظمة التجارة العالمية . دراسة قانونية وقضائية ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية . وجدة ، الموسم الجامعي ، 2015/2016 ، ص : 396394 .
وانظر كذلك : براكبي بن عبد الله ، مبدأ الحيطة في القانون الدولي للبيئة ، بحث لنيل الماستر في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الطاهر مولاي ، سعيدة ، ص : 10 ، 12 و 15 .

هذه المقاربة التي ترى في التعليم العالي خدمة عامة تعتبر أن المنافسة التجارية وهيمنة مبادئ اقتصاد السوق على قطاع التعليم تشكل تهديدا للتمويل العام والاستقلال الفكري لقطاع التعليم العالي¹.

وعموما فإن التوجهات السائدة بين الأكاديميين في البلدان النامية تسير في اتجاه انتقاد الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات². وتدور الحجج المناهضة لتدويل وعولمة التعليم حول نفس الأبعاد الأربعة العريضة التي تدافع عن تحرير التجارة في الخدمات التعليمية، وهي الأبعاد السياسية، والاقتصادية، والأكاديمية، والثقافية الاجتماعية

بداية فالتعليم بالنسبة إليهم يعتبر "ملكا" أو خدمة عمومية وكذلك "حاجة اجتماعية فخرية"، ينتج عنه عدد كبير من الآثار الخارجية. الاجتماعية والثقافية والاقتصادية والسياسية، إضافة إلى أنه مفيد للفردي. إن معظم المجتمعات المتحضرة تتحمل فيها جميع الحكومات تقريبا مسؤولية توفير خدمات التعليم لمواطنيها، كما يتم الاعتراف بالتعليم كخدمة عامة أساسية. لكن من الناحية المبدئية فإن الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات لا تعترف بهذه الجوانب الأساسية، باعتبار التعليم ليس سلعة أو خدمة عامة، ولكن تعد سلعة قابلة للتسويق أو هو عبارة عن نشاط تجاري. فالاتفاقية لا تقيم تميزا بين التجارة في الخدمات مثل التعليم والتجارة في السلع مثل السيارات وأجهزة الحاسوب وغيرها. فبموجب هذه الاتفاقية فإن السلع العامة هي سلع قابلة للتسويق يتم تداولها لغرض البيع وتحقيق الأرباح. في الواقع، فإن هذه الاتفاقية تركز على التجارة وليس على التعليم. لذلك فمن المشروع أن يسيطر علينا هاجس اختفاء مفهوم التعليم على أنه "مصلحة عامة"³، لأن الكثير يشعرون بأن مصطلح "التجارة في التعليم" يعد وسيلة لمناهضة للتعليم. ونتيجة لذلك، يجادل الكثيرون في عدم اعتبار التعليم سلعة أو خدمة قابلة للتبادل، وبالتالي لا ينبغي بأي حال من الأحوال أن يدخل في نطاق الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات⁴.

ثانيا، يرتبط التعليم ارتباطا وثيقا بثقافة وفلسفة المجتمع، وهو يغرس القيم التي تثرى تراث المجتمع وتعزز النسيج الاجتماعي من خلال تعزيز الوثام الاجتماعي والديني وترسيخ قيم الديمقراطية. وهذا هو السبب الذي جعل الهند مثلا ترفض مباشرة بعد استقلالها مساعدة من الولايات المتحدة لبناء نظام التعليم العالي فيها، باستثناء عدد قليل من المؤسسات مثل المعاهد الهندية للتكنولوجيا، التي يتم تمويلها من خلال المساعدات الخارجية⁵. وهذا يتم اعتبار تجارة التعليم العالي عاملا يحتمل أن يعود بالضرر على التراث الثقافي والوثام الاجتماعي والديني والقيم الوطنية والتربوية والخدمات العمومية الأخرى التي تسعى الحكومات الوطنية إلى ترسيخها. ويصبح التعليم إذن منعزلا عن النسيج والأصول الاجتماعية والثقافية للبلد الأم، وتسود بالتالي

¹ Kurt Larsen et Stéphan Vincent-Lancrin , op.cit. , p : 28 .

² Jandhyala B.G. Tilak , op. cit. , p : 65 .

³ Philip G. Altbach & Knight, J. 'Internationalization of higher education: Motivations and realities', in : Journal of Studies in International Education, 11(3-4), p. 290-305, 2007.

⁴ Rafael Guarga , op. cit. . (pp : 81-98) .

⁵ Jandhyala B.G. Tilak , op. cit. , p : 67 .

مجموعة واحدة فقط من القيم وعالما واحدا من الثقافة قد يقوض التمايزات المحلية ، وهو ما يمكن أن يطلق عليه "التجانس" أو "الإمبريالية الثقافية"¹ .

وتكمن المشكلة الرئيسية في هذا الصدد في أنه على الرغم من حسن نية مزودو الخدمات التعليمية الأجانب ، فإنهم قد لا يتمكنوا بشكل كافٍ من فهم فلسفة البلاد وقيمها ومشاكلها ولغة التدريس وما إلى ذلك ، لتزويد الطلاب المحليين بالتعليم المناسب . كما قد لا تعكس البرامج والخطط الدراسية التي تقدمها المؤسسات الأجنبية الثقافة والفلسفة المحليتين ، والخطر الكبير هو الاختفاء التدريجي للبرامج المحلية لصالح البرامج الأجنبية ، وعلى المستوى البعيد توحيد برامج التعليم العالي في جميع أنحاء العالم ، كما هو الحال بالفعل في بعض التخصصات مثل الإدارة والهندسة وتكنولوجيا المعلومات . وهذا من شأنه أن يؤدي إلى هيمنة اللغة الإنجليزية ، وبالمقابل سوف يكون مصير جميع اللغات الأخرى النسيان والانقراض بشكل تدريجي² . إضافة إلى ما سبق ذكره فإن التوسع الأيديولوجي يمكن أيضا أن يكون الدافع وراء التجارة في التعليم من خلال برامج الدراسة³ . والنتيجة المحتملة هي : أن التعليم العالي - باعتباره خاصية أساسية للدولة الأمة - سيتحول إلى خدمة تشبه إلى حد بعيد عملية تقديم الوجبات السريعة (McDonaldization)⁴ ، التي من خلالها يتم نقل قيم ومعايير إلى الطلاب متعارضة مع القيم والمعايير المحلية ، وهذا ما يترتب عنه نوع من التركيز الثقافي المحدود والضيق⁵ .

وعلى المستوى السياسي، تصبح الدولة الأمة مقيدة بمحاولة تحقيق التوازن بين أربعة ضرورات : 1- الاستجابة لرأس المال العابر للحدود ، 2- الاستجابة للهيكل السياسية العالمية والمنظمات غير الحكومية ، 3- الاستجابة للضغوط والمطالب المحلية للحفاظ على شرعيتها السياسية الخاصة ، و 4- الاستجابة لاحتياجاتها الداخلية ومصالحها الذاتية⁶ .

ولمواجهة مثل هذه الضغوطات ، هناك حاجة إلى مزيد من الدراسات حول الاستجابة إلى المطالب المحلية للدفاع عن التعليم العام ضد إدخال آليات السوق الخالصة في العملية التعليمية وغيرها من السياسات التي تسعى إلى الحد

¹ ميتشل والاس ، لي دون ، مرجع سابق ، ص : 123-122 .

² Lex Borghans & Frank Cörvers : The americanization of european higher education and research , in : American universities in a global market, university of Chicago Press, May 2010 , (231 - 267) pp : 232 & 250-258 .

³ Jandhyala B.G. Tilak , op. cit. , p : 67 .

⁴ Noel Carroll: Elearning – the McDonaldization of education, European Journal of Higher Education, Routledge, London, Volume 3, 2013 - Issue 4, pp : 342-356 .

⁵ التعليم في مجال التعليم العالي ... ، مرجع سابق ، ص : 37 . ميتشل والاس ، لي دون

⁶ Nicholas C. Burbules, Carlos Alberto Torres : Globalization and Education: Critical Perspectives , Routledge , New York , 2000 , p : 10 .

من رعاية الدولة وتمويلها ، وفرض نماذج الإدارة والكفاءة المقتبسة من قطاع الأعمال الذي أصبح كإطار لصناعة القرار التربوي¹ . وتأسيسا على ما سبق فإن مهمة حماية المجتمع من الغزو الثقافي والإيديولوجي تقع على عاتق أنظمة التعليم العالي العمومية ، فضلا عن الحفاظ على الثقافة والتراث الوطنيّين وتعزيزهما . وعلى العكس من ذلك فإن الممارسات التجارية تدعم فروع المعرفة الصالحة تجاريا ، وهذا ما يضر بالاختصاصات الضرورية للحفاظ على ثقافة الدولة وتراثها² .

إن إضعاف أنظمة التعليم العالي الذي تهدف إليه الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات من شأنه أن يرسخ هشاشة الدولة على المستوى الدولي ، الشيء الذي يحتم على المؤسسات العمومية أن يكون هدفها الأساسي هو توفير التعليم لأغراض ثقافية ، وتعمل على تحقيق أهداف تتجاوز التجارة . وهذا ما جعل العديد من الأكاديميين يحذرون من التهديد الذي تشكله الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات³ .

وعلاوة على ذلك فإذا كان من المتعارف عليه أن دور الدولة حاسم في توفير التعليم لمواطنيها ، فإن هذه الاتفاقية ستعمل على تقويض سيادتها ودورها في هذا المجال بشكل عميق ، إذ في أحسن الأحوال ستقوم الدولة بتوفير الإطار التنظيمي مع القضاء على الحواجز التي تحول دون العولمة . ومع ذلك ، فإن ما يُنظر إليه على أنه حاجز أمام التجارة من جانب كبير من موردي خدمات التعليم يمكن أن يكون أداة أساسية لضمان "الدفاع عن الهوية الوطنية أو الرقابة المحلية على تمويل التعليم والمعايير المحددة من قبل الدولة"⁴ . وبهذا ستعمل هذه الاتفاقية على تغيير العلاقات بين الحكومات وأنظمة التعليم العالي بشكل جذري . وستصبح تقريبا جميع جوانب التعليم العالي - اللغة المستخدمة والمناهج الدراسية وعمليات وطرق التقييم وآليات ضمان الجودة ... متحكّم فيها من طرف منظمة التجارة العالمية وستدخل مرحلة التدويل التي تتجاوز المستويات الوطنية والقطاعية والمؤسسية في عملية صنع القرار ، بل يمكن أن ينعكس تدخلها على الاستقلال الأكاديمي ، مما قد ينتج عنه عواقب غير متوقعة⁵ . ونتيجة لزيادة حجم التجارة وخاصة واردات الخدمات التعليمية وتقليص دور الدولة ، فإنه لم يعد اعتبار تكريس الموارد العامة للتعليم ضرورة ملحة ، وساد التفكير في إمكانية الانسحاب من التعليم وترك الكثير من جوانب هذا القطاع لموردي الخدمات الخواص الوطنيين والدوليين . ونتيجة لذلك ، فإن التمويل العمومي للتعليم سيعرف انخفاضا حادا ، بل سيكون الوضع أكثر سوءاً بسبب ضرورة معاملة مقدمي الخدمات التعليمية الأجنبي على قدم المساواة مع نظرائهم الوطنيين ، لأن الخواص الأجنبي يشعرون أنهم يستحقون المطالبة بالأموال العامة

¹ Nicholas C. Burbules, Carlos Alberto Torres , op. cit. , p : 15 .

² Jandhyala B.G. Tilak , op. cit. , p : 68 .

³ Philip G. Altbach : International higher education : Reflections on policy and practice , Boston College Center for International Higher Education , Chestnut Hill, MA , Boston , 2006, p : 31 .

⁴ Anthony Welch : Higher education in Southeast Asia . Blurring Borders, Changing Balance , Routledge , London , 2011 , p : 6 .

⁵ Madeleine F. Green 'GATS update'. in : International Higher Education , The Boston College Center for International Higher Education , n° 37 (automne), 2004, pp : 3-5.

ونفس المكاسب التي يتم منحها للجامعات الوطنية . بمعنى آخر فيقدر ما تملصت الحكومات من التزاماتها ، فسوف يتعين عليها دفع تعويضات بموجب الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ¹ .

بما أن الدولة الأمة قد خسرت بعضا من اختصاصاتها المتعلقة بتدبير قطاع التعليم العالي ، فلن يكون لديها القدرة على رسم السياسات العمومية لهذا القطاع وفقا للاحتياجات الوطنية ، مما يعني أن السوق هي التي ستتحكم في التعليم وفقا لاحتياجاتها الخاصة . وهكذا ، يمكن أن تكون الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات سببا في فقدان القدرة على تطوير التعليم العالي بها ² .

وعلى المستوى الاقتصادي فإن تدويل التعليم يشجع على هجرة الأدمغة ويزيد من تفاقم النقص في العمالة الماهرة في البلدان النامية ، إذ يقدر عدد الأدمغة التي غادرت القارة الإفريقية بما يزيد عن مائة ألف إفريقي وهم ويقومون بوظائف ذات مهارات عالية في البلدان المتقدمة ، ووصلت وتيرة المغادرة حاليا إلى أكثر من 23 ألف سنويا ³ . إن تفاقم نزيف الأدمغة في الدول النامية يخلق عدة نتائج سلبية تؤدي ثمنها الدول النامية المصدرة لهذه الأدمغة ، نذكر منها انخفاض رأس المال البشري ، الذي سيؤدي إلى البطالة وفقدان العوامل الخارجية الإيجابية المرتبطة بوجود النخب، وأخيرا إلى نقص في المهنيين في القطاعات الأساسية للاقتصاد الوطني ⁴ .

أما على المستوى السوسيو اقتصادي ، بما أن التعليم العالي العابر للحدود يهتم بشكل أكثر تحديدا بالمجموعات الاجتماعية الاقتصادية الأغنى، نظرا لتكلفته العالية من حيث الرسوم والتكاليف ، فإن اللوج إليه سيصبح محدودا في صفوف العموم ، بل يصبح مخصصا لنخب المجتمع ، وهذا ما سيفاقم اللامساواة في الوصول إلى التعليم العالي.

إن الرأي السائد هو أن الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات وتدويل التعليم العالي سيشجعان المؤسسات الأجنبية على الاستقرار في البلدان النامية ، ليس لأهداف نبيلة مثل تطوير التعليم أو تحسين المساواة للولوج إلى المؤسسات التعليمية أو تدويل التعليم العالي في العالم أو تسويق منتجات المعرفة عبر الحدود، أو تبادل الأفكار والتعاون العلمي طويل المدى وتبادل الطلاب الموهوبين أو الأساتذة الباحثين ذوي الجودة ، أو توفير تعليم جيد

¹ Rafael Guarga: Higher education in the World Trade ... , op. cit. (pp : 81-98).

² Panoramukhi, P.R: Globalisation and higher education: Economic perspectives , in: Footprints of development and change , (pp : 493-518) , Academic Foundation , Ed. N. Jayaram & R.S. Deshpande , New Delhi , 2008 , p : 505-506 .

³ Véronique Brouillette & Nicole Fortin : La mondialisation néolibérale et l'enseignement supérieur , Janvier 2004 , Volume 51 , Ed. la Centrale des Syndicats du Québec (CSQ) , p : 35 ,

⁴ Abokor Abdi Mahmoud : La migration internationale des citoyens qualifiés : La problématique de la fuite des cerveaux , mémoire pour l'obtention du diplôme de master en affaires publiques et internationales , 19/07/2017 , École Supérieure d'Affaires Publiques et Internationales , Université d'Ottawa , p : 51 .

للفقراء¹ ، وما إلى ذلك . كما أنها لن تسعى إلى استثمار رأس المال في التعليم² ، بل الدافع لإنشاء مؤسسات تعليم عالٍ متعددة الجنسيات يكاد يكون دائما هو جني أرباح ومكاسب مالية فقط³ .

ثمة مشاكل واقعية تواجه البلدان النامية ، إذ أن إنشاء المؤسسات الأجنبية الخاصة بعدد كبير في بلد ما لا يمكن إلا أن يضر المؤسسات الوطنية ، لأنه في هذه البلدان ليست المؤسسات العامة بالضرورة قادرة على المنافسة ومتكيفة مع احتياجات ومتطلبات السوق . وعلاوة على ذلك ، فإن قدرة البلدان النامية على المشاركة بفعالية في التجارة العالمية في قطاع التعليم العالي ضعيفة للغاية . لذلك ، وبما أن المنافسة بين الطرفين غير متساوية وغير عادلة في الأساس ، فإن المؤسسات العمومية الوطنية ستكون في وضع غير مريح ولا تتمتع بالتنافسية اللازمة .

المبحث الثاني : انعكاسات تحرير تجارة الخدمات على التعليم العالي في الدول النامية

على الصعيد الدولي تم إدراج التعليم في إطار الخدمات وهذا ما ترجمته الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ، وهي إحدى اتفاقيات منظمة التجارة العالمية التي دخلت حيز التنفيذ منذ 1995 . هذا الوضع التجاري العالمي سيخلف انعكاسات مختلفة على الدول الأعضاء في المنظمة ، وذلك راجع إلى قيمة ومرتبة كل دولة داخل المنظمة ، ولكن ما يمكن التأكيد عليه هو أن الدول النامية من أكبر الأطراف المتضررة من انعكاسات تحرير التعليم واعتباره سلعة قابلة للتسويق . وهذه الانعكاسات والآثار مست العديد من الجوانب والمجالات ، سواء السياسية أو الأكاديمية العلمية أو الاقتصادية المالية أو التنموية أو تلك المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية .

لقد غدا إذن من الأهمية بمكان القيام برصد وفحص التحديات والانعكاسات التي تثيرها الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات على قطاع التعليم العالي في الدول النامية ، حتى يمكن لهذا الدول وضع سياسات واقعية وحكيمة⁴ .

المطلب الأول : انعكاسات تحرير التعليم على الجوانب السياسية والأكاديمية في الدول النامية

سنعمل على تتبع الآثار السياسية والعلمية المترتبة على تطبيق الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات على التعليم العالي . هذا الوضع ستكون من نتائجه تقييد مجال مناورة الدولة في تحقيق البعد التدخلي في الحق في التعليم

¹ في التصنيف ثلاثي الأبعاد للجامعات الأمريكية . فالجامعات العامة أو الخاصة التي تقدم برامج في الخارج والمصنفة في الفئة الدنيا أكثر بكثير من غيرها (جامعات "النخبة" ذات المستوى الجيد) . وهكذا وفي المجموع فالجامعات التي تقدم مثل هذه البرامج في الخارج توجد 210 جامعة 30 متوسطة المستوى ، في مقابل 30 جامعة عمومية عالية المستوى ، و34 جامعة نخبة وجيدة خاصة انظر:

Kim, E.H. & Zhu, M.: Universities as firms - The case of US overseas programs , in : American universities in a global market , pp : 163-201 , National Bureau of Economic Research , ed. Charles T. Clotfelter , New York , 2010 , p : 186 .

² Jandhyala B.G. Tilak , op. cit. , p : 72 .

³ Philip G. Altbach , op. cit. , p : 32 .

⁴ Saleem Badat : "Introduction" , In : "The general agreement on trade in services and South Africa – higher education : what should South Africa do ?" , the Council on Higher Education (CHE) , Kagisano , Issue No 3, (Autumn 2003) , Pretoria , p : 2 .

وبشكل أكثر تحديدا في إعمال الحق في المساواة في الحصول على التعليم العالي الجيد ، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى الاعتداء على مبدأ تكافؤ الفرص والمساواة في الحق في التعليم بل والتخلي عنه نهائيا .

الفرع الأول : الانعكاسات السياسية : تحرير التعليم تهديد وانتهاك لسيادة الدولة

باعتبار التعليم حق إنساني ومصالحة عامة ، فإنه من مسؤولية جميع الحكومات توفيره مجانا وبجودة عالية. وهذا ما دفع العديد من المنظمات الدولية والإقليمية والدول خصوصا النامية . ومنذ بدء مفاوضات الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات - إلى الإعراب عن قلقها إزاء خطر توسيع نطاق تحرير التجارة في الخدمات وإدراج التعليم ضمن الاتفاقات التجارية لمنظمة التجارة العالمية ، وهو ما تم فعلا ، وقد ضغطت على استبعاد التعليم من نطاق هذه الاتفاقية ، لأنها تحدد قيودا على مجموعة كبيرة من التدابير الحكومية التي تؤثر على التجارة في الخدمات ، وتشكل تهديدا خطيرا للجوانب المتعلقة بالمصلحة العامة الحيوية . ومن هذه القيود يمكن أن نشير إلى احتمال تدخل هذه الاتفاقية في اختصاص وحق الدول لتقديم الإعانات المالية للمزودين المحليين العموميين دون الاضطرار إلى منح المزودين الخواص أو الخارجيين نفس المعونات¹ . هذا يعني أن الاتفاقية قد تجبر الحكومة إما على دعم طلاب الجامعات الخاصة بنفس الطريقة ، أو القضاء نهائيا على المساعدات المالية العامة للطلاب² .

إضافة إلى ما سبق ذكره تخلو هذه الاتفاقية من أي إشارة إلى وجود أي التزام للدولة بتوفير الخدمات التعليمية العامة، وبالمقابل تحظر الاتفاقية وضع تدابير ملزمة ومقيّدة لرأس المال ، وتحظر الإجراءات التي تتخذها الدول التي من شأنها أن تؤدي إلى إنشاء حواجز أمام المنافسة الدولية . بالإضافة إلى ذلك ، يمكن اعتبار الإعانات الممنوحة للخدمات العامة على أنها منافسة غير عادلة³ .

ومع ذلك ، وفي السنوات الأخيرة ، ظهر عدد متزايد من اتفاقات التجارة والاستثمار الثنائية والإقليمية ومتعددة الأطراف خارج إطار منظمة التجارة العالمية . إن هذه الاتفاقيات تعمل على تعريض قطاع التعليم لخطر الخصخصة والقابلية للتسليح أو ما يمكن نعتة بـ "التهرب التجاري" . وتعمل هذه الاتفاقيات بتخفيض معدلات التعريف الجمركية

والحصص والقضاء على ما يسمى بالحواجز "غير الجمركية" في وجه التجارة والاستثمار . ونتيجة لذلك ، تفرض هذه الاتفاقيات الجديدة مخاطر كبيرة محتملة على سياسات التعليم والمؤسسات التعليمية العمومية ، وكذلك على الأساتذة الباحثين والطلاب ومجتمعاتهم ، كما يؤدي تسويق الخدمات التعليمية إلى مخاطر عدم الإنصاف والتمييز وتعميق الفجوة الرقمية بين الدول .

¹ ميتشل والاس . لي دون : التعليم في مجال التعليم العالي ... ، مرجع سابق ، ص : 123 .

² Pierre Sauvé : Commerce, éducation et AGCS : les tenants et les aboutissants , politiques et gestion de l'enseignement supérieur , 2002/3 (N° 14) , (pp : 51-85) , Editions de l'OCDE , Paris , p : 64 .

³ Thomas Lamarche : L'OMC et l'éducation : normalisation de l'éducation pour en faire une marchandise échangeable internationalement ? , In : Politiques et management public , vol. 21, n° 1, 2003, (pp : 109-130) , p : 127 .

إن الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات بما أنها اتفاقية تجارية استثمارية لها آثار عميقة وتحد من قدرات الدول في صنع القرار ، ويدفعها إلى فقدان نفوذ الحكومات المحلية على تنظيم التعليم العالي وفقا للحاجيات والأولويات الوطنية . وهذا ما دفع جمعية الجامعات الإفريقية إلى التحذير من تحول التعليم العالي في ظل هذه الاتفاقية إلى سلعة تجارية خاضعة ، في المقام الأول ، لقواعد التجارة العالمية ومفاوضاتها ، والتأكيد على أن التجارة في خدمات التعليم ينبغي "أن تفيد حاجات التطور وأولوياته في القارة الإفريقية" ، ودعت إلى التعامل بحذر مع هذه الاتفاقية ريثما يتم إجراء المزيد من البحوث حول آثارها المحتملة¹ . كما تلزم هذه الاتفاقية أعضاء منظمة التجارة العالمية تحرير قطاع التعليم ، ليس فقط عن طريق إزالة الحواجز أمام التجارة والاستثمار في الخدمات ، ولكن أيضا من خلال تشجيع الدول على تعزيز سياسات التحرير باتخاذ إجراءات في مجال الخدمات التعليمية موافقة لالتزاماتها في إطار هذه الاتفاقية . كما أن الآثار السلبية والقيود الكبيرة على قدرات الحكومات الوطنية على صنع القرار قد تفاقت وتكرست بسبب الاتفاقات التجارية والاستثمارية الثنائية أو الإقليمية أو المتعددة الأطراف الجديدة ، مثل اتفاقية التجارة في الخدمات (ACS) ، واتفاقية الشراكة عبر المحيط الهادئ (PTP) ، والشراكة التجارية والاستثمارية عبر المحيط الأطلسي (PTCI) ، والاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل (AECG) . وعلى وجه الخصوص ، أدرجت قواعد وإجراءات جديدة ، مثل التعاون التنظيمي وآلية تسوية المنازعات بين المستثمر والدولة لقد شجع هذا المناخ الداعم لتسويق التعليم إلى الحديث عن الجامعة المقابلة المرتكزة على ثلاث أبعاد رئيسية² :

- الصلة بين الابتكار ومنطق المقابلة وإدارة الأعمال ،
- أهمية كسب المال ،
- العلاقة بين المقابلة الداخلية والخارجية .

انطلاقا من هذا التعريف يتبين غياب دور الدول في رسم السياسات العمومية في مجال التعليم العالي ، وفي المقابل تم التأكيد على أبعاد الربح والمال وتكريس منطق السوق والمقابلة ، مما ساهم في إضعاف وتهديد سيادة الدولة وفقدانها السيطرة على مجال حيوي ومصلحة عامة مثل التعليم وترك شأن تنظيمه وتديره للسوق ، وهو ما ستكون له انعكاسات خطيرة قد تهدد الاستقرار السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة برمتها .

إن المشكلة الأكبر إذن هي الاحتمال الواضح أن يعمل تحرير التجارة على إلغاء امتيازات الحكومة في تنظيم وتديبر النظام التعليمي المحلي (الدراسات الجامعية والدراسات العليا) إذا ما تداخل مع الأهداف النفعية لمصدري التعليم المستقلين³ . هذا الوضع يدعونا إلى التأكيد على ضرورة استبعاد التعليم والرعاية الصحية والخدمات العامة الأخرى من أي اتفاق تجاري واستثماري ثنائي وإقليمي ومتعدد الأطراف .

¹ ميتشل والاس . لي دون : التعليم في مجال التعليم العالي ... ، مرجع سابق ، ص : 39 .

² Allan N. Gjerding, Celeste P.M. Wilderom, Shona Cameron, Adam Taylor & Klaus-Joachim Scheunert : "L'université entrepreneuriale : vingt pratiques distinctives" , 2006/3 (n° 18) , Politiques et gestion de l'enseignement supérieur , Editions de l'OCDE, (pp : 95-124) , p : 106 .

³ ميتشل والاس . لي دون : التعليم في مجال التعليم العالي ... ، مرجع سابق ، ص : 37 .

الفرع الثاني : الانعكاسات الأكاديمية والعلمية

لقد أفرز تحرير التجارة الدولية في الخدمات التعليمية انعكاسات مست الجوانب الأكاديمية والعلمية من قبيل المنافسة والاستقلالية والحرية الأكاديمية وجودة الخدمات التعليمية .

الفقرة الأولى : التجارة الدولية والمنافسة والحرية الأكاديمية

إن تطور التجارة الدولية وقوة التنافسية في قطاع التعليم العالي من شأنه أن يهدد الحرية الأكاديمية . ففي سوق تنافسي ، يتعين على مؤسسات التعليم أن تتكيف مع رغبات عملائها للبقاء في السوق وعدم استبدالها من قبل شركات أخرى¹ ، إذ تشير بعض الدراسات أن المنظمات التبادلية والتعاضدية وغير الربحية تكون فعالة عندما ينطوي هدفها على استقلالية معينة عن السوق ، أو على الأقل التكيف البطيء مع تطوراته . لكن تحت ضغط السوق ، قد تحتاج مؤسسات التعليم العالي الخاصة الهادفة للربح إلى تعليم أو تكريس نظريات أو قرارات خاطئة لأن هناك طلب على هذا النوع من التعليم . ولذلك ينبغي أن تصبح مشكلة ضمان جودة خدمات التعليم أكثر عرضة للانتقاد والتصحيح . وقد يؤدي كذلك الحرص على تحقيق الأهداف الاقتصادية إلى توحيد المضامين الدراسية التي تضر بالحرية الأكاديمية ، فضلا عن توظيف هيئة تدريس أقل كفاءة .

يمكن أن يؤثر ضغط السوق أيضا على البحث العلمي ، فقد يتم ببساطة حذف البحوث والدراسات من بعض المؤسسات لأسباب تتعلق بالربحية ، أو يتم تحديد أو تقزيم الأنشطة غير الإبداعية المهددة بهامش قليل من الفشل. وفي الواقع فإن المؤسسات الجامعية الربحية الخاصة تهدف إلى التجارة أكثر من تركيزها على البحث العلمي . ومع ذلك ، فإن الحرية الأكاديمية لها حدود ، حيث أن التعليم العالي الذي يتم غالبا تمويله من المال العام يهدف

إلى تحقيق غايات خارجية اقتصادية واجتماعية ، كما يهدف إلى تلبية حاجات الطلاب والحكومات وجعل خدمات التعليم تستجيب لحاجيات سوق الشغل .

إن مؤيدي تكيف الجامعة مع سوق الشغل يرون بشكل إيجابي إدخال جرعة أكبر من تدخل السوق في النظام التعليمي ، وأن التحرير قد يؤدي إلى حل وسط مقبول بين الحرية الأكاديمية والتكيف مع السوق ، ولكن بالمقابل كلما تم إقحام المنطق التجاري في قطاع التعليم العالي فإن هذا الوضع يمكن أن يهدد التعددية في عرض الخدمات التعليمية ، كما يمكن أن يؤثر سلبا على الحفاظ على المعرفة واستمرارية التعليم والبحث في التخصصات منخفضة القيمة في سوق الشغل ، ونخص بالذكر هنا أغلب تخصصات وفروع العلوم الإنسانية . وبهذا فإن الجامعات العمومية ستفرغ أكثر للتخصصات ذات "قيمة سوقية" أقل ، أي التخصصات التي تخلى عنها نظام

¹ Abderrahmane Lahlou : Un redimensionnement à taille humaine de l'éducation , l'économiste , édition N°: 4275 ,

14/05/2014 , voir le lien suivant :

<http://www.leconomiste.com/article/947801-abderrahmane-lahlou-un-redimensionnement-taille-humaine-de-l-education>

السوق . وهذا ما يجعل هذه الجامعات تفقد فوائد وفرة الحجم والتعددية ، ولكن بالمقابل فإن التخصصات الأكثر جاذبية لا يمكنها تخفيض تكلفة التخصصات الأقل جاذبية ، بل قد تصبح أكثر تكلفة¹ .

إن النظام التعليم المتحرر في ظل الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات يضر بالحرية الأكاديمية للجامعات واستقلاليتها، وهو الأمر الذي تم التأكيد عليه من قبل الجمعية الكندية لمدرسي الجامعات ، إذ اعتبرت أن الالتزام التام بهذه الاتفاقية يمكن أن يؤدي إلى " وقوع المجالس العليا للجامعات والاتفاقات التعاونية والحرية العلمية جميعها ضحية السعي الحثيث إلى بيع خدمات التعليم ، لأن هذا الالتزام في نهاية المطاف يقف في طريق تجارة رائجة . وفي النهاية سوف تتأثر استقلالية الجامعة ، هذا إن لم نقل أنها ستعرض للخطر على نحو كامل ... وسيتم تآكل أو إبطال عبارات ومبادئ مثل الالتزام البعيد المدى والمسؤولية الاجتماعية والمعرفة من أجل المصلحة العامة"² .

الفقرة الثانية : التجارة الدولية والمنافسة وجودة الخدمات التعليمية

اعتمادا على المنطق التنافسي فإن تحرير قطاع التعليم سيؤدي إلى الزيادة في جودة الخدمات التعليمية المقدمة . وبما أن جودة الخدمات هي بالتأكيد إحدى المزايا النسبية للمؤسسات التعليمية ، فستكون لها مصلحة في تقديم خدمات عالية الجودة لزيادة نسبة أرباحها . علاوة على ذلك ، فإن الموارد المالية المرصودة من قبل التجارة الدولية ستمنح الجامعات الوسائل والدوافع لتحسين جودة بنيتها الأساسية ، ومكتباتها ، وحسن تديرها للموارد البشرية ، وإشرافها على الطلاب ، وهي كلها وسائل وعوامل مهمة لتحسين جودة خدماتها التعليمية . ومع ذلك ، يخشى الكثيرون من أنه بزيادة وتكريس دور السوق في تنظيم التعليم العالي ، فإن هذا الوضع سيؤدي إلى توحيد المعايير ، وانخفاض جودة خدمات التعليم والبحث الجامعي ، وهي واحدة من أقوى الحجج ضد تحرير قطاع التعليم . وبذلك يمكن أن يكون لمنطق السوق آثار سلبية على جودة خدمات التعليم .

إن الحصول على معلومات دقيقة على جودة الخدمات التعليمية تعد مشكلة كبيرة ، وتتفاوت هذه الخطورة وفقا لطريقة تقديم هذه الخدمات . ففيما يخص الأسلوب الثاني المتعلق بالاستهلاك في الخارج (أي عبور المستهلكين حدود بلدهم من أجل الدراسة) ، فإنه يتم حل مسألة ضمان الجودة جزئيا من خلال أنظمة المعادلة الوطنية عندما ينتقل الطلاب الدوليون إلى المؤسسات التعليمية التقليدية المعترف بها محليا .

إن المشاكل الحقيقية تكمن أكثر في اختيار طلاب المهجر في الجامعات الأجنبية الذي غالبا ما يكون مبنيا على عدم كفاية المعلومات وغياب الاعتراف بالشواهد والديبلومات الدولية بمجرد وصولهم إلى البلد المضيف أو العودة إلى بلدانهم الأصلية . أما فيما يرتبط بالأسلوبين الأول والمتعلق بتوريد الخدمات عبر الحدود (بقاء المستهلكين (الطلاب) في بلدانهم ، مثل التعليم عن بعد) والثالث الذي يعتمد على الحضور التجاري للموردين إلى بلد آخر (التنقل

¹ Kurt Larsen et Stéphan Vincent-Lancrin , op. cit. , p : 36 .

² ميتشل والاس ، لي دون : التعليم في مجال التعليم العالي ... ، مرجع سابق ، ص : 37 .

المؤسسي أو الشراكة بين موردي خدمات التعليم الأجانب والمحليين) ، هذان الأسلوبان ينطويان على مخاطر نوعية أكثر ، لأنهما أسلوبان جديدان وأقل استقرارا ، إذ يمكن للجامعات الأجنبية تقديم خدمات تعليمية ذات جودة متدنية مقارنة بخدمات مؤسساتها في البلد الأصل .

من جهة أخرى تعترض أسلوب التعليم عن بعد مشكلات حقيقية، خاصة حالة المؤسسات الافتراضية عبر الإنترنت: أولا ، لأن أنظمة ضمان الجودة والمعادلة تواجهها صعوبات أكبر للتكيف مع هذا الشكل من أشكال التعليم ، وثانيا لأن الحيل والتلاعبات أسهل مع هذا الأسلوب ، لأن المؤسسات الافتراضية قادرة على التملص من مسؤولياتها بسهولة أكبر من غيرها من السلطات العمومية . وهذا يعني أن أهم البرامج الافتراضية اليوم يجب ربطها بالمؤسسات أو الشركات الواقعية¹ .

وبما أن جودة الخدمات التعليمية غالبا ما يتم ربطها بمسألة حماية المستهلك ، فإنها يمكن أن تخلف مشكلات اقتصادية واجتماعية . فعلى سبيل المثال يمكن لمدير أو محاسب تلقى تدريبا سيئا من قبل مؤسسة تعليمية دولية أن يلحق الضرر في البلد الذي يشتغل فيه ، كما أن الافتقار إلى المعلومات حول جودة الدورات التكوينية الدولية وعدم وجود إجماع حول طبيعة جودتها يجعل الاعتراف بها في الخارج أمرا صعبا ، كما أن مشاكل الاعتراف الدولي بجودة الخدمات التعليمية تمثل بالتأكيد عقبة رئيسية أمام تجارة الخدمات التعليمية .

ومن مظاهر ضعف جودة الخدمات التعليمية التي تقدمها المؤسسات الأجنبية نجد لجوء هذه الأخيرة إلى ضم الطلاب غير القادرين على ولوج المؤسسات المحلية المتميزة ، وثمة احتمال أن يتم تصنيف هؤلاء على أنهم "روافد الطبقة الدنيا" أي المؤسسات التي ترعى الشريحة الفقيرة من الطلاب . إن المزودين الأجانب للخدمات التعليمية الذين يحصلون على التمويل من رسوم التسجيل يتكثرون على حالة الطلاب الذين تسعى هذه المؤسسات إلى احتوائهم أكثر من اتكائهم على أية ميزة من مزايا البرامج التعليمية التي يتم تقديمها ، في حين أن الطلاب الأفضل يتم استقطابهم إما من قبل المؤسسات المحلية المتميزة أو من قبل المؤسسات الخارجية النخبوية² .

وتأسيسا على ما سبق قد يكون لتحرير قطاع التعليم انعكاسات سلبية على نظام التعليم العالي : أولا وقبل كل شيء ، فإن خصوصية التعليم قد تزيد من مخاطر تدني جودة الخدمات التعليمية ، كما يمكن أن تساهم في الحد من تنوع العروض التعليمية والحرية الأكاديمية ، وتقييد البحث الجامعي ، إضافة إلى أن هيمنة المورد الأجنبي على سوق التعليم قد يطرح مشكلة استمرارية تقديم الخدمات ، وهذا من شأنه الحد من تطوير قطاع التعليم العمومي وخفض المستوى الحقيقي للمساعدات التنموية في بعض البلدان . إن هذه الأوضاع كلها قد تساهم في هجرة الأدمغة كما تطرح مشكلات التوحيد الثقافي .

¹ Kurt Larsen et Stéphan Vincent-Lancrin , op. cit. , p : 34 .

² ميتشل والاس ، لي دون : التعليم في مجال التعليم العالي ... ، مرجع سابق ، ص : 38 .

إضافة إلى ما سبق ذكره فإن مشكلة معادلة الشواهد الأجنبية تبرز كواحدة من القضايا الرئيسية التي أثارها عملية تحرير التجارة الدولية في الخدمات التعليمية ، وذلك راجع إلى نوعية التعليم الدولي . وتنشأ المشكلة بنفس القدر في حالة تنقل الطلاب كما هو الحال بالنسبة للاستثمار في الخارج أو التعليم الإلكتروني . في مواجهة أكبر عدد من الموردين الدوليين في بلدانهم ، يتعين على الحكومات والجامعات حل مشاكل ضمان الجودة ، وشكل تمويل الدراسات ما بعد الثانوية ، والاستمرارية ومجموعة متنوعة من الخدمات التعليمية المقدمة¹ .

المطلب الثاني : الانعكاسات الاقتصادية والمالية

إن الاتجاه نحو اقتصاد السوق وما تلاه من تحرير لتجارة الخدمات التعليمية بموجب الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ينطوي على أخطار كبيرة تمس -بالإضافة إلى الجوانب السياسية والأكاديمية العلمية كما سبق إيضاحه وتحليله - المجالات الاقتصادية والمالية ، ويجعل الدول النامية تكبد خسائر كبيرة وجب الانتباه إليها وتلافها .

الفرع الأول : الآثار الاقتصادية : التجارة الدولية في خدمات التعليم والتنمية الاقتصادية

يعتبر بعض المعارضين أن تحرير الخدمات التعليمية يمكن أن تكون له انعكاسات سلبية على البلدان النامية ، إذ أن التمويل الجزئي لتعليم طلاب البلدان النامية الذي يمثل شكلا من أشكال المساعدة الإنمائية يتم التخلي عنه في المنطق التجاري. وقد يكون هذا التغيير في السياسات العمومية مدمرا للبلدان الأقل نموا، حيث تعد فيها الثروة غير الكافية هي المشكل الرئيسي للولوج إلى التعليم العالي . علاوة على ذلك فإن الأنماط الجديدة لتجارة الخدمات التعليمية يمكن أن تكون عائقا أمام بناء نظم التعليم العالي الوطنية للبلدان النامية. وتنشأ هذه المشكلة بشكل خاص بالنسبة للبلدان الناشئة ، حيث أن انخفاض فرص الالتحاق بالتعليم ما بعد الثانوي يكون أقل ارتباطا بعجز التمويل العمومي للتعليم العالي منه بزيادة الطلب على خدمات التعليم بشكل يفوق العرض الوطني .

من جهة أخرى قد يكون لفتح سوق ما بعد المرحلة الثانوية للمؤسسات الأجنبية تأثيرات متناقضة على نظام التعليم العالي الوطني في البلدان النامية . فمن ناحية ، وبما أن المؤسسات التعليمية في الدول المتقدمة غالبا ما تتمتع بميزة نسبية كبيرة في مجال الجودة مقارنة بمؤسسات التعليم في البلدان النامية ، فإن هذا الوضع يمكن أن يضعف تطوير نظام التعليم العالي بها على المدى القصير والمتوسط .

جانب آخر لا يقل أهمية عن باقي الجوانب السابقة الذكر وهو المتعلق بالاستقرار والاستمرارية ، إذ أن استثمار المؤسسات الأجنبية في قطاع الخدمات التعليمية قد يؤدي إلى مشكلة الاستقرار والاستمرارية في توفير الخدمات التعليمية في البلدان النامية . حيث في حالة حدوث أزمة اقتصادية ، قد تسارع المؤسسات التعليمية الأجنبية إلى مغادرة البلاد وهو ما يمكن أن يكون عاملا مهددا لاستقرار واستمرارية نظام التعليم العالي بهذه الدول ، كما يعد واحدا من أوجه الاختلاف الهامة بين الاستثمار الخاص والاستثمار العام على المدى الطويل² .

¹ Kurt Larsen et Stéphan Vincent-Lancrin , op.cit. , p : 47 .

² Kurt Larsen et Stéphan Vincent-Lancrin , op. cit. , p : 37 .

الفرع الثاني : الانعكاسات المالية :

سيتم التركيز في تحليل الانعكاسات المالية من جراء تحرير التعليم على جانبين مهمين وهما المتعلقين بكلفة التعليم العالي ثم التمويل العمومي للتعليم .

الفقرة الأولى : كلفة التعليم العالي

يمكن أن يكون للتجارة الدولية في الخدمات التعليمية تأثير كبير على تكلفة التعليم العالي العمومي والخصوصي . ويمكن تفسير ذلك بتضاعف وتيرة المنافسة في قطاع التعليم ، إذ وبوجود مصادر جديدة للربح ، فإنه من المتوقع أن يدخل مزودو خدمات التعليم الخواص إلى السوق ويكثفون المنافسة. من الناحية النظرية ، ينبغي أن يؤدي المزيد من المنافسة إلى انخفاض التكاليف، من خلال استخدام أكثر كفاءة للموارد وخروج المؤسسات الأقل كفاءة من المنافسة.

من جهة أخرى يعتبر مؤيدو تحرير قطاع التعليم العالي أن المنافسة في أسواق الخدمات التعليمية في البلدان النامية سترتفع باعتماد النمطين 1 و 3 ، لا سيما في شمال آسيا وجنوب شرق آسيا وأمريكا اللاتينية . وحتى إذا تجاوز الطلب العرض الوطني ، فإن المؤسسات الأجنبية ستمارس ضغطا شديدا أيضا على المؤسسات التعليمية الوطنية. ويمكن أن تؤدي هذه المنافسة الشديدة إلى انخفاض التكاليف بالنسبة للطلاب الأجانب وعائلاتهم أو منمولهم . كما يؤكدون على أن النمط 3 سيساهم في تخفيض تكلفة خدمات التعليم ، إذ غالبا ما يكون من الأرخص للأسر أو للدولة أن يدرس الطلاب في جامعات أجنبية تم إنشاؤها في بلدانهم بدلا من الهجرة إلى الخارج . فيما يتعلق بميزان المدفوعات ، فإن طريقة العرض هذه تساهم في الحد أيضا من قيمة الواردات مقارنة بحركة الطلاب أنفسهم¹.

الفقرة الثانية : التمويل العمومي للتعليم

إن مؤيدي تحرير التعليم يدحضون الحجة القائلة بأن اعتماد منطق تجاري في التعليم العالي سيؤدي تلقائيا إلى التخلي عن التمويل العام لهذه الخدمات ، فهو ادعاء ليس له أساس من الصحة . إذ يعتقد البعض في إمكانية انتشار المنطق التجاري على نطاق واسع في التجارة الوطنية. ووفقا لهم ، فإن تحرير الخدمات التعليمية في إطار الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات قد يجبر الحكومات على وقف دعم مؤسسات التعليم العالي الوطنية أو الطلاب الوطنيين حتى لا يضطروا إلى تمويل جميع الطلاب الأجانب أو جميع مؤسسات التعليم العالي الأجنبية بالتساوي . وفي سياق آخر فإن هذه الاتفاقية لا يمكنها إجبار الحكومات على تمويل المؤسسات الأجنبية التي تقوم بالتجارة الدولية بحجة أنها تمول أيضا المؤسسات الوطنية ، كما أن هذه الاتفاقية لا يمكنها أن تفرض على الحكومات الوطنية دعم الطلاب الأجانب في التجارة الدولية بحجة أنها تدعم الطلاب الوطنيين ، بل على العكس

¹ Kurt Larsen et Stéphan Vincent-Lancrin , op. cit. , p : 32 .

من ذلك فهي تسمح للحكومات منح المؤسسات التعليمية العمومية والطلاب المحليين معاملة تفضيلية إذا رغبت في ذلك¹.

السبب الثاني الذي يجعل الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات لا تهدد التمويل العام للتعليم العالي ، إذ يمكن للدول إصدار العديد من القيود في وجه تحرير أحد قطاعات الخدمات ، وبالتالي فإنه لا وجود لأية مادة أو بند أو اتفاق من شأنه أن يجبر أي بلد على تمويل الطلاب أو المؤسسات الوطنية أو الدولية دون تمييز إذا لم ترغب في ذلك هذه الدولة ولم تختار الالتزام بذلك². بالإضافة إلى ذلك ، فإن تحرير قطاع التعليم العالي لا يعني بالضرورة التخلي عن التمويل العام لخدمات التعليم .

لكن في المقابل فإن معارضي نظام التجارة المتحرر يعتبرون أن ولوج المزودين الأجانب الساعين إلى تحقيق المنفعة سيقود إلى ضغوط تنافسية تعمل في ما بعد على تراجع ظروف العمل ومستويات التمويل العمومي للمؤسسات التعليمية ، وهذا من شأنه أن يلحق ضررا بالنظام التعليمي برمته³.

الفرع الثالث : انعكاسات حقوق الملكية الفكرية على خدمات التعليم العالي

إن المنافسة المتزايدة بين مؤسسات التعليم العالي وطنيا ودوليا تقود إلى حماية معارفها وموادها التعليمية وسمعتها من خلال المطالبة بحقوق الملكية الفكرية عن طريق حق المؤلف ، وهذا ما يجعل الخدمات التعليمية سلعة معروضة للبيع داخل السوق المؤسس على منطق الربح . وبناء على هذا المنطق فإن برامج تصميم وتطوير أدوات الكمبيوتر المستخدمة للتدريس مثلا يؤدي في بعض الحالات إلى طلبات براءات الاختراع خصوصا في ما يرتبط بالوسائل المتعلقة بالبرمجيات ، بالإضافة إلى الأعمال الفنية أو الموسيقية أو الدرامية (بما في ذلك التلفزيون والأفلام والفيديو)⁴ ، ووسائل الإعلام والتكنولوجيا الحديثة التي تتيح فرصة التعليم عن بعد والتعليم عبر الإنترنت ، وكذا استعمال وثائق من أنواع مختلفة من تصميم وصنع الأساتذة الباحثين مثل المحاضرات والكتب وأعمال ومطبوعات التدريس والمقالات العلمية والدراسات الأكاديمية التي يتم نشرها عبر المواقع الإلكترونية أو حق الولوج إلى المكتبات الإلكترونية . ووسائل الدعم داخل الفصول الدراسية أو خارجها ، كالبريد والهاتف والتلفزيون والبريد الإلكتروني والمؤتمرات والحواسيب ، مما جعل العديد من المؤسسات الجامعية ترى في هذه الوسائل الجديدة مصدرا محتملا للربح ، وهو ما يدفعها إلى إحاطة هذه الوسائل والوثائق ببراءة الاختراع وحقوق المؤلف .

¹ Kurt Larsen et Stéphan Vincent-Lancrin , op. cit . , p : 29 .

² Jane Knight , op. cit , p : 28 .

³ ميتشل والاس . لي دون : التعليم في مجال التعليم العالي ... ، مرجع سابق ، ص : 38 .

⁴ Marc Couture : L'enseignement médiatisé et le droit d'auteur , in : Propriété intellectuelle et université. Entre la privatisation et la libre circulation des saviors, Collection Enseignement Supérieur , N° 15 , Presses de l'Université du Québec , Montréal , 2010 , p : 201 .

وقد بدأت الأوساط الأكاديمية تتعرف على مفهوم حماية حقوق الملكية الفكرية ، وكانت تنظر إلى إمكانية إدخال إطار تشريعي محدد لحماية الاكتشافات العلمية ، وهو ما أدى إلى نشوء تيار قوي يشجع على تسويق التعليم العالي في الدول الصناعية وتصديره إلى الدول النامية . وقد صدرت عدة قوانين في هذا الصدد كان أهمها قانون تعديل أنظمة براءات الاختراع والعلامات التجارية أو ما يعرف بـ "بايه -دول" (Bayh-Dole) في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1980 ، الذي سمح للدول بل شجعها على تسجيل براءات الاختراع والابتكارات المتقدمة التي تعتمد على التمويل العمومي ، كما يهدف هذا القانون إلى حماية الممتلكات الفكرية والاختراعات وما شابهها من الحقوق¹ . هذا القانون وغيره من القوانين التي تلتها سواء في الولايات المتحدة الأمريكية أو الاتحاد الأوروبي أو كندا أو أستراليا أو نيوزلندا ... جعل البعض يعتبرها رمزا لظهور "الرأسمالية الأكاديمية"² .

إن الحق في استعمال مثل هذه الابتكارات مثل الوثائق والوسائل والبرامج والولوج إلى مثل هذه المواقع والمكتبات الإلكترونية التي تحتوي على هذه الابتكارات تبقى تكلفته باهظة للطلاب في الدول النامية، مما يكرس عدم تكافؤ الفرص واللامساواة في الولوج إلى المعلومة ، بل قد يدفعهم إلى التخلي عن هذه الوسائل الحديثة ، وهذا من شأنه أن يؤثر سلبا على جودة وسرعة البحث العلمي في الدول النامية .

¹ باتشيا بنكلر: ثروة الشبكات. كيف يغير الإنتاج الاجتماعي الأسواق والحرية ، العبيكان للنشر، الرياض ، 2012 ، ص : 461 .

² Pierrick Malissard : L'université et la commercialisation des innovations techniques, in : Propriété intellectuelle et université entre la privatisation des idées et la libre circulation des savoirs , Collection Enseignement Supérieur , N° 15 , Presses de l'Université du Québec , Montréal , 2010 , p : 149 .

خاتمة

إن منظمة التجارة العالمية وفي ظل الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات قد قرمت التعليم وحولته إلى سلعة قابلة للتداول والطالب إلى مستهلك . إن هذا الوضع لم يؤدِّ فقط إلى حرمان الفقراء والمهمشين من حقهم في التعليم كأحد الحقوق الأساسية ، بل أيضا أولئك الذين قد يتحملون شراءه في السوق ، وهو ما سيسفر عن تفاقم عدم التكافؤ الطبقي والاجتماعي .

وعلاوة على ذلك ، فإن عولمة التعليم في ظل قواعد التجارة العالمية ستؤدي إلى إخفاق الدول خصوصا النامية منها في تحقيق أهدافها وغاياتها من التعليم العالي ، وهو ما سينتج عنه تدهور التعليم وتراجع مستوى وجوده البحوث والدراسات الأكاديمية العلمية ، بل ستكون له آثار وانعكاسات سلبية على الاستقلالية الأكاديمية ، إضافة إلى أنه سيتم العمل على عولمة نماذج ثقافية محددة ، وإلغاء الخصوصيات الثقافية المحلية أو الوطنية .

إن عملية التسويق الشامل للخدمات التعليمية ستجعل أولوياتها ثلاثم احتياجات عالم الشركات والأعمال . إنها بهذا تعمل على إعادة تعريف التعليم من موقعه كعملية تنويرية وتمكينية وتحولية مطلوبة لبناء المواطنة المتأسسة على قيم من قبيل الكرامة الإنسانية والديمقراطية والتعددية والعدالة الاجتماعية ، إلى آلية لتكريس قيم السوق وعالم الأعمال من مثل المنفعة والربح .

جانب آخر لا يقل خطورة عن الانعكاسات التي مست الجوانب الاجتماعية والأكاديمية وهو المتعلق بالأبعاد السياسية لعملية تحرير الخدمات التعليمية ، أي أن البلدان النامية ستكون تحت رحمة قرارات وضغوط منظمة التجارة العالمية من أجل تغيير سياساتها العمومية في التعليم وستخضع لنظام مراقبة من قبل أجهزتها ، وهو ما يعد انتهاكا صارخا لحرية وسيادة الدول .

وبعد استعراض أهم نتائج وانعكاسات الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات على الدول النامية في مجال التعليم والمشاكل التي تطرحها هذه الاتفاقية ، سواء المتعلقة بالجوانب القانونية أو السياسية أو الاقتصادية أو الثقافية ، من قبيل التمويل والحق في الولوج إلى التعليم ومعادلة الشواهد ومشكل الجودة والتنافسية والحسم في مشكل اعتبار التعليم خدمة عامة أو سلعة قابلة للتسويق ، ثم الموضوع المتعلق بقيم وثقافة المجتمع ، فإن هذه الدراسة قد توصلت في نهايتها إلى عدة توصيات يمكن بلورتها كما يلي :

- ضرورة توفير التعليم وضمانه وإدارته من قبل السلطات العمومية بطريقة ديمقراطية ووفقا لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، واعتباره حقا أساسيا من حقوق الإنسان ، ورافعة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للبلدان، وليس سلعة قابلة للتداول وخاضعة للمفاوضات التجارية وقواعد اقتصاد السوق .

- إن تعميم التعليم العام في جميع بلدان العالم وتعزيز التثقيف في مجال حقوق الإنسان تبدو أدوات لا غنى عنها لإقامة علاقات مستقرة ومتناغمة بين مختلف الثقافات والهويات ، إنها تسهم في تعزيز ثقافة التسامح والسلام في العالم .
 - تعزيز جهود التعاون الدولي للحفاظ على الخدمات العامة ، بما في ذلك الخدمات التعليمية وتعزيز حقوق الإنسان الأساسية مثل الحق في التعليم من أجل تحسين الوضع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي للبلدان النامية ، وجعل التعليم العام المجاني وسيلة أساسية لتحقيق الأهداف التي حددها المجتمع الدولي ، ألا وهي القضاء على المجاعة والفقر وجميع أشكال البؤس في العالم .
 - عدم فصل التعليم العالي عن ثقافة وهوية المجتمع وجعله مكونا أساسيا لصيقا بباقي العناصر والمكونات الأساسية لبناء شخصية الفرد والجماعات والدولة الأمة ، واستبعاد ثقافة وهوية المجتمع من كل المساومات التجارية والاستثمارية .
 - وأخيرا ضرورة تعزيز جهود المجتمع المدني في اتجاه اعتبار التعليم خدمة عامة وحق من حقوق الإنسان على الدولة تقع مسؤولية ضمانه وحمايته واستبعاده من كل أهداف تجارية أو استثمارية .
- من المهم الإشارة أخيرا إلى أن تجارة خدمات التعليم كانت موجودة قبل الاتفاقيات التجارية نفسها ، ولا شك في أنها ستتطور تحت رعاية الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات ، ولكن ما يجب التنبيه إليه هو أن قضايا السياسات العمومية مثل التمويل والولوج إلى التعليم وضمان الجودة يجب أن تعالج وتدار من قبل قطاع التعليم ، ولا يترك تسييرها وتديريها للاتفاقيات التجارية .

مؤسستي الرهن الحيازي والرسمي، ونظامهما القانوني

نافع عبد الرحيم

باحث في الحقوق.

مقدمة:

يعتبر الرهن الحيازي أقدم صورة عرفها الرهن بصفة عامة، فقد عرف عند الرومان عندما تمكنوا من التمييز بين ملكية الشيء وحيازته، كما عرفها أيضا القانون المدني الفرنسي القديم، وقد تطرقت الشريعة الإسلامية هي الأخرى لموضوع الرهن الحيازي، وبكفي أن نستدل على بقوله تعالى: "وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة". بل إن هناك من يقول بأن الفقهاء المسلمين لم يكونوا يعرفون إلا الرهن الحيازي الذي ينتقل بمقتضاه الشيء المرهون إلى حيازة الدائن أو إلى من يقوم مقامه.

لكن بالرغم من أن مفهوم الرهن لم يكن غريبا في الشريعة الإسلامية، فإننا نجد أنه مقابل إجماع علماء الإسلام على جواز الرهن في السفر، فإنهم اختلفوا في جوازه في الحضر وإن كانت جمهرة الفقهاء قد أجازته في الحضر أيضا 2

ويخضع الرهن الحيازي في المغرب لكل من ق ل ع وكذا لظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفوظة وكذا الأحكام الفقه الإسلامي، وذلك تبعا لطبيعة الشيء موضوع الرهن الذي يمكن أن يكون منقولاً أو عقاراً. فالمنقول يخضع في رهنه لقواعد الرهن الحيازي المنظمة في ق ل ع م. أما العقار، وهو موضوع هذه الدراسة، فالقواعد التي تحكم رهنه يميز فيها بين ما إذا تعلق الأمر بعقار محفظ أو بعقار غير محفظ.

أما الرهن الرسمي وهو يعرف بأنه عقد يكسب به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون. وهو بهذه الصفة يعتبر عقدا واردا على عقار يمنح صاحبه حق التقدم أو الأولوية على بقية الدائنين العاديين في استيفاء حقه من ثمن العقار عند بيعه.

فالرهن الرسمي ينطلق من النص المقرر له دون وجود حاجة للاتفاق عليه والتعاقد بشأنه، وهو من الضمانات العينية المقررة للوفاء بديون معينة وقد قرره المشرع لحماية لطائفة من الأشخاص عددهم حصرا، ولذلك فهو يقع بصورة رضائية لفائدة الدائن.

وسيتيم من خلال هذا العمل، التطرق إلى الرهن الرسمي في مبحث أول، كما ستتم دراسة الرهن الحيازي في مبحث ثان، وذلك للوقوف على طرق إنشائها، وخصائصها وأنواعها.

المبحث الأول: الرهن الرسمي.

المطلب الأول: ماهية الرهن الرسمي.

يقضي تحديد الرهن الرسمي كأي مؤسسة قانونية مقارنة تعريفها وطبيعتها (الفقرة الأولى) وبيان بنيتها وخصائصها (الفقرة الثانية) حتى يتسنى تحديد وضبط كينونتها.

الفقرة الأولى، تحديد مفهوم الرهن الرسمي وطبيعته.

لم يكن الرهن الرسمي معروفا في القديم كحق من الحقوق العينية العقارية، إن هذه الأخيرة ظهرت متأخرة عن الحقوق الشخصية، وحتى بعد ظهوره كان يشمل العقار والمنقول إلى أن برزت التشريعات الحديثة التي جعلت منه حقا يقتصر وقوعه على العقار فقط. أما الشريعة الإسلامية فلم تعرف هذا النوع من الرهون بل كان الرهن بمفهومه العام أي الرهن الحيازي هو المتناول بالدراسة⁽¹⁾. وقد تناولت التشريعات الحديثة الرهن الرسمي بدراسة مستفيضة لما له من أهمية وخطورة في المعاملات التي تربط الأفراد بعضهم بعض.

وقد خص المشرع المغربي الرهن الرسمي بالفصول من 157 إلى 196 من ظهير 19 رجب⁽²⁾، وقد عوضه الفصل 157 من ظهير 19 رجب بأنه "حق عيني عقاري على العقارات المخصصة للأداء الإلتزام، وهو بطبيعته لا يتجراً ويبقى بأكمله على العقارات المخصصة له، وعلى كل واحد أو جزء منها، ويتبعها في أي يد انتقلت إليها".

وعرفه المشرع المصري في المادة 1030 من القانون المدني بأنه "عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حق حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون" وبصيغة أكثر دقة، ذهب بعض الفقه⁽³⁾ إلى القول بأن الرهن الرسمي حق عيني يترتب على عقار في حوزة صاحبه ويخصص لضمان الوفاء بالإلتزام وبمقتضاه، يمنح الدائن في حالة عدم أداء المدين للإلتزام به حق ما نزع ملكية العقار على الرهن أيا مان حائزه واستيفاء دينه من الثمن بالأفضلية على سائر الدائنين، واصطلاح الرهن الرسمي يتضمن شئيين عقد الرهن وحق الرهن، فبينما ينصرف هذا الأخير إلى الرهن الرسمي الذي يتمتع به الدائن المرهن، فإن العقد الذي ينشأ الحق العيني التبعية لمصلحة الدائن، يطلق عليه عقد الرهن.

الفقرة الثانية: إنشاء الرهن الرسمي

لإنشاء الرهن الرسمي سواء كان الدائن مؤسسة بنكية أو غيرها من الأشخاص المعنوية أو الطبيعية فإنه لا بد لكي ينتج الأثر المتوخى منه، أن تحترم في إنشائه شروط موضوعية وأخرى شكلية.

¹ -- محمد فركت، الرهن الرسمي والإجراءات المسطرية، الندوة الأولى للعمل القضائي والبنكي المنعقدة بالرباط يومي دجنبر 1987، منشورات المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة المهنية لبنوك المغرب، مطبعة النجاح الجديدة 1988، من 109.

² -- ظهير رجب 1993 موافق 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة

³ - مأمون الكزبري، التحفظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والمتبقية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 1987، ص 321.

الشروط الموضوعية.

ينص الفصل 19 من قانون العقود والالتزامات على أنه " لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط " المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية".

ويمكن أن نجمل هذه الشروط في الآتي.

*الرضى: لأن الرهن الرسمي حق تبادلي⁽¹⁾ ينعقد ويتبادل طرفاه الراهن والمرتهن إرادتين متطابقتين غير مشوبة بعيوب الرضى، دون أن يمنع ذلك وجود طرف ثالث في هذه العلاقة، يرهن عقاره ضمانا للأداء دين شخص آخر، وهو ما يعرف في الحقل القانوني بالكفيل العيني⁽²⁾.

وفي سؤال حول ما إذا قرر المشرع قد قرر شكلا معيناً يتعين أن يفرغ فيه تراضي الطرفين العازمين على إنشاء الرهن الرسمي؟ بالرجوع إلى الفصل 173 من الظهير السابق الذكر، نجد نص على " أنه يمكنه أن يعطي الرهن الاتفاق برضى الأطراف، إما بعقد رسمي وإما بعقد عرفي".

الملاحظ على هذا النص، أنه لم يستخدم صيغة متشددة للطابع الشكلي الذي ينعقد به الرهن الرسمي على ما غفله بخصوص الرهن الحيازي.

عند استعمال عبارة " لا يقرر الرهن الحيازي إلا بعقد كتابي". الأمر الذي يفهم منه أن المشرع المغربي لم يجعل من الكتابة الرسمية الشكل الإلزامي لنشوء عقد الرهن أو تحويله أو تنازل عنه إلا في الحالة المنصوص عليها في الفصل 174 من ظهير 1915.

وعدم اشتراط المشرع الكتابة الرسمية في عقد الرهن الرسمي خالف به التشريع المصري الذي أقر بضرورة الكتابة نفس الشيء بالنسبة للتشريع الفرنسي في مادته 2127 من القانون المدني.
* ملكية الرهن للعقار.

يلزم لصحة الرهن أن يكون الراهن مالكا للعقار وهو ما نستنتجه ضمنا من الفصل 177 من ظهير 1915 – وله أهلية التصرف فيه وهذا الشرط نص عليه القانون الفرنسي في المواد 2124 و 2125 من القانون المدني نفس الشيء بالنسبة للمشرع المصري في المادة 1032.

وما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع المغربي لم يعرض في النصوص المنظمة للرهن الرسمي الحالات التي يمكن فيها إنشاء الرهن الرسمي على عقار مملوك للغير بمقتضى أحكام الوكالة أو الوصايا باستثناء وضعية المالك المعلق حقه في التملك على شرط فاسخ أو قابل للفسخ أو معرض للإبطال، إذ ينص الفصل 175 من ظهير 1915 "أن من لم ليس لهم على الملك إلا حق معلق على شرط أو قابل للفسخ في بعض الحالات أو معرض للإبطال لا يمكنهم أن يعطوا إلا هبة خاضعا لنفس الشروط أو للإبطال" ويقابله الفصل 1172 من ق إ ع.

وقد أضاف الفصل 1176 من ق إ ع على أنه "يصح أن ينشأ الرهن.... بشرط واقف أو فاسخ" والشرط حسب مفهوم الفصل 107 من ق إ ع هو: "تعبير عن الإدارة يعلق على أمر مستقبل أو غير محقق الوقوع" وعليه فالملك تحت شرط فاسخ، ولم يتحقق هذا الأخير، فإن يصبح مالكا بشكل بان، وبالتبعية يكون رهنه بات أيضا أما

¹ - محمد معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتفتين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1999، ص 446.

² - شخص غير المدين ينشأ هنا على عقار يملكه ضمنا لدين غيره.

إذا تحقق الشرط فإن الراهن يزول ملكه بأثر رجعي، ويعتبر غير مالكا للعقار المرهون في أي وقت من الأوقات، فيزول رهنه بأثر رجعي.

أما إذا كان مالكا تحت شرط واقف ولم يتحقق الشرط فإن الراهن يعتبر غير مالك أصلا. فيزول رهنه بأثر رجعي أما إذا تحقق الشرط اعتبر مالكا ويعتبر رهنه صحيحا منه ونوعه بقي أن نشير في الأخير إلى أنه قد يحدث أن يعقد الرهن الرسمي من مالك ظاهر وهو في الحقيقة ليس مالكا، ويصدر رهنا على ملك غيره وأهما الغير بمظهره كمالك بسند صوري مستمدا قوته من القانون الذي أجاز الفورية في العقد، فهل يصح هذا الرهن؟.

إذا أنشئ الرهن الصوري بين المالك الصوري والغير دون علم هذا الأخير بوجود عقد مستتر، كان له أن يتمسك بالعقد الظاهر ويبقى الرهن صحيحا كما لو كان العقد المستتر غير موجود⁽¹⁾ شريطة أن يكون المرتهن حسن النية، أما إذا كان العكس، فإن أحكام العقد الخفي هي التي تسري عليه، وصاحب المصلحة هو الذي له أن يتمسك بذلك، شريطة إثبات سوء نية الطرف المتعاقد، إذ الأصل سوء نية الطرف المتعاقد، إذ الأصل هو حسن النية تطبيقا للفصل 477 ق إ ع، وفي بعض الوقت نجد الفصل 66 من ظهير 9 رمضان بشأن التحفيظ العقاري ينص "لا يمكن في أي حال من الأحوال، التمسك بإبطال التسجيل في مواجهة الغير ذي النية الحسنة. الشروط الخاصة.

وهي المتعلقة إما بالعين المرهونة أو الدين المضمون، وتفيد هذه الشروط ولضرورة تعيين المال المرهون، تعيينا دقيقا من حيث موقعه أو طبيعته أو من حيث الدين المضمون.

أولا: فيما يخص العقار محل الرهن وهو الشيء المخصص لضمان الدين موضوع الرهن يجب أن يكون معينا تعيينا دقيقا من حيث طبيعته ومساحته وموقعه تفاديا لأي التباس وهو الأمر المنصوص عليه في الفصل 177 من ظهير 1915.

والتعيين الدقيق للعقار، يعني أن عقارا بعينه خصص لضمان الدين والحقيقة أن المشرع المغربي بقاعدة التخصيص تؤكد مجارته العديد من التشريعات المقارنة، كالتشريع الفرنسي والمصري.

مشتملات الرهن في الأشياء الداخلية في العقار المرهون يتعين أن يشملها الرهن الواقع على العقار لكل جزء منه تطبيقا لقاعدة عدم تجزئة الرهن، ونشير في الأخير إلى أن عقد الرهن الرسمي، وكما جاء في الفصل 100 من ظهير 1915، يجب أن يكون لمدة معينة، يتضمن مفعوله بعدها وأمام انعدام النص على مدة العقد، فإنه يبقى للأطراف الحق في تحديدها.

ثانيا: فيما يخص الدين المضمون يجب أن يكون هذا الدين محددًا تحديدا كافيا من حيث مبلغه⁽²⁾ وصحيحا ولازما.

وتبعًا لتعريف الرهن الرسمي، كونه حق عيني تبغي، ينشأ لمصلحة الدائن، بمقتضى اتفاق أو نص قانوني على عقار معين يبقى في حيازة صاحبه ضمانا للوفاء بالتزام المدين نستنتج أن الرهن (الرسمي) يتميز بجملة خصائص سنعمد على إيضاحها في الفقرة التالية.

الفقرة الثالثة: خصائص الرهن الرسمي.

¹ - محمد فركت، مرجع سابق، ص 150.

² - لأن هذا الدين هو الأصل والرهن الرسمي ما هو إلا ضمان لهذا الأصل، لكون الرهن الرسمي هو حق تابع وكل ما يؤثر على الدين يؤثر على الرهن.

يمكن إجمال هذه الخصائص فيما يلي:

أولاً: أنه حق عيني عقاري: يعطي صاحبه الأولوية على غيره من الدائنين في استيفاء دينه من ثمن بيع العقار المرهون وهذا بيع العقار المرهون وهذا الحق هو ما يعبر عنه باصطلاح الفقهي حق التقدم أو حق الأفضلية وحتى أن تعدد الدائنين المرتهنون رهنا رسمياً فالأفضلية تكون بأسبقية التسجيل في الرهن العقاري طبقاً للفصل 77 من ظهير 7 رمضان كما نص على ذلك الفصل 185 من ظهير 1915.

وفي حالة تعدد طلبات تسجيل حقوق على نفس العقار تم تقديمها في آن واحد، فإنها تسجل بنفس الرتبة إذا لم يوجد بينهم أي تناقٍ وإلا رفض المحافظ تسجيلها وهو المعنى المستفاد بجلاء من مقتضيات الفصل 76 من ظهير 3 رمضان.

وبالنسبة للفوائد الناجمة عن الديون المحالة على المدين، بموجب حكم شهر فتح التصفية القضائية، فإن الدائن المرتهن رهناً رسمياً يبقى مستفيداً من سريانها رغم إيقافها تجاه باقي كتلة الدائنين.

كما أن الفصل 185 من ظهير 1915 يعطي للدائن المرتهن حق تتبع العقار المرهون في أي يد انتقل إليها، وحق البيع هذا يتمتع به كل دائن مرتهن حل أجل دينه، مهما كانت مرتبته متأخرة⁽¹⁾.

ثانياً: حق تبعية أي تابع للالتزام الضامن له والملازم له، بحيث يقوم حق الرهن الرسمي إلا بقيام الدين المضمون به، وهو بهذا يبقى بقاء الحق وينقضي بانقضائه⁽²⁾ فإذا انقضى الحق الأصلي انقضى بذلك الحق التبعية كالوفاء بالمبلغ المالي المضمون بالرهن وأحياناً ينقضي الحق لكنه ينتقل إلى التعويض كما هو الشأن في تعيب أو تهمد العين الضامنة للوفاء. وإذا انتقل الحق إلى الخلف الخاص أو العام، انتقل الحق المضمون كذلك وهو ما يستخلص من الفصل 189 ق إ.ع.

ثالثاً: حق لا يقبل التجزئة، وهي خاصية عامة في جميع الحقوق العينية تطبيقاً للقاعدة الفقهية " الكل بالكل، والكل بالجزء" وقد بينها الفصل 157 من ظهير 1915 حيث نص على الرهن الرسمي بطبيعته لا يتجزأ.

وعليه فإن العقار المخصص لضمان الوفاء بالدين يبقى ضامناً للمبلغ كله إلى أن يتم تسديده بأكمله، وإذا تم تسديد جزء من الدين كان يتم الاتفاق على تسديد الدين بواسطة أقساط دورية فإن الضمان يبقى قائماً إلى أن يتم تسديد آخر قسط وهو التوجه الذي سار عليه الاجتهاد القضائي حيث صدر عن المحكمة التجارية بالرباط حكم قضت فيه بأن الرهن العقاري هو بطبيعته غير قابل للتجزئة، ويبقى بأكمله على العقارات المخصصة له إلى حين أداء مبالغ الدين المضمون به بأكمله، وبالتالي يحق للدائن المرتهن مباشرة إجراءات النزاع الإجباري للعقار لاستخلاص المبلغ غير المؤدى... وأن دفع المدعية بكونها قطعت شوطاً كبيراً في أداء مبلغ القرض الذي تم الاتفاق عليه غير مؤسس...⁽³⁾.

بعد ذلك نتساءل، هل للرهن أشكال تتعدد بتعدد أوضاعه؟

¹ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 235.

² - بييردي بون ديلستان، 147 147 ed p 8^{ème}, Publicité Foncière memntos daloz

³ - حكم المحكمة التجارية بالرباط في الملف رقم 832.01.04. عدد 1095 صادر 2001/7/5 منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 1 عدد 2002، ص 149.

المطلب الثاني: أنواع الرهن الرسمي.

رجوعا إلى 162 من ظهير 1915 نجده ينص على أن الرهن الرسمي يكون إما إجباريا أو اتفاقيا، كما أن الفصول من 182 إلى 184 تضمنت نوعا من الرهون الرسمية الرضائية، ويتعلق الأمر بالرضى الرسمي المؤجل.

الفقرة الأولى: الرهن الرسمي الاتفاقي.

وهو الرهن الذي يتم باتفاق الطرفين على إنشائه دون تدخل أي جهة قضائية، ويمكن أن يقوم في شكل عقد رسمي أو عرفي خلافا للمشرع الفرنسي الذي يلزم بالعقد الرسمي. مع ملاحظة أن المشرع المغربي لم يشترط الرسمية إلا في حالة واحدة وهي المتعلقة بحوالة الرهن الجبري المخول للمرأة المتزوجة أو التنازل عنه والحديث عن الرهن الرسمي الاتفاقي يجزنا إلى التساؤل عن الرهن الرسمي المعقود على أموال القاصر أو ناقص الأهلية، هل يمكن للوالي أن ينشئ لفائدته رهنا على أموال من ينوب عنه؟

الحقيقة أن الفصل 480 من ق إ ص صريح في منع ذلك حيث جاء فيه "... الأوصياء... أو الآباء الذين يديرون أموال أبنائهم ليس لهؤلاء الأشخاص... أن يأخذوا أموال من ينوبون عنهم على سبيل... الرهن".

إذا كان الرهن الرسمي يحمل القاصر أو ناقص الأهلية ضررا فإنه يكون باطلا وعليه فالمطلوب في عقد الرهن الرسمي الرضائي أن يكون صادرا عن من هو أهل للتصرف وثانيا أن يكون الرهن منعقدا من مالك العقار، الواقع عليه الرهن وأن يكون البن المضمون به محددًا بدقة في العقد.

بقي أن نشير إلى أن الرهن الرسمي الاتفاقي الواقع على عقارات بالمغرب، أجاز المشرع أن يكون العقد المنشئ له محررا بالأقطار الأجنبية ما دام العقد موافقا لمقتضيات ظهير 12 غشت 1913 وظهير 2 يونيو 1915 وهو أمر أكدته الاجتهاد القضائي حيث جاء في قرار لمحكمة الاستثناء بالرباط "أن عدم لإمكان محامي في المغرب الاتصال بزبونة يوجد موطنه في فرنسا لا يترتب عنه انقضاء تعيين الموطن المختار بخصوص التصديق على تسجيل رهن عقاري في المغرب"⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: الرهن الرسمي المؤجل.

إذا كان السجل العقاري يتميز بخاصية الاطلاع به من قبل الكافة قصد التعرف على الوضعية القانونية والواقعية للعقار، فإن هذه الإمكانية قد تضر بالبغض خاصة إذا كانوا من رجال الأعمال الذين يريدون الإبقاء عن وضعيتهم المادية بعيدة عن الإشهار وأن الرهن يبقى ظاهرا بالسجل العقاري بعد التشطيط عليه وأن الرهن يبقى ظاهرا بالسجل العقاري بعد التشطيط عليه لأجل لا يتعدى 90 يوما وهو الذي يصطلح عليه بالرهن الرسمي المؤجل، نظمته المشرع في الفصول من 182 إلى 184 من ظهير 1915، وعليه إذا انعقد رهن رسمي رضائي لضمان فرضو قصيرة الأجل أمكن تأخير تسيله مدة لا تتجاوز تسعون يوما، دون أن يفقد الدائن المرتهن مرتبة دينه التي اكتسبها منذ تقديمه للمحافظة العقارية رغم كل قيد لاحق.

وانتهاء المدة أو قبلها يجب على الدائن ما تقديم طلب التسجيل أو يسحب وثائقه⁽²⁾. وحتى يترتب الرهن الرسمي المؤجل آثاره فإنه من اللازم اتباع إجراءات خاصة:

¹ - قرار عدد 2623 صادر في تاريخ 10/10/1944.

² - يوسف بن الراوية، العقار المحفظ بين الرهن الرسمي والحجز العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة القاضي عياض 2001، ص 27.

- تسليم عقد الرهن من نسخة الرسم العقاري المرهون إلى الدائن المرتهن، لكي يودعهما لدى المحافظ مع تقييد هذا الأخير بعدم تسجيل أي طلب يضر بمصالح الدائن.
 - يقوم المحافظ بتقييد هذا الإيداع في سجل الطلبات بتاريخ تقديمه كما تم تقييده مؤقتا بالرسم العقاري، لا يشار إلى هذا التقييد في نسخة الرسم⁽¹⁾.
- الفقرة الثالثة: الرهن الجبري.

عرفه المشرع المغربي في الفصل 163 من ظهير 1915 بأنه " الرهن... المخول بحكم قضائي بدون رضی المدين...". وعرفه الفقيه بول دو كرو بأنه الرهن المقرر بقرار قضائي دون اعتبار لإرادة المدين يصدر في غرفة المشورة بطلب من الدائن أو الموصى لهم، وبعد الاستماع إلى النيابة العامة، ويؤخذ رتبته من تاريخ تسجيله بالسجل العقاري.

فالرهن الجبري ينطلق من النص القانوني المقرر له دون حاجة للاتفاق عليه أو التعاقد بشأنه بمعنى ذلك الرهن الذي يملكه الدائن بقوة القانون على أموال المدين. والمشرع المغربي حدد حالات الرهن الجبري على سبيل الحصر وأهمها تلك المنصوص عليها في الفصل 163 من ظهير 1915 غير أنه توجد حالات أخرى للرهن الجبري نص عليها ظهير 25 يوليوز 1969⁽²⁾. أعطى بموجبه للدولة الحق في إجراء رهن إجباري على أملاك المدينين لضمان المساهمة المباشرة في رفع قيمة الأراضي السقوية.

وبالرجوع إلى الفصل 163 من ظهير 1915 يظهر أن المشرع فيه في الرهن الجبري نظرا لصفة المدينين الذين أراد القانون حمايتهم.

1- الرهن الجبري المقرر للقاصرين والمحجوزين ولضماني أولياتهم على أملاك هؤلاء الأولياء. وقد أعطى

الفصل 164 من ظهير 1915 لمجلس العائلة أوكل سلطة تقوم مقامه حق تقرير وجوب الرهن الجبري لفائدة القاصرين أو المحجوزين سواء بالنسبة للمبالغ المضمونة أو الأملاك المرتهنة بعد أن يقدم طلب إما من الوصي أو نائبه... أو وكيل الملك.

2- الرهن الجبري المقرر للزوجة على أموال زوجها، ضمانات لمهرها وحقوقها الناشئة على النظام المالي

للزوجة والتعويض على الالتزامات المطالب بها الزوج، واستبدل ما فوته من أملاكها أخرى.

وطلبات الرهن الجبري تقدم إلى المحكمة الابتدائية لأنها من اختصاص قضاء الموضوع ومن هذا السياق صدر أمر رئاسي عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء⁽³⁾، قضى بأن الرهن الجبري المقدم في إطار الفصل 163 هو من اختصاص محكمة الموضوع، لا من اختصاص رئيس المحكمة، في إطار الفصل 184 من قانون المسطرة المدنية.

¹-محمد بن معجوز مرجع سابق، ص 487.

²- ظهير 25 يوليوز 1696 الصادر بتنفيذه قانون رقم 25-69-1 بمثابة ميثاق الاستثمارات الفلاحية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2960.

³- لأمر رئاسي صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في الملف عدد 392، صادر في 19/01/1975 منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 1716، ص

المطلب الثالث: آثار الرهن الرسمي وتحقيق الضمانات.

كيفما كان نوع الرهن المنشأ فإنه إذا احترمت فيه الشروط الشكلية والموضوع أنتج آثاره لبس بين أطرافه فحسب بل يصبح ساريا في مراجعة الغير أيضا دون أن ننسى الوقوف عند آثاره حتى بالنسبة للعقار والدين المضمون، وحيث أن الرهن الرسمي يعد آخر مل توصل إليه الفكر القانوني في مجال الضمانات العينية. آثار الرهن الرسمي بالنسبة لأطرافه، حينما يبرم عقد الرهن بوجه شرعي، ويكون ضامنا لدين صحيح رتب آثاره بالنسبة للراهن والمرتهن.

الفقرة الأولى: أثر الرهن بالنسبة للراهن.

لم يتطرق المشرع لسلطات الراهن في التصرف بالمرهون غير أنه قيلسا على الفصل 1177 من قانون الالتزامات والعقود، الذي قرر أن من رهن شيئا لا يفقد الحق في تقويته. نعتقد أن المشرع كان موفقا فيما ذهب إليه طالما أن الدائن المرتهن يتمتع بحق التبعية، وقد أكد المجلس الأعلى هذا المنحى له جاء فيه "... الراهن يبقى مالكا للعقار المرهون ما دام الرهن لم تقع تصفيته"⁽¹⁾ بمعنى أن المدين الراهن تبقى له كل عناصر الملكية على الشيء المرهون، تعطيه الحق في الانتفاع به واستغلاله والتصرف فيه⁽²⁾، ومن ثم يكون له الحق في أن يجني ثمار العقار أو يبيعه أو يهبه⁽³⁾، في مقابل هذه الحقوق تقوم بالراهن التزامات يلزمه مراعاتها.

- إنشاء حق الرهن لفائدة الدائن المرتهن على العقار المرهون.

- ضمان سلامة حق الرهن: أي تقييده بعدم إجراء أي تصرف من شأنه الإنقاص من قيمة العقار المرهون.

- ضمان كل تعرض قد يواجهه المرتهن والذي يحبس حق الرهن، ورد كل اعتداء أو ادعاء من طرف الغير. أحاط المشرع المغربي الدائن المرتهن بعناية طويلة فترة الرهن، منها ما يتمتع بع قبل حلول أجل الدين أي طيلة الفترة الهادئة، بعد حلول الأجل.

فقبل حلول أجل الدين تستطيع الدائن المرتهن وقف كل الأعمال التي من شأنها الإنقاص من قيمة العقار المرهون، بل وأن يقوم في حالة الاستعجال بأعمال الترسيم، والصيانة على أن يطالب المدين بالتعويض عنها، أما إذا تغيب بشكل لم يصبح معه كافيا ضمان الدين كان له حق المطالبة بسقوط الأجل قضائيا أو المطالبة بزيادة الضمان الممنوح له. أما بعد حلول الأجل فله أم يبيع العقار واستيفاء دينه بثمن البيع، كما له حق الأفضلية في استيفاء الدين قبل الدائنين العاديين. وهو المر الذي أكدته المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء. إذا جاء فيه أن الراهن يعطي للدائن استيفاء الدين المضمون به قبل الدائنين العاديين⁽⁴⁾.

وفيما يخص التزامات الدائن المرتهن، فهي محددة، نجملها في عدم إمكانية التنفيذ على عقار أو عقارات

لها قيمة أكبر بكثير من الحق المضمون بالرهن.

الفقرة الثانية: آثار الرهن بالنسبة للغير.

¹ - قرار المجلس الأعلى في المجلس المدني عدد 91/1625 صادر في 04-03-99 منشور بمجلة الإشعاع عدد 1992/07، ص 85.

² - محمد بن معجوز، مرجع سابق، ص 462.

³ - عبد الرحمان مصباحي، أولوية الدائن المرتهن للعقار على منتوج البيع، مجلة الحدث القانوني، عدد 15 أبريل 1999، ص 7.

⁴ - حكم ابتدائية البيضاء عدد 207/1625 ملف رقم 96/1267 صادر في 29/10/1996 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 79 سنة 1997، ص 71.

نصت الفصول من 185 إلى 196 من ظهير 1915 على الأثار المترتبة عن الرهن الرسمي اتجاه من انتقل إليهم العقار المرهون وللحائز طبقا للفصل 185 من ظهير 1915 أن يستفيد من نفس الأجال الممنوحة للمدين الأصلي، لذا تعين عليه سعيه لبقاء العقار في يده أن يبادر إلى الوفاء بالدين المضمون عند حلول الجل مع الفوائد. وفي حالة ما إذا بلغ بالإندثار لحجر الملكية فعلية قصد الحفاظ على العقار أداء الدين مع الفوائد وكل المصروفات حسبما ينص عليه الفصل 186 من ظهير 19 رجب 1915، الأمر الذي يستفاد منه بمفهوم المخالفة لهذا الفصل أنه متى أدى هذا الدين وفوائده بقي محتفظا بالعقار وإلا لزمه التخلي عنه بدون تحفظ.

الفقرة الثالثة: بالنسبة للعقار والدين المضمون.

1- القاعدة في الرهن الرسمي أنه لا يسري إلا على عقار أو حق عيني عقاري لذلك فهو يشمل العقار وملحقاته المعتبرة عقارات بطبيعتها أو الأشياء المنقولة المتصلة بالعقار عن طريق التخصيص (1) وتجدر الإشارة إلى أن العقار المضمون بالرهن يجب أن يكون مما يصبح التعامل به تطبيقا للفصل 1174 من ق إ ع حتى يتسنى للدائن المرتهن التنفيذ على الرهون للاستيفاء دينه في حالة عدم الوفاء عن طريق البيع بالمزاد العلني وبذلك تخرج العقارات التي لا يمكن التعامل بشأنها كأمالك الدولة العامة والبلديات والأمالك الحسبية عن دائرة الرهن الرسمي.

2- بالنسبة للدين المضمون.

الرهن الرسمي يضمن رأس المال بأكمله كما يضمن فوائد السنة التجارية لإنشاء العقد والسنة التي قبلها شرط النص في العقد أن الدين ذو فوائد وأن يقع النص على ذلك في السجل العقاري حسبما هو مقرر في الفصل 160 من ظهير 19 رجب وإن كان ذلك يخالف ما هو منصوص عليه في الفصل 270 ق ل ع الذي يقرر بطلان الفائدة بين المسلمين بل وبطلان العقد الذي يتضمنهما.

وعموما يمكن القول أن الرأس مال يكون بمجموعه مضمونا بالرهن الرسمي أما الفوائد فتكون على الأوجه التالية:

- متى كانت مستحقة وقت تسجيل الرهن إذا تم التنصيص عليها في صلب العقد المنشئ للرهن فإنها تكون مضمونة بالرهن الرسمي وفي حالة إغفال تضمينها بالسند تصبح مجرد دين عادي ولا يمكن للدائن المرتهن استيفاءها من ثمن المرهون إذا بيع بالمزاد العلني.
- أما إذا استحق بعد التسجيل فإنها لا تكون مضمونة بالرهن الرسمي لمخالفتها قاعدة التنصيص التي تقضي بوجوب تحديد مبلغ الدين بفوائده.

المطلب الرابع: تحقيق الرهن الرسمي.

بالرجوع إلى الفصل 204 من ظهير 2 يونيو 1915 القاضي بأن الدائن المحرز على شهادة بتسجيل مسلمة له من طرف المحافظ الأملاك العقارية طبقا للشروط المنصوص عليها في الفصل 58 من المرسوم الملكي المتعلق بالتحفيظ.

يمكنه وإن لم يكن بيده سند تنفيذي طلب إجراء البيع عند عدم الأداء في إبانة وذلك عن طريق النزاع

الإجباري ملكية العقار أو العقارات التي سجل الدائن حقه عليها.

¹ - مولود زومر، الرهن الحيازي والرهن الرسمي، بحث نهاية تمرين التخرج من المعهد الوطني للدراسات القضائية سنة 2002، ص 59.

الأمر الذي يفهم منه أن الدائن سعياً لاسترداد ديونه يلزمه اتباع إجراءات مسطرية بتبديء بوضع العقار تحت يد القضاء، بإعداد لبيع عن طريق المزاد العلني ثم بيعه فعلاً وأداء الثمن ممن رسا عليه المزاد لينتهي الأمر بتوصل الدائن بحقه كاملاً من حيث المبدأ وهذه المسطرة وإن كانت تركز من حيث الأساس على مقتضيات ظهير 1615/6/2 وكذا الفصل 469 من قانون المسطرة المدنية فإن المر يقتضي في الكثير من الأحيان اعتماد العديد من النصوص التشريعية الأخرى ذات الطبيعة المختلفة كظهير 1913/8/2 والمرسوم الملكي الصادر في 17 دجنبر 1968 المتعلق بالقرض العقاري والسياحي إذا ما أثرت مسألة موضوعية كالوفاء بالدين أو بأجل ذلك الوفا. وعموماً فإن هذه المسطرة تنطلق بتوجيه إندار⁽¹⁾ للمدين يشعر فيه بواسطة عون التبليغ بضرورة أداء الدين المضمون بالرهن تحت طائلة نزع الملكية العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني لتسديد الدين وفوائده ومصاريفه⁽²⁾ مع تضمين هذا الإنذار جملة بيانات يترتب على إغفالها بطلانه، وفي حالة العكس، أي إذا كان الإنذار مستوفياً لكل شروطه الأساسية تعين تبليغه للمدين الراهن بعدما يصدر رئيس المحكمة أمراً بذلك بناء على الطلب الذي تقدم به الدائن تطبيقاً للفصل 148 من قانون المسطرة المدنية.

الذي يعطيه صلاحية النظر في كل طلب يرمي إلى توجيه الإنذار وبعد تحرير محضر التبليغ تسلم نسخة منه إلى الدائن وحائز العقار إن لم يكن هو المدين نفسه مع ضرورة تبليغ نسخة من المحضر المحافظ على الأملاك العقارية لتسجيله بالرسم العقاري ولعل الغاية من تعدد هذه التبليغات يكمن في إعطاء فرصة للمدين من أجل الأداء من جهة، من جهة ثانية تمكين جميع الدائنين الممتازين من الانضمام إلى مسطرة الحجز أما تبليغ المحافظ فغاياته المنع الكلي لأي تقييد جديد في الرسم العقاري طيلة فترة إجراءات نزع الملكية حسب مل ينص عليه الفصل 87 من ظهير 9 رمضان وإذا ظل هذا الإنذار بعد انتهاء المدة المحددة للأداء - بدون جدوى أدى ذلك إلى الشروع في إجراءات نزع الملكية وفي مقدمتها الحجز التنفيذي الذي يبلغ به المدين ليصبح مجرد حارس العقار إلى حين بيعه مع تحميله مسؤولية المحافظة على العقار وإلا عد مسؤولاً عن أي تلف أو هلك يحصل له، كما يتم تبليغ المحافظ بهذا الحجز ليقع تسجيله بالرسم العقاري ولعل الغاية من ذلك هو تمكين العموم من الاطلاع على الوضعية الحقيقية للعقار، وكذا التهيء لتسجيل محضر البيع بالزاد العلني، ذلك أنه لا يمكن تسجيل هذا الأخير إذا لم يكن مسبقاً بتسجيل كل من الإنذار ومحضر الحجز التنفيذي، ومما تجدر الإشارة إليه أن جانباً من الفقه⁽³⁾ لا يؤيد فكرة تحول الإنذار العقاري إلى حجز مجرد عدم الأداء في الأجل المحدد خلافاً لما ذهب إليه جانب آخر الذي يقبس الإنذار العقاري على الحجز التحفظي للعقار والذي يتحول إلى حجز تنفيذي للعقار طبقاً للفصل 459 من قانون المسطرة المدنية.

مع وجود استثناء يتعلق بالحالة المنصوص عليها في الفصل 61 من مرسوم 17 دجنبر 1698 المتعلق بالقرض العقاري والسياحي، والتي تعتبر فيها الإنذار العقاري حجراً تنفيذياً عقارياً ومع ذلك تبقى حالة خاصة واستثناء من القواعد العامة المتعلقة بإجراءات الحجز العقاري الذي يقتضي انتقال عون التنفيذ إلى العقار

¹ - المشرع المغربي في النص العربي للفصل 205 من ظهير 19 رجب لم يستعمل كلمة إندار وإنما كلمة الأعدار خلافاً لنص الفرنسي المستعمل لعبارة commandement والتي تترجم إلى عبارة تنبيه غير أن الفقه ومع القضاء درج استعمال عبارة إندار، الطيب برادة م س، ص 330.

² - أحمد عكاشة، العمل القضائي في تطورات النظام البنكي بالمغرب، الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي المنعقدة بالرباط يومي 19-20 يونية 1993.

³ - محمد سلام، م س، ص 38.

موضوع الحجز ومعاينته وتحرير محضر يبين اسم العقار ورقم رسمه العقاري وموقعه وأسماء الحائزين المستغلين له مع تحديد صفة كل واحد منهم، إضافة إلى الحقوق والتكاليف المترتبة على العقار مع ضرورة الإشارة إلى ثمار العقار ومنتجاته إن وجدت. لينتهي الأمر بإجراء خبرة لتحديد الثمن الافتتاحي للمزايدة وإجراء الإعلان لتحديد تاريخ السمسرة غير أن هذه الإجراءات وإن كانت نظريا لا تثير المشاكل فإنه عمليا يثار بمناسبة الإشكالات التالية:

- الطعون في تبليغ إجراءات الإنذار العقاري.
 - الطعون في إجراءات تحويل الحجز العقاري وشكليات تبليغه، ونسوق في هذا الصدد قرار المجلس الأعلى نقض بموجبه استثنائية فاس التي أصدرت أمرا بالتخلي وإجراء الحجز دون احترام مقتضيات الفصلين 335 و 338 من قانون المسطرة المدنية، الذي يقضي بتبليغ الأطراف هذا الحجز مما يشكل إخلالا بحقوق الدفاع المنصوص عليها في الفصلين أعلاه¹.
 - الطعن في إجراء الخبرة.
 - الطعن في المديونية.
 - الطعن في احتساب سعر الفائدة وغرامة التأخير.
- وهي طعون يجب أن تبت فيها محكمة الموضوع مما يؤدي إلى وقف وتعطيل إجراءات تحقيق الرهن وتحويلها إلى مسطرة موضوع تتبع فيها قواعد القانون⁽²⁾ من ابتدائية إلى استئنافية المجلس الأعلى، في وقت طويل جدا ومكلف للأبنك، ما هي قيمة الشهادة الخاصة للرهن؟
- إن محكمة النقض الفرنسية جاء وفيه: "أن المدين لم يكن مهتما بالوفاء بديونه المضمونة بالرهن مما استوجب التنفيذ على العقار طبقا لمقتضيات الفصل 2213 من القانون المدني الفرنسي المقر بالبيع الجبري للعقار طالما أن الرهن مثبت بعقد رسمي يفيد الملكية وبالشهادة الخاصة للرهن والمعتبرة سندا تنفيذيا⁽³⁾". ليبقى التساؤل مطروحا: ما مدى فعالية الرهن الرسمي كضمان بنكي؟
- تعتبر القروض العمود الفقري للاقتصاد بل لكيان الدولة وبقائها، والمعيار الأساسي في منح القروض هو توقع مدى قدرة المدين على أداء الدين، وهذه القدرة يجب أن تكون حتمية ولعل هذا ما يبرز دور الضمانات البنكية والتي يعتبر الرهن العقاري الرسمي أهمها وأقواها.
- فهل الرهن الرسمي يحقق مبتغاه؟
- إن فعالية الضمانات تتجلى في إمكانية تخويل دائم لاستخلاص دينه في أقرب الأجال وأحسن الظروف وقد تصبح هاتان الميزتان عديمي الجدوى أو ذات جدوى أقل وبذلك تنعدم فعاليتهما عند تحقق إحدى الحالات التالية تراجع الوضعية الاقتصادية للعقار، إفلاس المدين، أو حالة التصفية القضائية وفترة الرية.
- مزاحمة حقوق الامتياز للبنك المستفيد من الرهن العقاري الرسمي.
 - المساطر المعقدة أو البطيئة التي تحول دون تحقيق الرهن الرسمي.

¹ - قرار المجلس الأعلى في الملف المدني عدد 1903-1/2002 صادر بتاريخ 2003/1/7.

² - أحمد عكاشة، م س، ص 211.

³ - أحمد عكاشة، م س، ص 211.

- عدم التروي في تقدير الأخطار من طرف البنكي.
كل ذلك يجعل فعالية الرهن الرسي، فعالية نسبية تغير الصورة التي رسمها البنكي له.
واختصار لفكرة يمكن أن نخص الحديث في هذا الصدد على بعض الأسباب التي تجعل فعالية الضمانات المقررة لفائدة المؤسسات البنكية نسبية إن لم نقل.....ويتعلق الأمر ب:
- الإنذار العقاري: فأسباب الطعن فيه تعود في الغالب إلى الدفع الذي يتقدم به المدين المتمثل في عدم ثبوت الدين الأصلي في ذمته، والقول مثلاً بأنه سدد ديونه، أو أن ذمته غير مشغولة به بالمرة ونورد في هذا السياق حكم للمحكمة التجارية بوجدة.
- " رفضت بموجبه طلب المدعي الرامي إلى الحصول على رفع اليد عن العقار المرهون بعدما تبين لها مبالغ القصر لم تكتمل بعد"⁽¹⁾. وأما الطعن في الإنذار رغبة في فحص جدية عرض القرض. كلها أسباب تؤدي إلى إطالة المسطرة وقد أحسنت المحكمة التجارية بوجدة صنعا عندما رفضت طعنا في الإنذار العقاري بعلّة أن المدعي إلتمس فحص الوثائق للتأكد من قيمة المديونية معتبرة أن طلب معرفة تاريخ إنعدام عقد القرض لمعرفة المبلغ المتبقي من الدين هو سبب لا يرقى إلى إبطال إجراء الإنذار العقاري.
- أحيانا قد لا يثير المدين لا هذا الدفع ولا ذلك فيكتفي في الطعن في سلامة الإجراءات المصاحبة لتبليغ الإنذار كما حصل في قرار المجلس الأعلى السابق الإشارة إليه.
- إشكالية التنفيذ.
- فالقضاء المفروض فيه إخراج الفكرة من مجالس التصور إلى مجال التحقيق العملي على اعتبار أن التنفيذ، والذي هو مظهر الحماية القضائية يفترض أن يكون نزيها وجديا وسريعا لأن الهدف منه هو الوصول إلى الحق والحصول عليه وقد جاء على لسان المرحوم الحسن الثاني "... إن عدم التنفيذ أو التماطل في التنفيذ يجر المرء إلى تفكير آخر هو انحلال الدولة، فحذاري من العدل الظالم..."
- عرقلة في إتمام إجراءات البيع نظرا لما يحددونه من المصدقية حيث عالية لا تتناسب مع العقارات وتجعل بالتالي بيعها مستحيلا تؤدي إلى إعادة السمسرة التي تكلف الدائنين إجراءات ومصاريف ايجاز خبرات مضادة"⁽²⁾
- الشيء الذي يمدد عملية البيع على حساب مصالح هؤلاء وليس الدائنون وحدهم من يعطوننا في تقارير الخبرة، ذلك أن المدين غالبا ما يتقدم هو الآخر أمام رئيس المحكمة بطلب تأخير إجراء السمسرة وكذا للقيام بخبرة مضادة لتحديد الثمن الافتتاحي إذا ما تبين له أن هذا الأخير الوارد في التقرير الأول غير كاف أو محجفا في حقه"⁽³⁾.
- ولعل في الأمر الرئاسي الصادر عن المحكمة الابتدائية بأربعاء الغرب ما يفيد ذلك "أن من شأن البث في..... الرامي إلى إجراء خبرة لتحديد الثمن الحقيقي لافتتاح المزاد على العقار المحجوز الإضرار بمصالح الأطراف الأخرى"⁽⁴⁾.

¹ - الخبرة، ولا تقل المشاكل المرتبطة بالخبرة أهمية من تلك المتعلقة بمجال الإنذار العقاري، فالذي يقع عمليا هو أن تقارير الخبراء غالبا ما تشكل.

² -الحسن المكي، تأملات في النظام القانوني للرهن الرسي مجلة الإشعاع عدد 26 ص، 142.

³ -الحسن المكي، م س، ص 143.

⁴ -أمر رأسي صادر عن المحكمة الابتدائية بأربعاء الغرب ملف عقاري عدد 872 / 2001 صادر في 10/1/2002، مجلة الإشعاع عدد 27.

المبحث الثاني: الرهن الحيازي.

المطلب الأول: الرهن المنقول.

الفقرة الأولى: تعريف رهن المنقول وأهميته.

ورد في الفصل 1184 أن " الرهن الحيازي المنقول يخول للدائن الحق في أن يجبس الشيء المرهون إلى تمام الوفاء بالدين، وأن يبيعه عند عدم الوفاء به وأن يستوفي دينه من ثمن المرهون عند بيعه وذلك بالامتياز والأسبقية على أي دائن آخر".

إذن رهن المنقول هو حق عيني يقع على منقول يضعه مالكه في حيازة الدائن أو حيازة من اتفق عليه العاقدان ضمانا للالتزام عليه أو على غيره، ويخول الدائن حق حبس المنقول حتى وفاء الالتزام بتمامه، وفي حالة عدم الوفاء، حق بيعه واستيفاء الدين من الثمن بالأفضلية على سائر الدائنين. ولم يعرف المشرع المغربي رهن المنقول وإنما عرف حق الرهن الحيازي عموما في الفصل 1170 وأوضح في الفصل 1183 خصائص رهن المنقول سواء من حيث منح المرتهن حق حبس المرهون حتى استيفاء تمام دينه أم من حيث حق بيعه أو من حيث حق استيفاء دينه من الثمن بالأفضلية على الدائنين العاديين كافة.

الفقرة الثانية: خصائص رهن المنقول

يتميز رهن المنقول بالخصائص التالية: حق عيني (أ)، حق تابع (ب)، وحق غير قابل للتجزئة (ج).

أ- رهن المنقول حق عيني يولي الدائن حق البيع وحق الأولوية.

حق التتبع يعني أن للدائن المرتهن، إذا ما نزعته يده على المرهون برغم إرادته، أن يطالب به ويسترجعه من يدي أي حائز له، على أن يمارس دعوى الاسترداد خلال ثلاثين يوما من علمه بخروج المرهون من حيازته.

ب- رهن المنقول حق تابع: يعني هذا وجود التزام أصلي يرتكز عليه ويكون ضمانا للوفاء به، ويترتب على ذلك أن الرهن يتبع الالتزام المضمون صحة وبطلانا، ويتصف بأوصافه، كما ينقضي بانقضائه.

ج- رهن المنقول حق غير قابل للتجزئة: يعني هذا أن رهن المنقول لا يتجزأ إذا أن كل جزء من الدين مضمون بالمنقول أو المنقولات المرهونة ضامن لكامل الدين: فإذا أدى المدين أو أحد ورثته، قسما من الدين مثلا، لا يسوغ له المطالبة بإعادة جزء من المرهون يوازي مقدار ما دفعه من الدين، بل للمرتهن حق إمساك المرهون حتى استيفاء تمام حقه، لأن الجزء الباقي من الدين مضمون بكامل المرهون، وكذلك إذا هلك بعض المرهون فإن الباقي منه يضمن الدين بمجموعة، لأن كل جزء من المرهون ضامن لكامل الدين.

الفقرة الثالثة: شروط رهن المنقول.

إن شروط رهن المنقول على نوعين: النوع الأول توافره لإنشاء الرهن فيما بين المتعاقدين، والنوع الثاني يجب توافره ليصبح للرهن نافذا إزاء الغير.

1- شروط إنشاء رهن المنقول بين المتعاقدين.

أ- الشروط المتطلب توافرها في الالتزام الذي خصص المرهون لضمانه.

أولا: يشترط لإنشاء الرهن أن يكون الالتزام الأصلي المضمون صحيحا: ذلك أن الرهن هو من الحقوق التبعية التي تتوقف صحتها على صحة الحق الأصلي.

ثانيا: يشترط لإنشاء الرهن أن يكون الالتزام الأصلي قابلا للتنفيذ جبرا على المدين. ذلك أن للمرتهن، عند عدم الإيفاء، الحق في أن يطالب ببيع المرهون لاستيفاء دينه من الثمن.

ثالثا: يشترط لإنشاء رهن المنقول، أن يكون الالتزام الأصلي التزاما بوفاء مبلغ من النقود.

ب- الشروط المتطلب توفرها في المرهون الذي خصص لضمان الالتزام.

أولا: يشترط لإنشاء الرهن أن يكون المرهون من المنقولات الصالحة للتداول إذ يجب أن يكون المرهون قابلا للبيع.

ثانيا: ويشترط لإنشاء الرهن أن يكون المرهون من المنقولات القابلة للتسليم ذلك أن الرهن يستلزم نقل المرهون من حيازة الراهن إلى حيازة المرتهن.

والشرع الإسلامي كان يتطلب توفر هذا الشرط إذا كان يوجب لصحة الرهن أن يكون مقدورا التسليم في وقت الرهن.

ثالثا: يشترط المرهون من الأشياء المادية فالرهن يمكن أن يقرر على الديون، سواء كانت ديونا عادية أم كانت ديونا موثوقة بسندات لحاملها أو بسندات اسمية أو محررة للأمر، كما يمكن أن يقرر على الحقوق المنقولة الأخرى كالملكية التجارية والصناعية والملكية الأدبية.

ج- الشروط المتعلقة بشخص الراهن.

أولا: يشترط أن يكون الراهن مالكا للمرهون. فإذا تقرر الرهن على شيء من قبل غير مالكة. كان الرهن غير ملزم للمالك وكان له ان يقيم دعوى الاستحقاق لاسترداد الشيء المرهون من المرتهن.

يمكن أن يكون رهن ملك الغير صحيحا في حالتين: أولا إذا اقتضاه مالك الشيء أو أقره، ثانيا إذا اكتسب الراهن في تاريخ لاحق ملكية المرهون إذ عندها يصبح الرهن ويصبح ملزما له.

ثانيا: يشترط أن يكون الراهن أهلا للتصرف. إذن لا بد أن يكون الراهن متمتع بأهلية التصرف في المنقول الذي يرغب في إنشاء الرهن عليه.

ثالثا: يشترط أن يكون الراهن هو المدين بالذات. يمكن أن يكون الراهن شخص آخر غير المدين ومقرر الرهن ضمانا لدين الغير يعرف اصطلاحا "الكفيل العيني".

د- تخلي الراهن عن حيازة المرهون.

إن رهن المنقول لا يتم بمجرد الإيجاب والقبول، بل يتوقف انعقاده على تخلي الراهن عن حيازة المنقول، ونقله إلى حيازة الدائن المرتهن.

تنقل حيازة المرهون عادة إلى الدائن المرتهن. ولكن قد يتفق الراهن المرتهن على تسليم المرهون إلى شخص آخر يقال له "العدل" أو "الأمين".

2- شروط نفاذ الرهن إزاء الغير.

حتى يصبح الرهن نافذا إزاء بقية الدائنين، لا بد من توفر شروط الكتابة كما لا بد أن يبلغ إلى المدين تبليغا رسميا.

شروط الكتابة.

يستدعي هذا الشرط الملاحظات التالية: أولاً: أن الكتابة لازمة لنفاذ الرهن في حق الغير أي كان نوع المرهون سواء كان شيئاً مادياً أو غير مادي، أم كان دينياً عادياً أم كان حقاً مترتباً على شيء غير مادي. ثانياً: إن الكتابة يجب أن تكون بسند محرر أمام مأمور رسمي أو بسند عادي ثابت التاريخ يتضمن بصورة خاصة بيان مقدار الدين ووقت حلول أجله وكذلك تعيين نوع الأشياء أو الأموال المرهونة وماهيتها. ثالثاً: إن الكتابة لازمة إذا كانت قيمة كل من المرهون والدين المضمون تجاوز 200 درهم. ت- شرط تبليغ المدين أو قبوله إذا كان المرهون ديناً. لقد نص الفصل 1195 على أنه "لا يتقرر امتياز إلا بإعلام المدين في الدين المرهون إعلماً رسمياً أو بقبول هذا المدين الرهن في محرر ثابت التاريخ" فـرهن الدين لا يكون نافذاً بحق المدين إلا إذا تبغته بصورة رسمية أو قبل به بسند قابل التاريخ.

المطلب الثاني: آثار رهن المنقول.

إن رهن المنقول ينشئ عنه حقوق والتزامات. فلا بد لنا إذن أن نعرض تباعاً لحقوق والتزامات الدائن المرتهن، ثم لحقوق والتزامات الراهن.

الفقرة الأولى: حقوق الدائن المرتهن.

أ- حق حبس المرهون.

للمرتهن حق حبس المرهون حتى يستوفي تمام دينه من أصل وفائدة ونفقات. فالفصل 1184 نص على "إن الرهن المنقول يخول الدائن حق حبس المرهون حتى تمام الوفاء بالدين وعليه ما دام المدين لم ينفذ الالتزام المضمون، لا يمكن إجبار المرتهن على التخلي عن حيازة المرهون بل له حبسه حتى استيفاء دينه" وبهذا قال الفصل 1201 أنه "لا يلزم الدائن برد الشيء المرهون إلا بعد تنفيذ الالتزام تنفيذاً كاملاً. وهذه الأحكام تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية التي كانت تعرف الرهن "حق حبس مال وتوقيفه في مقابلة حق يمكن استيفاء منه" وتمنح المرتهن "حق حبس المرهون إلى حين فكه".

ب- إن استمرار حيازة المرتهن للمرهون شرط أساسي بدوام الرهن. فالرهن يبقى ما بقيت الحيازة ويزول بزوالها. إلا أنه إذا خرج المرهون عن حيازة المرتهن بغير إخباره، فله أن يطالب باسترداده شرط أن يفعل ذلك خلال 30 يوماً من وقت خروج الشيء من حيازته.

ج - إعادة المرهون بعد استيفاء الدين المضمون.

إذا ما أدى المدين الدين المضمون بتمامه أصلاً وفائدة ودفع ما قد يكون قد ترتب بذمته من نفقات التزمته صيانة المرهون، وجب على الدائن أن يعيد المرهون كما يلتزم بأن يقدم له حساساً عما قبضه من ثماره.

الفقرة الثالثة: حقوق والتزامات الراهن.

إن عقد الرهن بحد ذاته لا يمنح حقوقاً للراهن ولا يترتب التزامات عليه. لذلك اصطلاح الفقهاء اليوم على إدخاله في زمرة العقود الغير التبادلية التي تكون فيها الالتزامات على جانب واحد من المتعاقدين دون الجانب الآخر.

إلا أن ظروفها تطراً أثناء قيام الرهن ينشأ عنها للراهن بعض الحقوق والالتزامات.

المطلب الثالث: انقضاء رهن المنقول.

خص قانون الالتزامات والعقود المغربي مبحثا مستقلا لبطان الرهن الجيازي وانقضائه وذلك في الفصول 1233 إلى 1240. ومن خلال هذه النصوص يتضح أن أسباب انقضاء الرهن على نوعين: أسباب تؤول إلى زوال الرهن بالاستقلال عن الالتزام الرسمي الذي يبقى قائما رغم انقضاء الرهن وأسباب تبعية. الفقرة الأولى: انقضاء الرهن بصيرة تبعية.

نص الفصل 1233 على أن بطلان الالتزام الأصلي يقتضي بطلان الرهن وأن الأسباب التي توجب إبطال الالتزام الأصلي وانقضائه توجب إبطال الرهن أو انقضائه: ذلك أن الرهن حق تابع للالتزام الأصلي فإذا زال الأصل زال التابع.

ج - حق قبض ثمار المرهون.

إن للدائن المرتهن حق قبض ثمار المرهون سواء كان شيئا ماديا أو كان دينا عاديا أو كان أسهما أو سندات أو أوراق مالية حيث للمرتهن أن يستوفي الفوائد والأرباح التي قد تستحق أثناء مدة الرهن. زما يقبضه المرتهن من ثمار وفوائد وأرباح يخصمه من الفوائد والنفقات المترتبة له ثم من رأس مال ما لم يتفق على غير ذلك. د - حق تملك المرهون بإذن من القضاء.

ليس في التشريع المغربي نص يسمح للدائن المرتهن أن يطلب من المحكمة إصدار أمر باستيفاء المرهون لنفسية على غرار ما هو مقرر في التشريع السوري. وعليه لا يكون للدائن المرتهن، عند عدم دفع المدين الدين بالاستحقاق الخيار بين طلب الترخيص ببيع المرهون وطلب الترخيص ببيع المرهون يستوفي الدين من ثمنه. الفقرة الثانية: التزامات الدائن للمرتهن.

أ - المحافظة على المرهون وصيانته: يجب على الدائن المرتهن أن يحافظ على المرهون ويعني بصيانته عناية المالك بملكه وألا فهو مسؤول عما يصيبه من هلاك أو تعيب بسبب إهماله أو بفعل أو خطأ.

ب - عدم استعمال المرهون أو التصرف فيه لمصلحة المرتهن.

إن يد الدائن المرتهن على المرهون يد ودیعة. فلا يجوز له إذن أن يستعمل المرهون وأن يتصرف فيه بأية طريقة أخرى لمصلحة نفسه إلا إذا أجاز له الراهن ذلك صراحة فلو أن الرهن مان واقعا على سيارة مثلا، فليس للدائن أن يستعملها إلا بإذن من الراهن.

والالتزام المضمون برهن يكتسب إذن مناعة من حيث عدم قابليته للانقضاء بالتقادم، ولا يتصور إذن في التشريع المغربي انقضاء الرهن تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم لأن الالتزام الأصلي المضمون برهن لا يتقادم. الفقرة الثانية: انقضاء الرهن بصيرة أصلية.

هذا يعني انقضاء استقلالاً عن الالتزام الأصلي المضمون بالرهن.

وأسباب انقضاء الرهن بصورة أصلية منها.

أ - انقضاء الرهن بتنازل المرتهن عنه.

يسوغ للمرتهن أن يتنازل عن الرهن إذا كان متمتعا بأهلية التصرف. ولا يشترط في التنازل أن يكون صريحا بل يصح أن يقع بصورة ضمنية وهو يستنتج من كل فعل يتخلى به الدائن باختياره عن حيازة المرهون للمدين أو للغير مقدم الرهن أو إلى شخص من الغير يعينه المدين.

ب - إذا فقد الشيء أو هلك هلاكاً كلياً انقضى الرهن دون إخلال بحقوق الدائن على ما تبقى من الشيء المرهون أو من توابعه وعلى التعويضات التي تستحق على الغير بسبب هذا الفقد أو الهلاك.

ج - انقضاء الرهن باتحاد الذمة: ينقضي الرهن إذا اجتمع حق الرهن وحق الملكية بشخص واحد كان يتوفى الراهن ولا وارث له سوى المرتهن. ومع ذلك لا يزيل اتحاد الذمة الرهن ويحتفظ المرتهن الذي أصبح مالكا للمرهون بامتيازته عليه، إذا تزامن معه دائنون آخرون للمالك السابق وعمد هؤلاء إلى استيفاء ديونهم من الشيء الذي في يده. فلو أن المرتهن أضحى مالكا للمرهون عن طريق اتحاد الذمة، وطالب دائن الراهن العاديون باستيفاء ديونهم من ثمن المرهون، جاز للمرتهن، رغم اتحاد الذمة الاحتفاظ بحق أفضليته عليه، لاستيفاء دينه المضمون بالرهن.

وإذا لم يكتسب الدائن إلا ملكية جزء من المرهون، امتد الرهن على الجزء الباقي، ضماناً لكل الدين.

د - انقضاء الرهن بفسخ حقوق الراهن على المرهون:

الرهن المعقود ممن لا يملك على الشيء المرهون ألا حقاً قابلاً للفسخ، كمن له على شيء حق معلق على شرط فاسخ، ينقضي بفسخ حق الراهن.

غير أن تخلي الراهن باختياره عن الحق أو عن الشيء الذي كان له عليه حق قابل للفسخ، لا يضر بالمرتهنين الحيازيين.

هـ - انقضاء الرهن بانقضاء الأجل الذي عقد الرهن إلى نهايته أو بوقوع الشرط الفاسخ الذي علق الرهن عليه" يجوز أن يعقد الرهن مربوطاً بأجل فاسخ أي حتى يوم محدد أو معلقاً على شرط فاسخ أي على أن يزول بتحقق الشرط الفاسخ، فإذا حل الأجل أو تحقق الشرط انقضى الرهن عملاً بالمبادئ العامة.

و - انقضاء الرهن بحوالة الدين بدون الرهن:

إن حوالة الحق في التشريع المغربي لا تشمل الرهون الحيازية إلا بشرط صريح. وعليه إذا جرت حوالة حق مضمون برهن حيازي دون أن تكون شاملة الرهن بنص صريح، انتقلت بدون الرهن وأدى ذلك إلى انقضاء الرهن.

ي - انقضاء الرهن ببيع المرهون بيعاً صحيحاً بناء على طلب دائن مرتين سابق في التاريخ:

إذا بيع المرهون على وجه قانوني سليم من الدائن للمرتهن السابق في التاريخ انتهت حقوق الرهن المنشئة عليه لصالح الدائنين الآخرين، مع عدم الإخلال بحقوق هؤلاء على المتحصل من البيع، إذا بقي منه فائض.

ففي حالة تكليف منقول برهنيين متلاحقين مثلاً، إذا ما بيع المرهون يطلب من المرتهن الأول، انقضى الرهن الثاني انقضاء كلياً وإذا كان المتحصل من البيع استنفذه استيفاء دين المرتهن الأول.

أما إذا بقي فائض بعد وفاء الدين المذكور فللمرتهن الثاني حق أفضلية على هذا الفائض.

معوقات التعامل بسائر الصيغ التمويلية التشاركية-دراسة إحصائية-

حسن السوسي

باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-الدار البيضاء.

مقدمة:

البنوك التشاركية، بنوك بديلة. تقوم على أسس متينة، و تنتهج آليات عمل تتوافق مع تعاليم الشريعة الإسلامية، بدلا من التعامل بآلية سعر الفائدة، التي تمثل الأساس الذي تقوم عليه البنوك التقليدية المجحفة والقاتلة في أن⁽¹⁾. الأمر الذي دفع بالعديد من الدول بما فيها المغرب الاستغناء عن ظاهرة النوافذ الإسلامية بالبنوك التقليدية التي عمرت لحق من الزمن و ذلك بالترخيص للبنوك التشاركية مستقلة بذاتها و غير تابعة لغيرها.

و لا يخفى على المتتبع لواقع حركة البنوك التشاركية بالمغرب منذ نشأتها و شروعا في ممارسة نشاطها اقتصاديا على عقد المرابحة دون باقي العقود الأخرى التي نص عليها المشرع المغربي بمقتضى المادة 58 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها⁽²⁾، وهو ما جعلها قاصرة و إن شئت فقل عاجزة عن تحقيق الغايات المنشودة من إنشائها و المتمثلة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية و ذلك بتمويل المشاريع الصغرى و المتوسطة عن طريق المشاركة أو المضاربة.

وقد شكلت المرابحة حجر الأساس في التمويل البنكي التشاركي و ذلك قصد تمويل شراء العقارات⁽³⁾، الأمر الذي يثير أكثر من علامة استفهام حول عدم اعتماد باقي الأنواع العقود غير المرابحة كالسلم و الاستصناع و المشاركة و المضاربة، علما أن الواقع الاقتصادي والاجتماعي يبين أن هناك فئات عديدة تحتاج إلى تمويلات بديلة لتلك التقليدية و لم تجد ما يسد رمقها كالفلاحين الذين يرغبون إبرام عقد السلم لتلبية حاجتهم الفلاحية. كما أن المقاولات الصغرى و المتوسطة محتاجة إلى التمويلات المطابقة لقواعد الشريعة الإسلامية باعتماد عقد المشاركة

¹ - للمزيد من التفصيل، راجع :

*نوري عبد الرسول الخاقاني، المصرفية الإسلامية، الأسس النظرية و إشكاليات التطبيق، اليازوري، 2011، ص 9
*وائل محمد عريبات، المصارف الإسلامية و المؤسسات الاقتصادية، أساليب الاستثمار - الاستصناع - المشاركة المتناقصة (النظرية و التطبيق) دار الثقافة 2009، ص 17

*علاء مصطفى عبد المقصود أبو عجيبة، التمويل الإسلامي و دوره في تمويل المنشآت الصغيرة، دار الفكر الجامعي، 2016، ص 2
-ظهير شريف رقم 11.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 الموافق ل 24 دجنبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، ج ر عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 الموافق ل 22 يناير 2015

³ - للمزيد من التفصيل، راجع :

*جواد مرید، البنوك الإسلامية في ضوء المستجدات التنظيمية للمنتجات التمويلية بالمغرب، تقریظ محمد فتح الله أسطيري، الطبعة الأولى، الملتقى برنز، 2012، ص 246

*Thibaud Boucharlat, le cadre fiscal de la finance islamique en France et en grande Bretagne, les apports de l'instruction 4 FE/09 25 février 2009 sur le régime fiscal des opérations de Murabaha et d'émission de Sukuk, Edition universitaire européennes, 2010, p 16 et suiv

أو المضاربة وذلك قصد توسيع نشاطها أو الشروع في نشاط جديد وهو ما من شأنه أن إتاحة فرص الشغل و بالتالي تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية المنشودة.

ويعزى عدم التعامل البنوك التشاركية بسائر الصيغ غير عقد المراجعة للعديد من الأسباب منها ما هو داخلي و ما هو خارجي. فأما الأسباب الداخلية فتتمثل في صعوبة التعامل ببعض الصيغ التمويلية كعقد المضاربة الذي يخصص أحد أطرافه المال و يتولى الآخر العمل به على أن يتم اقتسام الربح بحسب الاتفاق بينهما. بالإضافة إلى عدم تمرس البنوك التشاركية في الصيغ التمويلية غير المراجعة. و أما الأسباب الخارجية فتتمثل في هيمنة المنتوجات التقليدية على القطاع البنكي.

لذا، نطرح بناء على مسبق الإشكال التالي:

ما هي الأسباب الكامنة وراء عدم تبني البنوك التشاركية المغربية كل صيغ التمويل التشاركية خلافا للعديد من التجارب المقارنة كالتجربتين الماليزية و البريطانية اللتين اعتمدتا على جميع أنواع المنتوجات المالية التشاركية.

و على هامش هذا الإشكال تطرح الأسئلة التالية:

لماذا البنوك التقليدية تهيمن على القطاع البنكي؟

ما الذي تتوفر عليه البنوك التقليدية و لا تتوفر عليه البنوك التشاركية؟

لمعالجة هذه الإشكالات، ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين :

المبحث الأول: مبادئ عمل البنوك التشاركية

المبحث الثاني : مظاهر هيمنة المنتوجات التقليدية على الصيغ التشاركية

المبحث الأول: مبادئ عمل البنوك التشاركية

تقوم البنوك التشاركية -الإسلامية- على عدة مبادئ أساسية مستمدة من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة وذلك من خلال اجتناب المعاملات الربوية المحرمة قطعاً و اعتماد على أدوات تم سبر أغوارها من قبل الفقهاء المسلمين كعقد المرابحة و المشاركة و المساقاة و غيرها. لذا، فالبنك التشاركي ملزم باحترام المبادئ الشرعية، و طرح منتجات تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية المنشودة .

المطلب الأول: مبادئ البنوك التشاركية

تستمد البنوك التشاركية مبادئ عملها من الشريعة الغراء تنفرد بها عن غيرها من البنوك التقليدية التي تقوم على الفائدة المحرمة شرعاً، لذلك فهي ملزمة على احترام مبدأ الاستخلاف و مبدأ السعي و الكسب و مبدأ التداول العادل للثروة.

الفقرة الأولى: مبدأ الاستخلاف في المال

إن أهم المبادئ التي تقوم عليها المعاملات الإسلامية عموماً و البنوك التشاركية على وجه الخصوص تتمثل في مبدأ الاستخلاف الذي يعني أن المال مال الله و أن البشر لا يملكون إلا حق الانتفاع به، و بعبارة أخرى يعني أن الموارد الطبيعية و البشرية هي ملك للواجد الأحد، و أن الإنسان مستخلف من الله تعالى بالقدر الممكن من تحقيق عمارة الأرض التي استخلفهم فيها⁽¹⁾.

وانطلاقاً من هذا المبدأ، يجب على الإنسان و هو يمارس عملية الاستخلاف في الأرض أن يراعي و يلتزم بالتعاليم الصادرة ممن استخلفه. و الاستثمار بشكل معروف يتعين أن يأتي في مقدمة العملية الاستخلافية، وهذا يعني أنه يجب أن تكون له أسس و مقومات يعتمد عليها، حتى لا يخرج الإنسان في ممارسته الاستخلافية عن نهج الله عز وجل⁽²⁾.

وهكذا، فإن مبدأ الاستخلاف يتميز بشموليته و ليس يتعلق فقط بجوانب دوت أخرى و إنما يتعلق بكافة المعاملات، الأمر الذي يجعل أن كافة الأموال و الثروة تعود ملكيتها لله عز و جل استناداً لقوله: "ألم تعلم أن لله ملك السموات و الأرض"⁽³⁾، و يستفاد من هذه الآية الكريمة أن ملكية الأموال بمختلف مشارها تعود لله عز وجل و ليس الإنسان سوى ذلك الحريص الرقيب عليها و يصرفها فيما حدد الله عز و جل وذلك عن طريق الابتعاد عن المحرمات عموماً.

بالإضافة إلى ذلك، أن نسبة ملكية الإنسان في أكثر من موضع في القرآن الكريم فهي نسبة توكيل و اعتماد ظاهرها التمليك و حقيقتها التفويض الذي يستتبع المحاسبة و المالك الحقيقي حري بأن لا يحاسب. فالإنسان مستخلف فيما ملكه الله من أموال و خيرات و نعم، و المالك الحقيقي هو الله سبحانه و تعالى⁽⁴⁾.

الفقرة الثانية: مبدأ السعي و الكسب

¹-أدهم إبراهيم جلال الدين، علم الاستثمار الإسلامي، مركز الكتاب للنشر، الطبعة الأولى، 2018، القاهرة، ص 40

²- للمزيد من التفصيل، راجع:

*جواد مريد، البنوك الإسلامية في ضوء المستجدات التنظيمية للمنشآت التمويلية بالمغرب، الطبعة الأولى، 2012، ص 28

³-سورة البقرة، الآية 107

⁴-محمد نجيب حمادي الجوعاني، ضوابط التجارة في الاقتصاد الإسلامي، دار الكتب العلمية، 2005، ص 23

يعتبر هذا المبدأ امتداداً للمبدأ السابق، و أساسه يتجسد في أن المال نعمة من نعم الحق سبحانه و جعله وسيلة الإنسان في الاستمرار الحياة فيما يحقق رضا الله العلي القدير و بذلك يحقق الإنسان الفوز بالجنة. لذلك، فهو مكلف السعي و العمل و الكسب وفق ما حددته الشريعة، شريطة ألا يكون سعيه مضراً بجماعة المسلمين⁽¹⁾. فالشريعة جاءت بأسس حمائية تجعل الإنسان يتعد عما قد يجلب له المساوئ، كالطمع و الاستغلال و الاحتكار، ليحض الناس على كل ما فيه خير لهم، و بالأساس التعاون في إطار مكارم الأخلاق، وذلك من خلال تحريم التعامل بالربا و الاكتناز و الإسراف و كل تصرف ينطوي على الغرر و الجهالة المؤدية للنزاع.

و الواضح من هذا، أن المالية التشاركية عوضت الربا بالربح الناتج عن المشاركة في اقتسام الأرباح و الخسائر، و بذلك فإن مكافأة رأس المال فيه، لا تتحدد بقوة المستفيد على رد رأس المال وفوائده، بل تتحد المردودية من المشروع الممول وكفاءة صاحبه الذي يعد شريكاً فيه⁽²⁾.

المطلب الثاني: أبرز المنتجات المالية التشاركية

يمكن للبنك التشاركية أن تطرح بعض المعاملات التي كانت حتى عهد قريب حكراً على البنوك التقليدية منها مسك الحسابات و عقود القرض و الودائع، غير أن البنوك التشاركية لا تطرح أي منتج إلا بعد الحصول على قرار بمطابقتها لقواعد الشريعة الإسلامية.

الفقرة الأولى: المنتجات القائمة على مبدأ المشاركة في الربح و الخسارة

توجد العديد من العقود الموافقة للشريعة الغراء و التي سبر أغوارها الفقهاء تنبني على فلسفة اقتسام الأرباح و الخسائر الناجمة، و لا يتحملها أحد طرفين دون الآخر. و أبرز هذه العقود هما عقدا المشاركة و المضاربة.

أولاً: عقد المضاربة

يقصد بالمضاربة لغة الضرب، و الضرب مصدره ضربته و ضربه ضرباً و ضربه، و رجل ضارب و ضروب و ضرب و مضرب، بكسر الميم، شديد الضرب⁽³⁾. و يقصد بها من الناحية الاصطلاحية عقد على الاشتراك على أن يكون رأس المال من طرف و العمل من طرف آخر بصيغة وهي من العقود المالية الدائرة بين النفع و الضرر و المراد بالصيغة كل ما يدل على المضاربة⁽⁴⁾. و عرف المالكية المضاربة أو القراض بأنه من القرض و هو القطع و سعي بذلك لأن المالك قطع قطعة من ماله لمن يعمل فيه بجزء من الربح⁽⁵⁾. و عرفها الحنفية بأنها عقد على الشركة من أحد الجانبين و العمل من الجانب الآخر و لا مضاربة بدونهما.

¹ - جواد مريد، م س، ص 29

² - عائشة الشرفاوي المالقي، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه و القانون و التطبيق، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى 2000،

ص 15-16

³ - الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر

بيروت، ص ن غ م، ص 543

⁴ - عبد السلام أحمد فيغو، العقود التشاركية، المراجعة، المشاركة، الإيجار، القراض، السلم، الاستصناع، عقود المشتقات، منشورات

مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، 2016، ص 60

⁵ - العالم العلامة الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، طبع دار إحياء الكتب،

ص ن غ م، ص 517

وقد عرفها أحد الباحثين الأنكلوسكسونيين بأنها عقد يتميز بدرجة مرتفعة من المخاطر المرتبطة بتمويل الأنشطة الاقتصادية، و تقوم البنوك من خلال هذا العقد على تمويل الأشخاص القادرين على العمل⁽¹⁾. و ذهب الباحثة Matri Dorsaf في نفس المنوال بقولها أن عقد المضاربة صنف من أصناف الشركات، حيث يمنح أحد الأطراف أموالا و يخصص الطرف الآخر عمله قصد إدارة نشاط لتحقيق الربح بينهما⁽²⁾.

وقد عرف المشرع المغربي عقد المضاربة بموجب المادة 58 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان و الهيئات المعتمدة في حكمها على أنها: كل عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية (رب المال) تقدم بموجبه رأس المال نقدا أو عينا أو هما معا و مقاول أو عدة مقاولين (مضارب) يقدمون عملهم قصد انجاز مشروع معين، و يتحمل المقاول أو المقاولون المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع. ويتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق الأطراف و يتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالة الإهمال و سوء التسيير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب.

و الواضح مما سبق، أن التمويل عن طريق المضاربة يؤدي إلى التأليف بين عنصرَي المال و العمل، الأمر الذي من شأن أن يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية عن طريق خلق مناصب الشغل.

ثانيا : عقد المشاركة

المشاركة لغة تعني الاختلاط و الامتزاج. وتفيد اصطلاحا اشتراك بين شخصين أو أكثر في المال أو في العمل بهدف انجاز عملية معينة. على أساس اقتسام الأرباح و الخسائر الناتجة عنها حسب حصة كل واحد سواء في المال أو في العمل³. وعرفها المالكية بأنها "أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف للأذان و لنفسه في المال لا أنه يتصرف في الأذان وحده و إلا كان وكالة و المراد إذن كل منهما للأخر في التصرف ولو في ثاني حال أي بعد العقد و حينئذ يشمل التعريف شركة المفاوضة و شركة الذمم"⁽⁴⁾. و جاء في البحر الرائق عن الحنفية مايلي : " إن الشركة اسم مصدر و المصدر شرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الإنسان و فعله الخلط. و أما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس لها اسم من المادة و لا يظن أنها اسم الاشتراك لأن الاشتراك فعلهما

¹ - « Mudarabah is considered to be a very high-risk financing activity, mainly due to the moral hazard, adverse selection and lack of banks expertise in project evaluation and related technical matters. Islamic banks may use Mudarabah, albeit with proper care and risk management, to finance the business of those who are capable to work, whether they are professionals like physicians or engineers or traders and craftsmen. It can also be used without much risk of loss in foreign trade financing ».

*Muhammed Ayub, understanding islamic finance, John wiley&son,2007, p 344

² - « On désigne par le terme Moudaraba, un type de société ou l'une des parties apporte des fonds à une autre qui s'engage dans la gestion d'une activité pouvant engendrer un certain profit ».

*Matri Dorsaf, le capital risque islamique en droit francais, IRJS, 2016, p 107

³ - عائشة الشرقاوي المالقي، م س ، ص 348-349

⁴ -حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، م س، ص 348

للتفصيل راجع :

*المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون بن سعيد التونخي عن الإمام عبد الرحمن القاسم العتقي عن إمام دار الهجرة مالك بن أنس، المجلد الثاني عشر، من إصدارات وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، ص 40 و ما بعدها؛ القوانين الفقهية لابن جزي ص187،

أيضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة؛ و كذا في الفتح القدير⁽¹⁾. وقد عرفها أحد الباحثين الأنكلوسكسونيين بأنها تمويل الشراكة ويتم من خلالها اقتسام الأرباح والخسائر الناجمة وفق ما تم الاتفاق عليه مسبقا وتقتسم بالتناسب مع المساهمات المقدمة⁽²⁾.

وقد عرفها المشرع المغربي بمقتضى المادة 58 من القانون 103.12 بأنها كل عقد يكون الغرض منه مشاركة بنك تشاركي في مشروع قصد تحقيق الربح.

يشارك الأطراف في تحمل الخسائر في حدود مساهمتهم في الأرباح حسب نسب محددة مسبقا.

تكتسي المشاركة أحد الشكلين التاليين:

-المشاركة الثابتة: يبقى الأطراف شركاء إلى حين انقضاء العقد الرابط بينهم؛

-المشاركة المتناقصة: ينسحب البنك تدريجيا من المشروع وفق بنود العقد.

و الواضح من هذا، أن المشاركة على ضربين، إما أن تكون ثابتة أو أن تكون متناقصة. وبالنسبة للأولى يشارك البنك أحد في رأس المال، بحيث يصبح الطرفان شريكين في ملكيتها وتسييرها والرقابة عليه، ويتحملان الالتزامات المتولدة عنها وخسائرها واقتسام الأرباح الناجمة عنها⁽³⁾. وبالنسبة للثانية، فهي شركة يخول من خلالها البنك للشريك أن يحل محله دفعة واحدة أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها. و بمعنى أخرى، يقدم البنك التشاركي جزءا من رأس المال المطلوب للمشروع بصفته شريكا للزبون، الذي يقدم الجزء الباقي من رأس مال المشروع، و يتفق البنك و زبونه على شراء حصته تدريجيا⁽⁴⁾.

الفقرة الثانية: المنتجات القائمة على هامش ربحي

تتميز الشريعة الغراء بشموليتها لكافة أنواع العقود القائمة على منطق الربح، حيث يوجد إلى جانب العقود المنبئية على مبدأ اقتسام الأرباح والخسائر، عقودا أخرى تنبني على فكرة زيادة هامش ربحي للبنك التشاركي وتمثل هذه العقود في عقد المرابحة، و الإجارة و السلم.

أولا: عقد المرابحة

بيع المرابحة من البيوع الجائزة شرعا و المباحة، تقوم أساسا على كشف البائع الثمن الذي قامت علي السلعة مع زيادة ربح على رأس المال، و هذا البيع لا خلاف فيه بين الفقهاء المسلمين سواء كانوا كم المعاصرين أو المخضرمين، و تستفيد البنوك التشاركية من التعامل بهذا النوع من المنتجات المتوافق مع تعاليم الشريعة كبديل لعقد القرض

¹ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية للشيخ الإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، ضبطه و خرج آياته و أحاديثه الشيخ زكريا عميرات، ج 5، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1997، لبنان، ص 279

² - «Musharaka (again, stress on the second syllable) is partnership financing. It can be seen as a kind of equity participation contract. Both profits and losses are shared according to a predetermined formula, usually in the same proportion as the partners' shares in the firm's equity capital, though profits can be shared in any equitable proportion. Losses must be shared in proportion to capital contributions.

Partners may decide to share profits not only taking account of capital contributions, but also of the amounts of labour supplied».

*Hans Visser, Islamic Finance, principles and practice, Edward Elgar, USA, 2009, p 55

³ - عائشة الشرقاوي المالقي، م س، ص 371-372

⁴ - حسن السوسي، م س، ص 57

الربوي⁽¹⁾. وقد عرف المالكية عقد المرابحة بأنه يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة، ويشترط عليه ربحا ما للدينار أو الدرهم⁽²⁾. وعرفه الحنفية بقولهم بيع بمثل الثمن الأول مع الزيادة في الربح. وعرفه الشافعية بأنه أن يقول أحدهم: أبيعك هذا الثوب مرابحة على الشراء مائة درهم وأربح في كل عشرة واحدة، فهذا بيع جائز لا يكره⁽³⁾.

و عرف أحد الباحثين الأنكلوسكسونيين المرابحة بأنها أداة مالية إسلامية هامة، تقوم على أساس فكرة البيع بإضافة أو زيادة معلومة. وبعبارة أخرى، فالمرابحة هي عقد بيع يشترط أحد طرفي العقد مقتني أو مالك الأصول المشتراة على زيادة مبلغ معين على المبلغ الأصلي لهذه الأخيرة⁽⁴⁾. وقد عرف أحد الباحثين الفرنسيين عقد المرابحة بأنه ربح قائم على بيع بثمن زائد⁽⁵⁾.

وقد عرف المشرع المغربي هذا العقد بمقتضى المادة 58 من القانون 103.12 بأنه كل عقد يبيع بموجبه بنك تشاركي، منقولاً أو عقاراً محدداً و في ملكيته، لعميله بتكلفة اقتنائه مضاف إليها هامش ربح متفق عليهما مسبقاً. تجدر الإشارة إلى أنه تمت صياغة وجه جديد لعقد المرابحة يتلاءم مع مستجدات الحياة المعاصرة و يصطلح عليه بالمرابحة للأمر بالشراء، و تتلخص فكرة هذا النوع من البيوع في أن يتقدم شخص ما إلى بنك تشاركي طالبا منه شراء سلعة معينة بمواصفات محددة على أن يتعهد و يلتزم هذا العميل بشرائها من البنك على أساس ربح يستفيد منه المصرف سواء كان معجلاً أو مؤجلاً.

ثانياً: عقد الإجارة

الإجارة لغة مشتقة من الأجر و الثواب⁽⁶⁾. و يقصد بها اصطلاحاً: عقد بيع لمنافع الأعيان و الخدمات كاستئجار الأرض للزراعة أو الدواب للنقل، كما ترد على منافع الإنسان سواء كان هذا العمل في صورة فنية أو عضلية و

¹- أسامة محمد الصلابي، اختيارات الحافظ ابن عبد البر القرطبي في فقه المعاملات من كتابيه التمهيد و الاستذكار و تطبيقات معاصرة، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2011، ص 469

²- الشيخ الإمام أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسين حلاق، مكتبة ابن تيمية، الطبعة الأولى، 1415 هـ، ص 307

³- أسامة الصلابي، م س، ص 474

⁴- «The most popular Islamic financial instrument is Murabaha, that is, a cost-plus or mark-up contract (once again, stress is on the second syllable). The word Murabaha derives from the Arabic word Ribh, meaning profit. A Murabaha contract is a trade contract, stipulating that one party buys a good for its own account and sells it to the other party at the original price plus a mark-up. The mark-up can be seen as a payment for the services provided by the intermediary, but also as a guaranteed profit margin.»

*Hans Visser, op cit, p 57

⁵- « Le mot Mourabaha est dérivé du mot ribh qui, selon la fiqh islamique, signifie bénéfice renvoie à une vente avec un prix majoré»

*Mballo Thiam, De la religion à la banque, thèse pour l'obtention de doctorat en droit, université de Toulon, 2013, p 389

⁶- أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتنى به قاسم محمد النوري، المجلد السابع، دار المناهج، ص 285

بعبارة أخرى، تعرف الإجارة بأنها بيع نفع معلوم بعوض معلوم⁽¹⁾. وقد عرفت الباحثة دينة عبد المنعم الإجارة بأنها عبارة عن تقنية لتمويل الأصول لمدة متوسطة، و أضافت بأنها عبارة عن إيجار عادي للأموال لأحد المستأجرين حتى يستعملها لمدة محددة ولقاء أجره محددة⁽²⁾.

وقد عرف المشرع بموجب المادة 58 من القانون رقم 103.12 عقد الإجارة بأنه كل عقد يضع بموجبه بنك تشاركي، عن طريق الإيجار، منقولاً أو عقاراً محددًا و في ملكية هذا البنك تحت تصرف عميل قصد استعمال مسموح به قانوناً.

و تكتسي الإجارة أحد الشكلين التاليين :

-إجارة تشغيلية عندما يتعلق الأمر بإيجار بسيط،

-إجارة منتهية بالتمليك عندما تنتهي الإجارة بتحويل ملكية المنقول أو العقار المستأجر للعميل تبعاً للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين.

و الواضح مما سبق، أن عقد الإجارة على صورتين، فأما الصورة الأولى وهي الإجارة التشغيلية ذلك العقد الذي يستوفي منه المنفعة خلال مدة معينة متفق عليها، و تظل العين المؤجرة ملكاً للمؤجر، فكلما انتهت مدة الإيجار أمكنه أن يؤجر الشيء إلى مستأجر آخر وذلك لمدة يتفق عليها. و أما الصورة الثانية فهي الإجارة المنتهية بالتمليك التي تقوم على أساس تحويل ملكية الشيء موضوع الإجارة إلى المستأجر طبقاً للكيفية المتفق عليها في العقد.

ثالثاً: عقد السلم

السلم لغة السلف، و أسلم في الشيء و أسلف بمعنى واحد، و الاسم السلم... و أسلم و سلم إذا أسلف، وهو أن تعطي ذهباً في سلعة معلومة إلى أمد معلوم، فكأنك قد أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة و سلمت إليه، و أسلم الرجل في الطعام إذا أسلف فيه⁽³⁾. و عرفه المالكية بأنه بيع يتقدم فيه رأس المال و يتأخر فيه الثمن لأجل⁽⁴⁾. و عرفه الشافعية بقولهم أن السلم و السف فهما عبارتان عن معنى واحد فالسلف لغة عراقية و السلم لغة حجازية، وهو كمن ابتاع ناقة بثمن موصوف في الذمة⁽⁵⁾. و جاء عن الحنفية أن السلم في البيع مثل السلف وزنا و معنى، و أسلمت إليه بمعنى أسلفت⁽⁶⁾.

¹ - عائشة الشرقاوي المالقي، م س، ص 506؛ عبد السلام أحمد فيغو، م س، ص 31 و ما بعدها

² -«Le contrat d' ijarah est une technique de financement d' actifs souvent pratique a moyen terme, et utilise pour le financement de projets d'investissement »

*Dina Abdel Moneim, le contrat de financement islamique à la lumière du droit français, thèse pour l'obtention du doctorat en droit, université de Montpellier, 2013, p 79

³ - أسامة الصلابي، م س، ص 280

⁴ - حاشية الدسوقي، م س، ج 3، ص 195

⁵ - أبي الحسن علي بن حبيب المارودي، الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه و هو شرح المختصر المزني، تحقيق محمد بكر إسماعيل و محمد أبو سنة، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1994، ص 388-389

⁶ -الإمام أبي بكرات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، تحقيق الشيخ زكريا عميرات، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1997، ص 258

وقد عرف الباحث الانكلوسكسوني Hans Visser عقد السلم بأنه عقد بيع يتم من خلاله المشتري Buyers دفع الثمن مسبقا مقابل أحد الأصول المتفق عليها⁽¹⁾. وذهب الباحث محمود الجمال في نفس الاتجاه بقوله بأن سلم ليس إلا بيعا مسبق الأداء⁽²⁾. ولم يغيب عقد السلم عن الباحثين الفرنسيين حيث عرفه أحدهم بأنه بيع لأجل يتم من خلاله بيع مال غير موجود في مجلس العقد و يلتزم المشتري بأداء الثمن⁽³⁾. ويسمى المشتري في عقد السلم برب السلم أو المسلم، و البائع المسلم إليه، و المبيع المسلم فيه و الثمن رأس المال⁽⁴⁾.

وقد عرف المشرع المغربي عقد السلم بموجب المادة 58 من القانون رقم 103.12 بأنه كل عقد بمقتضاه يجعل أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل مبلغا محددًا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من بضاعة مضبوطة بصفات محددة في اجل.

و الواضح مما سلف، أن عقد السلم صورة من صور بيع المعدوم، لكن ليس مطلق بيع معدوم، و إنما هو بيع معدوم في صورة خاصة. ويقوم بيع المعدوم أصلا على فكرة الغرر و انعدام الشيء في ذاته هو سبب البطلان، ولو لم يكن هناك غرر أو كان هناك غرر يسير. لكن، كانت الضروورات أقوى من هذا المنطق الجامد، و من ثمة أجتز الفقهاء استثناء بيع السلم و الاستصناع لحاجة الناس التعامل بهما. فهذه صور من التعامل يقع فيها العقد على شيء معدوم حالا و لكنه محقق الوجود مالا⁽⁵⁾.

و خلاصة القول، إن المنتجات المالية الإسلامية البديلة لتلك التقليدية متعددة و متنوعة تختلف باختلاف حاجات الناس و غاياتهم، و توجد ضمنها ما يسد رمقهم. و بعبارة أخرى، إن المنتجات المالية الشرعية عديدة و متنوعة و شاملة لمختلف ضروب و نواميس حياة الإنسان فمنها ما يخصص للقطاعات الفلاحية كالسلم و تمويل اقتناء العقارات أو المنقولات أو تأجيرها كالمرابحة و الإجارة، إلا أن هذه المنتجات التي انتشرت انتشار النار في الهشيم في مختلف بقاع العالم لم تف بالمقصود و لم تحقق الغاية المرجوة منها وذلك بمنافستها للمنتجات التقليدية التي لا زالت تحتل مركز الريادة سواء في التجربة المغربية التي لا زالت في المهد أو حتى في بعض التجارب المقارنة كالتجربة الماليزية.

¹-Hans Visser, op cit, p 60

²-«... he found its inhabitants engaging in one-to-three-year forward sales of fruits, with prices being prepaid at contract inception (which gives salam = prepayment sale its name)».

*Mahmoud A. El Gamal, Islamic Finance, Law, Economics and practice, Cambridge University press, 2006, P 81

³- « la vente salam est une vente à terme de type particulier qui consiste à vendre un bien non disponible au moment de la conclusion du contrat, mais uniquement en contrepartie du paiement comptant de prix de la vente».

*Ibrahim Zeyyad Cekici, le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, thèse pour l'obtention du doctorat en droit, université de Strasbourg, 2012, p 431

⁴- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 3 منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص 34

⁵- عبد الرزاق أحمد السنهوري، م س، ص 31 و ما بعدها

المبحث الثاني: مظاهر هيمنة المنتوجات التقليدية على الصيغ التشاركية

إن المعاملات المالية التشاركية انتشرت في كافة بقاع العالم وهو ما أدى إلى القول بأنها ستؤثر لا محالة على المنتجات الكلاسيكية و تدفع بالطائفة الراغبة والتي تحمل توقفا كبيرا تجاه هذه المعاملات التشاركية المتوافقة مع تعاليم الشريعة، وذلك قصد سد رمقهم بطرح المنتجات متوافقة مع تعاليم الشريعة. لكن، أثبتت التجارب المقارنة سيما التجربة الماليزية أن المعاملات الربوية تحتل مركز الصدارة بالمقارنة مع المعاملات التشاركية المطابقة للشريعة.

لذا، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول وجود المنتجات التقليدية كثيرة (المطلب الأول)، ثم نعالج في الثاني جاذبية المنتجات التقليدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعدد المنتوجات التقليدية

توجد العديد من المنتجات الشرعية المتوافقة مع تعاليم الشريعة إلى جانب تلك التقليدية المبنية على أسس ربوية، فهي تقوم على الربا المحرمة شرعا.

الفقرة الأولى: القرض الربوي الوجه التقليدي لعقد المرابحة والسلم والاستصناع

القرض لغة هو القطع، واصطلاحا هو تملك شيء للغير على أن يرد بدله من غير زيادة، وهو مشروع⁽¹⁾، وجاء في القرآن الحكيم (من ذا الذي يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له أضعافا كثيرة والله يقبض ويبسط وإليه ترجعون)⁽²⁾. وعرف بعض الفقه عقد القرض هو بأن تدفع لغيرك عينا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها، ويتم القرض بالقبض⁽³⁾.

والجدير بالتلميح إلى أن المشرع المغربي نظم عقد القرض في قانون الالتزامات والعقود بموجب الفصول من 856 إلى 869، حيث عرفه على أنه: عقد يسلم أحد الأطراف للأخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى، لاستعمالها، بشرط أن يرد للمستعير، عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة⁽⁴⁾.

يمكن القول بأن لعقد القرض أهمية بالغة، لحاجة الناس التعامل به، وقد تنامت وتطورت هذه الحاجة، و تعدى أثرها النطاق الضيق الذي كان يقتصر على تلبية احتياجات الأفراد المتعلقة بالحياة اليومية لهم. غير أنه اليوم غدت للقروض أهمية بالغة خاصة أن الدول بنفسها تلجأ للقروض من أجل تمويل المشروعات الضخمة ولولا القروض لما استطاعت الدول المقترضة القيام بها، بالإضافة إلى الدول أصبحت المقاولات الصغرى والمتوسطة والضيخمة تلجأ إلى الاقتراض من أجل سد حاجاتها⁽⁵⁾.

¹ - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 2006، ص 79، أحمد أبو الفتح، كتاب المعاملات في

الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة اليوسفور، 1914، ص 503

² - سورة البقرة، آية 245.

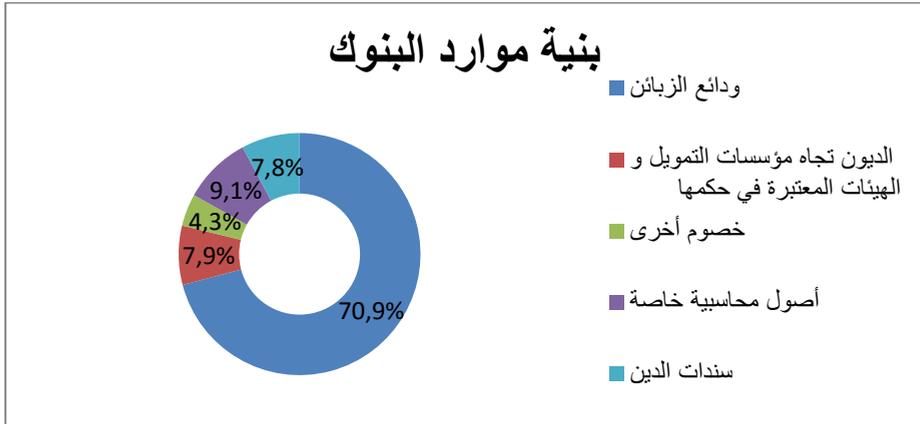
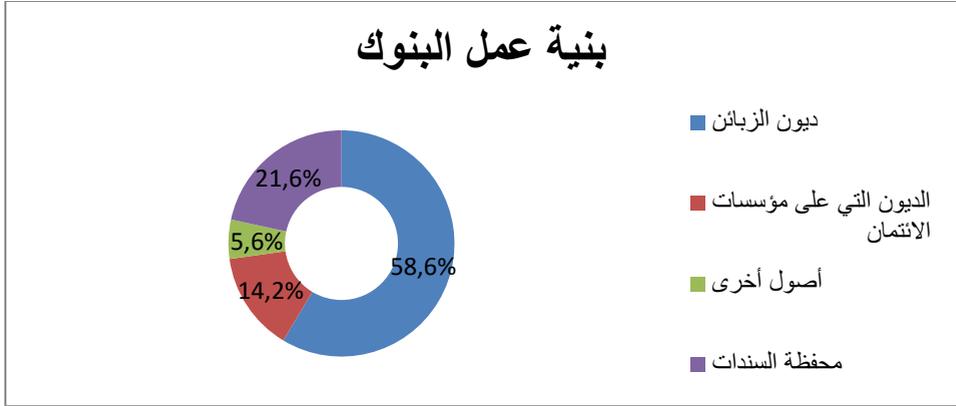
³ - أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار، 1936، ص 235

⁴ - الفصل 856 من ق ل ع .

⁵ - للمزيد من التفصيل، راجع :

* محمد الشحات الجندي، القرض كأداة للتمويل في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1996، ص 18 و ما بعدها.

وهكذا، فإن الوظيفة الحديثة للقرض اقتضتها اعتبارات الحياة المعاصرة، و غذا القرض يلعب دورا بارزا في الحياة الاقتصادية، بما يقوم به من نقل الموارد ممن يملك إلى من لا يملك، أو من يملك لكن يطمح إلى زيادة ثروته، و ازدهار معيشته، و ذلك عن طريق تمويل مشروعات اقتصادية و اجتماعية بطريق القرض .



Source : rapport annuel BAM de l'exercice 2017, P 8

و الواضح من هذا، أن البنوك التقليدية تركز على عقد القرض باعتباره المصدر الأساسي و الرئيسي لجذب العملاء و يعتبر هذا الأخير المنافس الشرس لعقد المرابحة سيما أنه يوجه لاقتناء العقارات و المنقولات لفائدة العملاء، فقيمتها لدى البنوك التقليدية بلغت نسبة 58.6% من نشاطها. و تشمل هذه النسبة الموماً إليها أعلاه القروض الموجهة للقطاع الفلاحي، بالإضافة إلى تمويل المقاولات الصغرى و المتوسطة PME و المقاولات الجد صغرى و متوسطة TPME ذات النشاط تجاري و صناعي. وهكذا، إن عقد القرض الموجه إلى هذه المجالات -المجال الفلاحي و الصناعي- يقوم بدور عقد السلم و الاستصناع.

الفقرة الثانية: الائتمان الإيجاري الوجه التقليدي لعقد الإجارة

*Garance Cattalano-Cloarec, Le contrat de prêt, Préf. Grégoire Loiseau, LGDJ, 2015, p 3 et 4.

لقد نظم المشرع المغربي الائتمان الإيجاري بموجب مدونة التجارة، حيث خصص له المشرع اثنتا عشرة مادة من المادة 431 إلى 442 من م ت⁽¹⁾، بالإضافة إلى المادة 4 من القانون المنظم لمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها⁽²⁾.

وقد أحجم المشرع المغربي عن تعريف عقد الائتمان الإيجاري أسوة ببعض التشريعات المقارن، بينما ذهب بعض الفقه إلى تعريفه وذلك بسبر أغواره، إذ عرف بأنه تقنية تمويلية تقوم على عقد إيجار مع خيار الشراء، بحيث يلجأ أحد التجار المعينين إلى مؤسسة تمويل قصد تقديم طلب الى هذه الأخيرة من أجل شراء معدات و أجهزة لفائدتها أو عقارات مخصصة لغرض مهني أو سكني و إعادة تأجيرها للتاجر طالب الائتمان⁽³⁾.

و على نفس المنوال، يمكن القول بأن المشرع الفرنسي عمل -خلافًا لنظيره المغربي- على تعريف عقد الائتمان الإيجاري بموجب المادة 7-1313 من المدونة النقدية و المالية بأنه: عمليات كراء أجهزة و أدوات و معدات مقتناة

¹-ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر 15 من ربيع الأول من 1417 الموافق ل فاتح أغسطس 1996 بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 3 أكتوبر 1996.

²-ظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 الموافق ل 24 ديسمبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015.

³- يعتبر عقد الائتمان الإيجاري في مفهوم الفقه الأنكلوأمريكي عقدا بين طرفين و هما المؤجر و المستأجر، يتضمن إيجار أصول معينة يتم اختيارها من قبل المستأجر من المورد أو المنتج؛ ويقوم المؤجر بشرائه و تأجيره للمستأجر لقاء أجر يلتزم هذا الأخير بدفعه له حسب ما تم الاتفاق عليه. و يعطى للمستأجر بموجب العقد الحق في تملك الأصول محل عقد الائتمان الإيجاري. ذهب بعض الباحثين الأنكلوسكسونيين الى أن الائتمان الإيجاري Leasing بأنه لغز لا غبار عليه لكثير من الاقتصاديات الناشئة، فقد انتقل من الولايات المتحدة الأمريكية الى أوروبا و بعد ذلك انتقل الى مختلف أنحاء العالم. فصناعة هذا النوع من التمويل في تطور مستمر و ذلك من خلال توفير للمستأجرين عدة إمكانيات كحقوقهم في تملك الأصول.

Leasing remain an enigma to many both mature and emerging economies. Although he practice dates back over 2000 years, it is phenomenon that to all intents and purpose arrived in Europe form united states some 40 years ago. since then, the leasing industry has grown in importance around the world. on leasing, it is an industry in constant transition. whether tax or non-tax based, however leasing, retains a single guiding principale, that ownership of assets resides with lessors hire them to lessees over defined period in exchange for regular rental payment.

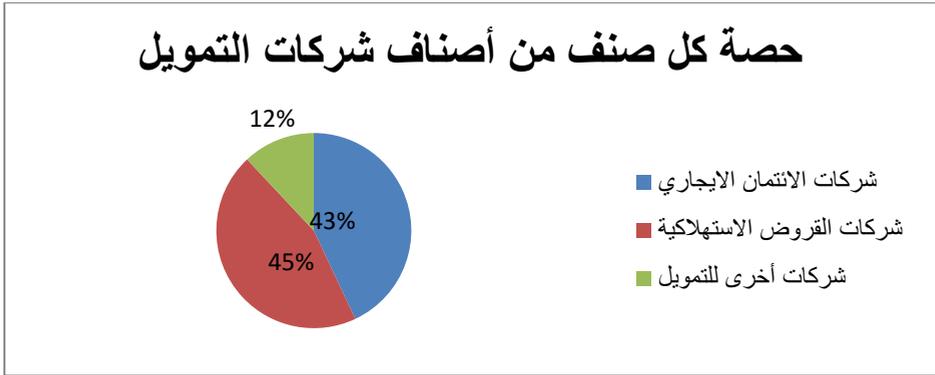
*Chris Boobyer, Leasing and asset finance, the comprehensive guide for practitioners, published by Euromoney Books, UK, 2003, p1- 2

و قد انتهج بعض الباحثين الأنكلوسكسونيين نهجا مخالفا للباحث أعلاه، إذ ركزوا على كنه الائتمان الإيجاري من خلال إبراز مجمل عناصره، حيث عرفوه بأنه عقد يستعمل من خلاله أحد الأشخاص أجهزة مملوكة من قبل شخص آخر. فالمستعمل هو المستأجر و المصطلح عليه ب the lessee الذي يلتزم بأداء مبلغ دوري متفق عليه لصالح المالك؛ أي مالك الأصول المؤجرة، و هو المؤجر و المصطلح عليه باللغة الإنجليزية the lessor.

Leasing is a contact through which someone use equipment owned by somebody else. The user (the lessee) pays specific regular amount to the owner (the lessor). The important feature of leasing is that use of equipment is separated ownership .the leasing agreement benefits both parties- the lessee generate extra income from the use of equipment and the owner receives income while retaining the security of the ownership.

*Linda Deelen, Mauricio Dupleich, Louis Othieno and Oliver Wakeline, Leasing for Small and Micro Enterprises, a guide for designing and managing leasing schemes in developing countries, Published by international Labour Organization, 2003, p 3

من قبل أحد المقاولات المختصة التي تبقى مالكة للأموال المقتناة من أجل إكراهها. و تمنح هذه العمليات للمكثري إمكانية اكتساب كل أو بعض الأموال المكتراة مقابل ثمن متفق عليه⁽¹⁾.
و الواضح مما سبق، أن الائتمان الإيجاري يقوم على فكرة مؤداها تأجير الأصول المالية بما فيها المنقولات كالتجهيزات و الآلات و العقارات التي يختارها المستأجر، و من ثمة يقوم المؤجر التمويلي- مؤسسات التمويل- بتمكين المستأجر من الانتفاع بها خلال مدة معينة، مقابل أقساط دورية يتفق عليها، و يكون للمستأجر عند نهاية العقد الخيار بين تملك الشيء المأجور أو تجديد العقد أو رد الأصل المؤجر للمؤجر⁽²⁾.



Source : Rapport annuel 2017 de BAM

بناء على الإحصائيات الموما إليها أعلاه، يظهر قيمة المعاملات المتعلقة بالائتمان الإيجاري الممارس من قبل مؤسسات التمويل بلغت 43%، وهذا العقد الأخير الذي ينافس عقد الإجارة المنصوص عليه بمقتضى القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان و الهيئات المعتمدة في حكمها و توصية والي بنك المغرب الصادرة سنة 2007 المتعلقة بالمنتجات البديلة.

الفقرة الثالثة: التمويل بتقنية الرأس المال المخاطر الوجه التقليدي لعقدي المشاركة و المضاربة

¹ -L'article L313-7définit le crédit bail comme « les opérations de location de bien d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de la location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations quelle que soit la qualification, donnant au locataire la possibilité d'acquérir toute ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie des versements effectués à titre de loyer ».

*Laetitia Franck, les contrats de location financière dans les procédures collectives d'apurement du passif en droit français et allemand comparés, thèse pour l'obtention du doctorat université de Nancy 2, 2011, p 15.

² - للمزيد من التفصيل، راجع :

*بسم هلال مسلم القلاب، التأجير التمويلي-دراسة مقارنة-، دار الراجية للنشر و التوزيع، 2009، ص9

يعتبر رأس المال المخاطر أداة تمويلية استثمارية، و هو صورة لاستثمار الأموال الذي يقوم على أساس المشاركة في حقوق الملكية⁽¹⁾، و ينتهي هذا الاستثمار بخروج مستثمر المخاطر من المشروع مع رأس ماله و أرباحه. ويمثل هذا الشكل التمويلي أهم الأدوات المنثقة عن الفكر المالي الإسلامي، إذ هذه العملية تقوم على أساس المشاركة في الربح و الخسارة، و ليس دينا مضمونا في الذمة يحصل على عائد ثابت و محدد سلفا⁽²⁾.

و قد نشأ رأس المال المخاطر لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية تحت اسم Venture Capital، و ذلك من أجل تمويل المقاولات التكنولوجية. و قد ساهم رأس المال المخاطر في إنشاء مقاولات و تطوير أخرى، بحيث أصبح النموذج الأمثل في تمويل المقاولات بمختلف مشاربها. و منذ نشأته سنة 1957 إلى الآن انتشر انتشار النار في الهشيم في مختلف بقاع العالم، و بلغ التمويل عن طريق رأس المال المخاطر إلى حدود 2010 ما يناهز 355 مليون دولار أمريكي⁽³⁾.

و عرف بعض الفقه رأس المال المخاطر بأنه: "نشاط كباقي الأنشطة التمويلية الهادفة إلى تمويل المقاولات و الشركات غير مسعرة بالبورصة بالأموال الخاصة، و ذلك من أجل تمويل نشأة و انطلاقة المقاولات ذات المخاطر المرتفعة و المفتقرة إلى التمويلات الكافية لممارسة نشاطها و مواكبتها و مساعدتها على الثبات في النسيج الاقتصادي"⁽⁴⁾.

¹ - للمزيد من التفصيل، راجع :

* Dorsaf Matri, Le capital risque islamique en droit français, Préf. Gilbert Parléani, IRJS Edition, 2016, p : 143 et suiv.

² - عدنان عبد الله محمد عويضة، نظرية المخاطر في الاقتصاد الإسلامي، دراسة تأصيلية تطبيقية، المعهد العلمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، 2010، ص 182 و 183 .

³ -Malika LOUNES, Les principaux déterminants de la dynamique du capital-risque, thèse pour l'obtention du doctorat, université de Paris-Est Certail Val de Marne, 2012, p 22

⁴ - عرفت الباحثة Dorsaf Matri المتخصصة في الاقتصاد الإسلامي رأس المال المخاطر بقولها :

« On définit le capital risque comme tout activité d'apport de fond propres à des sociétés non cotés afin de financier le création et le démarrage... »

*Matri Dorsaf, op cit, p 16.

يظهر من هذا التعريف أن الباحثة عرفت رأس المال المخاطر من الغاية المتوخاة منه، حيث عرفته كنشاط و ليس كأداة تمويلية أو نمط تمويلي، و هذه الملاحظة تؤخذ على الباحثة، و ذلك للاعتبارات التالية : - أن نشاط أو عمليات منح التمويلات بهذه الطريقة تختص به حسب القانون الفرنسي إما صناديق التوظيف لرأس المال المصطلح عليهم ب FCP و شركات ذات رأس المال المخاطر المصطلح عليهم ب SCR، و هذه الأخيرة تم إحداثها بموجب القانون رقم 695-85 الصادر بتاريخ 11 يوليوز 1985. وقد احدث في فرنسا سنة 2013 جهازا جديدا يصطلح عليه بصندوق الاستثمار البديل من أجل الانفتاح على الاقتصاد الإسلامي، و ذلك بموجب التوجيه الأوروبية الصادرة عن البرلمان الأوروبي سنة 2011 تحت رقم 2011/61/UE المتعلقة بإحداث الصناديق البديلة للاستثمار **Alternative investment Fund Managers** ، و هذه التوجيه الأخيرة بلورت بموجب الأمر رقم 676-2013 الصادر بتاريخ 25 يوليوز 2013 المتمم للقانون المنظم لأجهزة التوظيف الجماعي Organisme de placement collectif.

و هكذا، فإن رأس المال المخاطر ليس بنشاط في ذاته و إنما هو نمط تمويلي متميز، إذ يتم تقديم الأموال للمشاريع الناشئة ذات المخاطر المرتفعة، التي تتسم عادة بسرعة نموها و المصطلح على تسميتها ب **Start-up**.

- أن تتم معظم عمليات رأس المال المخاطر عن طريق تدخل وسيط مالي لحساب المستثمرين كما هو الأمر بالنسبة لكل مهن رأس المال الاستثماري بشكل عام، لكن ليست كل عمليات رأس المال المخاطر تتم عن طريق وسيط مالي متخصص، بل يوجد في الدول الإنكلوسكسونية صنف من أصناف رأس المال المخاطر يسمى بملانكة الأعمال **Business angels**، و عرف Leo Paul Dana

و ذهب الفقيه الأمريكي Arnd Plagge بأن رأس المال المخاطر استثمار يمارس من قبل مستثمرين محترفين، بحيث يمثل في أغلب الأحيان حصصا موجهة لتمويل المقاولات و الشركات غير مدرجة بالبورصة تمويلًا طويل الأجل، و هذه المقاولات الأخيرة لها مخاطر مالية عالية، و يتم اقتسام مختلف الأرباح المحققة⁽¹⁾ و يمكن تعريف رأس المال المخاطر بأنه أسلوب تمويلي حديث قديم لا يشتهه بغيره من الأساليب التمويلية خاصة التقليدية، لأنه موجه للمقاولات الشابة و المشاريع الناشئة دون الحصول على ضمانات تذكر، بحيث يتم اقتسام الأرباح و الخسائر الناجمة في حالة ما إذا حصلت خسارة تلحق الممول أي تلحق مستثمري رأس المال المخاطر و أصحاب المقاولات⁽²⁾.

ملانكة الأعمال بأنهم أفراد يستثمرون أموالهم و خبراتهم الموجهة للمقاولات غير مسعرة و التي ليست لها طابعا عائليا، أمليين تحقيق الأرباح و المكاسب المالية.
و هذا التعريف في أصله ترجمة لما يلي:

“Business angels are conventionally defined as high net worth individual how invest their money along with their time and expertise directly unquoted companies in which they have no family connection in their hope of financial gain. »

* Leo Paul Dana, World Encyclopedia of entrepreneurship, published by Edward Elgar publishing limited, 2011,p1.

و لا بد من التنويه إلى أن بعض الفقهاء الأمريكيين لم يتحدثوا فقط عن ملانكة الأعمال بل تجاوزوا ذلك و واصطلحوا على المستثمر الذي يوظف أمواله و يخصصها للمقاولات الناشئة ذات البعد الربحي العالي و على المدى البعيد بالمستثمر الملك **Angel investor**.

*GERALD A. Benjamin and JOEL B. Margulis, Angel Capital, How to Raise Early-stage Private Equity Financing, John Wiley & sons, Inc, 2005, p 7.

للمزيد من التفصيل، راجع :

* Dorsaf Matri, Le capital risque islamique en droit français, Préf. Gilbert Parléani, IRJS Edition, 2016, p210 et 211.

* Isabelle Riassetto et Michel Storck, les organismes de placement collectif, Tome 1, 2eme edition, Joly, 2016, p 17.

*Arnd Plagge, public Policy for venture capital, A comparaison of the United states and Germany, Foreword by professor. Dr. Carl-Ludwing Holtfirech, Deutsher universitatas, Wiesbaden 2006, p 3 and 4.

*Leo Paul Dana, World Encyclopedia of entrepreneurship, published by Edward Elgar publishing limited, 2011, p 1 and following.

¹- و جاء على لسان الفقيه الأمريكي Arnd Plagge ما يلي :

"venture capital is typically defined as the investment by professional investor of a long term, unquoted, risk equity finance in new firms were the primary reward is an eventual capital gain, supplemented by dividend yield"

* Arnd Plagge, public Policy for venture capital, A comparaison of the United states and Germany, Foreword by professor. Dr. Carl-Ludwing Holtfirech, Deutsher universitatas, Wiesbaden 2006, p 3.

²- للمزيد من التفصيل، راجع :

المطلب الثاني: جاذبية المنتجات التقليدية

إن كافة المؤسسات المالية تهدف إلى تطوير منتجاتها قصد جذب العملاء و تحريك رؤوس الأموال العاطلة و جعلها تنافس مع غيرها من المنتجات المعروض أمام العموم. و بعد ظهور المنتجات التشاركية، عملت البنوك التقليدية على تقوية جاذبية منتجاتها قصد البقاء في الريادة سيما أن هذه البنوك الأخيرة اكتنفها الخوف و الحذر من استقطاب شريحة كبيرة من المتعاملين معها. لذلك، تذيلت البنوك التشاركية المؤخرة خلال سنة من ممارستها نشاطها و لم تحقق ما كان متصورا و منتظرا منها و يعزى السبب في ذلك إلى الغلاء الفاحش للمنتجات التشاركية و غير ذلك من الأسباب.

لذا، ارتأينا أن نتطرق في هذا المطلب إلى تكلفة العقود التشاركية المرتفعة الأمر الذي يعزز جاذبية و تنافسية المنتوجات التقليدية

الفقرة الأولى: ارتفاع تكلفة العقود التشاركية

إن عبارة "اشترى الحلال حتى لو كان مرتفع الثمن" عبارة ليست في محلها لأننا أمام شركات تمتلك أموالا كثيرة و هذه العبارة تشجع المستهلكين على اقتنائها بثمنها المرتفع بعله أنه حلال دون مراعاة مسألة التيسير على الناس و رفع الحرج عنهم التي تحض عليها الشريعة. كما أن مسألة ارتفاع التكلفة تدفع الناس إلى المنتوجات التقليدية لكونها أقل تكلفة عليهم. زد على ذلك، أنه يلزم التيسر على الناس استنادا على القاعدة الفقهية المشقة تجلب التيسير، فإذا ضاق الأمر اتسع و إذا اتسع الأمر ضاق. و فحوى هذه القواعد غير متنسق و غير متلائم مع المنتوجات المطروحة من قبل البنوك التشاركية و نخص بالذكر هنا عقد المراجعة.

وهكذا، فإن ارتفاع التكلفة كان سببا مباشرا في العزوب عن التعامل بعقد المراجعة المطروح من قبل البنوك التشاركية المرخص لها من قبل بنك المغرب و التي لا يتجاوز عددها 5. كما أن هذا العقد نفسه غير تنافسي ليس مع عقد القرض الربوي و إنما مع نفس العقود المطروحة من قبل البنوك التشاركية. و بعبارة أخرى، إن عقد المراجعة المطروح من قبل البنوك الخمسة ليس عقدا تنافسيا بين هذه البنوك الخمسة، فمجملة هذه البنوك تطرح عقدا مرتفع التكلفة و لا يوجد أي بنك تشاركي من البنوك الخمسة يطرح عقد مراجعة يقارب عقد القرض التقليدي و ينافسه من حيث التكلفة.

حصيلة البنوك التشاركية:

النتيجة الخالصة	الناتج الوطني الإجمالي	التمويلات		الودائع		عدد الوكالات	تاريخ الانطلاق	
		الحصة في السوق	الأرصدة	الحصة في السوق	الأرصدة			
-63.7	6	61%	1200	59%	639	32	17-يوليوز	بنك الصفاء
-13.3	5	26%	524	27%	288	20	17-يوليوز	أمنية بنك
-23.6	2.3	8%	162.2	4%	44.3	6	غشت-17	بنك اليسر
-16.5	0.661	4%	80.8	8%	83.3	8	أكتوبر-17	الأخضر بنك
-36.6	-0.4	1%	15.6	3%	28.8	5	دجنبر-17	بنك الإنماء و التمويل
-153.7	13.56	-	1982.6	-	1083.4	71		المجموع

Source : www.leboursier.ma

حصيلة البنوك التقليدية:

المجموع	الشركة العامة	مصرف المغرب	البنك المغربي للتجارة و الصناعة	البنك المغربي للتجارة الخارجية	بنك الشعبي المركزي	التجاري و افا بنك	الحصة في السوق البنكي
98.8%	8.4%	4.5%	6.5%	13.6%	26.2%	39.6%	الديون تجاه شركات التمويل
95.5%	9.9%	6.1%	6.6%	17.6%	27.6%	27.7%	ديون الزبائن
95.7%	9.8%	6.0%	6.6%	17.3%	27.5%	28.6%	مجموع مبالغ الانتمانات

ففي واقع الأمر، إن البنوك التقليدية تحتل مركز الصدارة من حيث منح القروض و الانتمانات لفائدة المستهلكين و التجار و غيرهم، إذ بلغت نسبة منح القروض و الانتمانات لكبار البنوك التقليدية قرابة 95.7% كمجموع الالتزامات. و كان للتجاري و افا بنك حصة الأسد بنسبة 28.6%، بينما تلت هذه البنك الأخيرة كل من بنك الشعبي المركزي و البنك المغربي للتجارة الخارجية بنسب مختلفة 27.5% بالنسبة للأولى، و 17.3% بالنسبة للثانية. و الواضح مما سلف، أن البنوك التقليدية مهيمنة على السوق البنكي المغربي بشكل كبير جدا، الأمر الذي يجعل البنوك التقليدية تشتغل حيزا هاما في القطاع البنكي المغربي و هو ما لم يترك للبنوك التشاركية إلا مجالا ضيقا جدا لعرض منتجاتها و استقطاب الطائفة الراغبة في إبرام عقود شرعية متوافقة مع عقيدتهم. و تتضح هيمنة البنوك التقليدية على القطاع البنكي خلال السنتين السابقتين و بلغت نسبة الهيمنة قرابة 83.2% و يظهر من هذا الرقم المخيف أن مجال عمل البنوك التشاركية في القطاع البنكي لا يعدو أن يتجاوز نسبة 7% و هو رقم مخيف جدا سيما أن الشائعات الرائجة عن هذا القطاع بأنه سيحل محل البنوك التقليدية و يفرج عن المستهلكين الراغبين في اقتناء عقارات و منقولات دون اللجوء إلى المعاملات الربوية.

الفقرة الثانية: غياب نظام ضريبي خاص بالعقود التشاركية

يمكن إجمال أهم و أبرز الإشكالات الضريبية التي واجهتها فرنسا بمجرد استقبالها و تنظيمها لبعض الأدوات الشرعية، يتمثل الأول في مسألة ازدواجية الضريبة المفروضة على عقد المربحة على اعتبار أن هذا العقد الأخير يتمثل في شراء بنك معين لأصل مالي معين بناء على طلب المشتري و بيعها له بزيادة معلومة مع بيان الثمن الأول، يتضح مما سبق أن المربحة بيع يتضمن نقل مزدوج للملكية الأصل المطلوب، الأولى تنقل إلى البنك و الثانية إلى المشتري الأخير. و بعبارة أخرى، يتضمن عقد المربحة عمليتين، الأولى هي شراء أصل معين عقار مثلا من قبل بنك، و الثانية هي بيع العقار للبنك، الأمر الذي يستوجب معه تضريبا مزدوجا، و معنى ذلك أن عقد المربحة يخضع إلى ضريبتين الأولى مطبقة على البنك و الثانية على المشتري الأخير، ما من شأنه أن يعيق هذا النوع من العقود و يؤدي لا محالة إلى العزوب عن التعامل به⁽¹⁾.

أما بالنسبة للصبوك، فقد وقعت فرنسا باعتبارها النموذج الأمثل بالنسبة للمملكة المغربية و تونس و مصر في نفس الخطأ الذي وقعت فيه ماليزيا، حيث أخضعت الصبوك لنفس النظام الضريبي الذي تخضع له سندات الدين، الأمر الذي يدفع إلى التشكيك في مدى شرعية أو موافقة هذه الأدوات للشرعية الإسلامية خاصة وأنها لا تتوفر على نظام ضريبي خاص بها⁽²⁾.

خلاصة القول، إن العقلية المغربية لا تتلاءم مع المنتوجات التشاركية مرتفعة الثمن حيث يرغب المستهلك المغربي أولا و قبل مناقشة مدى شرعية المعاملات في تكلفة العقد و بحثه عن المنتج المناسب له الذي يتميز بانخفاض ثمنه، الأمر الذي كبح اندفاعه و تشوقه للبنوك التشاركية ظنا منه أن مآربه ستتحقق من قبل هذا المولود الجديد.

¹ - للمزيد من التفصيل، راجع :

*Jean-Marc Moulin, la finance islamique : nouveau paradigme de la finance française ? Coll. Les défis actuels du droit financier, The courent challenges of Financial law, sous la direction scientifique d'Alain Couret et Catherine Malecki, Edi. Joly, 2010, p496 et 497

*Thibaud Boucharlat, le cadre fiscal de la finance islamique en France et en grande Bretagne, les apports de l'instruction 4FE/09 du 25 février 2009, sur le régime fiscal des opérations de Murabaha et d'émission de Sukuk, p 22 et suiv

*Zineb Ramid, techniques de la finance participative : vers une finance standard, Tome 2, thèse pour l'obtention du doctorat en droit, université de Hassan 2, 2016/2017, p 451.

² - للمزيد من التفصيل، راجع :

*Hugues Martin-Sisteron, Finance islamique et financement de projets en France, préface d'Alain Couret, IRJS, 2012, p : 404

خاتمة:

ليس يخاف على الباحثين و المتخصصين أن البنوك التشاركية بالمغرب لازالت في بدايتها و يعتبرها الكثير من النقص و تحيطها الضبابية، لذلك لم تحقق النتائج المرجوة منها و يرجع سبب ذلك إلى أن البنوك التشاركية المغربية لا تعتمد إلا على عقد المرابحة دون العقود الأخرى و هو ما يجعلها غير قادرة على تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية المنشودة. لذا، يلزم طرح البنوك التشاركية باقي العقود قصد استمالة طوائف متعددة كالفلاحين الذين يرغبون في إبرام عقد السلم إلى غير ذلك.

بالإضافة إلى ذلك، يلزم إنشاء جمعيات للتمويلات التشاركية أسوة بجمعيات التمويلات الصغرى حيث تلعب هذه الأخيرة دورا هاما من خلال تقريب المنتجات التقليدية من الراغبين في الحصول على التمويلات، فهذا الأمر غير موجود على أرض الواقع فيما يتعلق بالمالية التشاركية.

إلى جانب ما سبق، فإن الضريبة المفروضة على العقود المالية التشاركية تجعلها منها عقودا غير تنافسية و مرتفعة الثمن حيث يتعين على المشرع المغربي أن يعمل على القيام بالتخفيضات و الإعفاءات الضريبية اللازمة قصد التشجيع على هذا النوع من العقود و بالتالي إعطاء المالية التشاركية صورة ايجابية لعموم المواطنين المتعطشين إلى هذا النوع من التمويلات.

كما يلزم الأخذ الجوانب الايجابية من التجارب المقارنة و الابتعاد عن التجارب التي تلفها الشبهات كالتجربة الماليزية التي تحيطها الكثير من الشبهات الشرعية، علما أن النظام الاقتصادي الماليزي يتميز بطابعه المزدوج و يقترب من النظام الاقتصادي المغربي، حيث يلزم خلق تجربة مغربية أو Benchmark مغربي و بعقلية مغربية رصينة وذلك قصد الاحتفاظ بالطابع المغربي الأصيل.