

# مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد الثاني دجنبر 2012

➤ من مواضيع العدد الثاني دجنبر 2012 :

- الهندسة الوراثية والإثبات الجنائي.
- المحاكمة العادلة والنزاعات المسلحة.
- الإسلام ودعوته للتعايش مع الآخر.
- الحماية القانونية للبطاقة البنكية.
- تقييد حرية المدين في الفقه الإسلامي.
- معالجة ظاهرة الهجرة غير الشرعية.

Rechercher dans ce site

## مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | البريد الإلكتروني: sldg55@gmail.com | الاتصال والمراسلات: | شروط النشر | أجيل المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

اتصال بنا

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات فقهية

مقالات قانونية

مقالات مقارنة

مقالات بلغوية

حوارات علمية

تقارير جامعية

المساهمون بالمجلة

أعداد المجلة

شركاء بالمجلة

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها الجزاء فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محيوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... [المزيد](#)

كتاب الفقه الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديفي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... [المزيد](#)

إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفتيش المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... [المزيد](#)

قراءة في النظام العقوبتي للموآني ( ققون 02/15 ) : الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام ببيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... [المزيد](#)



## العدد الثاني دجنبر 2012

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word)
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن أربع صفحات (مايقارب 1200 كلمة)
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية مجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السوسبي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

www.majalah-droit.ici.st

## بسم الله الرحمن الرحيم

## العدد الثاني : لشهر دجنبر 2012

## محتويات العدد :

- ✓ كلمة العدد الثاني لشهر دجنبر 2012 : " نداء إلى الباحثين في الشرع والقانون " بقلم مدير مجلة الفقه والقانون  
الدكتور صلاح الدين دكداك.....04
- ✓ تطور المؤسسات في الجمهورية الإسلامية الموريتانية : تأليف الدكتور أحمد سالم ولد ببوط : تعريب الدكتور محمد  
ولد الداه ولد عبد القادر فضيلة الأستاذ : يعقوب ولد محمد مراجعة فضيلة الأستاذ الدكتور : الحسن ولد  
ماء العينين.....06
- ✓ دور الهندسة الوراثية في تطوير قواعد الإثبات الجنائي ( دراسة مقارنة ) : إعداد الدكتور عبد الرحمان خلفي  
تخصص قانون جنائي و علوم جنائية أستاذ محاضر بكلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية محاضر لمقياسي  
القانون الجنائي و الإجراءات الجزائية محامي لدى المحكمة العليا و مجلس الدولة.....21
- ✓ الحق في محاكمة عادلة أثناء النزاعات المسلحة : الأستاذة أسماء قواسمية باحثة دكتوراه في وحدة القانون الدولي  
الجنائي جامعة 08 ماي 1945, قالمة , الجزائر.....43
- ✓ التسرب كآلية للكشف عن الجرائم في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري : الأستاذ علاوة هوام كلية  
الحقوق و العلوم السياسية جامعة الحاج لخضر - باتنة.....62
- ✓ الترخيص الإداري ودوره في المحافظة على النظام العام البيئي : محمد الأمين كمال باحث بصف الدكتوراه  
في القانون العام جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان.....70
- ✓ البطاقة البنكية واقعها و الحماية القانونية لها : الصابوني صفاء باحثة بصف الدكتوراه وحدة القانون الجنائي  
والعلوم الجنائية كلية العلوم القانونية جامعة محمد الأول وجدة.....79
- ✓ الإسلام ودعوته للتعايش مع الآخر : الدكتور محمد ديرا باحث في تاريخ الأديان والفكر الإسلامي - المملكة  
المغربية.....100
- ✓ دور الجماعات المحلية في الحفاظ على البيئة في التشريع الجزائري : الأستاذة ليندة شرا بشة أستاذة مساعدة  
قسم " أ " بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس  
الجزائر.....108

- ✓ تقييد حرية المدين في الفقه الإسلامي-دراسة فقهية مقارنة- : محمد عبد الرحمن بن محمد حسوني : باحث بصف  
الدكتوراه تخصص الفقه المقارن - مجال المعاملات المالية - جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة  
الجزائر.....118
- ✓ " المعالجة التشريعية لظاهرة الهجرة غير الشرعية في الجزائر" : محمد زغو أستاذ مساعد قسم أ- كلية  
الحقوق والعلوم السياسية جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف.....141
- ✓ حقوق المرأة في القوانين الجزائرية : قارة وليد ملجستير في القانون الدولي العام جامعة محمد خيضر بسكرة  
الجزائر.....151
- ✓ النظام القانوني للبلدية في الجزائر : علاء الدين عشي أستاذ مساعد قسم "أ" كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة تبسة - الجمهورية الجزائرية.....164
- ✓ LA RHÉTORIQUE JURIDIQUE HERMES 16, 1995 : Le Professeur Marie-Anne Frison-  
Roche Université de Paris IX-Dauphine / Traduction de Fouzi RHERROUSSE Docteur en  
droit privé de l'université de PARIS XIII et D'Aïda BENNINI"chargée d'enseignement à la  
faculté de droit de Cergy-Pontoise.....179
- ✓ La morale dans le système juridique marocain : Abdelhaq EL HATTAB Chercheur en droit  
Militant associatif.....191

### ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة نعبر عن آراء كاتبها ولا نعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

## كلمة العدد : نداء إلى الباحثين في الشرع والقانون



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور صلاح الدين دكدالك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، تمر الأيام والسنين ويكبر حلم مجلة الفقه والقانون نحو مزيد من التواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية ، ويبدو أنه من الواجب أن نقف لحظة تأمل من أجل تقييم الجهود الذي تبذلها المجلة ، ويحق لنا أن نفخر ولله الحمد بالكم الهائل من البحوث والدراسات والأخبار والوثائق القيمة التي نتوصل بها كل دقيقة بل كل ثانية ، وبالتواصل مع علماء أكاديميين وباحثين متميزين من مختلف أنحاء العالم ، لقد كبرت أسرة مجلة الفقه والقانون ولله الحمد ولا زلنا نطمح في توسع دائرتها أكثر فأكثر ولا زال أملنا كبيرا بأن يتعاون فقهاء الشرع والقانون من أجل نهضة الأمة مستنيرين بكتاب الله الكريم وسنة نبيه العطرة ، وفي هذا الصدد نهيب بجميع الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية في المغرب العزيز وفي شتى بقاع العالم بأن ينضموا لأسرة مجلة الفقه والقانون ويكرمونا بدراساتهم الشرعية القانونية وكذا بدراسات مقارنة بين الشرع والقانون تبين مواطن الالتقاء بين الفقهاء وتزيد من التقارب والتفاعل والتواصل بين هذا النوع من الباحثين ، فالمنهج المقارن بين الفقهاء لا شك أنه سيمكننا من استنباط أحكام عديدة تحقق المقاصد .

أملنا أن يساهم كل باحث من جهته بأفكاره وبتوجيهاته لتمضي مجلة الفقه والقانون من حسن إلى أحسن ، ونساهم في تفعيل حقيقي للمبادرة الوطنية للتنمية البشرية التي أطلقها صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله ، داخل المغرب العزيز وخارجه وفي شتى بقاع العالم ، بالكلمة الطيبة و بالفكر البناء المتزن ، ونسأل العلي القدير أن يجعلنا نحن معاشر الباحثين مثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى .

مع تحيات مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.

والحمد لله رب العالمين

## نظور المؤسسات في الجمهورية الإسلامية الموريتانية

نأليف : الدكتور أحمد صالح ولد بيوط<sup>1</sup>



تعريب الدكتور : محمد ولد الداه ولد عبد القادر<sup>2</sup>

فضيلة الأستاذ : يعقوب ولد محمد<sup>3</sup>

مراجعة فضيلة الدكتور : الحسن ولد ماء العينين<sup>4</sup>

لقد كان الاستعمار الفرنسي لموريتانيا ( متأخرا و متغلبا و سطحيا ) 1 في نفس الوقت ذلك انه تم من أجل ضمان الربط بين ممتلكاتها بالسينغال والمغرب من جهة والجزائر من جهة أخرى ، ولهذا الغرض تم توقيع اتفاقية

<sup>1</sup>أستاذ مبرز في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة نواكشوط.

العنوان الأصلي للدراسة :

Ahmed Salem Ould Boubout : L' ÉVOLUTION DES INSTITUTIONS DE LA RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE DE MAURITANIE .In Mauritanie entre arabité et africanité sous la direction de Pierre Robert Baduel ,Revue du monde musulman et de la méditerranée n°54. 1989/4. p. 130-139.

<sup>2</sup>أستاذ مكلف بالتدريس بكلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة نواكشوط و بالمدرسة الوطنية للإدارة والصحافة والقضاء. (صاحب الصورة أعلاه).

<sup>3</sup> أستاذ الحريات العامة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة نواكشوط .

<sup>4</sup>أستاذ مكلف بالتدريس بكلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة نواكشوط و بالمدرسة الوطنية للإدارة والصحافة والقضاء.

<sup>1</sup> J.L.Balans, Le système politique mauritanien , in Introduction à la mauritanie éd ,du C.N.R.S.,1979,P.279 s. Voir également F. De Chassey, Mauritanie 1900-1975,Anthropos,1978(rééd.1984).

في باريس بتاريخ 29 يونيو 1900 بين فرنسا واسبانيا أدت الى انشاء موريتانيا في حدودها الحالية وقد وضع هذا الاتفاق بداية الحاق الاراضي الموريتانية والتي لم تأخذ نهايتها الا سنة 1935 وفي نفس الوقت فإن موريتانيا تم الحاقها على التوالي ب « الاراضي المدنية لافريقيا الغربية الفرنسية A.O.F » (1904) ثم « مستعمرة » ملحقة بالولاية العامة لافريقيا الغربية الفرنسية (1920) قبل ان تصبح في اطار الدستور الفرنسي الصادر بتاريخ 27 اكتوبر 1946 « أراضى ما وراء البحار » كجزء من « الاتحاد الفرنسي » بمعنى آخر تجمع خاضع للقانون الداخلي غير ممرکز يدار من طرف وال، يمثل في نفس الوقت للسلطة المركزية و للأراضى وتساعد جمعية محلية منتخبة .

المستشار العام الذي يأخذ، ابتداء من 1952، إسم الجمعية الإقليمية إلى هذه الحقبة، يعود بداية ظهور « الوعي السياسي الموريتاني المعاصر »<sup>1</sup> وتشهد، لصالح الانتخابات التشريعية (1946، 1951، 1956) من اجل تحديد ممثل للإقليم في الجمعية الوطنية الفرنسية، إلى الاحتكاك بين تيارين سياسيين: احدها "محافظ " يمثله حزب الاتحاد التقدمي الموريتاني (UPM) والآخر "تقدمي" ممثل في حزب الوفاق (entente).

وقد فاز حزب الوفاق بالانتخابات 1946 لكن حزب الاتحاد التقدمي UPM انتهى الى السيطرة على اللعبة السياسية، وذلك بالرغم من ظهور الانقسام داخل هذه التشكيلة « رابطة الشباب الموريتاني » AJM التيار الثالث المتسم بالضعف والمغذى من طرف أطر شابة و ديناميكية تعلن عن أفكار وطنية، وبالتالي ضد المستعمر.<sup>2</sup>

وسيتم التخفيف من نظام الاتحاد الفرنسي عبر قانون إطار الصادر بتاريخ 23 يونيو 1956 والذي يدخل نظام « الاستقلال الداخلي ». في سنة 1957 تم انتخاب مجلس حكومي، من طرف الجمعية الاقليمية، ويرأسه قانونيا، الوالي، قبل ان تنتقل هذه الرئاسة بقوة القانون سنة 1958 الى ايدي نائب الرئيس، شاب

<sup>1</sup> Ph.Marchesin, L'éveil de La Mauritanie à la vie politique modrne (1946 - 1960) , Revue mauritanienne de Droit et d'économie (R.M.E.D) 1987,n°2 et 3.

<sup>2</sup> ان الروابط التي تجمع مختلف المكونات السياسية مع الاحزاب السياسية الفرنسية ليست اكثر من الخطابات المعتمدة هنا وهناك ، لا يجب ان تدخلنا في الوهم :فهي تعني منذ البداية تجمع من الاشخاص اكثر منها احزاب سياسية حقيقية ، وتعتبر مواقفها واستراتيجيتها وجماعة ناخبها يتم وضعهم والغازهم وفقا للمساومات القبلية .

Voir J.L.Balans, Le développement du pouvoir en mauritanie, thèse dact. Bordeaux I, 1981, t.1, p.309.

محامي، الاستاذ المختار ولد داداه، عبر استفتاء 28 سبتمبر 1958 انضمت موريتانيا الى « الاتحاد » ب 302018 « نعم » مقابل 19216 « لا ».

لقد تحولت الجمعية الاقليمية الى جمعية تأسيسية ، ووضعت أول دستور للبلد الذي تمت المصادقة عليه بتاريخ 22 مارس 1959.

على المستوى السياسي، فان المواجهة ما بين الاتحاد التقدمي الموريتاني والوفاق ، سترك مكانه للمواجهة ما بين حزب التجمع الموريتاني الذي أنشأ من طرف الاستاذ المختار ولد داداه سنة 1958 عبر اتحاد ما بين حزب الاتحاد التقدمي الموريتاني وحزب الوفاق والكتلة الديمقراطية لغورغل وفي جهة المعارضة حزب النهضة الذي يقدم نفسه كوريث روعي للوفاق .

وحزب النهضة المؤسس من طرف أطر رابطة الشباب الموريتاني، قد جمع في الحقيقة ما بين اتجاهين ، احدهما وطني

و الآخر اقرب الى المطالب المغربية في تلك الحقبة اتجاه موريتانيا .

نسجل زيادة على ذلك من جهة المعارضة، ظهور الاتحاد الوطني الموريتاني سنة 1959 ذي التوجه القريب من السعودية (قدم نفسه بأنه « الفرع الموريتاني للحزب الفدرالي الافريقي » للرئيسين سينغور و موديبو كيتا) في سنة 1960،

حزب الاتحاد الاشتراكيين المسلمين الموريتانيين الذي يترجم في الحقيقة خصوصية ولاية آدرار.<sup>1</sup> وفي هذا المحيط من النزاعات الداخلية من التحالفات التي يتم حلها بسرعة قبل عقدها ، مع ظهور اتجاهات ذات طابع جهوي محض أو بصراحة مبعدة عن المركز وبعد اعلان استقلال موريتانيا تحت سلطة الحزب الجمهوري الموريتاني في 28 نوفمبر 1960، فإن الدولة الموريتانية الجديدة تم انضمامها الى هيئة الامم المتحدة في 27 اكتوبر 1961 وستعرف على غرار العديد من الدول الافريقية مؤسسات مدنية غير فعالة وغير

<sup>1</sup> يمكن ان نقرب من هذه الحركات "الجهوية" كذلك الكتلة الديمقراطية لغورغول التي سبق ذكرها ، اتحاد المنحدرين من ضفة نهر السينغال .



متأقلمة مما سيؤدي فشلها (I) عبر تطور متحرك الى اخذ السلطة من طرف الجيش ، مما يولد مشكلة العودة الى النظام الدستوري الطبيعي (II)

## ا - المدة الطويلة للنظام المدني :

منذ الاستقلال وحتى سنة 1978 تطورت المؤسسات الموريتانية في ظل نظام برلماني متعدد في اتجاه نظام رئاسي مسيطر عبر نظام الحزب الواحد .

### أ - نظام برلماني متعدد و مؤقت :

بسبب الاستمرارية التي طبعت ، على المستوى السياسي ، حصول موريتانيا على الاستقلال تحت قيادة الاستاذ المختار ولد داداه و حزبه حزب التجمع الموريتاني PRM ، فقد استمر دستور 22 مارس 1959 في تنظيم مؤسسات الدولة الحديثه لبعض الوقت.

هذا الدستور (ج.ر.م. 1959) وضع نظاما برلمانيا تعدي ، تحت التحفظ للاختصاصات المخصصة للمجموعة 1.

بإعادة التأكيد على حقوق الانسان ومبادئ الديمقراطية ، كما تم تعريفها بإعلان 1789 المتمم بديباجة دستور 1946 (...). فقد اقامت دولة « الجمهورية الاسلامية الموريتانية » مما يشدد على المكانة الهامة المعطاة للاسلام :الديباجة تنص على « الله العلي القدير » ، « دين الشعب هو الدين الاسلامي » ويجبر الوزراء والبرلمانيون على اداء القسم ...

على المستوى الاكثر مؤسساتيا ، فان دستور 22 مارس 1959، ينشأ فصلا مرنا ما بين السلطة التشريعية الممارسة من طرف الجمعية الوطنية (المادة 17) والسلطة التنفيذية الممارسة من طرف الحكومة (المادة 12) وينجم هذا الفصل المرن عن التعاون الوظيفي ، ما بين السلطتين وخصوصا إمكانية النقض المتبادلة: الجمعية الوطنية يمكن ان تثير المسؤولية السياسية للحكومة عبر رفض منحها الثقة او عبر اقتراح توجيه اللوم الى الحكومة (المادة 38) و بالعكس ، فان الوزير الاول يمكنه ، بعد اعلام رئيس الجمعية الوطنية حل

<sup>1</sup> Cf. constitution française du 4 octobre 1958, art.78.

هذه الأخيرة ،هذه هي المميزات الأساسية للنظام البرلماني - والتي تعتبر معروفة - تتم تكملتها عبر التأكيد الوارد في المادة (43) على « استقلال السلطة القضائية ».

و يجب أن نلاحظ هنا أن البرلمانية حذت حذو الدستور الفرنسي 4 أكتوبر 1958 والذي يتضح تأثيره جليا ، برلمانية « معقلنة »: نجد في الواقع تحديد مجال خاص بالقانون (المادة 26) الاعتراف بمبادرة القوانين المنافسة للوزير الاول وللبرلمانيين (المادة 28) ... الخ

وخلق لجنة دستورية مكلفة بالسهر على التوازن الناتج عن هذه الاجراءات (المادتان 41 و42) .

وينشأ الوضع التعددي للنظام عن حرية تكوين وعمل الأحزاب والتجمعات السياسية ، بشرط احترام المبادئ الديمقراطية ، وبأن لا يمسو بالسيادة الوطنية واستقلال الجمهورية باهدافهم او عبر تصرفاتهم « (المادة 9) .

لقد تم اعتمادها كما تمت الإشارة إلى ذلك بعد فترة قليلة قبل الاستقلال فإن دستور 22 مارس 1959 كان ومنذ البداية محكوم عليه بأن يكون نصا انتقاليا ، مرحلة تدخل في إطار « تحولات النظام الإستعماري »<sup>1</sup>.

ولا يجب أن نستغرب من أن الميكانيزمات التي تحدد، لم تجد الفرصة للتطبيق ، وأن هذه الإجراءات لم تعرف أي تطبيق، هذه الحقبة في دخول الحياة الدولية تعتبر بالنسبة لموريتانيا بالأخص مرحلة صعبة، على المستوى الخارجي فإن مطالبات المغرب وكذلك الجاذبية التي تمارس مع السودان على بعض القوى السياسية الموريتانية كانت تضعف وضعية هذه الدولة طور التكوين والتي تعتبر ركيزتها .الا انها تدخل في مواجهة عبر قرض في مارس 1960 من B.I.R.D موجه لتمويل استغلال معادن الحديد الغنية في افديرك من طرف شركة معادن حديد موريتانيا (MIFERMA) شركة متعددة الجنسيات تسيطر عليها المصالح الفرنسية .

على المستوى الداخلي، فإن الدولة تعاني من تشتت القوى السياسية المحلية ،فإن حزب P.R.M الحزب المسيطر يوجد في وضعية مريحة لكن دينا ميكية المجموعة المسيرة ،تحت رعاية الأستاذ المختار ولد داداه، تصطدم بحركية

<sup>1</sup>J.L.Balans, op,1978,p.282.

الزعماء التقليديين وبذلك يبذل هذا الحزب جهودا مضنية للبحث عن التوافق، إن تشتت اتحاد مالي قاد U.N.M إلى التعاون مع النظام القائم كما سينضم U.S.M.M بعد ذلك بزمن قليل. كما تمت اتصالات سرية بقيادة حزب النهضة (المنحل 1959) والذين يوجدون تحت الإقامة الجبرية في شرق البلاد وانتهت بمساهماتهم في إعلان استقلال البلاد وسيتم إطلاق سراحهم في فبراير 1961 ولم يعد هناك ما يفصل موريتانيا عن الحزب الواحد الذي ستتم تأسيسه في عهد الدستور الرئاسي الصادر بتاريخ 20 مايو 1961.

#### ب- نظام رئاسي تسيطر عليه لعبة الحزب الواحد :

إن التغييرات التي حدثت على المسرح السياسي الموريتاني في سنتي 1960 و 1961 من جهة وعدم فعالية النص الدستوري لسنة 1959 من جهة أخرى تجعل من الضروري اعتماد دستور جديد وكما يقتضي التقليد في الدول الإفريقية ذات الإرث القانوني الفرنسي فإن الدستور الثاني للدولة الموريتانية الصادر بتاريخ 20 مايو 1961 (J.O.I.R.M 1961.P171) كان من نمط رئاسي أو قل رئاسوي مقارنة مع تقدمه التي يمكن استنتاجها وبالأخص ما يتعلق بالإحالة إلى النصوص الأساسية الفرنسية، الإسلام والتعددية، فان دستور 20 مايو 1961 الذي ادخل كتجديد ضروري فصلا واضحا بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من جهة وتفوق بسيط للسلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية، رئيس الدولة، أصبح ينتخب عبر الاقتراع العام ويتمتع بصلاحيات واسعة) من جهة أخرى وهو - الخط الذي يطبع الدساتير الإفريقية « الرئاسوية » والتي لن نعود إليها بالتفصيل هنا. ولكن وبمفارقة وعلى غرار الدستور الفرنسي الصادر بتاريخ 4 أكتوبر 1958 فان دستور 20 مايو 1961 - منبثق من النظام السياسي الذي ينبثق منه - لن يأخذ مظهره النهائي، الا بعد مراجعة دستورية بناء على القانون الدستوري رقم 65-1039 الصادر بتاريخ 12 فبراير 1965، (المادة 9 جديدة) والتي أتت لتعطي أساسا قانونيا للأحادية الحزبية في الواقع، والتي نتجت عن انشاء حزب الشعب الموريتاني (PPM) سنة 1961 الذي ولد عن طريق اندماج مختلف الأحزاب السياسية الموجودة في تلك الفترة : »

حزب الشعب الموريتاني المولود عن طريق اندماج الاحزاب الوطنية الموجودة بتاريخ 25 دجنبر 1961، اعتبر حزب الدولة الوحيد»<sup>1</sup>.

وستمكن مؤسسة الحزب الواحد أمينه العام الأستاذ المختار ولد داداه زيادة على انه انتخب لرئاسة الجمهورية بتاريخ 31 اغشت 1961 ان يتغلب على معارضة بعض زعماء البرلمان الذين كانوا يعترضون على نمط النظام الرئاسي للحكم. وان يؤكد سلطته الفردية داخل النظام السياسي .

حزب الكتل الذي يجمع مجموعة القوى الحية للامة ( المواطنين وكذلك النقابات، الجيش، والحركات الاجتماعية للشباب والنساء) والتي يعتبر تنظيمها مركز (الوسط الديمقراطي) يتزواج باخلاص مع التنظيم الدولي، حزب الشعب الموريتاني، احتكر بسرعة النظام السياسي .

البرلمان والحكومة، انضمت الى صف دوايب السلطة لتنفيذ قرارات الاجهزة الدائمة للحزب، المكت السياسي الوطني الذي يرأسه بطبيعة الحال الاستاذ المختار ولد داداه وحتى الدستور نفسه اصبح صورة مظلمة قياسا ب« ميثاق الحزب» المعتمد منذ سنة 1957....

هذا التفوق الذي يعرفه حزب الدولة بل قل ان اندماج الدولة في الحزب لم تمكن النظام من توقع عدد من الاجراءات التي تفجرت باكرا: في الازمة الدولية الناتجة عن رفض المغرب الاعتراف بموريتانيا (هذا الاعتراف الذي لم يتم إلا سنة 1969) تضاف اليها امور اخرى .

الازمة الاثنية مع النزاعات التي وقعت سنة 1966 ما بين الاثنيات البيطانية و السود والذي كان رهانه هو المكانة التي تحظى بها مختلف الاثنيات داخل الدولة .

والازمة الاجتماعية مع الاحداث المؤلة المصاحبة لحركات اضرابات عمال معادن الحديد في ازويرات سنة 1968 التي تترجم ردات فعل مجتمع تقليدي أساسا على ادخال علاقات رأسمالية للعمل.

<sup>1</sup> نسجل اصلاحات دستورية اخرى مرتبطة بهذه (انتخاب رئيس الجمهورية، النظام الداخلى للنواب، الخ) وبالاخص تلك المنصبة حول النص على ان اللغة العربية أصبحت رسمية منذ 1968.

هاتان القطيعتان اللتان تفاعلنا مع وضعية اقتصادية مزرية (تراجع اسعار الحديد، و الجفاف في الساحل ) آثار حركات معارضة قوية ، طبعت التشكيلات السياسية السرية ، وبالاخص الحركة الوطنية الديمقراطية وحزب الكادحين (عمال موريتانيا) ذي التوجهات الماوية وتشكيلات أخرى وطنية عربية ،مستلهمة من الناصريين والبعثيين في مواجهة مختلف هذه التحديات، فان نظام الاستاذ المختار ولد داداه الذي نهج الصرامة مع الليونة ، اثبت جدارته على القدرة التي تمكنه عبر بعض التصرفات السياسية البارعة من ازالة فتيل النزاعات .

وبالاخص ،في مواجهة حركة معارضة ،فان الحكومة تتمكن -بعد محاولة لا طائل منها للقمع - من اخذ إجراءات ذات جوهر وطني (وبالاخص مراجعة اتفاقيات التعاون مع فرنسا سنة 1972، وسك العملة الوطنية الاوقية سنة 1973 وبالاخص تامين شركة ميفرمان سنة 1974) هذه الاجراءات الشعبية والتي تم الاسهاب فيها من طرف آلة دعاية الحزب ،تعتبر انتصارا شخصيا لرئيس الدولة الذي تلقى انضمام المعارضة (مؤتمر حزب الشعب سنة 1975 المسمى «التوضيح» ) .

وأمام هذه الانتصارات ،تمت اعادة صياغة مواضيع جديدة : « صوت موريتانيا للتنمية »، « العودة الى القيم الاسلامية »، « صوت الشرعية »...

إن المرجعية لموضوع « إعادة التوحيد » غدت اقل سعادة ،بتوقيع اتفاقية مدريد بتاريخ 14 نوفمبر 1975 مع المغرب واسبانيا حول تقسيم الصحراء الغربية ما بين الادارتين المغربية والموريتانية فان الاستاذ المختار ولد داداه شرع في آخر تجاربه السياسية ،الحرب مع جبهة البوليزاريو ،والمدعومة بقوة من الجزائر ،ومجهود الحرب اللاحق ،غير المنسجم مع موارد الدولة الشحيحة ،فالتضخم الدولي ،والجفاف المستمر ،ساهموا في إفلاس اقتصاد الدولة و أزمة ثقة شاملة والتي كانت آثارها المباشرة انقلاب 10 يوليو 1978 الذي قام به قائد اركان الجيش الوطني ،العقيد المصطفى ولد محمد السالك<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cf. J.L.Balans, Chronique mauritanienne Annuaire de l'Afrique du Nord ,1978,p.593 et s.

## II - استيلاء الجيش على السلطة ومشكلة العودة إلى نظام دستوري عادي :

عرف النظام السياسي الموريتاني منذ 1978 العديد من إعادة التنظيم تخللتها العديد من المحاولات للعودة إلى نظام دستوري وسياسي عادي .

### أ - التكرار المتتالي لإعادة التنظيم السياسي والدستوري :

إن المدة المفتوحة في موريتانيا عبر انقلاب 10 يوليو 1978 طُبعت بسلسلة من إعادة التنظيم على المستوى الدستوري والسياسي .

على المستوى الدستوري فقد عرفت موريتانيا العديد من « المواثيق الدستورية » والتي توالى بوتيرة مرتفعة نسبيا : في سنة 1978 (ميثاق 10 يوليو) و 1979 (ميثاق 6 ابريل) وفي سنة 1980 ميثاق 4 يناير و 12 دجنبر) وفي 1981 (ميثاق 25 ابريل) و في 1985 (ميثاق 9 فبراير) دون ان ننسى مشروع دستور « جمهوري برلماني » نشر 1980 لكنه لم يتم اعتماده .

ولن نقوم بدراسة مجموعة المواثيق هذه - بالرغم من تشابهها - و سنكتفي بالاشارة الى الخطوط المميزة 1.

حيث افتتحت مختلف المواثيق الدستورية بديباجة قصيرة، بعد الاشارة الى مرجعية « الله العلي القدير »<sup>2</sup> شرح مبررات استيلائهم على السلطة (انظر لاحقا) فان « القوات المسلحة الوطنية » تعلن نيتها « احترام جميع الالتزامات الدولية التي اتخذت باسم الدولة ، والانخراط في المبادئ المكرسة لاعلان حقوق الانسان ، ميثاق الامم المتحدة ، ومنظمة الوحدة الافريقية ومنظمة الدول العربية ».<sup>3</sup>

<sup>1</sup> voir à titre d'exemple notre article ,A.S.Bouboutt, regards sur la charte constitutionnelle du 9 fevrier 1985, Revue mauritanienne de Droit et d'économie (R.M.E.D) 1987,n°2,31-36.

<sup>2</sup> حول هذا الموضوع ، فان ديباجة الميثاق الدستوري الصادر بتاريخ 9 فبراير 1985 ، اضافت تجديدا ، يتمثل في النص على أن « الشريعة الاسلامية هي المصدر

الوحيد للقانون » . Cf., notre art. Cité supra, note 9.

<sup>3</sup> هذه المرجعية المزدوجة ، لمنظمة الوحدة الافريقية ، والى جامعة الدول العربية تنبثق من الطابع العرقي - المزدوج ( العرب و الزنوج الافارقة ) للبلاد .

جميع المواثيق الدستورية تفضي إلى إلغاء مقتضيات دستور 20 مايو 1961 المرتبطة بممارسة السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية بتأكيد طابعهما المؤقت في انتظار وضع مؤسسات ديمقراطية وخارج هذه العموميات كانت المواثيق الدستورية كلها وجيزة نسبيا (وحده ميثاق 12 دجنبر الذي ضم 20 مادة).

على مستوى العلاقات ما بين السلط العمومية الأساسية حول هذه النقطة نميز من جهة ما بين ما يمكن أن نسميه « هيئة مقررة » (اللجنة العسكرية للخلاص الوطني)<sup>1</sup> ومن جهة أخرى « هيئة تنفيذية » مكونة من الضباط السامين الذين يمارسون وظائف قيادية في الجيش أو يشغلون بعض المناصب المدنية العليا (أعضاء في الحكومة) فإن اللجنة العسكرية للخلاص الوطني هي الجهاز الذي تمارس بواسطته القوات المسلحة « السلطة » وبذلك تتمسك ب « السلطة التشريعية » التي تمارسها عبر الاوامر القانونية وهي تحدد التوجهات السياسية الكبرى للبلد و هي منظمة على شكل لجان مما يذكر بشكل عام بالتنظيم البرلماني .

الجهاز التنفيذي مسؤول عن تنفيذ قرارات اللجنة العسكرية للخلاص الوطني وحسب مختلف المواثيق الدستورية يكون إما جهاز أحاديا :رئيس اللجنة العسكرية يجمع وظائف كل من رئيس الدولة ورئيس الحكومة (10 يوليو 1978 و 4 يناير 1980 و 9 فبراير 1985) أو يكون مزدوجا (ثنائيا) رئيس اللجنة العسكرية رئيس الدولة يمارس السلطة التنفيذية بالتعاون مع وزير اول (6 ابريل 1979 و 12 دجنبر 1980 و 25 ابريل 1981) هذا التعاون الذي يجد محله إما لتفوق الوزير الاول (6 ابريل 1979) او لتفوق رئيس الدولة (12 دجنبر 1980 و 25 ابريل 1981).

على المستوى السياسي نجد عدم الاستقرار نفسه ففي اقل من عشر سنوات عرفت موريتانيا اربعة رؤساء :العقيد المصطفى ولد محمد السالك (10 يوليو 1978 - 3 يونيو 1979) العقيد محمد محمود ولد احمد لولي (3 يونيو 1979 - 4 يناير 1980) المقدم محمد خونه ولد هيدالة (4 يناير 1980 - 12 دجنبر 1984) المقدم معاوية ولد سيد احمد الطايح.

1 هذه التسمية تمت منذ 1979 فالأولى (10 يوليو 1978) كانت تسمى « اللجنة العسكرية للانقاذ الوطني »

وان كان هذا السرد الكرونولوجي لا يعطي الافكرة تقريبية حول عدم الاستقرار السياسي للبلد خارج المحاولات الانقلابية الفاشلة هناك مجال للملاحظة ان كل رئيس دولة عرفت فترة حكمه العديد من انظمة الحكم المختلفة ففي الفترة الرئاسية للعقيد المصطفى ولد محمد السالك تعاقبت ثلاثة انظمة : النظام الجماعي للجنة العسكرية للخلاص الوطني (10 يوليو 1978-20 مارس 1979) الدكتاتورية الرئاسية (20 مارس 1979-6 ابريل 1979) و في الاخير نظام الحكم الثنائي مع رؤساء الوزراء العقيد احمد ولد بوسيف والمقدم محمد خونة ولد هيدالة (6 ابريل 1979 و3 يونيو 1979) وقد عرف حكم ولد هيدالة هو الآخر اربعة انماط من الحكم: الاحادية الدستورية (4 يناير 1980 و15 دجنبر 1980) الثنائية مع وزير اول مدني السيد سيد احمد ولد ابنيجاره (15 دجنبر 1980 الى 20 ابريل 1981) الثنائية مع وزير اول عسكري العقيد معاوية ولد سيدي احمد الطابع (20 ابريل 1981 و8 مارس 1984) وفي النهاية العودة الى الاحادية (8 مارس 12 دجنبر 1984) .

كل هذه التفاصيل تعطي قياسا لعدم الاستقرار السياسي للبلد كما يفسر في نفس الوقت التذكير بعدم الاستقرار الدستوري الذي تطرقنا له سالفا ذلك ان المواثيق الدستورية المتوالية تبدو في آخر تحليل بأنها نتيجة للقطيعة ما بين مختلف طوائف اللجنة العسكرية .

التجسيد والاقرار الشكلي للتغيرات التي حدثت والتي تنبئ عن صعوبة إمكانية العودة إلى نظام دستوري عاد.

## ب - محاولات العودة إلى نظام ديمقراطي :

بعد استيلائهم على السلطة في 10 يوليو 1978 اعلن العسكر من بين أهدافه الأساسية الرغبة في إخراج موريتانيا من الصراع في الصحراء الغربية وبتطهير الوضعية الاقتصادية والاجتماعية للبلد وبضمان العودة الى المؤسسات الديمقراطية وبعد مجموعة من الاتصالات تم توقيع اتفاقية « سلام نهائية » في 5 اغشت 1979 ما بين موريتانيا وجبهة البوليزاريو : تلتزم موريتانيا بالتخلي عن كل مطالبها اتجاه الصحراء الغربية حيث سحبت بالفعل قواتها تأكيدا للحياد اتجاه هذا الصراع حياد تصعب ملاحظته بسبب امتداد الصراع إلى معارضة المغرب والجزائر حول هذا المشكل وبالأهمية التي يثير بالنسبة للسينغال وفي فرنسا و في باقي العالم



العربي دون نسيان وجود جهة أو أخرى مع حدود المستعمرة الاسبانية السابقة نفس المجموعات القبلية فليس من المثير للعجب ان نوضح ان النزاع في الصحراء الغربية كان نقطة ضعف الحكومات والانظمة الموريتانية المتعاقبة. 1

بعد فترة من التردد تحت رئاسة العقيد ولد السالك وتقارب وجيز مع المغرب في ظل حكومة العقيد ولد بوسيف فان الرئيس ولد هيدالة قد اصطف تدريجيا مع الجزائر : قطع العلاقات الدبلوماسية مع المغرب (1981)، الانضمام « للمعاهدة المغربية للاخوة والتوافق » ما بين الجزائر وتونس (1983) وخصوصا الاعتراف في بداية سنة 1984 بالجمهورية العربية الصحراوية الديمقراطية هذا الاعتراف الذي تم بالرغم من اعتراض بعض الضباط « المعتدلين » من اللجنة العسكرية للخلاص الوطني من بينهم الوزير الاول انذاك العقيد معاوية ولد سيد احمد الطايح التي يبدو انها كانت السبب المباشر لانقلاب 12 دجنبر 1984 .

ودون ان يضع هذا القرار محل شك، ولا العلاقات القوية مع الجزائر . فان الرئيس ولد الطايح اعاد تأكيد الحياد الموريتاني ، والذي تم تدعيمه لاحقا باعادة العلاقات الدبلوماسية مع المغرب وما تلا ذلك من التوقيع سنة 1988 على المعاهدة المنشأة لاتحاد المغرب العربي ما بين موريتانيا والمغرب و الجزائر و ليبيا و تونس.

على المستوى الداخلي نلاحظ مسلسلا من القطيعة، المشاكل الداخلية للمجموعات انبعثت مرة اخرى .

فاذا كان الغليان الذي عرفته اوساط « الحراطين » (العبيد المحررين) كان محتشما مع القليل أو الكثير من الارتياح فان تلك المتعلقة بمجموعة الزوج الأفرقة (و بالاحص الاثنية « الهابولار ») كان اطول واخذ العديد من الاتجاهات حراك التلاميذ و الطلبة السود المعترضين على تعريب التعليم 1979 خلق منظمة سرية تمتلك جناحا عسكريا هي جبهة تحرير الأفرقة الموريتانيين « فلام » (1983) وخصوصا « مؤامرة » الضباط السود الهادفة الى اسقاط النظام القائم (1987).

<sup>1</sup> هذا المشكل كما اوضحنا، هو الذي اسقط النظام المدني للاستاذ المختار ولد داداه .

يمكننا ان نتساءل حول امكانية ان نحمل هذه العناصر المواجهات الدامية ما بين المجموعات الموريتانية والسينغالية والتي قادت الى قطع العلاقات الدبلوماسية ما بين الدولتين (1989) مما وضع التعاون ما بين البلدين محل شك، مما هدد وجود منظمة استثمار نهر السينغال. 1

زيادة على ذلك سجل التطرف الاسلامي تصاعدا ونمو خصوصا تحت رئاسة ولد هيدالة، لمعارضة سرية مختلفة والتي يبدو إن العنصر المهم فيها كان « التحالف من اجل موريتانيا ديمقراطية » والذي يقوده سياسيون ورجال أعمال وضباط في المهجر بالمغرب وفي فرنسا والسينغال مما ولد - كرد فعل - حركة قمع من طرف السلطة .

وكل هذه المعطيات تقوم على أساس أزمة اقتصادية خطيرة يطبعها عجز ميزانية دائم، التضخم، والبطالة المتصاعدة، ومديونية مرتفعة مع استمرار الجفاف. 2

وتشجع هذه الوضعية بطبيعة الحال تزايد القبيلية، ونمو مجموعات الضغط، واللوبيات الاقتصادية، والدينية، وبالاخص التجمعات السياسية الصغيرة، ذات الولاء السياسي والادبولوجي المختلفة والتي يتفاوت تأثيرها على النظام السياسي، ويترجم في اطار شبه سري، وذلك بالتناوب في فترات التعاون او التعارض مع النظام القائم .

إن تضافر هذه العوامل أدي إلى ظهور تشريعات واجراءات سياسية ظرفية. فقد تولد عن غليان « الحراطين « قرار الغاء العبودية (1980) والاصلاح العقاري(1982) ودخول عناصر من هذه الشريحة في كل سلام الدولة ، كما يبدو ان الاوساط الاسلامية كانت وراء تطبيق الشريعة الاسلامية 1983.

أما الاوساط القومية العربية فقد حصلوا على تسريع مسار تعريب التعليم والادارة . كما ادت الوضعية الاقتصادية الى اتخاذ العديد من الاجراءات وبالاخص ، اعتماد برنامج الاصلاح الاقتصادي والمالي (1985) - (1988) تحت اشراف البنك الدولي وصندوق النقد الدولي الذي أشفع ببرنامج الدعم والدفع (1989) - (1991) الذي بني على حرية المبادرة .

1 Sur ce conflit, cf, dans le même numéro l'article de C.C.Stewart.

2 Sur tous les points ,M .Duteil, Chronique mauritanienne Annuaire de l'Afrique du Nord ,1982,p.647 et s,1983,P,860 et s1984,P.948 et s.

وفيما يخص مشكلة المجموعة السوداء، نسجل اعتماد الاصلاح اللغوي سنة(1980) الذي يطالب بتنظيمه، خلال مرحلة انتقالية، شعبتان للتعليم بالفرنسية وبالعربية، وخلق معهد للغات الوطنية مكلف بتطوير لغات الزوج الافارقة، لكن هذا المشكل بقي معلقا، كما يشهد على ذلك تكوين « فلام»، و« مؤامرة» 1987 وللأزمة مع السينغال .

ونعود هنا، مع مشكل الصحراء الغربية<sup>1</sup> ومشاكل السياسية الداخلية، عاملان معيقان لم تتم السيطرة عليهما من بين عوامل تطور للنظام السياسي الموريتاني الحالي واللذين يشكل رفعهما بداية ضرورية لتوازن هذا النظام.

ونفهم أيضا بأريحية صعوبة العودة إلى النظام الدستوري العادي بالرغم من الارادة المعلنة منذ 10 يوليو 1978 من طرف العسكريين والتي تذكر بها كل المواثيق الدستورية بصورة مستمرة مع فارق زمني منتظم والتي اعتمدت « في انتظار اقامة مؤسسات ديمقراطية».

وفي هذا المحيط تم وضع مجلس وطني استشاري سنة 1979 و تعيين حكومة مدنية بقيادة الوزير الاول سيداحمد ولد ابنيجاره في دجنبر 1980، والتي اخرجت للعلن مشروع دستور، ينشأ « جمهورية اسلامية من صنف برلماني» لاختضاعه للاستفتاء و كانتا تجربتان قصيرتان .

هل سيتجه العسكريون ومنذ 1982 الى صيغة المشاركة عبر « هياكل تهذيب الجماهير» وهي جهاز شعبي للنقاش واخذ القرارات الهادفة الى ترسيخ مفهوم الدولة والقضاء على التفكير القبلي للشعب .

الانتخابات « الديمقراطية» الحديثه (تنافس حر ما بين العديد من اللوائح الانتخابية) مستشارون بلديون ،داخل عواصم الولايات (1986) والمقاطعات (1987) وداخل البلديات الريفية (1988).

إضافة إلى تأسيس « مجلس اقتصادي واجتماعي» - والذي كان مقررا في دجنبر 1989- يشكل خطوة هامة اتجاه ديمقراطية النظام السياسي الموريتاني والتي تؤكد سلسلة من الاجراءات الهادفة الى ازالة التوتر على مستوى

<sup>1</sup> صحيحا انه بالتقارب ما بين المغرب و الجزائر سيصبح تأثير هذا المشكل، غير ذي بال، هل سيتم على مستوى هذه النقطة، التي يمكن ان تحل مشكلة جودة العلاقات مع السنغال محلها؟

الحياة السياسية الداخلية: نمو الحركات الجمعوية، ظهور صحافة مستقلة، انشاء لجنة موريتانية لحقوق الانسان، الغاء اجبارية الحصول على تأشيرة للوطنيين الراغبين في السفر الى الخارج .

مجلة الفقه والقانون العدد 2 دجنبر 2012

## ( دراسة مقارنة ) دور الهندسة الوراثية في تطوير قواعد الإثبات الجنائي



تخصص قانون جنائي و علوم جنائية إعداد الدكتور عبد الرحمان خلفي

ببجاية أستاذ محاضر بكلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة

محاضر لمقاييس القانون الجنائي والإجراءات الجزائية

محامي لدى المحكمة العليا و مجلس الدولة

khelfiabderrahmane@yahoo.fr

تقديم :

الإثبات في المواد الجزائية هو إقامة الدليل على وقوع الجريمة و نسبتها إلى المجرم، أو هو كل ما يفيد في إظهار الحقيقة عن طريق الوسائل التي يتوصل إليها أطراف الدعوى العمومية، ومن بينها الوسائل العلمية الحديثة. ولم يعد الإثبات العلمي مقتصرًا على فحص عينة من الدم أو بصمة الأصبع، بل امتد إلى كل ما يفيد إلى الكشف عن الحقيقة، أو الملامح الشخصية للمجرم، و ساهم في ذلك التطور العلمي الحاصل على جميع المستويات<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> — نصر شومان، التكنولوجيا الجرمية الحديثة و أهميتها في الإثبات الجنائي، طبعة أولى، دون ذكر دار و بلد النشر، سنة 2011، ص 211.

و هذا ما جعل الفقه يؤكد على ضرورة المعرفة الكافية بالوسائل المتطورة تكنولوجيا للضبطية القضائية، فالشرطة العلمية كجزء منها تبدأ عادة عملها على مسرح الجريمة بالمعينة و الفحص الدقيق، بغية الكشف عن الآثار المادية التي تساعد إلى الوصول إلى المجرم.

هذه الأدلة لا يمكن حصرها؛ فهي متنوعة بتنوع الجرائم، لكن الشيء المميز أنه و بفضل التطور التكنولوجي الحديث أصبح بإمكان الضبطية القضائية الوصول إلى الدليل العلمي القاطع على وجود المتهم بمكان وقوع الجريمة بمجرد ضبط جزء من خلاياه الحيوية في مسرح الجريمة، وذلك منذ لمسه للمجني عليه أو أي مكان قريب، ثم تركه مثلا لشعرته، أو أجزاء من أظافره، أو قطرات من دمه... كلها وسائل من خلالها يتم مطابقة الحمض النووي الموجود بخلاياها مع الحمض النووي الموجود بخلايا المتهم أو المشتبه فيه، و من ثمة التعرف على الفاعل<sup>(1)</sup>.

#### أهمية الموضوع و الهدف منه :

تسعى الدولة بكل إمكانياتها للحفاظ على الاستقرار داخل المجتمع، ولا يكون ذلك بالنسبة للإجرام المعقد بالخصوص إلا بضبط المجرم، هذا الأمر الذي يقتضي ملاحقة التطور العلمي في كل تقنياته، و منها تقنية الإثبات بالبصمة الوراثية، و هو ما نسعى إلى توضيحه و تبسيطه لكي يأخذ به المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة، لكن مع وضع ضوابط لذلك حتى لا يؤدي استخدامها إلى إهدار حقوق الأفراد، فالقضاء الجزائري مطالب أكثر من المشرع بتوسيع مجال تطبيق تقنية البصمة الوراثية لما لها من دقة و فعالية في الوصول إلى الحقيقة.

#### إشكالية الموضوع :

الاهتمام بتقنية الهندسة الوراثية كنجاح علمي باهر حققت مكاسب منقطعة النظير في المجال الطبي، و هذا ما دفع فقهاء القانون إلى طلب الاستفادة من مزاياها، نظرا لما تتمتع به من دقة نتائجها في مجال إثبات النسب و الكشف عن المجرمين، وما يهمننا في هذا الموضوع هو المجال الجنائي، فإلى أي مدى تساهم البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي؟

<sup>1</sup> — نصر شومان، المرجع السابق، ص 153.

و تتفرع عن هذه الإشكالية عدة أسئلة؛ أهمها ما مدى صدقية البصمة الوراثية في المجال الجنائي؟ و هل تؤثر هذه التقنية في مبدأ الاقتناع الحر؟ و ما هي ضوابط الأخذ بها لدى المحاكم؟ و هل تتعارض مع الحق في سلامة الجسم و حرمة الحياة الخاصة و حق المتهم في عدم إنشاء دليل ضد نفسه؟ كلها أسئلة نحاول أن الإجابة عنها في هذا الموضوع.

### المنهج المتبع :

و قد سلكنا في هذا الموضوع المنهج الوصفي من خلال طرح تقنية البصمة الوراثية من وجهة نظر علمية خالصة، و دور رجال القانون في استخدام هذه البصمة لصالح البحث عن الحقيقة في الإثبات الجنائي.

كما تم استعمال المنهج المقارن في أحيان أخرى من خلال مقارنة موقف القضاء و التشريع الغربي مع مقابله العربي و الجزائري بالخصوص، في كيفية تطبيق تقنية الهندسة الوراثية، و دورها في كشف أعقد الجرائم و أغربها، و حلها لكثير من الإشكاليات القانونية العالقة بها.

و تم استعمال التحليل كصورة من صور المنهج الاستقرائي في مواطن قليلة من المداخلة، عبر الإشارة لبعض النصوص و تحليلها بشكل موجز غير مغل بالمعنى.

### تحديد نطاق الموضوع :

يتضمن البحث دراسة البصمة الوراثية و دورها في مجال الإثبات الجنائي دون مجال إثبات النسب، و يكون ذلك في قالب علمي خالص و تأثيره على التوجه القضائي و التشريعي المقارن.

### بيان الخطة المتبعة :

يتناول البحث مسألة إجرائية لها علاقة بالإثبات في المواد الجنائية، و تثير إحدى الإشكاليات المعاصرة؛ و هي كيف نوازن بين حق المتهم في حرمة جسده، و في حياته الخاصة، و عدم إنشاء دليل ضد نفسه، و حق المجتمع في حماية نفسه من الإجرام من خلال الاستعانة بالتطور العلمي عبر تقنية البصمة الوراثية للوصول إلى الحقيقة، أو الدليل الجنائي الذي سيبرئ أو يدين المتهم، و تبعا لذلك ارتأينا جعل الخطة مقسمة على النحو التالي؛

في مطلب تمهيدي نحاول أن نعطي مفهوما للبصمة الوراثية تكون كمدخل نعرف فيه هذه التقنية الحديثة، و بيان خصائصها التي اتفق حولها علماء الطب والقانون. و في مطلب أول ندرس مساهمة الهندسة الوراثية في تطوير الإثبات الجنائي عبر الحديث عن مدى تأثير الدليل العلمي على مبدأ الاقتناع الحر، و مدى صدقية البصمة الجينية و دورها في إثبات أو نفي الجريمة. أما المطلب الثاني فيشمل الشروط المطلوب تحقيقها حتى يتم قبول نتائج تحليل الحامض النووي، ثم الإشكاليات التي تعترض تطبيق و قبول هذه التقنية أمام القضاء و من بينها الحق في سلامة الجسم والحق في حرمة الحياة الخاصة و حق المتهم في عدم إنشاء دليل ضد نفسه. و أخيرا نتناول في المطلب الثالث موقف التشريع و القضاء الغربي و العربي و منه الجزائري من البصمة الوراثية.

### مطلب تمهيدي : مفهوم البصمة الوراثية

نخصص هذا المطلب لتوضيح معنى البصمة الوراثية لغة ثم اصطلاحا و أخيرا علميا، حتى إذا تكونت لنا فكرة عن تعريف البصمة الوراثية و تاريخ اكتشافها نحدد لها خصائصها التي تميزها عن ما يماثلها.

### الفرع الأول : تعريف البصمة الوراثية و اكتشافها :

نتناول في هذا الفرع تعريف البصمة الوراثية عند أهل اللغة و رجال الفقه و القانون، و من الناحية العلمية.

#### أولا : البصمة الوراثية من الناحية اللغوية و الفقهية و العلمية.

البصم كلمة عربية أصيلة، و من الناحية اللغوية البصمة من بصم، و بصم بصما القماش رسم عليه، و البصمة لغة هي العلامة، و تعني الفارق بين الأصبعين الخنصر و البنصر<sup>(1)</sup>. و قد تولد معنى جديد أقره مجمع اللغة العربية في مصر و هو أثر الختم بطرف الأصبع بعد دهنه بمادة مخصوصة، لتنطبع الخطوط الدقيقة في بنان الأصابع على ورق أو قماش، و قد توسع هذا المعنى حتى صار اللفظ يستعمل في الأثر المنطبع على شيء مطلقا مما يتميز به صاحبه عن غيره في استعمال البصمة الوراثية<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> — المنجد في اللغة و الإعلام، المطبعة الكاثوليكية و دار المشرق، بيروت، الطبعة الثامنة و الثلاثون، سنة 2000، ص 40.

<sup>2</sup> — أبو البقاء الكفوي، معجم في المصطلحات و الفروق اللغوية، مؤسسة الرسالة، طبعة ثانية، سنة 1998، ص 49.



و الوراثة من مصدر وراث، و يقال وراث فلان المال أي صار إليه بعد موت مورثه، و الميراث جمع مواريث و هو تركة الميت<sup>(1)</sup>.

و من الناحية الفقهية تم تعريف البصمة الوراثية خلال ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية برعاية المنظمة برعاية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بأنها البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، و هي وسيلة لا تكاد تخطيء في التحقق في التحقق من الشخصية<sup>(2)</sup>.

أما رجال القانون فنجدهم لم يولوا أهمية لتعريف البصمة الوراثية و لكن حاول البعض و هم قليل بالقول " البصمة الوراثية هي معلومات خالصة تخص شخصا ما و التي تميزه عن غيره، فهي وسيلة بيولوجية لتحديد شخصية الفرد"<sup>3</sup>.

و من الناحية العلمية فتعد البصمة الوراثية المورثة الموجودة في جميع الكائنات الحية، و هي تبين مدى الصلة بين المماثلات، و تجزم بوجود الفرق أو التباين عن طريق معرفة التركيب الوراثي لكل إنسان<sup>(4)</sup>، و إذا أردنا تفصيل ذلك من الناحية العلمية الصرفة فإننا نجد بجسم الإنسان 100 ترليون خلية - و الترليون يساوي ألف بليون - مثل الخلايا الجلدية و العصبية و العضلية و الجنسية ... و غيرها، و هذه الخلايا تموت ما عدا الخلايا العصبية و لكنها تتجدد باستمرار، و هي من مادة البروتين الذي يتوفر من الغذاء اليومي الذي تهضمه المعدة و يتحول إلى أحماض أمينية، و الخلية الواحدة محاطة بجدار يحدد شكلها العام.

و لما ندخل إلى عالم الخلية نجد سائل هلامي يسمى السيتوبلازم، يتوسط الخلية النواة، و النواة مستديرة الشكل مسؤولة عن حياة الخلية و تكاثرها و انقسامها، و نجد داخل هذه النواة 46 كرموزوم - مسؤولة عن نقل الصفات الوراثية - و ان كل زوج من هذا الكرموزومات متشابهة تماما سواء في خلية ذكر أو أنثى.

<sup>1</sup> — سعدي أبو الحبيب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، دار الفكر، سوريا، الطبعة الأولى، سنة 1998، ص 377.

<sup>2</sup> — عبد الرحمن عبد الله العوضي، أعمال ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري الجيني من زاوية إسلامية، المنعقدة في الكويت بتاريخ 13 و 15 أكتوبر سنة 1988.

<sup>3</sup> — حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، دون طبعة، سنة 2011، ص 92.

<sup>4</sup> — وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات، مداخلة ألقىت بالملتقى الدولي بعنوان الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، المنظم من طرف كلية الشريعة و القانون، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 5 و 7 ماي 2002.

و إذا نظرنا إلى أحد هذه الكرموزومات نجده يحمل شريط من **ADN** التي تحمل كل الصفات الموروثة على شكل حلزوني مزدوج، و تتكون الشفرة الجينية للحمض النووي من ثلاثة بلايين وحدة في كل خلايا الجسم البشري التي يبلغ عددها **100** ترليون خلية.

و عمليا يتم استخراج عينة من **ADN** من نسيج الجسم و سوائله، يتم قطع هذه العينة باستعمال أنزيم معين يسمى المقص الجيني على شكل مقاطع طولية، ثم ترتب باستعمال طريقة التفريغ الكهربائي، ثم تعرض على الأشعة السينية فتطبع على شكل خطوط داكنة اللون و متوازنة<sup>(1)</sup>.

### ثانيا : اكتشاف البصمة الوراثية :

تم اكتشاف البصمة الوراثية سنة **1984** بعدما نشر الدكتور " أليك جيفريز " عالم الوراثة بجامعة ليستر بلندن بحثا أوضح فيه بأنه بعد دراسته للحمض النووي لاحظ بعض التتابعات المنظمة و المحددة للحمض النووي، و التي لا تعرف إلا وظيفة التكرار المنظم. و بعد عام توصل إلى أن هذه التتابعات هي عبارة عن مناطق فرط التغير بين الجينات الموجودة على سلم **ADN**، و هي تختلف في كل فرد عن غيره من حيث طولها و سمكها و موقعها على السلم، و لا يمكن من الناحية الطبيعية وقوع تشابه بين اثنين إلا لتوأمين متطابقين. و سجل الدكتور " أليك جيفريز " براءته عام **1985** و أطلق عليها البصمة الوراثية تشبيها لها ببصمة الأصابع، و سماها البعض بالطبعة الوراثية أو بصمة الجينات، و البعض سماها بمحقق الهوية<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني : خصائص البصمة الوراثية :

تتميز البصمة الوراثية بجملة من الخصائص تجعلها بحق دليل إثبات قوي يعتمد عليه في بناء قناعة القاضي أهمها؛

- تعد البصمة الوراثية أصل كل الصفات الوراثية في الإنسان و تبدأ معه منذ تكوينه في الرحم حتى وفاته.

<sup>1</sup> — عبد الواحد إمام مرسى، البصمة الوراثية و رباح التغيير — في مجال الكشف عن الجرائم — مداخلة أُلقيت بالملتقى الدولي بعنوان الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، المنظم من طرف كلية الشريعة و القانون، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 5 و 7 ماي 2002.

<sup>2</sup> — ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب، مداخلة ملقاة بالمؤتمر الدولي حول الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، المنظم من طرف كلية الحقوق و الشريعة بجامعة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ 5 و 7 ماي 2002.

- تعتبر البصمة الوراثية أدق وسيلة عرفها الطب حتى الآن في تحديد هوية الإنسان، نظر لقطعية نتائجها التي لا تقبل الشك.

- تقوم البصمة الوراثية بوظيفتين؛ الأولى هي إثبات و نفي النسب و الثانية هي إثبات و نفي التهمة<sup>(1)</sup>.

- قوة الحمض النووي و تحمله ضد التعفن و التغيرات المناخية، فهو يقاوم عوامل التحليل منها الحرارة و الرطوبة لفترات طويلة، إذ يمكن استخلاص الحامض النووي من عينات قديمة تصل أعمارها إلى أكثر من 30 سنة<sup>(2)</sup>.

- تظهر بصمة الحمض النووي على هيئة خطوط عريضة يسهل قراءتها و حفظها و تخزينه في الحاسوب مما يسهل مضاهاتها<sup>(3)</sup>.

- عدم التوافق و التشابه بين كل فرد و آخر عند تحليل البصمة الوراثية، إلا في حالة التوأم المتماثلة الواحدة.

- استحالة مسح بصمة الحمض النووي، و قد تنتقل مجرد المصافحة.

- عدم تغير البصمة الوراثية من مكان لآخر في جسم الإنسان، فهي ثابتة بغض النظر عن نوع النسيج، فالبصمة الوراثية الموجودة في العين تجد لها مثيلا في الكبد و القلب و غيره.

- يمكن إجراء فحص جيني على شريحة واسعة من العينات كالشعر، و المني، و العظام ... و غيرها<sup>(4)</sup>.

#### المطلب الأول : مساهمة البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي :

لفت انتباه الأطباء الشرعيين النتائج الهائلة التي حققتها البصمة الوراثية على المستوى الجنائي، واستخلصوا بها الكثير من الأدلة المادية، و ما كان في عهد قريب مجرد قرينة أصبح يشكل دليلا قاطعا تبنى عليه الأحكام الجنائية بالإدانة أو بالبراءة، و هكذا صارت البصمة الوراثية دليلا قانونيا في كثير من التشريعات الغربية و العربية، و هو ما

<sup>1</sup> — خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، طبعة أولى، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2006، ص 48.

<sup>2</sup> — حناشي محمد و حيد، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي، مقال منشور بنشرة المحامي الصادرة عن منظمة سطيف، عدد 08، جانفي 2009، ص 10.

<sup>3</sup> — عبد الواحد إمام مرسى، المداخلة السابقة.

<sup>4</sup> — إقروفة زوييدة، التطبيقات المعاصرة للبصمة الوراثية، مقال منشور بنشرة المحامي الصادرة عن منظمة المحامين بسطيف، العدد 10، سبتمبر 2009، ص 30.

محاوّل توضيحه من خلال هذا المطلب عن طريق بيان علاقة الدليل العلمي بقناعة القاضي، و مدى صدقية البصمة الوراثية و دورها في إثبات أو نفي الجريمة.

### الفرع الأول: الدليل العلمي و مبدأ الاقتناع الحر :

السائد في إثبات الجرائم في القوانين المقارنة مبدأ حرية القاضي في الإثبات، و معناه أن القاضي لا يلتزم بوسيلة معينة إثبات معينة، بل يكفي أن يكون قناعته من أي دليل، و أن يزن قوة الإثبات من كل عنصر في الدعوى، فيأخذ ما يطمئن إليه و يطرح ما لا يرتاح له<sup>(1)</sup>.

لكن نجد أن العلم في بعض الأحيان قد فرض نفسه بشكل لافت في إثبات الجريمة و نسبتها إلى الفاعل، و أصبح للخبرة الفنية دور في تعيين الفاعل بشكل يؤثر على قناعة القاضي على نحو يكاد يكون مطلقا في بعض القضايا، وهذا ما دعا الفقه - بحق - إلى التساؤل إلى أي مدى يؤثر التطور العلمي على نظام الإقناع القضائي؟<sup>(2)</sup>.

فيرى البعض و أنه يجب أن نثق في الدليل العلمي بشكل مطلق، و تبعا لذلك سوف يكون للخبير الفني القول الفصل في المسائل التي تعرض عليه، ولا يبقى للقاضي إلا قبول رأي الخبير دون تقدير من جانبه، لأن الأمر يتعلق بمسألة فنية و هو لا يملك من أمرها شيئا.

في حين يرى بعض الفقه بوجوب الإبقاء على الاقتناع الحر حتى في المسائل الفنية التي توصل فيها العلم إلى نتائج تكاد تكون مؤكدة، و تبعا لذلك يرى بعدم وجود تناقض بين الدليل العلمي مهما كانت قوته و بين النظم المستقرة في تكوين القاضي لعقيدته<sup>(3)</sup>، بل كل ما في الأمر هو اتساع مجال الاستفادة بالقرائن و الخبرة العلمية لصالح تنوير قناعة القاضي، وهنا الفقه يميز بين أمرين؛

الأول و هو القيمة العلمية القضائية للدليل، و الثاني هو الظروف و الملابسات التي وجد فيها هذا الدليل، و عليه يجب الإشارة و أن تقدير القاضي لا يشمل الأول و ذلك لان قيمة الدليل تقوم على أسس علمية، ولا يناقش

<sup>1</sup> — غنام محمد غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات، مداخلة تم إلقائها في المؤتمر الدولي المنظم من طرف كلية الشريعة و القانون بالإمارات العربية المتحدة تحت عنوان الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون بتاريخ 5 و 7 ماي 2002.

<sup>2</sup> — حسين محمود إبراهيم، النظرية العامة للإثبات العلمي في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه نوقشت بكلية الحقوق بالقاهرة، مصر، سنة 1981، ص 79.

<sup>3</sup> — حسين محمود إبراهيم، الرسالة السابقة، ص 79.

القاضي الحقائق العلمية، أما الظروف و الملابس التي وجد فيها هذا الدليل فإنها تدخل في تقدير القاضي، بحيث يكون في مقدوره طرح الدليل، و ذلك عندما يتبين و أن وجوده لا يتسق منطقيا مع ظروف الواقعة<sup>(1)</sup>.

بمعنى أوضح تبقى البصمة الوراثية مسألة فنية مثلها مثل أي مسألة علمية، تسري عليها بحسب الأصل وجوب الاستعانة بالخبير لأنه يصعب على المحكمة الوصول إلى الحقيقة بغيرها، كما أن مخالفة المحكمة لرأي الخبير يتعين أن يبنى على رأي فني مخالف مادام الأمر يتعلق بمسألة فنية، و من ثم يتعين على المحكمة أن تحيل الأمر على خبير آخر، و لكن للمحكمة السلطة التقديرية في فحص البصمة الوراثية باعتبار أن الأمر يتعلق بممارسة المحكمة لسلطتها التقديرية في تقدير أدلة الدعوى، فالقاضي هو الخبير العلي في الدعوى<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني : مصداقية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي :

اختلف الفقه حول مسألة مدى مصداقية البصمة الوراثية؛ فيرى البعض أن نتيجتها في الإثبات بنسبة **99.99%**، و في حالة النفي **100%**<sup>(3)</sup>، وقال البعض أن احتمال تطابق الحمض النووي في شخصين غير وارد، مما جعلها قرينة نفي و إثبات قاطعة و لا تقبل الشك، حيث أن نسبة الخطأ فيه تكاد تبلغ فرصة واحدة لكل **30** مليار من الحالات<sup>(4)</sup>.

و قال العالم البيولوجي الدكتور عمر الشيخ الأصم " منذ أن تم إدخال تقنية البصمة الوراثية كأحد الأدلة المستخدمة في التحقيقات الجنائية، شهدت التقنية تطورا ملحوظا، هادفا إلى زيادة مصداقيتها، ولكن مثل أي طريقة بيولوجية لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية **100%** صحيحة، و خالية من العيوب<sup>(5)</sup>."

و لأن كانت الأدلة التقليدية قد تصل إلى ربط الجريمة بالجرم، خاصة ما تعلق بالاعتراف، لكن هذا الأخير كي يكون صحيحا و مقبولا يجب أن يكون صريحا، و صادرا من المتهم، و مرتبطا منطقيا مع الوقائع.

<sup>1</sup> — جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي و التكنولوجيا الحديثة، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2002، ص 22.

<sup>2</sup> — غنام محمد غنام، المداخلة السابقة.

<sup>3</sup> — إقروفة زوييدة، المقال السابق، ص 30 .

<sup>4</sup> — محمد المختار السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية و حجيته في الإثبات، مداخلة تم إلقائها في المؤتمر الدولي المنظم من طرف كلية الشريعة و القانون بالإمارات العربية المتحدة تحت عنوان الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون بتاريخ 5 و 7 ماي 2002.

<sup>5</sup> — هذا التصريح وارد عند خليفة على الكعي، المرجع السابق، ص 46.

و هذا ما يجعلنا نميز بين حالة الوصول إلى الدليل بالوسائل التقليدية أو باستخدام تقنية الحمض النووي؛ ففي الحالة الأخيرة يتم استخلاص الدليل بصورة علمية وقاطعة وحاسمة، بالإضافة إلى كونه ينسب الجريمة إلى فرد واحد بعينه، وهذا الدليل لا يقبل التشكيك، فهو مقنع للمحكمة، و يمكن للقاضي الارتكان إليه في إصدار حكمه بالإدانة أو بالبراءة، أما الدليل التقليدي فلا يتمتع بذات القوة الثبوتية التي يتمتع بها الحمض النووي<sup>(1)</sup>

إن تقنية الحمض النووي أكثر فاعلية في كشف غموض الجرائم و بشكل سليم، فهي تحل أكثر الجرائم تعقيدا و تشابكا عندما تعجز وسائل الإثبات التقليدية في حل شفرتها، وهذا ما يجعلها تبعث على الثقة و الاطمئنان في الدليل المستمد منها، فيكون ضمير القاضي مرتاحا في قضائه، و يؤسس حكمه على أسباب منتجة و مقنعة، و في المقابل نجد أن استخدام هذه التقنية قد يؤدي إلى التقليل من الجرائم، لأن الجاني يخشى افتضاح أمره<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث : استخدام تقنية الحمض النووي في نفي أو إثبات الجريمة :

تُعرف دراسة حمض نواة الخلية " **ADN** " بتكنولوجيا الهندسة الوراثية، و الحمض النووي فيها هو عبارة عن مادة كيميائية تتحكم في الصفات الوراثية لكل شخص، فهي بمثابة خريطة خاصة بالجسم محفوظة في داخل كل خلية من خلايا الجسم<sup>(3)</sup>، وهي التي تجعل كل إنسان مختلفا عن الآخرين، وهي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه<sup>(4)</sup>.

و عمليا بعد وقوع الجريمة، تتقدم الشرطة العلمية برفع عينة من مكان الحادث، ثم يتم التخلص من المواد المصاحبة للعينة، ليتم بعدها مقارنة منطقة الحمض النووي الذي يعثر عليه بمنطقة الحمض النووي أو الخلية المأخوذة

<sup>1</sup> — حسام الأحمد، البصمة الوراثية (صحتها في الإثبات الجنائي و النسب ) طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010، ص 148.

<sup>2</sup> — حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 149.

<sup>3</sup> — أحمد الجمل، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي، مقال منشور بالمجلة الجنائية القومية التي يصدرها المركز القومي للبحوث الاجتماعية و الجنائية، القاهرة، مصر، المجلد السادس و الأربعون، العدد الثالث، نوفمبر 2003، ص 86.

<sup>4</sup> — علم إيدر، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها استخدامها في إثبات النسب أو نفيه، مقال منشور نشرة المحامي، التي تصدر عن منظمة المحامين ناحية سطيف، العدد 7/ 2008، ص 27.

من المتهم، و عند وجود منطقتين متطابقتين يعتبر دليلا شبه مطلق على أن الخلية هي لنفس الشخص، فيما عدا حالة وجود توأم أحادي البويضة<sup>(1)</sup>.

فالتجارب العلمية أثبتت أن لكل إنسان حمض نووي مختلف في الشكل و الطول و المميزات و مواقع الترسيب عن أي شخص آخر، و يوجد هذا الحمض في جميع الخلايا باستثناء كرات الدم الحمراء لأنه لا يوجد بها نواة، ما عدا ذلك يمكن استخراجها من جذور الشعر، كرات الدم البيضاء، العظام، إفرازات الإنسان مثل المني، اللعاب، الفضلات<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني : شروط قبول البصمة الوراثية و الإشكاليات المثارة بشأن تطبيقاتها :

حتى يتم الاعتماد على البصمة الوراثية كدليل إثبات يتعين احترام الضوابط العلمية لتحليل الحمض النووي، لأن قيمة اختبار الحمض النووي تعتمد على جودة طريقة البحث و الدقة في تفسير النتائج، وهذا التحليل لا بد له من كفاءة علمية واسعة لها علاقة بالخبير و المخبر الذي سوف يجري فيه التحليل<sup>(3)</sup>.

بالإضافة إلى أن تقنية البصمة الوراثية إذا لم تحترم الشرعية الإجرائية المنصوص عليها في القوانين الجنائية فتعد معدومة النتيجة حتى و لو توصلت إلى قيام العلاقة بين الجريمة و المجرم، هذا ناهيك إلى وجود بعض الإشكاليات القانونية التي تتصادم مع استعمال هذه التقنية خاصة إذا تعلق الأمر بالمسائل بسلامة الجسد و الحياة الخاصة.

لذا يتعين الحديث عن هذه النقاط ضمن ضوابط يتم من خلالها تأمين الدليل المستمد من البصمة الوراثية، بالإضافة إلى معرفة الإشكاليات التي تعترض الاستعانة بهذه الطريقة و ضبط الحلول المناسبة لها.

<sup>1</sup> — جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 62.

<sup>2</sup> — جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 64.

<sup>3</sup> — خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 50.

## الفرع الأول : شروط قبول البصمة الوراثية أمام المحاكم الجزائية :

يكاد يجتمع الفقه على أن الضوابط اللازمة لتوافرها لتأمين الدليل المستمد من البصمة الوراثية هي ضوابط موضوعية لها علاقة بالشروط المطلوبة في الخبر و ضوابط إجرائية لها علاقة بمشروعية الإجراء في حد ذاته، و يمكن حتى أن نقول أنها ضمانات للمتهم أمام العدالة يحتج بها أمام جهات التحقيق، و يدفع بها أثناء المحاكمة.

### أولاً: الضوابط الموضوعية :

- يجب أن تكون المختبرات العلمية مزودة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية و المواصفات الفنية القابلة للاستمرارية.

- أن يكون العاملون على البصمة الوراثية من أصحاب الخبرة العالمية و المستوى الرفيع، و ممن يشهد لهم بالتقدم العلمي و التقني، وكذلك يتصفون بصفات الأمانة و الخلق الحسن.

- يجب إجراء أكبر قدر من التحاليل على العينة الواحدة أمام نفس المخبر ضماناً لصحة النتائج قدر الإمكان، و أن يتم بالموازاة التحليل في مختبرين معترف بهما على الأقل، فلا تقبل نتيجة خبرة واحدة سواء للإثبات أو للنفي، وهذا تفادياً للخطأ و زيادة في قناعة و اطمئنان القاضي.

- يجب توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءاً من نقل العينات إلى أن تظهر النتائج حرصاً على سلامة تلك العينات و ضماناً لصحة نتائجها<sup>(1)</sup>.

### ثانياً : الضوابط الإجرائية :

- يجب أخذ العينة في حضور الأطراف و هذا ضماناً و احتراماً بمبدأ الوجاهية، و كل عمل يخالف ذلك يعرضه للبطلان<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 119 .

<sup>2</sup> - جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 96.



- يجب أن يتم التحليل بإذن من الجهة المختصة بناء على أمر من السيد وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق أو حتى قاضي الحكم.

- يجب أن يكون الإذن بتحليل الحامض النووي مسببا.

- يجب ألا تشكل الوسيلة - من حيث المبدأ - اعتداء على الحرية الشخصية و الكرامة الإنسانية.

- يجب أن يتعلق الأمر بجريمة ذات درجة معينة من الحساسية، مما قد يستلزم تدخل المشرع لتحديد ماهية الجرائم التي يمكن ممارسة تقنية البصمة الوراثية بشأنها.

- يجب أن يكون هناك اشتباه قوي ضد المتهم المراد إخضاعه لمثل تقنية البصمة الوراثية<sup>(1)</sup>.

فإذا ما تم احترام الضوابط الموضوعية و الإجرائية معا، فإن الدليل الناجم عن استعمال تقنية البصمة الوراثية سيكون مشروعاً و مقبولاً عند القضاء، و هو كاف لإدانة المتهم أو لتبرئته.

#### الفرع الثاني : الإشكاليات المثارة عند استخدام الحامض النووي :

تظهر عدة إشكاليات قانونية عند القيام بأخذ عينة من الحامض النووي بغية إجراء التحاليل اللازمة للوصول إلى الدليل، أهمها هو إمكانية تعارض هذه التقنية مع حق الإنسان في سلامة جسده، وفي حرمة حياته الخاصة، وحق المتهم في عدم تقديم دليل ضد نفسه، و هي النقاط التي سوف نتعرض لها تباعاً.

أولاً : بالنسبة للمساس بحق المتهم في سلامة جسمه.

لا يمكن إجراء تحاليل الحامض النووي إلا عن طريق نزع خلية من جسم الإنسان، أي لا بد من اقتطاع جزء من جسمه، وهذا ما يعتبر مساساً بالسلامة الجسدية للمتهم، فحرمة الجسد البشري حقا من حقوق الشخصية، و يمنع القانون الاعتداء عليها، و هنا تطرح الإشكالية، فهل يعد أخذ عينة من جسد المتهم في إطار التحقيق الجنائي يشكل اعتداء على سلامة الجسد البشري؟

<sup>1</sup> - أحمد الحمل، المقال السابق، ص 104.

و دون الخوض في الجدال الفقهي إلا أن المتفق عليه عند غالبية الفقه<sup>(1)</sup> هو أن الحق في سلامة الجسد ليس حقا مطلقا، و الكثير من التشريعات تقيّد في قوانين الصحة، بل هو جزء من إجراءات التحقيق يتعين ضبطها و تعزيزها بضمانات فقط، و لكن من حيث المبدأ فهو لا يمس سلامة الجسد.

### ثانيا : بالنسبة للمساس بحق المتهم في الحياة الخاصة :

ظهر مصطلح حديث يعرف بالحق في الخصوصية الجينية، و الذي يقصد به بأنه حق المرء في أن يقرر لنفسه ما هي المعلومات الجينية التي يمكن للغير معرفتها، و حقه في أن يقرر ماهية هذه المعلومات التي يرغب هو في معرفتها عن نفسه<sup>(2)</sup>.

و المعلومات الجينية هي معلومات لها علاقة بالناحية الصحية للشخص، و بالتالي هي تتسم بالحساسية، لأجل ذلك عززتها التشريعات بأعلى قدر من الحماية انطلاقا من الدستور إلى القانون المدني لضمان عدم استخدامها للإصرار بشخص صاحبها<sup>(3)</sup>.

و لكن مع التطور العلمي ظهرت لنا بعض الوسائل و الأجهزة التي بدأت تقتحم على الإنسان خلوته و تمس خصوصياته، و تعد البصمة الوراثية أحد التقنيات التي تشارك في هذا الاختراق، لأن البصمة الجينية توفر إمكانيات غير معهودة في التعرف على هوية الأشخاص لكنها في المقابل تقدم معلومات خطيرة حول المرض الوراثي للمتهم و لأسرته، و هذا ما يدعو للتساؤل إلى أي مدى يعتبر تحليل الحامض النووي تدخلا في الحياة الخاصة للمتهم؟ و أحسن طريقة تتم من خلالها عدم تسرب المعلومات الخاصة بالمتهم هو استعمال طريقة "أليك جيفريز"، هذه الأخيرة تضمن ألا تعطي الشفرة أية معلومات عن الشخص الذي أخذ منه الحامض النووي، بحيث لا تشير البصمة الوراثية إلى أي شيء عن المتهم و لا عن شخصه و لا عن طباعه و استعداداته الإجرامية أو الوراثية، و لا تحدد ما إذا كان الشخص رجلا أم امرأة و لا عن مرضه<sup>(4)</sup>، و رغم نجاعة هذه الطريقة لكن يستحسن ضبط التدخل

<sup>1</sup> — حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 120.

<sup>2</sup> — أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية و الحماية الجنائية للحق في الخصوصية، مداخلة تم إلقائها في المؤتمر الدولي المنظم من طرف كلية الشريعة و القانون بالإمارات العربية المتحدة تحت عنوان الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون بتاريخ 5 و 7 ماي 2002.

<sup>3</sup> — أشرف توفيق شمس الدين، المداخلة السابقة.

<sup>4</sup> — جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 75.

الجيني بنص خاص ليمنع توسيع الأبحاث خارج الإطار المطلوب، كما يتعين تجريم الأفعال المخالفة بنصوص جزائية رادعة.

ثالثا : بالنسبة لحق المتهم في عدم تقديم دليل ضد نفسه :

من القواعد الأصولية في الإثبات أن البينة على من ادعى، و أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، و تنطبق هذه القاعدة على الإثبات المدني و الإثبات الجنائي على السواء.

فقد يوافق المتهم على نزع عينة من جسمه بغرض إجراء التحاليل اللازمة للوصول إلى الحقيقة، و عند هذه الحالة لن يضطر إلى مخالفة القاعدة السالفة الذكر، ولكن قد يرفض ذلك تحت أي سبب من الأسباب، فهل يجبر على أخذ خليته من جسمه أم يترك و شأنه؟

لقد اختلف الفقه في إيجاد حل لهذا الرفض؛ فمنهم من يرى بمعاقبة الرفض في حد ذاته كما في حالة رفض أخذ عينة من الدم على أثر مخالفة مرورية و بالتالي يتم تجريم فعل الرفض.

و منهم من يرى بعدم معاقبة رفض الخضوع للتحليل الحامض النووي، و لكن تبقى المسألة للسلطة التقديرية للقاضي ليقرر هل هذا الرفض يعد دليلا على ارتكاب الجريمة أم لا، وهذا الموقف سار عليه المشرع الإنجليزي.

أما الرأي الثالث فيرى بوجوب إكراه المتهم للخضوع لتحليل الحامض النووي و هو ما أخذ به المشرع الألماني و الأمريكي و غيرهم<sup>(1)</sup>، ولا تعارض بين هذا الرأي و قاعدة عدم إمكانية إجبار المتهم على تقديم دليلا ضد نفسه، لأن هذه القاعدة تنطبق على الأدلة الشفهية مثل الاعتراف و الشهادة و ليس على الوسائل القسرية في الإجراءات الجنائية مثل التفتيش و غيره<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> — هذه الآراء واردة عند جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 78، 79.

<sup>2</sup> — المرجع نفسه، ص 82.

### المطلب الثالث : موقف التشريع و القضاء المقارن من البصمة الوراثية كدليل في الإثبات :

لقد تباين موقف القضاء و التشريع المقارن بصدد الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل إثبات بين مرحب و مشكك، ونحاول أن نبرز المواقف الغربية و العربية، ثم الموقف الجزائري.

#### الفرع الأول : موقف القضاء و التشريع الغربي :

- في أمريكا رحب القضاء بنبأ البصمة الوراثية، وقد لاق قبولا كدليل إثبات أو نفي للجريمة، و أكبر دليل ساقه القضاء الأمريكي على اعتبار البصمة الوراثية قرينة قاطعة في الإثبات ضد المتهم هي قضية الرئيس الأمريكي السابق بيل كلينتون معا مونيكا لوينسكي، و التي على إثرها خضع الرئيس الأمريكي للاعتراف و الإدانة<sup>(1)</sup>.

- و في إنجلترا نجد قانون الشرطة و الدليل الجنائي لسنة 1984 تضمن إجراء الفحص الطبي الشرعي على عينات من شخص المتهم على شرط موافقته كتابية على ذلك، وفي حالة رفض المتهم المثول للاختبار الحمضي يتم إخباره بأن هذا الرفض يعد بمثابة دليل ضده<sup>(2)</sup>.

و يفرق القانون الإنجليزي بين العينات الحميمية مثل الدم و السائل المنوي و السوائل المهبلية و السوائل الجسدية الأخرى كالبول و العرق و اللعاب، و بين العينات السطحية غير الحميمية مثل الشعر و الرواسب الموجودة تحت الأظافر، ولا يسمح القانون بأخذ العينات الحميمية إلا بإذن من أحد موظفي الشرطة برتبة معينة، يقدم هذا الإذن في شكل أمر مسبب، ولا يمكن رفع العينة إلا في الحدود التي تساعد على كشف الجريمة، وقد لعب القضاء الإنجليزي دور هاماً في قبوله بتقنية البصمة الوراثية.

و لعل أهم قضية تلك المتعلقة باغتصاب فتاتين و قتلتهما، فاستخدمت الشرطة 5500 شخص و تم توجيه الاتهام و الإدانة لشخص ثبت علاقته بذلك و عوقب بالمؤبد سنة 1988<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> — خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 86.

<sup>2</sup> — جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 84.

<sup>3</sup> — حناشي محمد وحيد، المقال السابق، ص 11.

- وكل من المشرع الألماني و الدغاركي يجيزان أخذ عينة من المتهم لإجراء الفحص، ولا يكون ذلك إلا في حالة وجود دلائل قوية ضد هذا الأخير، ولا تحتاج هذه التحاليل إلى أخذ رضا المتهم بل يتم قهرا إذا رفض ذلك<sup>(1)</sup>.

- و التشريع الفرنسي يجيز استخدام تقنية البصمة الوراثية و لكن بشرط أمر قضائي في ذلك، و أن يتم التحليل في مخابر مختصة لمرتين متتاليتين. و بصدور القانون المتعلق باحترام الجسم البشري سنة 1994 تم إقرار عملية التعرف على الشخص بفضل البصمات الجينية<sup>(2)</sup>.

- و قد أصدر المجلس الأوروبي توصية تحت رقم 92-1 بناء على اقتراح لجنة وزراء الدول الأعضاء في 22 فيفري 1991 تضمنت ما يلي:

- لا يمكن استخدام تقنية الحامض النووي إلا بغرض البحث الجنائي، بناء على ترخيص من المشرع الوطني.
- يجب إجراء هذه التحاليل في معامل طبية تابعة لوزارة العدل أو حاصلة على ترخيص بذلك.
- لا يسمح بإجراء هذه التحاليل إلا بإذن السلطة المختصة بالتحقيق، وذلك في حالة رفض المتهم السماح بإعطاء عينة من خلاياه.
- لا يسمح بإجراء هذه التحاليل إلا في نطاق الجرائم التي على درجة معينة من الخطورة الإجرامية، و أن ينص القانون على هذه الجرائم<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني : موقف التشريع و القضاء العربي :

- في مصر تم إنشاء معمل للطب الشرعي و البيولوجيا الجزئية لإجراء اختبارات الحامض النووي في الجرائم المختلفة سنة 1995، وقام هذا المعمل بالكشف عن العديد من الجرائم و التعرف على الأشخاص المفقودين بواسطة دراسة العظام المتبقية منهم.

<sup>1</sup> — خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 87.

<sup>2</sup> — حناشي محمد وحيد، المقال السابق، ص 11.

<sup>3</sup> — خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 87.

أما من الناحية العملية فقد رفض القضاء في بدايته الاحتكام إلى البصمة الوراثية، لكنه و بعد تطور العلم تغيرت نظرة محكمة النقض و ذلك في قرار مبدئي هذا نصه " ... و متى كان الدفاع عن الطاعن قد تمسك بطلب استعمال التحليل لتعيين فصيلة الحيوانات المنوية، و كانت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الحديث تفيد إمكانية تعيين فصيلة الحيوان المنوي، فقد كان متعينا على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهري عن طريق المختص فنيا، أما و هي لم تفعل اكتفاء بما قالته من أن فوات مدة طويلة تمنع بحث الفصائل، فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير، و يكون حكمها معيبا"<sup>(1)</sup>.

- و في دولة الإمارات العربية المتحدة تم إنشاء أول مختبر جنائي في العالم العربي سنة 1993 يهتم بتحليل الحامض النووي، و بدأ القضاء فيها مترددا في قرارته بشأن الأخذ بالبصمة الوراثية، فقد أصدرت محكمة التمييز بإمارة دبي قرار جاء فيه " أن نتيجة تحليل الدم ليست من البيانات المعتبرة شرعا لإثبات النسب، ولا يعدو هذا التقرير أن يكون مجرد قرينة يخضع تقديرها إلى محكمة الموضوع، ولا تثريب على محكمة الاستئناف في عدم أخذها بنتيجة المخبر الجنائي في إثبات نسب الولد المتنازع عليه من الطاعن بعد تحليل الدم"<sup>(2)</sup>. و لكن في وقت لاحق تغيرت قناعة المحاكم في دبي و أصبحت تأخذ بنتائج المختبر الجنائي<sup>(3)</sup>.

- و تعد الأردن من أنظمة القضاء العربية المتقدمة في المجال العلمي، ولقد اعتمدت المحاكم في المحكمة الأردنية الهاشمية البصمة الوراثية كقرينة قاطعة، و نفس الشيء بالنسبة للقضاء التونسي و القطري.

### الفرع الثالث : موقف التشريع و القضاء الجزائري :

في الحقيقة لا يوجد نص تشريعي في الجزائر ينظم كيفية استعمال تقنية البصمة الوراثية كدليل إثبات أو نفي، ما عدا نصوص عامة لا تتناول التقنية بشكل مباشر، فمثلا نجد قانون الصحة لا يميز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من الأحياء إذا كان في ذلك خطر على صحة الشخص مع اشتراط الموافقة الكتابية على ذلك و بحضور شاهدين.

<sup>1</sup> — طعن رقم 43 للسنة القضائية 41 جلسة 1971/4/4 و ارد عند أحمد الحمل، المداخلة السابقة.

<sup>2</sup> — طعن رقم 30 سنة 1996، و ارد عند خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 104 .

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 106.

و لكن و بالموازاة نجد أن المشرع الجزائري و في مسائل إثبات النسب فقد عدل نص المادة 40 من قانون الأسرة لسنة 2005 و التي أصبحت تميز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

أما عن موقف القضاء فلا نجد قرارات واضحة في هذا الشأن، و إن كان موقفه في إثبات و نفي النسب قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 واضحا في عدم أخذه بالبصمة الوراثية، و لكن بعد التعديل أصبحت الأمور مختلفة مع وضوح النص.

و لكن يمكن القول أن البصمة الوراثية كقرينة علمية تكاد لا تخطئ في نتائجها لا نجد ما يبرر عدم الأخذ بها في إثبات أو نفي الجريمة، خاصة و أن الجزائر تملك مخبرا علميا متطورا يقوم بدور تحليل الحامض النووي.

#### خاتمة :

لقد أظهر هذا البحث و أن البصمة الوراثية تمنح بعدا جديدا لإمكانية اكتشاف الحقيقة المنشودة من طرف كل مواطن، و ليس فقط من طرف الشرطة العلمية أو القضاء أو أطراف النزاع ، ذلك أنها تساعد المحققين في الوصول إلى الدليل بطريقة تكاد تكون مؤكدة، و بالتالي نسبة الواقعة إلى المتهم، و تساعد القضاء للفصل عن اطمئنان و عن بينة وراحة ضميره، خاصة إذا تعلق الأمر بإجراء عدة تحاليل عن ذات الخلية، و تأكد بما لا يدع مجال للشك نسبة التهمة إلى المتهم، و تساعد أطراف النزاع في رضاهم مما تم التوصل إليه الحكم إذا كان مبنيا على طرق علمية نتائجها مؤكدة في الساحة الطبية مما يزيد من راحتهم و اطمئنانهم لقضاء بلادهم.

#### توصيات :

لقد أخذت معظم الدول بالبصمة الوراثية كدليل إثبات في تشريعاتها و في أحكام قضائها، و يبقى المشرع الجزائري و كذا القضاء الجنائي بعيدا على هذا الركب، ولعل السبب الرئيسي في ذلك هو عدم اطمئنان رجل القانون بالقوة التدليلية لهذه التقنية في الإثبات، وهو ما يدعوننا إلى أن نوصي بما يلي:

أولا: دعوة رجال القضاء و أساتذة القانون و مصلحة الطب الشرعي و العلماء و المختصين في مجال تحليل الحامض النووي و علماء الشريعة الإسلامية إلى مؤتمر علمي دولي متخصص لدراسة البصمة الوراثية كتقنية

تستخدم في تحديد هوية الجناة، ثم نشر نتائج هذا المؤتمر على جميع الأقطار العربية بغية التحسيس بمدى فعالية هذه التقنية.

ثانيا : سن نصوص تجيز العمل بالبصمة الوراثية و الاهتداء بنتائجها في العمل القضائي، مع وضع ضوابط تشريعية و علمية لاستعمالها.

ثالثا : العمل على إنشاء مختبرات علمية في عدد كبير من ولايات الوطن و ليس في العاصمة فقط، و تزويد العاملين بأحدث التقنيات العلمية المتطورة التي تسهل عليهم جمع الأدلة المادية من مسرح الجريمة و تكوينهم تكوينا يتناسب و تطور هذه التقنية.

رابعا : إعداد قاعدة بيانات لكل بصمة وراثية لكل مواطن جزائري يتم أخذها عند ولادة كل جنين.

خامسا : توفير ضمانات للعمل بتقنية البصمة الوراثية، أهمها رضا المتهم قبل أخذ عينة من الخلايا من جسمه، و في حالة رفضه يتم اللجوء إلى الأمر القضائي المسبب، على أن يتم إجراء الخبرة في عدة مختبرات أقلها اثنين بغية التحقق من النتائج العلمية، وأن تكون هذه المختبرات تابعة للدولة، و أن يتم إتلاف العتاد الخلوي بعد الانتهاء من عملية التحليل حفاظا على خصوصيات المتهم.

قائمة بالمراجع المستعملة :

الكتب :

<sup>1</sup> - جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي و التكنولوجيا الحديثة، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2002.

<sup>2</sup> - حسام الأحمد، البصمة الوراثية ( حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب ) طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010.

<sup>3</sup> - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، سنة 2011.



<sup>4</sup> - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، طبعة أولى، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2006.

<sup>5</sup> - نصر شومان، التكنولوجيا الجرمية الحديثة و أهميتها في الإثبات الجنائي، طبعة أولى، دون ذكر دار و بلد النشر، سنة 2011 .

### الرسائل العلمية :

- حسين محمود إبراهيم، النظرية العامة للإثبات العلمي في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه نوقشت بكلية الحقوق بالقاهرة، مصر، سنة 1981.

### المقالات :

- أحمد الجمل، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي، مقال منشور بالمجلة الجنائية القومية التي يصدرها المركز القومي للبحوث الاجتماعية و الجنائية، القاهرة، مصر، المجلد السادس و الأربعون، العدد الثالث، نوفمبر 2003.

<sup>2</sup> - إقروفة زوييدة، التطبيقات المعاصرة للبصمة الوراثية، مقال منشور بنشرة المحامي الصادرة عن منظمة المحامين بسطيف، العدد 10، سبتمبر 2009.

<sup>3</sup> - حناشي محمد وحيد، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي، مقال منشور بنشرة المحامي الصادرة عن منظمة سطيف، عدد 08، جانفي 2009.

<sup>4</sup> - عليم إيدير، البصمة الوراثية و مدى مشروعية استخدامها في إثبات النسب أو نفيه، مقال منشور بنشرة المحامي، التي تصدر عن منظمة المحامين ناحية سطيف، العدد 7 / 2008.

### المدخلات :

- أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية و الحماية الجنائية للحق في الخصوصية، مداخلة تم إلقائها في المؤتمر الدولي المنظم من طرف كلية الشريعة و القانون بالإمارات العربية المتحدة تحت عنوان الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون بتاريخ 5 و 7 ماي 2002.

<sup>2</sup> - عبد الرحمان عبد الله العوضي، أعمال ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري الجيني من زاوية إسلامية، المنعقدة في الكويت بتاريخ 13 و 15 أكتوبر سنة 1988.

<sup>3</sup> - عبد الواحد إمام مرسى، البصمة الوراثية و رباح التغيير - في مجال الكشف عن الجرائم - مداخلة أقيمت بالملتقى الدولي بعنوان الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، المنظم من طرف كلية الشريعة و القانون، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 5 و 7 ماي 2002.

<sup>4</sup> - غنام محمد غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات، مداخلة تم إلقائها في المؤتمر الدولي المنظم من طرف كلية الشريعة و القانون بالإمارات العربية المتحدة تحت عنوان الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون بتاريخ 5 و 7 ماي 2002.

<sup>5</sup> - محمد المختار السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية و حجيته في الإثبات، مداخلة تم إلقائها في المؤتمر الدولي المنظم من طرف كلية الشريعة و القانون بالإمارات العربية المتحدة تحت عنوان الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون بتاريخ 5 و 7 ماي 2002.

<sup>6</sup> - ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب، مداخلة ملقاة بالمؤتمر الدولي حول الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، المنظم من طرف كلية الحقوق و الشريعة بجامعة الإمارات العربية المتحدة بتاريخ 5 و 7 ماي 2002.

<sup>7</sup> - وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات، مداخلة أقيمت بالملتقى الدولي بعنوان الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، المنظم من طرف كلية الشريعة و القانون، بجامعة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 5 و 7 ماي 2002.

#### المناجد في اللغة :

- أبو البقاء الكفوي، معجم في المصطلحات و الفروق اللغوية، مؤسسة الرسالة، لبنان، طبعة ثانية، سنة 1998.
- المنجد في اللغة و الإعلام، المطبعة الكاثوليكية و دار المشرق، بيروت، الطبعة الثامنة و الثلاثون، سنة 2000.
- سعدي أبو الحبيب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً، دار الفكر، سوريا، الطبعة الأولى، سنة 1998.

## الحق في محاكمة عادلة أثناء النزاعات المسلحة



الأستاذة أسماء قواسمية باحثة دكتوراه

في وحدة القانون الدولي الجنائي

جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر

EMAIL : asma.gouasmia@yahoo.fr

gouasmia.asma@hotmail.fr

### الملخص :

يمثل التحقيق النهائي ( المحاكمة ) ، أمام قضاء الحكم المرحلة الختامية للدعوى الجزائية ، حيث تقوم المحكمة بحسم موضوع النزاع المتعلق باقتضاء حق الدولة في العقاب بمواجهة المتهم، فتقوم بإجراءات التحقيق النهائي التي تتسم بصفات متميزة عن إجراءات التحقيق الابتدائية ثم تصدر حكمها بالإدانة أو البراءة أو بعدم المسؤولية.

وبعبارة أخرى، فالتحقيق النهائي ( المحاكمة)، هو تحقيق الدعوى أمام محكمة الموضوع المختصة في الفصل فيها، بهدف الوصول على حكم يفصل نهائياً في الإدانة أو البراءة، وهناك من يعرفها بأنها المرحلة الثانية للدعوى الجزائية، وهي مجموعة من الإجراءات تستهدف تمحيص أدلة الدعوى جميعاً، ما كان منها ضد مصلحة المتهم وما كان

في مصلحته، وتهدف بذلك إلى تقصي كل الحقيقة الواقعية والقانونية في شأنها، ثم الفصل في موضوعها، إما بالإدانة إن كانت الأدلة جازمة بذلك، وإما بالبراءة إذا لم تتوافر الأدلة الجازمة بالإدانة.

وتتميز تلك المرحلة من مراحل الدعوى الجزائية بخصائص تنفرد بها، ففي هذه المرحلة يتحدد مصير المتهم، وتقدير الأدلة فيها نهائي، كما أن طابعها قضائي بحت ، فالاختصاص بها للقضاء وحده دون سواه، وإجراءاتها شفوية وعلنية ، ويواجه الأطراف فيها بعضهم بعضا، ولكل منهم الحق في أن يناقش ويدحض ما يقدم ضده من أدلة. فخصائص المحاكمة، من علنية وشفوية المرافعة وحضور الخصوم ووكلائهم المحاكمة، وتقيد المحكمة بحدود الدعوى وتدوين إجراءات المحاكمة، تشكل في الوقت نفسه ضمانات ضرورية لحماية حقوق المتهم، تلك الضمانات التي حرصت على رعايتها وكفالة احترامها الدساتير والتشريعات والمواثيق الدولية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان وحياته الأساسية.

وعليه سوف نتطرق " للمحاكمة العادلة" كضمانة مهمة من ضمانات حقوق المتهم من خلال طرح الإشكال التالي: ما هي القواعد الأساسية للمحاكمة العادلة في ظل القانون الدولي ؟

#### مقدمة :

لطالما كانت فكرة العدالة هي الشغل الشاغل للإنسان فهي قيمة خلقية وتعتبر من أهم الغايات التي يسعى إليها الإنسان لتحقيق حياة هادئة لأن العدالة قديما كانت تؤخذ بالقوة ولكن مع تطور الفكر الإنساني أنشئت جهات تُعنى بتكريس العدالة بين أفراد المجتمع.

وبما أن مفهوم العدالة أوسع من مفهوم القانون بالتالي يطلب تطبيقها سواء وجد القانون أم لا فهي مرآة التحضر البشري والرقى الإنساني ، ومن هنا يمكن القول أن لكل متهم الحق في محاكمة عادلة، هذه الأخيرة لا تتحقق إلا بوجود دعائم جوهرية ويعد هذا الأمر من أهم القضايا القديمة الجديدة التي تشغل حيزا مهما من الدراسات المتعلقة بالإجراءات الجزائية الوطنية والدولية فإذا كانت غاية هذه الإجراءات ضمان فاعلية العدالة فان هذه الغاية لا تتحقق إلا بضمان الحقوق الأساسية لكل شخص.

و لقد وضع المجتمع الدولي مجموعة متنوعة و متكاملة من النصوص الإلزامية التي تضمن المعايير الضرورية لضمان المحاكمة العادلة و ذلك بهدف حماية المتهم.

أما في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان وعلاقته بالعدالة الجنائية فالهدف يظل دائما أن يتمتع الإنسان بضمانات معينة سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة أو أثناء المحاكمة أو بعد المحاكمة، ومن هنا فإن التشريع الجنائي الوطني لأية دولة يجب أن يحترم ويضع ويدخل هذه المعايير في حسابه ومن هنا جاز القول بأن المحاكمة العادلة التي تحترم المعايير الدولية التي نص عليها قانون حقوق الإنسان هي دليل على صحة النظام القضائي الجنائي في بلد ما ودليل على مستوى احترام حقوق الإنسان، وعدم تطبيق تلك المعايير هو دليل على ظلم النظام القضائي الجنائي في بلد ما ودليل على انتهاك صارخ لحقوق الإنسان.

وهناك جملة من النصوص الدولية الإلزامية سواء كانت اتفاقية أم عرفية أم مبادئ عامة للقانون ترسخت في الضمير الإنساني تتضمن مقاييساً ومعاييراً وعناصر لضمان المحاكمة العادلة، وتهدف جملة تلك المعايير إلى حماية الإنسان المتهم من تاريخ إيقافه إلى غاية محاكمته.

و عليه و للتمكن من الإحاطة بجميع هاته المعايير يمكن أن نطرح الإشكال التالي: ما هي أهم الضمانات الدولية للمحاكمة العادلة؟

### المبحث الأول: مبدأ المحاكمة العادلة لمرتكبي جرائم إنتهاك حقوق الإنسان.

إذا كان القانون الدولي لحقوق الإنسان هو المصدر الذي تعتمد عليه في قياس وتقييم عدالة أو عدم عدالة القضاء الجنائي وذلك من حيث مراعاته للمعايير الدولية، فإن تحديد شروط المحاكمة العادلة كمفهوم تبقى مسألة ضرورية. ومن هنا فإن المحاكمة الجنائية لكي تكون عادلة ( من وجهة النظر الدولية) لابد من توافر شرطين أساسيين:

الشرط الأول: أن تخضع إجراءات المحاكمة للمعايير الدولية سواء كانت اتفاقية أم عرفية أم مبادئ عامة للقانون فيما يتعلق بالقانون الدولي لحقوق الإنسان.

الشرط الثاني: أن تقوم بالمحاكمة الجنائية وتنفيذ المواثيق الدولية جهة قضائية تتصف بالاستقلالية والحيادية ومخولة بموجب القانون بإجراء المحاكمة.

و عليه سوف نتناول تعريف المحاكمة العادلة في مطلب أول، و مصادر المعايير الدولية للمحاكمة العادلة في مطلب ثاني.

### المطلب الأول: تعريف المحاكمة العادلة في المواثيق الدولية:

من خلال استقراء نصوص القانون الدولي المتعلق بالموضوع، فإن المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948<sup>(1)</sup>، والمادة الرابعة عشرة (الفقرة الأولى) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 تلقى الضوء على إيجاد تعريف وعناصر التعريف للمحاكمة التي تعتبر عادلة بمفهوم القانون الدولي لحقوق الإنسان<sup>(2)</sup>.

نلاحظ من خلال هاتين المادتين بأن المحاكمة العادلة وفقا للقانون الدولي لحقوق الإنسان يجب أن تكون عن طرق محكمة مستقلة ومحيدة ومنشأة بموجب القانون، هذا من حيث العناصر الموضوعية، أما من حيث الشكلية فيجب أن تكون المحاكمة علنية وغير تمييزية.

و من خلال مصطلح المحاكمة العادلة يمكن أن نعرف:

المحاكمة: يتبادر للذهن مباشرة في هذه الحالة أننا أمام جهة جزائية، فالمحاكمة تبتعد شيئا فشيئا عن حرية التقاضي و حرية اللجوء إلى القضاء التي غالبا ما تكون أمام جهة مدنية<sup>(3)</sup>

أي و بمعنى آخر فإن مثل شخص ما أمام المحكمة للمحاكمة لا يكون طواعية و لا يكون بمحض إرادته بل بوسائل إلزامية يدفع بواسطتها دفعا إلى ذلك لإرتكابه فعلا يجرمه القانون.

من جهة ثانية فإن الجهة الجزائية حيث المحاكمة هي المحكمة ذات الإختصاص الإقليمي عكس الجهة المدنية التي يكون اللجوء إليها إختياريا، و قد يلجأ الفرد لغير المحكمة لإنهاء النزاع كالتحكيم... إلخ

عادلة : من خلال هذا المصطلح يتبادر إلى أذهاننا مبادئ العدل و الإنصاف ، و أن مصطلح العدل في مفهوم القانون يرتكز أساسا على الحقوق و الضمانات الموضوعة لصالح الفرد بالمفهوم التجريدي له دون تعيينه بذاته ، و تمتعه بهذه الحقوق في الوقت و الواقعة ذاتها التي ينص عليها القانون<sup>(4)</sup> .

و من خلال المصطلحين المذكورين أعلاه يمكننا أن نستشف تعريفا لمفهوم الحق في المحاكمة العادلة:

"حق الفرد المشتبه فيه، أو المتهم، أو المحكوم عليه قبل أو أثناء أو بعد مثوله أمام المحكمة في التمتع بالحقوق و الضمانات و الآليات الموضوعة سلفا في القانون، و التي تتماشى مع مبادئ العدل و الإنصاف، و التي تسير مبادئ حقوق الإنسان، بوجه يجعل الإدانة حقا للمجتمع في قمع الجريمة و جزاء للفرد، و البراءة حقا لهما معا"<sup>(5)</sup> .

### المطلب الثاني : مصادر المعايير الدولية للمحاكمة العادلة :

من خلال هذا المطلب نريد أن نعرف من أين تستمد المعايير الدولية شرعيتها القانونية لكي تكون مقياسا للعدالة الجنائية ، و عليه سوف نتعرض إلى المعايير ذات الطابع التعاهدي (الاتفاقي ) وقد تكون عالمية أو إقليمية وذلك في عنصر أول من هذا المطلب ، أما العنصر الثاني مخصص للحديث عن المعايير التي ليس لها الطابع التعاهدي وإنما تظل ملزمة لأنها جزء من القانون العرفي الدولي أو من المبادئ العامة للقانون.

#### 1- المعايير الدولية ذات الطابع التعاهدي .

لقد بات واضحا اليوم أن المجتمع الدولي المعاصر ناضل من أجل الوصول في مدة قصيرة إلى الاتفاق حول موثيق دولية تقر جملة من الحقوق إنعكس عند وضع الدول لداياتها التي تضمنت الضمانات الأساسية لحقوق الإنسان. إذا تحدثنا عن موضوع المحاكمة العادلة فهو مختلف عن موضوع العدالة الجنائية وبما أن البحث في المعايير الدولية للمحاكمة العادلة وليس في المعايير الدولية للعدالة الجنائية بالمعنى الواسع ، فإن المعايير الدولية التي لها صفة المعاهدة فإنها تنقسم إلى معايير دولية عالمية وأخرى إقليمية نتناول ذلك فيما يلي :

أولاً: المعايير الدولية (التعاهدية) العالمية :

أهم هذه الاتفاقيات:

1. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966<sup>(6)</sup>.
2. اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية وغير الإنسانية 1984<sup>(7)</sup>.
3. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1981<sup>(8)</sup>.
4. اتفاقيات جنيف الأربع الخاصة بالنزاع المسلح 1949<sup>(9)</sup>.
5. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري 1969<sup>(10)</sup>.
6. اتفاقية حقوق الطفل عام 1990<sup>(11)</sup>.

كل هذه المعاهدات نصت على التزامات محددة يجب أن تنقيد بها الدول الأطراف في قضائها الجنائي وذلك فيما يخص حق المحاكمة العادلة كحق من حقوق الإنسان ، وفيما يخص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 والذي دخل حيز النفاذ في عام 1976 ، فقد جاء النص في المادة الرابعة عشرة ومواد أخرى النص على الحق في المحاكمة وكيف تكون المحاكمة عادلة ( الإنصاف / الحيادية / الاستقلالية / القانونية) هي شروط أساسية إضافة إلى ذلك فإن حق الحصول على محاكمة عادلة هو شرط يدخل ضمن حقوق الإنسان الأساسية ، والدول الأطراف في هذا العهد ملزمة دولياً بمراعاة بنود وملزمة دولياً أيضاً بأن تحترم تعهداتها الخاصة بالبروتوكول الاختياري الملحق الذي يعطي للجنة حقوق الإنسان حق التفتيش والرقابة على مدى احترام شروط العهد الأساسية، أما عن اتفاقية مناهضة التعذيب 1984 فإنها تفرض التزامات محددة على الدول الأطراف فيما يتعلق بتنفيذ بنودها فيما يخص المحاكمة العادلة ، إذ أن اتفاقية مناهضة التعذيب تستبعد جميع الأدلة التي يتم انتزاعها عن طريق التعذيب البدني أو المعنوي بارتكاب جرائم جنائية .

من ثم فإن المحاكمة لن تكون عادلة إذا ما أجريت واعتمدت في الإدانة على دليل تم انتزاعه بطريق التعذيب، حيث تقوم لجنة مناهضة التعذيب بموجب البروتوكول الاختياري الملحق في الاتفاقية برصد كل انتهاكات بنود الاتفاقية.



فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1981، فإنها تنص على المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة في ممارسة حق الحصول على محاكمة عادلة أمام القانون.

أما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري 1969 فإنها تحظر أي تمييز من أي نوع سواء كان بسبب الجنس أو اللون أو العرق أو الدين أو الأصل الاجتماعي إلخ، وعليه فإن المحاكمة الجنائية لكي تكون عادلة ومتفقة مع هذه الاتفاقية كما هو الأمر في اتفاقية حظر التمييز ضد المرأة، يجب أن لا تكون محكمة تمييزية (تصدر أحكامها أو تشكل هيئتها أو تعتمد أي معيار يقود إلى وصفها بالتمييز).

اتفاقية حقوق الطفل عام 1990 هي الأخرى تدرج ضمن المصادر الاتفاقية العالمية لمعايير المحاكمة الجنائية العادلة وقد اشتملت هذه الاتفاقية على ضمانات للمحاكمة العادلة فيما يخص الأطفال المتهمين بمخالفة أحكام قانون العقوبات. أما فيما يتعلق باتفاقيات جنيف 1949 المشار إليها، فإنها قد احتوت على ضمانات في موضوع الحق في المحاكمة العادلة، وفي موضوع شرط المحاكمة العادلة، وذلك بالنسبة للأشخاص الذين تنطبق عليهم وخاصة الأسرى بموجب الاتفاقية الثالثة، والمدنيين بموجب الاتفاقية الرابعة.

إضافة إلى ذلك فإن البروتوكولين الإضافيين لعام 1977 لتلك الاتفاقيات قد وسعا من نطاق المحاكمة بالنسبة للمدنيين وغيرهم من ضحايا النزاع المسلح الدولي وغير الدولي حسب الأحوال، ومن الحماية المقررة (ضمانات المحاكمة العادلة) لمن يقع تحت طائلة القانون سواء كان أسيراً أم مدنياً أم (جريحاً أو مريضاً غريباً) إذا اعتبر قانوناً أسيراً للحرب وفق مقتضيات ومحددات القانون الدولي الإنساني.

ومن النقاط المهمة فإننا نلفت الانتباه إلى العلاقة المشتركة بين القانون الدولي لحقوق الإنسان من جهة والقانون الدولي الإنساني من جهة أخرى وخاصة فيما يتعلق بالمادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع 1949 والمادة الثانية (الفقرة الرابعة) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 فيما يخص موضوع المحاكمة العادلة كحق من حقوق الإنسان سواء في زمن السلم أو الحرب.

## ثانياً: المعايير الدولية الإقليمية:

من مصادر المعايير الدولية ذات الطابع التعاهدي هناك المعاهدات الإقليمية التي ليس لها صفة العالمية وإنما إطار إقليمي محدد كتلك الواردة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وتلك التي وردت في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب أو تلك الواردة في اتفاقية الدول الأمريكية.

و سنركز الحديث عن الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب 1981<sup>(12)</sup>، هذا الميثاق هو معاهدة دولية إقليمية، وقد نص على ضمانات المحاكمة العادلة في إطار حق الإنسان في التقاضي وحقه في الحصول على محاكمة عادلة.

ولذا أورد الميثاق لجنة أفريقية لحقوق الإنسان ترصد تنفيذ الميثاق وتتلقى الشكاوى من الأفراد المعنيين وتراقب تنفيذ الميثاق ومنه (المحاكمة العادلة)<sup>(13)</sup> من خلال الدول الأطراف والتطور الأهم في القارة الإفريقية هو استحداث المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب بموجب بروتوكول اختياري عام 1998 وهذه المحكمة هي نصر مكمل ومهم لفاعلية منظومة حقوق الإنسان الإفريقية.

## 2- المعايير الدولية التي ليس لها صفة المعاهدة :

هناك مصادر أخرى للمعايير الدولية للمحاكمة العادلة وليس لها صفة المعاهدة ولكنها ملزمة إما بحكم أنها جزء من القانون الدولي العرفي أو أنها جزء من المبادئ العامة للقانون، و جزء من القانون العرفي ومعظمها مستمد من اتفاقيات دولية أما بعضها الآخر فإنه يشكل مبادئ عامة للقانون ومن هنا يجد إلزاميته<sup>(14)</sup>، ومن المصادر الدولية التي نصت على معايير ليس لها صفة المعاهدة هي:

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 (المادة العاشرة والمادة الحادية عشرة) .
2. مبادئ الأمم المتحدة الأساسية الخاصة باستقلال القضاء 1985<sup>(15)</sup> .
3. مجموعة مبادئ الأمم المتحدة لحماية الأشخاص الذين يتعرضون لأي من أشكال الاحتجاز أو السجن قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإجماع عام 1988<sup>(16)</sup> .

4. المبادئ الأساسية الخاصة بدور المحامين 1990<sup>(17)</sup>، تم اعتمادها بالإجماع من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين عام 1990 ورحبت به الجمعية العامة للأمم المتحدة، وأوضح المؤتمر فيما يخص موضوع المعايير الدولية للمحاكمة العادلة بأن " توفير الحماية الكافية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية ( بما فيها حق المحاكمة العادلة) يستلزم فتح الأبواب أمام جميع البشر للانتفاع بطريقة فعالة من الخدمات القانونية التي يوفرها محامون مستقلون.

5. المبادئ التوجيهية الخاصة بدور أعضاء النيابة العامة 1990<sup>(18)</sup>، هذه المبادئ تم اعتمادها بالإجماع في مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين عام 1990، ومن المقررات الأساسية ( إكساب نشاط ممثلي أعضاء النيابة العامة في القضايا الجنائية سمات الكفاءة والنزاهة والجدية والنهوض بتلك السمات) وهذا معيار مهم من معايير المحاكمة العادلة.

6. ضمانات أقرتها الأمم المتحدة تكفل حماية حقوق الأشخاص الذين يواجهون عقوبة الإعدام 1984<sup>(19)</sup> تم اعتماد هذه الضمانات من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرار عام 1984، وأهم ما جاء في هذه الضمانات فيما يخص المعايير الدولية للمحاكمة العادلة أنه " لا يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام إلا بعد محاكمة توفر للمتهم فيها جميع الضمانات القضائية الممكنة والتي تكفل له محاكمة عادلة"<sup>(20)</sup>.

هذه المعايير التي ليس لها صفة المعاهدة والتي تتعلق بالمحاكمة العادلة كحق من حقوق الإنسان، لا تكسب الزاميتها بالنظر إلى الشكل وإنما بالنظر إلى الموضوع حيث أنها تشكل دون أدنى شك جزءا من القانون الدولي العرفي والمبادئ العامة للقانون ومن ثم فهي ملزمة بمفهوم نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الخاصة بمصادر القانون الدولي.

### المبحث الثاني: ضمانات المحاكمة العادلة في القانون الدولي.

إن الغاية من إنشاء المحاكم الجنائية عموما هو تحقيق العدالة عن طريق محاسبة مرتكبي الجرائم و معاقبتهم، و لكي تكون المحاكمة عادلة لا بد من توافر حد أدنى من الضمانات لأطراف الدعوى، لذلك و كما سلف الذكر قد نصت على الحق في المحاكمة العادلة العديد من المواثيق الدولية و الإقليمية، و المحاكمة العادلة ضرورية على المستويين الوطني و الدولي، إلا أن هذه الأهمية تزداد على المستوى الدولي لصعوبات عملية و أيديولوجية، لأن المحاكم الجنائية الدولية تعتمد على القبول الدولي في ممارستها لإختصاصها و كذلك حاجتها إلى المجتمع الدولي لتقديم الدعم المالي

و الإداري، إضافة إلى اعتمادها عليه في القبض على المتهمين و تسليمهم إليها ، كما أنها إذا إفتقرت إلى معايير العدالة الدولية فإن ذلك سيضعف من قبول ذلك المجتمع بها، و سيشكك في شرعيتها ، و بالتالي سيكون له تأثير سلبي على مدى فاعليتها<sup>(21)</sup> .

و عليه سوف يتم التطرق إلى الضمانات الخاصة بالمحكمة في مطلب أول، و الضمانات الخاصة بالمتهم في مطلب ثاني.

### المطلب الأول: الضمانات الخاصة بالمحكمة.

من حق كل فرد لدى الفصل في أية دعوى يكون طرفا فيها أن تكون قضيته محل نظر منصف من قبل محكمة مختصة و مستقلة و حيادية و منشأة بحكم القانون.

#### تحديد المقصود بالمحكمة :

يمكن القول أن كافة المحاكم و الهيئات القضائية تدخل في نطاق مفهوم المحكمة لغايات أعمال الحق في المحاكمة العادلة، و قد ذهب القانون الدولي لحقوق الإنسان إلى أبعد من المفهوم التقليدي للمحكمة فمنح هذا المصطلح معنى مستقل يستوعب هيئات و أجهزة لا يطلق عليها وصف أو مسمى المحكمة بالمعنى الحرفي للكلمة<sup>(22)</sup> ، و السر في هذا الأمر هو أن هذه الهيئات و إن كانت لا تسمى بالمحاكم تقوم بوظائف تشابه الوظائف القضائية المعتادة و هي البت في النزاعات و التوصل إلى حل لها إستنادا إلى القانون.

و لقد تناولت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان مسألة تحديد المقصود بالمحكمة لغايات الحق في محاكمة عادلة، و أدخلت ضمن هذا المفهوم المحاكم العسكرية ، المحاكم الشرعية ، المحاكم الثورية، و أية محكمة خاصة تشير إليها الدول في تقاريرها الدورية أو الأولية، كما أكدت اللجنة على عدم جواز محاكمة الأفراد إلا أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية الموجودة و على عدم جواز إنشاء محاكم إستثنائية أو خاصة تنتزع الإختصاص القضائي الذي تتمتع به المحاكم العادية ، و قد حرصت اللجنة من جهة أخرى على أن تؤكد أن المحاكم الخاصة أو المؤقتة التي يتم إنشاؤها للنظر في قضايا أو في جرائم محددة ليست من القضاء الطبيعي إلا بالنسبة للقضايا أو الجرائم المنشأة من أجلها، و يتعين أن يكون إنشاء هذه المحاكم الإستثنائية أو المؤقتة محكوما بمبدأ التناسب، أي أن يكون إنشاؤها بحدود الوضع الطارئ الذي ألجأ الدول إليها، و أن تعمل بما يتفق مع المعايير و الشروط المعمول بها دوليا<sup>(23)</sup> .

حياد المحكمة وإستقلالها :

من المسلم به في النظم القانونية المعاصرة وجوب احترام مبدأ الفصل بين السلطات، و استقلال القضاء هو نتيجة من نتائج هذا المبدأ و هو ضمانة أساسية لحقوق الأفراد و حرياتهم أكثر من كونه امتيازاً للسلطة القضائية، و يقصد باستقلال القضاء وجوب ممارسة السلطة المذكورة لنشاطها بحرية دون تدخل سلطة من السلطات الأخرى داخل الدولة أو الخضوع لرقابتها أو تأثيرها، أما القضاة فهم أحرار مستقلون لا سلطان عليهم لغير القانون<sup>(24)</sup>.

إن المباشرة الفعالة للوظيفة القضائية تستلزم أن يكون القضاء مستقلاً عن السلطتين التشريعية و التنفيذية، و على العكس يملك القضاء مراقبة أعمال السلطة التشريعية عن طريق الرقابة على دستورية القوانين، كما أن السلطة التنفيذية قد تكون طرفاً في نزاع ينظره القاضي عن طريق دعوى الإلغاء أو التعويض عن قرارات هذه السلطة التي تتسم بعدم المشروعية، و لا شك أن خضوع السلطة القضائية لرقابة السلطة التنفيذية و خشيتها من التصدي لتجاوزها و انحرافاتهما يجعل القوانين المتعلقة بحماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية دون جدوى، و حتى يتحقق الاستقلال للقضاء يتعين أن تخضع كافة المسائل المتعلقة بتعيين القضاة و مرتباتهم و نقلهم و ترقياتهم و عزلهم و انتهاء خدماتهم للتشريعات، و أن تنظم بموجبها، كما يتعين أن تكون السلطة القضائية خاضعة لهيئة مستقلة تمام الاستقلال عن السلطتين التنفيذية و التشريعية<sup>(25)</sup>.

و لقد ساهمت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بالإضافة إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في إضافة مختلف الجوانب ذات الصلة باستقلال القضاء و حياده، حيث ذهبت في اجتهاداتها إلى أن استقلال القضاء يفترض بالضرورة توافر جملة من المعايير أهمها: طريقة اختيار القضاة، مدة خدمتهم و وجود ضمانات تكفيهم شر الضغط عليهم و التأثير في أحكامهم.

أما بخصوص الحياد فهو شرط من شروط تولي القضاء و يقصد به الحياد الشخصي و الحياد الموضوعي على السواء، فالحياد الشخصي يقتضي أن لا يكون القاضي قد سبق له أن أبدى رأياً في القضية المطروحة أمامه<sup>(26)</sup>، أو أن لا توجد له مصلحة في الدعوى، فالحياد الشخصي يستوجب عدم علم القاضي المسبق بمعطيات القضية أو بوقائعها، و أن لا

يكون لديه أي أحكام أو أفكار مسبقة بشأنها ، بالإضافة إلى ما سبق يستلزم الحياد الشخصي عدم وجود أية صلة شخصية بين القاضي و أحد أطراف الدعوى المطروحة أمامه<sup>(27)</sup> .

أما الحياد الموضوعي يقاس في كل قضية على حدى ، و لا صلة له بمعطيات شخصية فلا يكفي أن نحقق العدالة فعلا و إنما يجب أن نلمسها و نراها .

إن معايير الحياد و الاستقلال لا تقتصر فقط على القضاة الذين ينضرون في الدعوى ، إذ سحبت هيئات الرقابة هذه المعايير على المدعين العامين ، فيتوجب أن يكون هؤلاء الأشخاص متمتعين بضمانات الاستقلال و الحياد الممنوحة للقضاة أنفسهم<sup>(28)</sup> .

#### علنية المحاكمة :

تشرط اتفاقيات حقوق الإنسان ضمانا لعدالة المحاكمات أن تجري جلساتها بصورة علنية ، فالعلنية تساهم في حماية حقوق الأطراف، و عادة ما تكون المحاكمات السرية أكثر انحرافا عن جادة العدالة لكونها بمنأى عن رقابة الناس ووسائل الإعلام ، فالعلنية تفترض عقد جلسة المحاكمة في مكان يجوز لمن يشاء من الأفراد دخوله<sup>(29)</sup> .

#### إجراء المحاكمة في مدة معقولة :

تؤدي هذه الضمانة وظيفة مهمة في إطار المحاكمة العادلة ، فهي دليل على فعالية العدالة و جديتها و مصداقيتها<sup>(30)</sup> ، و بالنسبة لمعيار تحديد المعقولية فإن أمر تحديد معقولية المحاكمة متروك لظروف الدعوى ذاتها و ما يعترها من متغيرات و يجري التركيز في العادة على ثلاث مسائل هي : سلوك المتداعين أثناء المحاكمة، صعوبة القضية و سلوك السلطات العامة داخل الدولة بالنظر للسياق السياسي و الاجتماعي للدولة المعنية، فإذا كانت الدعوى معقدة أو شائكة مثلا يتعين على المحكمة التي تنظر الدعوى أن توازن بين سرعة الإجراءات القضائية و بين الإدارة الجيدة التي تحرص النصوص القانونية المتعلقة بالمحاكمة العادلة على التأكيد عليها<sup>(31)</sup> .

المطلب الثاني : الضمانات الخاصة بالمتهم.

## 1- الحق في الدفاع و المساواة بين الإدعاء و الدفاع :

من المبادئ الأساسية في القانون الدولي لحقوق الإنسان المساواة أمام القانون، و معنى ذلك المساواة أمام القضاء أيضا و يترتب على المساواة أمام القضاء بالضرورة المساواة في الأسلحة أو المساواة بين الإدعاء و الدفاع<sup>(32)</sup>.

و يعد مبدأ المساواة في الأسلحة من العناصر الأساسية للحق في المحاكمة العادلة ، فكل شخص طرف في نزاع قضائي مدنيا كان أو جزائيا له الحق في أن يقدم دفعه و حججه على قدم المساواة مع غيره من أطراف الدعوى ، و يقوم هذا المبدأ على فكرة إتاحة الفرصة لكل طرف من أطراف الدعوى ليعرض حججه و أسبابه عرضا معقولا و على قدم المساواة مع غيره ، و دون أن يؤدي ذلك إلى جعله في وضع أدنى من خصمه ، فهو يهدف إلى توفير توازن عادل و منصف في الفرص بين أطراف الدعوى و لذلك يصبح طبيعيا القول أن هذا المبدأ يكون محلا للانتهاك حيثما انعدم التساوي أو التكافؤ بين أطراف الدعوى لجهة تقديم الدفوع و الردود و الأسباب<sup>(33)</sup>.

## 2- حق المتهم في إعلامه بحقوقه :

هذا الحق هو من الحقوق الأساسية للمتهم نصت عليه مصادر المعايير الدولية التي تم تناولها ، وهذا الحق يثبت للمتهم كإنسان سواء في مرحلة الاستجواب أو أمام المحكمة<sup>(34)</sup> ، لكل متهم الحق في الإطلاع و العلم بما له من حقوق باللغة التي يفهمها حق نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، و العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية وكذلك مجموعة مبادئ الأمم المتحدة المتعلقة بحماية الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال السجن أو الاحتجاز، و النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية و اتفاقيات جنيف لعام 1949 خاصة الاتفاقية الرابعة و الثالثة.

## 3- الحق في إعلام المتهم بسبب الإيقاف:

من الحقوق الأساسية للإنسان وفقاً للقانون الدولي أن يُعلم المتهم بسبب القبض عليه تمهيداً لمحاكمته، ولن تكون المحاكمة الجنائية عادلة بالمعيار الدولي إذا لم يتم تنفيذ هذا الشرط الوارد في المادة التاسعة من العهد الدولي الخاص

بالحقوق المدنية والسياسية 1966 والتي جاء فيها: " يجب إبلاغ كل شخص يُقبض عليه بأسباب القبض عليه لدى وقوعه، ويجب إبلاغه على وجه السرعة بأية تهمة تُوجه إليه " ، كما تضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الحديث عن هذا الحق<sup>(35)</sup>.

#### 4- الحق في اختيار محام :

من الحقوق الأساسية للمتهم الذي يُشكل معياراً أساسياً لعدالة المحكمة الجنائية من الناحية الدولية، هو حق المتهم في اختيار محام للدفاع عنه<sup>(36)</sup>، وفي حالة حرمان المتهم من هذا الحق فإن المحاكمة لن تكون عادلة من زاوية القانون الدولي لحقوق الإنسان، هذا العنصر أو المعيار تم النص عليه في المبدأ العاشر، والمبدأ السابع عشر من مجموعة المبادئ الأساسية المتعلقة بدور المحامين.

وقبل كل ذلك في المصادر الاتفاقية تم النص في المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 بصورة واضحة على حق "كل محتجز بأن يُحاكم حضورياً وأن يدافع عن نفسه بشخصه أو بواسطة محام من اختياره، وأن يُخطر بحقه في وجود من يدافع عنه"<sup>(37)</sup>

#### 5- تطبيق مبدأ الشرعية :

لأجل محاكمة جنائية عادلة يتطلب القانون الدولي لحقوق الإنسان مراعاة مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وكذلك مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي وتطبيق العقوبة الأصلح للمتهم، هذا المعيار أو العنصر المتعلق بمبدأ الشرعية وعدم رجعية القانون الجنائي تم التأكيد عليه بوضوح في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 كمصدر اتفاقي بل ويعتبر أحد حقوق النواة الصلبة غير القابلة للانتهاك بموجب المادة الثانية الفقرة الرابعة، كما أنه قد سبق أن أُعتبر أحد الركائز الأساسية لحقوق الإنسان في الإعلان العالمي ، فالمحكمة التي لا تراعي هذا العنصر وهذا المعيار يمكن وصفها غير عادلة وفقاً للقانون الدولي<sup>(38)</sup>.

#### 6- الحق في الدفع بقريينة البراءة :

هذا المعيار أو العنصر أحد أهم المعايير الدولية المتعلقة بالمتهم حيث أن وصف المجرم يجب أن ينصرف فقط بعد إدانة قضائية نهائية وفقاً للمعايير الدولية المشكلة والموضوعية.



وقد نص الإعلان العالمي على ذلك في المادة الحادية عشرة بقوله "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه"، كما ورد في المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التأكيد على معيار "أصل البراءة" بحيث يجب أن يفترض من البراءة منذ بداية الايقاف حتى يتم تأكيد الإدانة بحكم نهائي غير قابل للطعن بأي وجه، وهكذا فإن عبء إثبات التهمة على المتهم عند المحاكمة يقع على عاتق الإدعاء<sup>(39)</sup>.

وقد جاء في تعليق للجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان على هذا العنصر أو المعيار الخاص بأصل البراءة ما يلي:

"معنى افتراض البراءة هو أن عبء إثبات التهمة يقع على كاهل الإدعاء، وأن الشك يفسر في صالح المتهم، ولا يمكن افتراض أن المتهم مذنب حتى يتم إثبات التهمة بما لا يدع مجالاً لأي درجة معقولة من الشك"<sup>(40)</sup>.

#### الخاتمة :

و في ختام هذه الدراسة نكون قد استعرضنا القواعد الأساسية للمحاكمة العادلة، والتي تشكل المعايير المعتمدة دولياً، والحق في المحاكمة العادلة من حقوق الإنسان الأساسية فهو أحد المبادئ واجبة التطبيق في شتى أرجاء العالم التي اعترف بها "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"، والذي يمثل حجر الزاوية في النظام الدولي لحقوق الإنسان. ومنذ عام 1948، أصبح هذا الحق المعترف به في "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان" التزاماً قانونياً واقعاً على جميع الدول بوصفه جزءاً من قانون العرف الدولي.

وقد أعيد التأكيد على الحق في المحاكمة العادلة، وفصلت أبعاده منذ عام 1948، في مجموعة من المعاهدات الملزمة قانوناً مثل "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية" الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1966، كما جرى الاعتراف به والنص عليه في الكثير من المعاهدات، وغيرها من المعايير، التي لا تندرج تحت بند المعاهدات الدولية والإقليمية التي اعتمدها الأمم المتحدة والهيئات الحكومية الدولية الإقليمية، وقد وضعت هذه المعايير لكي تطبق على جميع النظم القضائية في العالم وعلى نحو يراعي التنوع الهائل في الإجراءات القانونية - فهي تنص على الحد الأدنى من الضمانات التي ينبغي أن توفرها جميع النظم.

لنصل في ختام هذا الاستعراض إلى نتيجة مفادها إلى أن دولة تحترم الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وخصوصا الماسة بالحرية الشخصية، وتلتزم بما ورد بها، وتقوم على المواثمة ما بين تشريعاتها الداخلية وتلك الاتفاقيات، وخاصة فيما يتعلق بالمعايير الدولية للمحاكمة العادلة هي دولة التقدم والديمقراطية وسيادة القانون، ودليل على احترامها لإرادة المجتمع الدولي الذي أقر تلك الاتفاقيات.

### الهوامش :

1. نصت المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ما يلي: "لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضية محكمة مستقلة ومحيدة نظراً منصفاً وعلنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه".
2. نصت المادة 14/1 من العهد الدولي المذكور على ما يلي: " من حق كل فرد أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة وحيادية منشأة بحكم القانون "
3. رمضان غسمون، الحق في محاكمة عادلة، ط1، دار الألفية للنشر و التوزيع، قسنطينة الجزائر، 2010، ص19.
4. رمضان غسمون، المرجع نفسه، ص19.
5. رمضان غسمون، المرجع نفسه، ص20.
6. العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية الصادر بتاريخ 1966/12/19 و الذي دخل حيز النفاذ في 1976/03/23.
7. اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، اعتمدها الجمعية العامة وفتحت باب التوقيع والتصديق عليها والانضمام إليها في القرار 46/39 المؤرخ في 10 كانون الأول /ديسمبر 1984، تاريخ بدء النفاذ 26 حزيران / يونيه 1987.
8. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 180/24 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ: 3 سبتمبر 1981.
9. إتفاقية جنيف الأولى: إتفاقية جنيف لعام 1949 لتحسين حال الجرحى والمرضى من أفراد القوات المسلحة في الميدان.

إتفاقية جنيف الثانية: إتفاقية جنيف لعام 1949 لتحسين حال الجرحى والمرضى والغرقى من أفراد القوات المسلحة في عرض البحار.

إتفاقية جنيف الثالثة: إتفاقية جنيف لعام 1949 الخاصة بمعاملة أسرى الحرب.

إتفاقية جنيف الرابعة: إتفاقية جنيف لعام 1949 الخاصة بحماية الأشخاص المدنيين في زمن الحرب.

البرتوكول الإضافي الأول: الملحق بإتفاقيات جنيف لعام 1949 ، والمتعلق بحماية ضحايا الصراعات الدولية المسلحة.

البرتوكول الإضافي الثاني: الملحق بإتفاقيات جنيف لعام 1949 ، والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية.

10. الإتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق بقرارها 2106 ألف (د. 20) المؤرخ في 21 كانون الأول/ ديسمبر 1965، تاريخ بدء نفاذها: 4 كانون الثاني/يناير 1969

11. إتفاقية حقوق الطفل، اعتمدها الجمعية العامة بقرارها 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني / نوفمبر، 1989، بدأ نفاذها في 2 أيلول / سبتمبر 1990.

12. خلال قمة نيروبي سنة 1981 تم اعتماد الميثاق الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 21 أكتوبر 1986 و صادقت عليه الجزائر بتاريخ 03/02/1987 ، للمزيد أنظر رمضان غسمون، المرجع السابق، ص126 .

13. نصت المادة 07 من الميثاق في فقرتها الأولى و الثانية على حق اللجوء إلى القضاء، و مبدأ الحق في قرينة البراءة، الحق في الدفاع، ثم الحق في المحاكمة خلال الأجل القانونية.

14. راجع نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

15. مبادئ أساسية بشأن استقلال السلطة القضائية ، اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في ميلانو من 26 آب/أغسطس إلى 6 أيلول/ديسمبر 1985 ، كما اعتمدت ونشرت على الملأ بموجب قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة 32/40 المؤرخ في 29 تشرين الثاني/نوفمبر 1985، 146/40 المؤرخ في 13 كانون الأول/ديسمبر 1985 .

16. مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن، اعتمدت ونشرت على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، 173/43 المؤرخ في 9 كانون الأول/ديسمبر 1988.

17. مبادئ أساسية بشأن دور المحامين ، اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في هافانا من 27 آب/أغسطس إلى 7 أيلول/سبتمبر 1990.

18. مبادئ توجيهية بشأن دور أعضاء النيابة العامة ، اعتمدها مؤتمر الأمم لمتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في هافانا من 27 آب/أغسطس إلى 7 أيلول/سبتمبر 1990 .
19. ضمانات تكفل حماية حقوق الذين يواجهون عقوبة الإعدام، اعتمدها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراره 50/1984 المؤرخ في 25 أيار/مايو 1984.
20. تنص الفقرة الخامسة على : لا يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام إلا بموجب حكم نهائي صادر عن محكمة مختصة بعد إجراءات قانونية توفر كل الضمانات الممكنة لتأمين محاكمة عادلة، مماثلة على الأقل للضمانات الواردة في المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بما في ذلك حق أي شخص مشتبه في ارتكابه جريمة يمكن أن تكون عقوبتها الإعدام أو متهم بارتكابها في الحصول على مساعدة قانونية كافية في كل مراحل المحاكمة.
21. د/ براء منذر كمال عبد اللطيف، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، ط1، دار حامد للنشر و التوزيع عمان الأردن، 2008، ص311.
22. د/ محمد يوسف علوان، د/ محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ط01، ج02، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان الأردن، 2009، ص234.
23. د/ محمد يوسف علوان، د/ محمد خليل الموسى، المرجع نفسه، ص234.
24. د/ نغم إسحق زيا، القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي لحقوق الإنسان، دط، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر، 2009، ص250.
25. أنظر الفقرة الثالثة من التعليق العام رقم 21/13 لعام 1984 للجنة المعنية بحقوق الإنسان بشأن المادة 14 من العهد الخاص بالحقوق المدنية و السياسية، للمزيد أنظر نص المادة 26 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان، أنظر أيضا رمضان غسمون، المرجع السابق، ص131.
26. د/ محمد يوسف علوان، د/ محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص236.
27. أنظر نص المادة 2/41/أ من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998.
28. د/ محمد يوسف علوان، د/ محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص ص236، 237.
29. د/ نغم إسحق زيا، المرجع السابق، ص 249، أنظر أيضا د/ علي يوسف الشكري، القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان الأردن، 2008، ص207.

30. أنظر نص المادة 1/6 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، و المادة 1/8 من إتفاقية الدول الأمريكية لحقوق الإنسان ، و كذلك نص المادة 3/14 من العهد الولي للحقوق المدنية و السياسية
31. د/ محمد يوسف علوان،د/ محمد خليل الموسى، المرجع السابق،ص239 أنظر أيضا د/ علي يوسف الشكري، المرجع السابق،ص207.
32. د/ محمد يوسف علوان،د/ محمد خليل الموسى، المرجع نفسه،ص231 ، أنظر أيضا د/ براء منذر كمال عبد اللطيف، المرجع السابق،ص312.
33. للمزيد أنظر رمضان غسمون، المرجع السابق،ص 107.
34. أنظر د/ براء منذر كمال عبد اللطيف، المرجع السابق، ص313.
35. أنظر نص المادة 1/67 أو نص المادة 2/55/أ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
36. أنظر د/ محمد يوسف علوان،د/ محمد خليل الموسى، المرجع السابق،ص243.
37. نصت عليه أيضا المادة 4/24ب من النظام الأساسي لمحكمة يوغوسلافيا السابقة، و المادة 4/20ب من النظام الأساسي لمحكمة رواندا، و المادة 1/67ب من نظام روما الأساسي.
38. للمزيد أنظر رمضان غسمون، المرجع السابق،ص ص 110،111، أنظر أيضا د/ عبد الله علي عبوسلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان1، دار دجلة عمان الأردن، 2008،ص203.
39. للمزيد أنظر رمضان غسمون، المرجع نفسه،ص ص 108،109، أنظر أيضا د/ عبد الله علي عبوسلطان، المرجع نفسه،ص204.
40. للمزيد أنظر د/ محمد يوسف علوان،د/ محمد خليل الموسى، المرجع السابق،ص ص 241،242.

## النسرب كالية للكشف عن الجرائم في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري



من إعداد الأستاذ : علاوة هوام

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الحاج لخضر - باتنة

allahouam@yahoo.com

بمجرد وقوع الجريمة تنشأ مصلحتان متعارضتان ، مصلحة الفرد في حماية حرته الشخصية وحقه في الخصوصية بعدم تعرض أسراره و أمواله و مسكنه لتصرفات غير مشروعة و مصلحة المجتمع في محاربة الجريمة و تعقب مرتكبيها لفرض حق الدولة في العقاب ، ولذلك تؤخذ هاتين المصلحتين بعين الاعتبار قي ق.إ.ج بالتوفيق بينهما دون طغيان إحداهما عن الأخرى . و السؤال هل هذا الأصل لا يرد عليه أي استثناء .

إن الأصل العام هو إحترام حق الإنسان في الخصوصية<sup>(1)</sup> غير أنه و لدواعي خدمة الأمن الاجتماعي أمكن تخطي مبادئ دستورية بالمساس بحقوق الأفراد و مصالحهم و لهذا السبب كفل المشرع خلال مرحلة التحقيق الابتدائي لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق التعدي على قدسية الحياة الخاصة في سبيل إظهار الحقيقة و قمع الجريمة و ذلك بالاعتراض للمراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور و التسرب خلصة.

و من هنا يظهر بأن الحق في الخصوصية و السرية ليس مطلقا إذ أجاز القانون تخطيه في سبيل كشف الجريمة وإظهار الحقيقة ومن الإجراءات التي جاء بها قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 06 - 22 هو التسرب المنصوص عليه بالمادة 65 مكرر 12 منه .

فما هو التسرب ؟

لغة : الدخول و الولوج<sup>(2)</sup>

إصطلاحا : عرفته المادة 65 مكرر من ق.إج بأنه قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف.

من خلال التعريف الذي أورده المشرع يتبين بأن التسرب هو نظام من أنظمة التحري و التحقيق الخاصة التي تبيح لضباط و أعوان الشرطة القضائية باختراق الجماعات الإجرامية و التوغل في وسطها تحت مسؤولية ضابط شرطة قضائية آخر مكلف بتنسيق عملية التسرب تحت مراقبة مصدر الإذن " وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق " بهدف مراقبة أشخاص مشتبه فيهم و كشف أنشطتهم الإجرامية ، وذلك بإخفاء المتسرب لهويته و صفته و تقديم نفسه على أنه أحد أفراد العصابة المشتبه فيها بوصفه فاعل أو شريك أو خاف<sup>(3)</sup>

و على هذا تظهر صعوبة إجراءات التسرب و تعقيداته بحيث يتطلب تنفيذ الإجراء ربط علاقات مع الأشخاص المشتبه فيهم بالاتصال بهم بطريق مباشر أو غير مباشر حسب مقتضيات العملية مع ضرورة الإحتفاظ بالسّر المهني إلى حين تحقيق الغاية من العملية و هو ما يستلزم المشاركة المباشرة في نشاط الخلية الإجرامية .

و لتعقيدات هذا النظام و مساسه بجرمة الحياة الخاصة فقد قيده المشرع بجملة من القيود إحتراما لمبدأ الشرعية و ربطه بمجموعة من الجرائم حددتها المادة 65 مكرر 05 بحيث لا يسمح بهذا الإجراء في غيرها 'هذه الجرائم هي :

- جرائم المخدرات.

- الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية .

- الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات .

- جرائم تبييض الأموال .

- الجرائم الإرهابية .

\* ق.أ.ج.ج: قانون الاجراءات الجزائية الجزائري.

- الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف .

- جرائم الفساد

و لما كان هذا الإجراء يخص مجموعة من الجرائم و التي بطبيعتها تمس بالأمن الوطني فكان لابد من تفعيله مع ضرورة إيجاد توازن بين هذا الإجراء و ما تستلزمه شرعية الإجراء من وجوب أن يكون القانون هو المصدر الذي يستمد منه ضباط الشرطة القضائية<sup>(4)</sup> القواعد الأساسية لتحرياتهم، و أن يتم تنفيذ تلك التحريات تحت إشراف و مراقبة السلطة القضائية وفقا لنص المادة 12 ق.أ.ج.ج.

فما هي إذن شروط إجراء التسرب؟

بالنظر لأهمية التسرب و مساهمته بحريات الأفراد فقد وضع له المشرع شروطا يجب مراعاتها و التقيد بها احتراماً لمبدأ الشرعية من جهة و تسهيلاً للمنفذين بلوغ الأهداف، و هو ما يقتضي تحديد الشروط الشكلية و الموضوعية للتسرب.

### 1 - الشروط الشكلية :

بما أن التسرب إجراء سيؤدي تنفيذه إلى كشف أسرار الأشخاص التي يمنع القانون الإطلاع عليها في الحالات العادية و اعتباراً لما يستلزمه إجراء التسرب من سرية و حذر و حيطة للخطورة التي قد تلحق حياة المتسرب و حرصاً من المشرع على السير العادي و الحسن للإجراء فقد استوجب تحقيق شروط شكلية تتمثل في الآتي:

أ- الإذن بإجراء التسرب: قبل مباشرة الإجراء يتعين أن يصدر إذناً بالقيام بعملية التسرب و ليكون هذا الإذن قانونياً يجب أن يصدر من الجهات القضائية التي حددتها المادة 65 مكرر 11 ق.أ.ج.ج و المتمثلة في وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق مع توفر الشروط التي حددتها المادة 65 مكرر 15 من نفس القانون و هي الكتابة و التسبب<sup>(5)</sup>

### ب- تنفيذ عملية التسرب :

قبل البدء في تنفيذ إجراء التسرب يلزم القانون ضابط الشرطة القضائية المسؤول و المنسق للعملية أن يحرر تقريراً يضمنه العناصر الأساسية و الضرورية لمعينة الجرائم ، مع مراعاة تلك الجرائم التي يمكن أن تشكل خطراً على العون المتسرب و كل ما يتم تسخيره لتنفيذ العملية وفق ما يراه مناسباً و مساعداً على التنفيذ<sup>(6)</sup> .



ج- إبقاء الإذن بالتسرب خارج ملف الإجراءات: حفاظا على السرية اللازمة لتنفيذ الإجراءات و المحصورة بين وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق و ضابط الشرطة القضائية المشرف على العملية و كذا العون المتسرب إلى غاية الانتهاء من العملية .

و تجدر الإشارة إلى أن المدة المحددة في الإذن بأربعة أشهر غير ملزمة، فيمكن إيقافها أو تمديدتها حسب الحالة.

## 2- الشروط الموضوعية:

بالنظر إلى أن التسرب هو إجراء من إجراءات التحقيق المؤقتة و الخفية و التي تنصب على الجنايات و الجنح المذكورة على سبيل الحصر في المادة 65 مكرر 5 ق.أ.ج.ج فإن اللجوء لمثل هذا الإجراء تفرضه ضرورة التحقيق عند عدم نجاعة الأساليب العادية و منه يمكن إيجاز الشروط الموضوعية لإجراء التسرب في شرطين أساسيين:

أ- التسبب: حتى يكون الإذن قانونيا اشترط المشرع في المادة 65 مكرر 15 ق.أ.ج.ج أن يكون مكتوبا و مسببا لأن التسبب هو أساس العمل القضائي فكان لزاما على رجل القضاء المختص بإصدار الإذن بالتسرب أن يسببه و ذلك بإبراز الأدلة القانونية و الموضوعية بعد تقدير جميع العناصر الواردة في تقرير ضابط الشرطة القضائية<sup>(7)</sup> .

و التسبب يكفي لوحده للدلالة على أن الإذن يكون مكتوب و بالنتيجة استبعاد فرضية الإذن الشفوي ، كما يسمح للقضاء بسط رقابته على شرعية الإذن و صحته .

ب- نوع الجريمة : ينبغي أن يتضمن الإذن الصادر عن السلطة القضائية و وكيل جمهورية أو قاضي التحقيق نوع الجريمة التي بررت اللجوء إلى التسرب وأن تكون من الجرائم التي حددها المادة 65 مكرر 5 ق.أ.ج.ج.

سير عملية التسرب و ضوابطها :

إن إجراء التسرب هو عملية معقدة تستلزم التنسيق و التنظيم بالنظر إلى أنه يهدف إلى مراقبة أشخاص مشتبه فيهم ارتكاب إحدى الجرائم المحددة في المادة 65 مكرر 5 و من هنا يكون لزاما على ضابط الشرطة القضائية المسؤول و المنسق للعملية أن يحدد عناصر سير هذه العملية حتى يمكن إنجاحها ، وذلك من خلال تحديد :

## 1- المسؤولية في عملية التسرب :

إستنادا لنص المادة 65 مكرر 12 فإن مسؤولية سير عملية التسرب تقع على عاتق ضابط الشرطة القضائية الذي يتولى عملية التنسيق و التفكير و التحضير و التنظيم و كل ما يترتب عن ذلك من إجراءات.

## 2- رقابة عملية التسرب:

إنطلاقا من نص المادة 65 مكرر 11 تكون الجهة التي خول لها المشرع إذن مباشرة التسرب هي ذاتها المخول لها رقابة سير عملية التسرب، بحيث أن وكيل الجمهورية مدير الشرطة القضائية في دائرة إختصاصه وقاضي تحقيق كسلطة تحقيق قضائية يتوليان مهمة مراقبة سير عملية التسرب، ولذلك أجاز لهما الأمر بوقفها قبل إنتهاء المدة المحددة في الإذن أو تمديد هذه المدة بحسب الأحوال<sup>(8)</sup>.

## 3- الحماية القانونية للعون المتسرب :

نتيجة لخطورة عملية التسرب على القائم بها فقد كفل له القانون حماية خاصة و أولاه الرعاية للحفاظ على أمن وسلامة روحه و سرية مهمته إذ جعل المتسرب بمنأى عن تحمل المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي يكون قد إرتكبها عرضا أثناء تسربه تنفيذاً للمهام الموكولة إليه، و منع الكشف عن هويته الحقيقية و سمح له بأخذ هوية مستعارة و رتب على مخالفة هذه الإجراءات عقوبات جزائية و هي العقوبات التي تتضاعف إذا أفضى هذا الكشف للهوية عن تعرض المتسرب أو أحد أفراد عائلته للضرب أو الجرح أو عرض حياته للخطر المادة 65 مكرر 16، و قد تتضاعف إذا حدثت الوفاة.

و من الحماية الخاصة للمتسرب عدم جواز سماعه كشاهد على العملية مع جواز ذلك بالنسبة للضابط المسؤول و المنسق وإذا حدث أن وقع توقيف العملية أو انقضى أجلها دون تجديد فإن ضرورات حماية المتسرب تجيز له مواصلة نشاطه من دون تحمله لأي مسؤولية بشرط إخبار الجهة مصدرة الإذن، على أن لا تتجاوز فترة تأمين سلامة المتسرب مدة أربعة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة.

## الآثار المترتبة على عملية التسرب :

بمجرد صدور الإذن من طرف القضاء يباشر العون المتسرب عمله حسب مقتضيات المطلوبة منه و من ثم هناك آثار ستترتب عن ذلك يمكن إجمال أهمها.

### 1- تسخير الوسائل المادية و القانونية :

لقد أجاز المشرع في المادة 65 مكرر 14 ق.أ.ج.ج إقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتوجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها من إرتكاب الجرائم أو مستعملة في إرتكابها و كذا إستعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي و كذا وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء أو الحفظ أو الاتصال و بالتالي يمكن للعون المتسرب استعمال الأموال المتحصل عليها من ارتكاب الجرائم المذكورة بنص المادة 65 مكرر 5 من ق.أ.ج.ج و من هنا يمكن القول أن هناك استثناء لأحكام نص المادة 02 من القانون 05 - 01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتها الذي يعتبر العائدات الإجرامية عند علمه بها سواء بالتحويل أو النقل أو الاكتساب أو الحيازة تبييضا للأموال.

أما الوسائل القانونية فيقصد بها توفير الوثائق الرسمية إن كان هناك ضرورة - رخصة سياقة - بطاقة تعريف - جواز سفر - بطاقة رمادية... و لهذا نجد القائم بالعملية يحتاج إلى أجهزة التزوير لعدم إمكانية المرور على الإدارة ضمانا للسرية.

### 2- الإعفاء من المسؤولية : " الجزائية و المدنية " :

أ- المسؤولية الجزائية : نصت المادة 65 مكرر 14 ق.أ.ج.ج على أن الضباط و أعوان الشرطة القضائية المسخرين في عملية التسرب لا يكونون مسؤولين جزائيا حسب الحالات التي ذكرها النص و هذه الحالات تعد تكريسا للمادة 39 ق.أ.ج.ج بحيث يصبح التسرب من ضمن أسباب الإباحة، مع ملاحظة أنه لا يجوز له تحت طائلة البطلان أن يتخذ من الأفعال المسموح له بها تحريضا على ارتكاب جرائم<sup>(9)</sup> و في هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها مؤرخ في : 1967/02/14 بأن تصرفات رجال الضبط أثناء قيامهم بالبحث و التحري يجب ألا تتجاوز الإجراءات المشروعة لاستقصاء الجريمة و جمع الاستدلالات المتعلقة بها ، فكل إجراء يقومون به في سبيل كشف ملابسات الجريمة و البحث عن أدلتها يعتبر صحيحا، طالما أنهم لم يتدخلوا في خلق الجريمة أو التحريض عليها<sup>(10)</sup>.

ب- المسؤولية المدنية: و يقصد بها كل التصرفات المدنية أو التجارية التي يقوم بها العون المتسرب كإبرام عقود ترتب التزامات كعقد بيع أو توريد أو مقاوله أو حتى عقود خاصة بالحالة كعقد زواج مثلا، نشير هنا إلى أن المشرع الجزائري سكت عن المسؤولية المدنية و بذلك يبقى السؤال المطروح ما مصير العقود التي أبرمها المتسرب لتنفيذ مهمته بعد انتهاء العملية.

### 3- إحاطة العملية بالسرية التامة :

تقتضي عملية التسرب أن تحاط بالسرية التامة و قد نص قانون الإجراءات الجزائية على جزاءات عقابية مشددة في حالة كشف هوية المتسرب و تعدت هذه الحماية إلى عائلة المتسرب وحددت العقوبات في المادة 65 مكرر 16 من سنتين إلى عشرين سنة حبس مع الغرامة من 50 ألف إلى مليون دينار .

### 4- الجرائم العرضية :

و هي تلك الجرائم التي تكتشف عرضا أثناء تنفيذ عملية التسرب.

بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية نجد المشرع قد سكت عن هذه الجرائم و لم يشر إليها في أحكام التسرب. غير أنه و باستقراء المادة 65 مكرر 6 ق.أ.ج.ج نجد أنها تنص على أنه إذا وقع اكتشاف جرائم أخرى غير تلك المنصوص عليها في إذن القاضي، فإن ذلك لا يكون سببا لبطلان الإجراءات العارضة و رغم أن نص المادة 65 مكرر 6 جاء ذكره في الفصل المتعلق باعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور ، إلا أننا نرى أنه و باعتبار التسرب تدبير له ميزة خاصة و أن المشرع قد أولى عناية كبيرة بمصلحة التحقيق و غلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة فإنه و بالنظر إلى الحلقة المشتركة بين جميع التدابير المنصوص عليها بالمادة 65 ق.أ.ج.ج و المتعلقة بالجرائم الماسة بأمن الدولة أمكن القول أن اكتشاف جريمة عرضية عند مباشرة عملية التسرب يخضع لإجراءات عارضة و لا يمكن أن يكون ذلك سببا للبطلان، فمتى اكتشف المتسرب بخلية المتاجرة بالمخدرات جريمة قتل و جب عليه رفع تقرير إلى المشرف عليه ليحوله إلى وكيل الجمهورية لاتخاذ ما يراه مناسبا .

## الخاتمة :

بما أن التحقيق القضائي يهدف بصفة خاصة إلى كشف السلوك الإجرامي و بالنتيجة الوصول إلى الحقيقة فإن القانون قد سلح القائمين عليه بوسائل قد يكون في استعمالها انتهاكا لخصوصيات الأشخاص وحررياتهم<sup>(11)</sup> .

لذلك ظل ساكتا إلى غاية صدور القانون رقم 06 - 22 المعدل و المتمم للأمر رقم 66 - 155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية فرسم بشكل قانوني إجراءات لم يكن مسموح بها من قبل، مغلبا في ذلك مصلحة المجتمع والحفاظ على الأمن الاجتماعي و تحصينه من جرائم تمسه في شخصه و ممتلكاته. و لا ينبغي الاعتقاد بأن المشرع بلجونه هذه الإجراءات يهدف إلى محاربة المجرم بمثل أساليبه المنحطة، إنما هدفه هو مكافحة جرائم معينة توسم خطورتها منعلا لاستفحالها لما تشكله من خطورة على استقرار المجتمع و اهتزاز لاقتصادياتهم .

## الهوامش :

- 1- د/فوزي عمارة مقال بعنوان اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور والتسرب بإجراء تحقيق قضائي في المواد الجزائية ، منشور بمجلة العلوم الإنسانية عدد 33 جوان 2010 ص 235 .
- 2- ابن منظور - لسان العرب ج ص
- 3- قانون الإجراءات الجزائية المادة 65 مكرر 12 .
- 4- محمد محي الدين عولي : حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية مكتبة الجلاء المنصورة مصر 1989 ص 254 .
- 5- عمر خوري ، شرح قانون الإجراءات الجنائية طبعة 2001 ص 37 .
- 6- مختاري عائشة ، محاضرة بعنوان التسرب القيت بمدرسة الشرطة سيدي بلعباس .
- 7- د/ فوزي عمارة المرجع السابق ص 248 .
- 8- مستفاد من شبكة الأنترنت، موقع منتدى الجلفة .
- 9- حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في المحقق الجنائي منشأة المعارف - مصر ص 67 .
- 10- مجموعة أحكام النقض المصرية الصادرة عن الدوائر الجنائية السنة الخمسون. 1999
- 11- د/ علي السالم عياد الحلبي ، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحري و الإستدلال.

## الترخيص الإداري ودوره في المحافظة على النظام العام البيئي



محمد الأمين كمال : باحث بصف الدكتوراه  
في القانون العام جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

مقدمة :

لعل أبرز ما يهدد الحرية هو ما تفرضه الإدارة العامة من قيود على الحرية عن طريق ما تتمتع به من سلطات الضبط الإداري، لذلك قيل: "أن الحريات التي كفلها الدستور أو نظمها القوانين هي سد منيع يجب أن تقف عنده سلطة الضبط الإداري، فقوانين الضبط ومراسيمه لا تملك كقاعدة عامة أن تكبت الحريات العامة التي كفلها الدستور"<sup>(1)</sup>.

فقد يتطلب التنظيم الضبطي لنشاط الأفراد ضرورة الحصول على ترخيص إداري مسبق قبل ممارسة النشاط من السلطة المختصة، وتكمن الحكمة من فرض نظام الترخيص في تمكين سلطة الضبط الإداري من التدخل مقدما في الأنشطة الفردية لاتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية المجتمع من الأخطار التي تنجم عن ممارسة النشاط بشكل غير آمن لسوء فهم من الأفراد أو لسوء تقدير منهم.

أيضا هناك مبرر قانوني، يتلخص في أن الدولة مسؤولة قانونا عن الخطأ الإداري المصلحي أو المرفقي، ومن بين صوره عدم قيام السلطات الإدارية بواجبها نحو كفالة النظام العام البيئي، وبالتالي فإنه يجب تمكين الإدارة من تجنب هذه المسؤولية وذلك بتحويلها سلطة التدخل مقدما في ممارسة النشاط الفردي الذي يمس بالبيئة، وتقدير ما تراه ضروريا من الاشتراطات والاحتياطات في كل حالة.

والهدف من فرض سلطات الضبط الإداري قيودا على حرية ونشاط الأفراد والخواص - من بين عديد الأهداف - مكافحة التلوث البيئي باعتبار حماية البيئة والمحافظة عليها من متطلبات الحفاظ على النظام العام. ومن خلال موضوع البحث المعنون بـ: "الترخيص الإداري ودوره في المحافظة على النظام العام البيئي"، حيث نتناول في المبحث الأول لمفهوم الترخيص الإداري من خلال التعريف به والحكمة من فرضه، أما المبحث الثاني فنخصه بالترخيص باعتباره أداة الضبط الإداري لتحقيق أهداف النظام العام البيئي.

### المبحث الأول : مفهوم الترخيص الإداري :

يعتبر الترخيص الإداري من أكثر الوسائل الإدارية فعالية في رقابة النشاط الفردي والتحكم فيه، وتستخدم كلمة الترخيص في كثير من المجالات المختلفة من بينها الترخيص الإداري في المجال البيئي موضوع البحث. وفيما يلي نتناول التعريف بالترخيص الإداري عموما وبيان الحكمة من فرضه.

### المطلب الأول : التعريف بالترخيص الإداري :

عرفت محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 04 بتاريخ 1955/2/7 الترخيص الإداري بأنه: "عبارة عن تصرف إداري يتم بالقرار الصادر بمنحه وهذا التصرف مؤقت بطبيعته قابل للسحب أو التعديل غير قابل للإلغاء أمام هذه المحكمة متى تم وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ولم يكن مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة ، سواء كان الترخيص مقيدا بشروط أو محددًا بأجل أم لا ، ولا يجوز في هذه الحالة الطعن في قرار السحب قبل انقضاء الأجل أو مراعاة الشروط المقررة إلا لعيب إساءة استعمال السلطة"<sup>(2)</sup>.

وفي حكم حديث للمحكمة الإدارية المصرية العليا الصادر في 1987/2/14 نجدها تفرق بين مفهوم الرخصة والترخيص فتطلق كلمة الترخيص على الترخيص الإداري بصفة عامة في حين ترى أن كلمة الرخصة ذات طبيعة خاصة ، ومفهوم مختلف عن الترخيص ، لذا فلا يمكن خضوعها لأحكام الترخيص من حيث منحها وإلغائها من جانب السلطة الإدارية وإنما تخضع للقانون ذاته. وتذهب المحكمة إلى القول بأن التراخيص يجوز بصفة عامة سحبها أو تعديلها أو إلغاؤها، هذا القول يصدق على مدلول الترخيص باستعمال المال العام أو ممارسة نشاط معين مثلا إذا لم تكن ثمة تنظيمات قانونية تعالج أوضاعها، وليس بحال الإذن في القيام بعمل محدد تترتب عليه آثار دائمة كالإنشاءات والأبنية لا يجوز القيام بها إلا بعد الإذن بها طبقا لنظام قانوني معين ينفرد وحده بتحديد متى يجوز السحب أو الإلغاء قبل القيام بالعمل محل الإذن والذي يسمى بالرخصة، إذ متى تم العمل المرخص به لم يرد عليه سحب أو إلغاء، وإنما يمكن أن يتم الأثر المترتب على ذلك استنادا إلى أنظمة قانونية أخرى. و بذلك فقد قام الطعن على استعمال تصوير الترخيص على أنه دال على الرخصة وهما مجالان مختلفان لكل منهما الأحكام الخاصة به.

كما قضت ذات المحكمة في الطعن رقم 1223 لسنة 25 ق.ع جلسة 1992/3/16 بأن:

"الحكم المطعون فيه قد أخطأ في إسناد النتيجة التي انتهى إليها إلى سببها الصريح وأقام بناءه على أن الترخيص تصرف إداري مؤقت بطبيعته قابل للسحب والتعديل في أي وقت متى اقتضت المصلحة العامة ذلك فخلطت بذلك بين الترخيص المؤقت الذي تصرح فيه الإدارة لصاحب الشأن بالانتفاع بمال من الأموال العامة التي تتولى إدارتها والذي لها حق إلغاؤه في أي وقت لاعتبارات الصالح العام وحسن سير المرافق العامة وبين الترخيص الذي تصرح فيه الإدارة ملتزمة بأحكام القوانين واللوائح لصاحب الشأن بالبناء على ملكه الخاص فان الحظر المذكور قد أصاب الحق بما انتهى إليه من رفض طلب الطاعن وقف تنفيذ القرار الساحب للترخيص لفقدانه ركن الجدية"<sup>(3)</sup>.

**المطلب الثاني : الحكمة من فرض نظام الترخيص :**

قد يتطلب التنظيم الضبطي لنشاط الأفراد ضرورة الحصول على ترخيص إداري مسبق قبل ممارسة النشاط من السلطة المختصة، وتكمن الحكمة من فرض نظام الترخيص في تمكين سلطة الضبط الإداري من التدخل مقدما في الأنشطة الفردية لاتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية المجتمع من الأخطار التي تنجم عن ممارسة النشاط بشكل غير آمن لسوء فهم من الأفراد أو لسوء تقدير منهم<sup>(4)</sup>.

هذا ويخضع فرض نظام الترخيص للقواعد التالية:

\* أنه لا يمكن تطبيقه بالنسبة للحريات التي يحميها القانون أو الدستور، فإذا كان القانون أو الدستور يكفل إحدى الحريات دون إخضاع النشاط الذي يقابلها لنظام الترخيص فليس للإدارة أن تفرض ترخيصا سابقا<sup>(5)</sup>.

\* في الحالات التي يسلم فيها بالترخيص السابق، سواء صراحة بالقانون، أو لأن الأمر لا يتعلق بحرية عامة يكفلها القانون، يتعين على سلطة الضبط في إصدارها للتراخيص أو فيما تتخذه من قرارات الرفض مراعاة المساواة بين الأفراد أو المجموعات المعنية.

والحكمة من فرض نظام الترخيص في المجال البيئي هو تمكين الإدارة من التدخل مقدما في كيفية القيام ببعض الأنشطة المضرة بالبيئة - وهي التي ترتبط بحفظ النظام العام البيئي - وذلك لتمكين السلطات الإدارية من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية المجتمع من الخطر الذي قد يترتب على ممارستها في كل حالة تبعا لظروفها من حيث الزمان والمكان، ومراقبة سير النشاط المرخص به وفرض اشتراطات جديدة على استغلاله إذا استدعى الأمر ذلك<sup>(6)</sup>.



## المبحث الثاني : الترخيص أداة الضبط الإداري لتحقيق أهداف النظام العام البيئي :

يجد الترخيص عموما مبرره الأول في ضرورة المحافظة على النظام العام بمفهومه التقليدي والحديث، وهو أساسا مفهوم سلبي أي أنه نظام وقائي وفقا للنموذج الليبرالي المتحرر الذي عرف في كنفه هذا النظام والذي يتفق والتدخل المحدود للدولة في الأنشطة الخاصة، والمحافظة على هذا النظام هو الأساس القانوني لهذا التدخل.<sup>(7)</sup>

فالمشرع يعترف دوما للإدارة بدور الوسيط بين الأفراد والقانون عند ممارستهم حقوقهم وحررياتهم ونشاطاتهم المرعبة وغير المرعبة، وبممارستها مظاهر سلطة الضبط الإداري بغرض إقامة النظام العام في المجتمع وحمايته وصيانته من الخرق والإضرار بالأمن والسلم الاجتماعيين في جميع مناحي الحياة، وفي مقدمتها المحافظة على البيئة والحيط وجمال الرونق والرواء والنظام العام الاقتصادي، وهي كلها عناصر من بين عناصر النظام العام بمفهومه الحديث والموضوعات الجديدة التي يهتم بها القانون الإداري البيئي، وبيئة وراحة الجوار.<sup>(8)</sup>

### المطلب الأول : مفهوم النظام العام البيئي :

تعد حماية النظام العام في المجتمع الغرض الأساس لسلطات الضبط الإداري، فليس لهذه الأخيرة استخدام سلطاتها لتحقيق أهداف أخرى غير ذلك وان تعلقت بالصالح العام في جوانبه المادية المحضة، ذلك أن أهداف الضبط الإداري هي أهداف مخصصة ليس للإدارة أن تخرج عنها، أو أن تتخذ منها سترا و ذريعة للتوصل إلى أهداف أخرى مشروعة أو غير مشروعة وذلك طبقا لقاعدة تخصيص الأهداف، أو إحدى القواعد التي تحكم النشاط الإداري.<sup>(9)</sup>

وترجع أهمية هذه الفكرة وحيويتها وضرورتها إلى ما تمثله من أساس لتدخل سلطة الضبط الإداري لوقاية المجتمع وتحقيق أمنه وسكينته من جهة، كما أنها تمثل السند الأساسي والشرعي لتلبية حاجة المجتمع للاستقرار والسلام الاجتماعي والهدوء، ذلك أنها تخول لسلطات الضبط الإداري تنظيم نشاط الأفراد في المجتمع بما يسمح للجميع بممارسة حقوقه وحرياته والحفاظ على قيم المجتمع من جهة أخرى.<sup>(10)</sup>

فبعد النضال من أجل حماية الصحة العامة، والسكينة العامة، تطلعت الأنفس للاهتمام بحماية جماليات الشوارع ورونقها، حتى لا يصاب عابر السبيل بتقزز في العين لسوء المنظر ومن ثم برزت إلى الوجود فكرة المطالبة بحماية قانونية لجمال الرواء.

فمن جانبه يرى الفقه أن إشاعة جمال الرونق و الرواء في الشارع يؤدي إلى تحقيق السكينة النفسية للأفراد نظرا لحاجة الإنسان إلى حماية إحساسه بالجمال بقدر حاجته إلى حماية لوازمه المادية، وشيوع الفوضى في جماليات المكان يؤدي إلى الضيق والاضطراب وتوتر الأعصاب وبدلا من أن تكون الأماكن العامة مصدرا للبهجة والتمتع بجمال الطبيعة

وبهاء المعمار ، تتحول إلى سياط عذاب لأحاسيس الأفراد ، ومن ثم لم يتردد جانب من فقه القانون العام في وضع جماليات الأماكن العامة في نطاق مفهوم النظام العام الذي يجب على سلطات الضبط الإداري صيانته.<sup>(11)</sup>

ويعتبر الفقيه **DUEZ** " أن الاضطراب بالجمال بمثابة قلاقل عامة ولذلك فإنّ حماية جمال الأماكن العامة تدخل في مهام الضبط، كما يرى الفقيه أنّ حماية الجمال تدخل بطبيعتها في فكرة النظام العام باعتبار أنّ الإدارة مسؤولة عن حماية الإحساس لدى المارة كمسؤولياتها عن ضمان سلامتهم وأمنهم".<sup>(12)</sup>

ويمثل النظام العام الجمالي أحد أهم الأبعاد الحديثة للنظام العام، ويرجع الفضل في بلورته إلى الفقه الفرنسي الذي لم يقف عند العناصر الثلاثة التقليدية للنظام العام، بل اهتم ببحث تطور المفهوم التقليدي للنظام العام، لأنّ لهذا الأخير بعدا اجتماعيا قابلا للتطور بصفة مستمرة بل أنه لازم التطور للمظهر الجمالي للمدينة ونظافتها في إطار برامج التخطيط العمراني والإعمار الإقليمي، ومنه بالنتيجة إيجاد محيط معيشي بيئي نظيف ملائم ومريح لحياة المواطن فقد أقر معظم الفقه الفرنسي فكرة النظام العام الجمالي منذ فترة ليست بالقصيرة واعتبر الحفاظ على جمال الرونق والرواء من عناصر النظام العام مما يبرر لسلطات الضبط الإداري اتخاذ إجراءات ضابطة وقاية للنظام العام.

كما اعتبر الفقه الفرنسي الإضرار بالفنون الجميلة مثله مثل الاضطرابات العامة وحماية الجمال في الشارع مهمة من مهام الشرطة أو يجب أن تكون أحد مهام رجال الضبط الإداري وكذلك الأمر بالنسبة لتجميل المدن و اعتبر مفهوم الجمال جزءاً من التراث الثقافي الفرنسي. ويؤسّس هذا الاتجاه أيضاً على أن الدولة لم تعد دولة بوليسية، وأن القانون أصبح يبغي أهدافاً أسمى من الأمن، فالجمال يخلق نظاماً وتوازناً وهو عامل للسلام الاجتماعي.<sup>(13)</sup>

ومن جهته اعترف القضاء الإداري الفرنسي، ومن وراء المشرع بالجمال كهدف للقرارات الإدارية، من ذلك قراره الصادر سنة 1936 في قضية اتحاد نقابات مطابع باريس، تتلخص وقائعها في أن الجهة الإدارية المختصة سبق لها وأصدرت لائحة تحظر توزيع الإعلانات على المارة في الطرق العامة، نظراً لأن إلقاءها عقب الاطلاع عليها يسبب تشويهاً للمنظر الجمالي العام للمدينة الذي يجب الحفاظ عليه، فطعن اتحاد نقابات المطابع في هذه اللائحة مطالباً بإلغائها لخروج أهدافها عن الأهداف المرسومة لسلطات الضبط الإداري وهي الحفاظ على النظام العام بمفهومه التقليدي، فرفض مجلس الدولة ذلك مؤكداً أن حماية جمال الرونق والرواء تعتبر أيضاً من أغراض الضبط الإداري بوصفها إحدى عناصر النظام العام الجديرة بالحماية. وبذلك استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على مشروعية

تدخل سلطات الضبط الإداري لتحقيق أغراض جمالية بحتة لا علاقة لها بالعناصر التقليدية للنظام العام (الأمن العام، الصحة العامة، السكنية العامة).<sup>(14)</sup>

### المطلب الثاني : أهداف النظام العام البيئي :

من بين الأهداف الرئيسية للتشريع والتنظيم في المجال البيئي، الحفاظ على البيئة من أي تلوث والعمل على جمال وتنسيق المدن، بالإضافة إلى تنظيم استعمالات الطرق وتحسين البيئة السكنية وحمايتها من الآثار الضارة من إدارة المصانع وغيرها من المنشآت المقلقة للراحة والسكنية العامة.<sup>(15)</sup>

ويهدف الضبط الإداري في إطار البعد البيئي لحماية الصحة العامة للمواطنين من مخاطر الأمراض والأوبئة والجراثيم التي تهددهم والتي من أهمها: مكافحة الأوبئة والأمراض المعدية، والحفاظة على صلاحية مياه الشرب، وضمان سلامة الأطعمة المعدة للبيع، وضمان سلامة الأدوية والمستحضرات الصيدلانية، والتخلص من الفضلات والنفايات السائلة والصلبة، وجمع القمامة، والحفاظة على نظافة الأماكن العامة: كالمطاعم والمخابز ومحلات إنتاج الألبان والحلوى، ومنع دخول رعايا الدول المجاورة التي ينتشر فيها وباء معين إلا بموجب شهادة طبية رسمية تثبت خلوهم من الأمراض المعدية، ومنع التدخين في الأماكن المغلقة والعامة، وعزل المناطق السكنية المصابة بمنع مغادرتها أو الدخول إليها.<sup>(16)</sup>

وتطبيقا لذلك فإن المشرع الجزائري نص في المادة 94 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011 المتعلق بالبلدية،<sup>(17)</sup> على أنه: " في إطار احترام حقوق وحرية المواطنين، يكلف رئيس المجلس الشعبي البلدي على الخصوص، بما يأتي:

- السهر على المحافظة على النظام العام وأمن الأشخاص والممتلكات.
- التأكد من الحفاظ على النظام العام في كل الأماكن العمومية التي يجري فيها تجمع الأشخاص، ومعاينة كل مساس بالسكنية العمومية وكل الأعمال التي من شأنها الإخلال بها...
- السهر على نظافة العمارات...
- اتخاذ الاحتياطات والتدابير الضرورية لمكافحة الأمراض المتنقلة أو المعدية والوقاية منها.
- منع تشرد الحيوانات المؤذية والضارة.
- السهر على سلامة المواد الغذائية الاستهلاكية المعروضة للبيع.
- السهر على احترام تعليمات نظافة المحيط وحماية البيئة".

ويهدف الترخيص الإداري كذلك إلى حماية الصحة العامة في المباني والمنشآت الصناعية والتجارية والمحلات العامة، حيث تشمل حماية الصحة العامة المؤسسات والمنشآت والشركات والمتاجر والمباني وما يماثلها التي تقوم بنشاطات وأعمال تضر بصحة الأفراد أو الجماعات عن طريق مباشر أو غير مباشر في حالة عدم مراعاتها للشروط الصحية المتعلقة بنشاط هذه المحلات. فحماية الصحة العامة في المنشآت الصناعية والتجارية والمحلات العامة تقتضي مراعاة الشروط الصحية بحيث لا تضر بالعمالين فيها أو الساكنين بجوارها كالمواد الأولية التي تخلفها المصانع والتي تضر بالمساكن المجاورة لها، الأمر الذي يتطلب إبعادها عن الأماكن السكنية عند الترخيص بإنشائها.<sup>(18)</sup>

وفي هذا الإطار، نصت المادة 28 من الاتفاقية رقم 167 بشأن السلامة والصحة في البناء المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-60 المؤرخ في 11 فبراير 2006،<sup>(19)</sup> أن:

"1- تتخذ عندما يحتمل أن يتعرض العامل لأي خطر كيميائي أو فيزيائي أو بيولوجي بدرجة من شأنها أن تضر بصحته، التدابير الوقائية المناسبة لمنع هذا التعرض.

2- تتضمن التدابير الوقائية المشار إليها في الفقرة (1) أعلاه، ما يأتي:

(أ) الاستعاضة عن المواد الخطرة كلما أمكن، بمواد عديمة الضرر أو أقل خطرا.

(ب) أو تطبيق تدابير تقنية على التمديدات أو الآلات أو المعدات أو طرائق العمل.

(ج) أو تطبيق تدابير فعالة أخرى، بما في ذلك استخدام معدات الوقاية الشخصية والألبسة الواقية، عندما يتعذر تنفيذ التدابير المنصوص عليها في الفقرتين (أ) أو (ب) أعلاه.

3- تتخذ تدابير كافية لمنع الخطر عندما يطلب من العمال الدخول إلى أي مجال يحتمل أن توجد فيه مواد سامة أو ضارة أو نقص في الأكسجين أو جو قابل للاشتعال.

4- تتخذ الاحتياطات اللازمة لتفادي إتلاف النفايات أو التخلص منها بطريقة أخرى في موقع البناء إذا كان من شأن ذلك أن يكون ضارا بالصحة". وتنص المادة 24 من ذات الاتفاقية بأنه: "عندما يمكن أن يمثل هدم أي بناء أو هيكل خطرا على العمال أو الجمهور:

(أ) تتخذ احتياطات وطرائق وإجراءات مناسبة، على أن تتضمن ما يلزم للتخلص من النفايات أو المخلفات، وذلك وفقا للتشريع الوطني؛

(ب) لا يخطط العمل ولا ينفذ إلا تحت إشراف شخص مختص".

وفي مجال حماية الصحة العامة في المباني، فقد اتسع مفهوم المحافظة على الصحة العامة ليشمل تخطيط المدن من خلال الموافقة المسبقة للسلطات المحلية التي تمنح رخص البناء ومن خلال التجهيزات الصحية للمساكن الخاصة والأماكن العامة كالمدارس وسلامة التصميم والتنفيذ لمبانيها من أجل سلامة القاطنين بها، وتختلف هذه الشروط

والمواصفات الصحية بحسب تعلقها بأبنية السكن النموذجي أو السكن الخاص أو السكن الاستثماري أو بالمناطق الصناعية أو بالتجمعات السكنية والتجارية.

فرخصة البناء، تشكل عنصرا فعلا وبارزا في المحافظة على البيئة، باعتبارها وسيلة الضبط الإداري الأولى لضمان احترام القواعد الخاصة بحماية البيئة. ولهذا الغرض نصت المادة 38/3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المحدث لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم،<sup>(20)</sup> على أنه: "كما يجب أن يراعي التحضير مدى احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في ميدان الأمن والنظافة والبناء والفن الجمالي، وفي مجال حماية البيئة والمحافظة على الاقتصاد الفلاحي".

خاتمة :

هكذا تنتهي هذه الدراسة التي كرسناها لبحث موضوع، الترخيص الإداري ودوره في المحافظة على النظام العام البيئي، حيث تناولنا في الجزء من هذه الدراسة لمفهوم الترخيص الإداري ثم تطرقنا في الجزء الثاني للترخيص باعتباره أداة الضبط الإداري لتحقيق أهداف النظام العام البيئي.

إن القوانين المرتبطة بالبيئة تمثل مشكلة خطيرة ومعقدة فهي بدون دراسة علمية كافية، كما أنها تفقد عامل الاستقرار والتوازن والاستمرار، وأصبحت تعاني من تعددها بصورة يصعب على القائمين بتنفيذها استيعابها وتطبيقها، وكذلك بالنسبة للمتخصصين في المجال البيئي، وقد أدت التعديلات والتغييرات والاستثناءات المستمرة لتلك القوانين، فقدانها الجدية والاحترام من طرف الأفراد مما أدى بالمساس بالنظام العام البيئي وانعكس ذلك على تدني مستوى تحضر الفرد والمجتمع على حد سواء.

الهوامش :

<sup>1</sup>- عبد الرؤوف هشام بسيوني : " نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية"، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2007 الإسكندرية، ص.7

<sup>2</sup>- السيد أحمد مرجان: " تراخيص أعمال البناء والهدم بين تشريعات البناء والأوامر العسكرية والقرارات الوزارية وأحدث أحكام القضاء" مرجع سابق، ص.91

<sup>3</sup>- نفس المرجع، ص 92-93.

<sup>4</sup>- نواف كنعان: "دور الضبط الإداري في حماية البيئة، دراسة تطبيقية في دولة الإمارات العربية المتحدة"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد الثالث العدد الأول فبراير 2006، ص.93.

<sup>5</sup>- عادل السعيد محمد أبو الخير: "الضبط الإداري وحدوده"، دون ذكر الطبعة، مطابع الطوبجي التجارية القاهرة، 1993، ص.279.

<sup>6</sup>- نفس المرجع، ص.280.

- 7- محمد جمال عثمان جبريل: "الترخيص الإداري، دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه دولة كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر 1992 ص.100
- 8- عزاوي عبد الرحمن: "المظاهر الجديدة لمفهوم النظام العام في القانون الإداري، حالتا النظام العام الجمالي والنظام العام الاقتصادي"، المجلة القانونية التونسية، مجلة سنوية مركز النشر الجامعي، عدد 2008، ص 103-104.
- 9- عادل السعيد محمد أبو الخير: "الضبط الإداري وحدوده"، مرجع سابق، ص181.
- 10- نفس المرجع، ص181.
- 11- دايم بلقاسم: "النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئة"، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، 2003-2004 كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تلمسان، ص30. نقلا عن محمد محمد بدران: "مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي"، دار النهضة العربية، طبعة 1992، ص 107 وما بعدها.
- 12- نفس المرجع، ص29. نقلا عن: P.DUEZ, « Police et esthétique de la rue », p 17.
- 13- محمد جمال عثمان جبريل: "الترخيص الإداري، دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص105-106.
- 14- عادل السعيد محمد أبو الخير: "الضبط الإداري وحدوده"، مرجع سابق، ص260-261.
- 15- السيد أحمد مرجان: "تراخيص أعمال البناء والهدم..." مرجع سابق، ص35.
- 16- نواف كنعان: "دور الضبط الإداري في حماية البيئة، دراسة تطبيقية في دولة الإمارات العربية المتحدة"، مرجع سابق، ص99.
- 17- ج.ر العدد 37 لسنة 2011.
- 18- نواف كنعان: "دور الضبط الإداري في حماية البيئة، دراسة تطبيقية في دولة الإمارات العربية المتحدة"، مرجع سابق، ص102.
- 19- ج.ر العدد 07 لسنة 2006.
- 20- ج.ر العدد 26 لسنة 1991.

## البطاقة البنكية وإقعاها و الحماية القانونية لها



الصابوني صفاء باحثة بصف الدكتوراه

وحدة القانون الجنائي والعلوم الجنائية

كلية العلوم القانونية جامعة محمد الأول وجدة

مقدمة :

عرف تطور الأنظمة النقدية والمصرفية بعد الأزمة الاقتصادية والنقدية العالمية الكبرى (1929/1933) تغيرات سريعة، خاصة بعد انقضاء الحرب العالمية الثانية وظهور بوادر بناء نظام نقدي دولي جديد جراء عقد اتفاقية بريتون - وودز<sup>1</sup> حيث ظهرت أدوات نقدية تسيير وفق آليات وقواعد جديدة دعمها التطور الحاصل في مجال الإلكترونيات الدقيقة microelectronics الذي استغل في مجال الخدمات والمبادلات لا سيما في عرض خدمات الجهاز المصرفي

( 1 ) في عام 1944 في الفترة ما بين 1 إلى 22 يوليو ، اجتمع ممثلو (44) دولة بالمنتجع الصيفي ( بريتون وودز ) بمقاطعة نيو هامبشاير والتي تم من خلالها ابرام اتفاقية بريتون وودز Bretton Woods Agreement Forex Markets والتي تهدف إلى إيجاد نوع من الثبات في السياسات النقدية وأسعار الصرف بين دول العالم من خلال وضع أسس انتقال رؤوس الاموال بين الدول كأساس لتسهيل التجارة الدولية وذلك عن طريق ربط سعر العملات العالمية بالدولار الأمريكي مع هامش بسيط للارتفاع والانخفاض لا يزيد عن 10% من السعر الأساسي ، بالإضافة إلى إنشاء بنك التنمية والتعمير الدولي (Internation Bank of Reconstruction and Development) وصندوق النقد الدولي . ( International Montary Fund ) واستمر العمل بهذه الاتفاقية حتى منتصف الخمسينات بسبب التوسعات والتطورات العالمية التي حدثت في التجارة الدولية بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وبسبب الحركات الهائلة لرؤوس الأموال أحدثت خلخله في قواعد وأسس الصرف بما اتفق عليه في بريتون وودز.

Le groupe de la banque mandiale ,rapport sur les evenement economique cles ;1944-accord de bretton woods : instauration d un nouveau systeme monetaire internayionle ,2007, canada .

حيث استخدم فيها جملة خدمات على رأسها بطاقات الدفع الإلكتروني. ففي عام 1914 أصدرت شركة وسترن يونيون (2) الأمريكية أولى بطاقات الوفاء بالديون وذلك بإصدارها بطاقة معدنية تعطي للعملاء تسهيلات زمنية في دفع الالتزامات المترتبة عليهم، وفي عام 1917 أصدرت العديد من الفنادق والمحلات الضخمة وشركات النفط وسكك الحديد بطاقات خاصة بها(3).

أما في عام 1924 قامت شركة جنرال بترليوم كوربوريشن في كاليفورنيا بإصدار أول بطاقة وفاء حقيقية توزع على الجمهور لدفع قيمة البنزين المباع لهم على أن تسدد المبالغ المترتبة عليهم في تواريخ لاحقة، وكانت هذه البطاقات عند نشأتها ثنائية الأطراف، أما البطاقة الثلاثية يعود الفضل في أول إصدار لها إلى نادي Diners club وذلك عام 1951(4) من أجل متطلبات السفر والسياحة دون حاجة إلى حمل النقود(5).

أما بداية البطاقات بالمفهوم المتعارف عليه حديثا ظهر على مستوى البنوك، فقد كان بنك فرانكلين ناشيونال في نيويورك أول مصدر لهذه البطاقات عام 1951، ومن أجل ترسيخ فكرة استعمال البطائق البنكية قام بنك أمريكا Bank of America وهو أكبر البنوك في الولايات المتحدة الأمريكية، إضافة إلى بنك Tchise Manhattan في انتشار هذه البطاقات، بسبب السياسة التي اتبعها، بادئ الأمر متمثلة في عدم فرض رسوم إصدار هذه البطاقات مكتفيا بالربح الناتج عن النسبة التي يتم الحصول عليها من المحلات التجارية التي تقبل الوفاء بواسطة هذه البطاقات. إضافة إلى الفائدة التي يدفعها العميل من جراء عدم الوفاء خلال المدة المسموح بها.

وبعد الجهود التي قامت بها المؤسسات البنكية في الولايات المتحدة الأمريكية تم إنشاء والإعلان عن تأسيس ما يسمى بالمجتمع المصرفي Inter Bank، ولقد انضم إليه مجموعة من البنوك فيما بعد. وقيام منظمة الفيزا، التي أصدرت بطاقة

(2) شركة الاتحاد الغربي وهي عبارة عن شركة معاملات مالية مقرها الأساسي في الولايات المتحدة الأمريكية .

(3) تسمى هذه البطاقات التي تصدر عن المحلات التجارية ببطاقات المحلات التجارية، وإصدارها كان يتم دون تحصيل العميل أي مبالغ مقابل إصدار البطاقة أي لا تفرض أية رسوم لكن بعد ذلك تم فرضها.

(4) أصدر هذا النادي بطاقة بلاستيكية يطلق عليها اسم Diners حيث يكون لحاملها إمكانية استخدامها من دون تحديد مبلغ معين وعلى ضمان Club diners نفسه.



تحمل اسم VisaCard أو Carte visa وذلك عام 1977. وفي عام 1985 حصل اتفاق بين Masters Card ومنظمة Visa.

وهكذا أصبحت بطاقة Carte Visa الأكثر انتشارا في العالم. ولقد بلغت نسبة البطاقات المصدرة من قبل البنوك سنة 1993 حوالي 88% من إجمالي البطاقات في العالم(1).

انتقلت البطائق البنكية من الولايات المتحدة الأمريكية إلى أوروبا وبالضبط إلى فرنسا، هذه الأخيرة من بين الدول الأوروبية التي استقبلت هذا النظام. حيث أنشأت بطاقات الأداء والائتمان في فرنسا عام 1954 عن طريق المقاولات التجارية، فتم إنشاء بطاقة Diners club (2).

قامت مجموعة الأبنك الفرنسية بإصدار العديد من بطاقات الأداء والائتمان، من أجل القضاء على انتشار البطاقات البنكية الأمريكية في الأسواق المالية الفرنسية، ومن أهم البطائق المصدرة من قبل الأبنك الفرنسية بطاقة Carte de garantie Inter carte وتم إصدار carte d'orée و carte bleu هذه الأخيرة لها نوعين - البطاقة الزرقاء الوطنية والبطاقة الزرقاء الدولية-، وذلك عام 1967.(3)

تمكنت المؤسسات البنكية بعد الترخيص لها، الانخراط في تلك المجموعات سنة 1992 من تجهيز البطائق البنكية بواسطة جهاز رقمي صغير عبارة عن صفيحة إلكترونية تدعى la puce وأصبحت بذلك وسيلة أداء ذات ضمانات وفعالية كبيرة حيث عرفت انتشارا واسعا في فرنسا(4).

والأهم في البطائق البنكية في فرنسا ، أنها وضعت بواسطة شبكة (5) C-B من أجل تسهيل المعاملات البنكية، حيث يمكن سحب المبالغ بواسطة البطاقة البنكية من خلال الشبايبك الأوتوماتيكية لجميع المؤسسات البنكية الموجودة داخل التراب الفرنسي .

1 Matty Simmons ,op-cit ,p:50.

بالوم.أ، عام 1951. Diners club يعود الفضل في إصدارها إلى نادي (2)

(3) Independent Information And research on the European private financial Sector, Carte Bancaires utilisations en France, 2003.

(4) Independent information and research on the European private financial sector, Idem.

عدد البطائق التي استعملت سنة 2003 فاقت عدد الأداء بواسطة الشيك حيث بلغ هذا الأخير 9%، فيما بلغت الاداءات بواسطة البطاقات البنكية 30%(1)، ونظرا للامتيازات التي تمنحها البطائق البنكية ارتفع معدل التعاملات بالبطاقات البنكية بزيادة 3% حيث أصبح عام 2006، 33%(2).

وما يلاحظ على البطاقات البنكية في فرنسا، أنها تعرف انتشارا ونموا واسعا، حيث عرفت بين عام 2005 و 2006 حركية ودينامية حيث بلغ أزيد من 5.9%، وبدأت تمثل 38% من الأداءات في فرنسا سنة 2006.

بذلك تكون البطائق البنكية في فرنسا قد حققت انتشارا واسعا وهذا نتيجة ثقة المتعاملين بها، فأصبحت البطائق وسيلة أداء فعالة تجني من وراءها المؤسسات البنكية أرباحا طائلة.

إذن هي وسيلة أداء بسيطة وفعالة، ويمكن القول إلى حد ما أنها صناعة بنكية فرنسية وأوروبية تعزز استمرار الثقة في استعمالها، وهذا ما جاء على لسان المدير العام للبنك الفرنسي (3).

ومن خلال التقرير السنوي للبنك الفرنسي، تبين أن مجموع بطائق الأداء بلغ، 78.6 مليون بطاقة بنكية في فرنسا وذلك سنة 2006، و الذي منه:

53.6 مليون بطاقة بنكية (C.B) من نوع Interbank والتي تقدم مجموع قيمة المعاملات 365.4 مليار أورو.

25 مليون بطاقة بنكية من نوع Privatif مجموع قيمة المعاملات التي تقدمها بلغ 29.7 مليار أورو.

فالشرائح التي تعاملت بهذا النظام هو على الشكل التالي:

ما يقارب 950 ألف من فئة التجار.

---

(5) C.B : Carte Bancaire .

(1) banque de France .l usage des moyens de paiement scripturaux en France et en Europe ,2003.

(2) Banque centrale européenne blue bouk , Mars 2007.

(3) Fédération Bancaire Française, l'organisme professionnel qui rassemble toutes les entreprises bancaires en France, 25/09/2007, Paris, France.

C.B « les cartes bancaires est un moyen de paiement Simple et pratique et l'industrie bancaire française et européenne renforce en permanence sa sécurité » .

140 ألف من مسيري المبيعات.

50 ألف من موزعي التذاكر.

75 ألف تلجر عبر شبكة الانترنت.

وبين أواخر سنة 2000 وبداية 2008، عرف استعمال وسائل البطائق البنكية تطورا في فرنسا، حيث بلغ رقم الاستعمال 15.46 مليار من معاملات الدفع، ما يقدر بـ 24948.65 مليار أورو، والتي تحققت وبرزت من خلال زبناء المؤسسات البنكية خاصة، سواء كانوا موظفين تابعين للدولة أو الخواص Particulier et professionnel (1). ومن فرنسا انتقلت هذه الوسيلة إلى المغرب، حيث عرف سنة 1967 البطاقات بأشكالها المختلفة<sup>2</sup>. فأصبحت البنوك المغربية تصدر العديد من البطاقات، إما بصفة خاصة كما هو الشأن بالنسبة لبعض المؤسسات البنكية التي تصدر Visa électron و Carte Visa و Advance Classic ثم Carte or، إلى غير ذلك من البطائق، وقد تشارك فيما بين الأبنك كما هو الشأن بالنسبة لبطاقة InterBank بأنواعها المختلفة، والتي تصدرها شبكة InetrBank المتضمنة لثمانية بنوك<sup>(1)</sup>.

ولقد قامت البنوك المغربية بوضع عدد من الشبائيك الآلية Guichet automatique، حيث بلغ عددها في المغرب حتى نهاية سنة 2004 1839 شباك، محققة بذلك ارتفاعا بنسبة 20% سنة 2003<sup>(2)</sup>. ارتفع عدد الشبائيك الأوتوماتيكية عام 2005 إلى 2000 شباك<sup>(3)</sup>.

اعتماد الأبنك المغربية أجهزة الأداء الإلكترونية حيث بلغ عدد أجهزة الأداء بالمغرب 10502 جهاز عام 2004 مقابل 7677 جهاز عام 2003 أي بتوسع بلغ 36.8%<sup>(4)</sup>.

(1) Rapport annuel de l'observatoire de la Sécurité des cartes de paiement préparé à la Banque de France eurosystème, éditions 2008, Paris, France.

(1) Rapport annuel de BMCE BANK, 2006, Casablanca, Maroc,

(2) Rapport Annuel de Bank El Maghrib, Année Financière 2004.P : 107

(3) الحملة التحسيسية حول استعمال البطاقات البنكية في الرباط بتاريخ 2005/11/29.

بينما ظل عدد كل من الشبايك البنكية للتوزيع الآلي وأجهزة الأداء الآلية شبه مستقر في 1852 وفي 10433 وحده على التوالي بالمقارنة مع سنة 2004(5).

قامت المجموعة المهنية لبنوك المغرب بإحداث مركز النقديت بين البنوك (6)(CMI) عام 2001، هذه الآلية ساعدت على الزيادة(7) في عدد البطائق البنكية في المغرب، حيث عرفت ارتفاعا متزايدا خلال السنوات الأربع الأخيرة، فقد بلغ عدد البطائق البنكية أكثر من 2 مليون بطاقة في عام 2004. ولقد عرف ارتفاعا بنسبة 5% حيث تحدد عدد البطاقات البنكية في نهاية سنة 2005 في 2.5 مليون وسجل تزايدا بلغ 14.4%، أي الارتفاع بنسبة 20.7% المحقق سنة 2004(8).

وتحررت عدد العمليات بواسطة البطائق سنة 2004 في 56.6 مليون عملية، منها عملية سحب تمت بواسطة بطاقات تصدرها أو تقوم بتدبيرها مؤسسات ائتمان في المغرب بما قيمته 34.2 مليار درهم مقابل 42.5 مليون عملية سحب بقيمة 29.1 مليار درهم عام 2003 و3.9 مليون عملية أداء بلغت 2.3 مليار درهم محققة بذلك زيادة قدرها 41% عام 2003(1).

ظلت سحبوات النقد تمثل أغلبية العمليات المنجزة بواسطة البطاقات البنكية، وصل عددها إلى 55 مليون بقيمة تفوق 40 مليار درهم، مقابل 47.5 مليون عملية بقيمة 34.2 مليار عام 2004، وتحدد عدد الأداءات بواسطة البطاقة في 4 مليون وسجل زيادة نسبتها 2.1% تعقب نسبة 36.4% الملاحظة في 2004، كما تنامت قيمتها 3.5%

(4) Rapport Annuel de Bank El Maghrib, OP.Cit .P : 107

(5) Rapport Annuel de Bank El Maghrib, Année Financière 2005.P : 126

(6) Center monétique Inetrbank.

(7) أوكلت له مهمة القيام بتدبير البطاقات البنكية ومعالجة التعاملات النقدية الآلية، التي يقوم بها حاملو البطاقات البنكية.

(8) Rapport annuel de Bank al maghrib. Op cit. p : 127.

(1) Rapport annuel, Bank al Maghrib pour l'année budgétaire 2004, P : 101-107-108.

لتصل إلى 2.4 مليار درهم عام 2005 . وفيما يخص العمليات المنجزة في الخارج من طرف المتعاملين المتوفرين على بطاقات مسلمة في المغرب، فقد بلغ عددها ما يناهز مليون عملية بقيمة قدرها 175.1 مليون درهم(2).

وصل عدد السحوبات المنجزة في المغرب عبر البطاقات المصدرة أو التي تقوم بتدبيرها مؤسسات الائتمان إلى 55مليون بقيمة تفوق 40 مليار درهم، مقابل 47.5 مليون عملية بقيمة 34.2 مليار سنة 2004، إزاء ذلك، تحدد عدد الأداءات بواسطة البطاقات في 4 مليون(3)، تعقب نسبة 36.4% في 2004، كما تنامت قيمتها بنسبة 3.5% لتصل إلى 2.4 مليار درهم سنة 2005.

أما العمليات المنجزة في الخارج من طرف المتعاملين المتوفرين على بطاقة مسلمة في المغرب، بلغ عددها مليون عملية، أي بقيمة قدرها 175.1 مليون درهم.

ومن أجل تعزيز استعمال البطائق البنكية، نظم بنك المغرب في مختلف جهات المملكة بتعاون مع المجموعة المهنية لبنوك المغرب ومركز البطاقات البنكية(4) حملة تحسيسية حول استعمال أفضل للبطائق البنكية وتهدف هذه الأخيرة إلى تحسيس العموم والتجار المخرطين في نظام الأداء بالبطاقات البنكية بالميزات التي يمنحها هذا النظام وكذا المخاطر الملازمة له ومحاربة الغش بواسطة البطاقات البنكية(5).

ويتجلى عمل المؤسسات المالية من أجل التشجيع على استعمال البطائق البنكية في أحداث مركز تدبير البطاقات البنكية، هذا الأخير يهتم بمقاصد كافة التدفقات المالية الآتية فيما بين البنوك في المغرب، يمكن من إنجاز تعاملات الأداء بالبطاقات لدى التجار على الصعيد الوطني، فأصبح مند يوليوز 2005 يشمل عمليات السحب من الشبايك البنكية للتوزيع الآلي(1) ولقد قام المركز في نهاية سنة 2005 بتطوير 80% من تجهيزات الأداء الآلي لتلائم

(2) Rapport annuel, Bank al Maghrib pour l'année budgétaire 2005, P : 128.

(2) سحب زيادة نسبتها 2.1%.

(3) في الفترة الممتدة من 29 نونبر 2005 إلى 28 فبراير 2006.

(4) تناولت التدخلات بشكل خاص التدابير التي قام بها بنك المغرب من أجل تعزيز مصداقية البطاقات والإطار القانوني المنظم لها والاجراءات التي اتخذتها البنوك من أجل تشجيع التعاملات بالبطاقات البنكية، كما همت مركز تدبير البطاقات البنكية الجهود التي يبذلها بغية توسيع شبكة التجار المخرطين وكذا عصنة التجهيزات.

(1) بدأ عمل مركز تدبير البطاقات البنكية في فاتح أبريل 2004.

مع المعيار الدولي الجديد EMV (2) ولتفادي الغش بواسطة بطاقات الأداء، مع دعوة البنوك إلى تبني هذا المعيار إصدار البطاقات البنكية (3)، وتواصلت الجهود من أجل تعميم عمليات السحب من جميع الشبائيك وذلك ابتداء من يوليوز 2005 (4).

أما والي بنك المغرب فيرى أن تطوير الدفع البنكي يقوم على ترقية الإطار القضائي والتكنولوجي ، وقال: " في الواقع مازالت غالبية عمليات الدفع المالي تتم نقدا ويمكنك تبين تلك الحقيقة من أن حوالي 30% من مجموع التوريدات المالية هي في شكل أوراق بنكية وقطعا نقدية"، بالإضافة إلى تحسين تكنولوجيا البطائق البنكية التي ينبغي أن تعمل باستمرار على تكامل ما استحدث في مقومات الأمان والسلامة لمنع حالات الإعطاب التقنية التي تسهل استخدام أساليب الدفع المنافسة للقانون. أما رئيس الاتحاد المهني الأبنك المغربي فلقد رأى بأن سير المغرب على وتيرة سريعة كان له تطور إيجابي على مستوى عمليات الدفع الإلكتروني، حيث بلغ عدد مستخدمي البطائق أزيد من 2.5 مليون شخص، وقال: " سمعة المغرب في قطاع المالية أكدها قرار فيزا للتأسيس مكتب إفريقي إقليمي في الدار البيضاء وينطبق نفس الأمر على ماستر كارد التي ستفتح مكتبا في المغرب عام 2006" وبهذا يكون المغرب يتوفر على مكتبين أفريقيين لـ Visa و Master Card (5).

وفي أواخر سنة 2006 توفر المغرب على 1.9 مليون بطاقة Visa Card- Master Card فضل عن حوالي 700 ألف بطاقة تحميل أو سحب.

ومن خلال ما تم ذكره من الإحصائيات من 2003 إلى غاية 2006 يبدو جليا أن المغرب يعرف نموا وتطورا على مستوى وسائل الأداء الحديثة. (البطاقات البنكية). بعد إعطاء نظرة تاريخية ذات أبعاد مستقبلية، سنحاول أن نتعرف على هذه البطائق، مع ذكر أنواعها وتفسير آليات استعمالها وذكر مكوناتها التي لها طابع شبه تقني، وذلك حتى يتسنى لنا استيعاب وفهم كل الجوانب المحيطة بالبطاقة البنكية.

(2) EMV:Europay Mastercard Visa.

(3) أنظر الملحق (حركات الأموال بشبائيك بنك المغرب) لسنة 2005.

(4) Rapport annuel de Bank Al maghrib Année Budgetaire 2005.

(5) تقرير حول الحملة الوطنية التحسيسية تحت عنوان: "الاستغلال الأمثل لبطاقة الاعتماد"، التي نظمها بنك المغرب بتعاون مع المجموعة المهنية للأبنك ومركز تدبير البطائق البنكية، في الفترة الممتدة بين 29 نونبر 2005 إلى 28 فبراير 2006.

والواقع أن البطاقات البنكية متعددة، ولكن ليس غاية جميعها الوفاء بالالتزامات المالية، بل هناك من تنحصر غايتها في سحب النقود من حساب الشخص عبر الجهاز الآلي، ومنها ما تكون غايتها توفير الأداء وهي البطائق التي تسمى بـ *carte de paiement* دون الحاجة إلى حمل النقود.

وموضوع بحثنا هو البطاقات البنكية بوجه عام، والتي تستخدم للوفاء والتي يعتبر محلها المبالغ المالية أي النقود.

ولهذا الموضوع أهمية نظرية وعملية في آن واحد وهذا ما دفعني لإجراء بحث شبه ميداني ألزم مني الاطلاع على سير هذه البطائق و الاستعمالات اللامشروعة لهذه الأخيرة و التلاعبات التي يمكن أن تكون محلا لها باعتباري تقنية متخصصة في تحليل النظم المعلوماتية، ويعود ذلك إلى أن هذه البطاقات غير منظمة تشريعا بشكل كافي حيث لا نجد أي نص قانوني يوضح ماهية البطاقة البنكية الشيء الذي جعلني أركز بشكل كبير على العقود التي تصدرها المؤسسات البنكية في هذا البحث، وأن زيادة استخدامها وتداولها في الواقع العملي لا بد أن يثير في أحيان معينة بعض المنازعات سواء بين الجهة المصدرة ومستخدم هذه البطاقة للوفاء بالالتزام، أو بين أحدهما والتاجر، فكيف يتم تنظيم هذه العلاقة وماهية الالتزامات التي يلتزم بها أطراف العلاقة الثلاثية.

نظرا للانتشار الواسع للبطاقة البنكية داخل المجتمع فانه لا يمر يوم إلا ونسمع فيه عن ارتكاب أفعال إجرامية ووسائل احتيالية تمس هذا النوع من البطائق من تزوير و احتيال باستعمال أساليب أكثر تطورا تستعمل فيها التكنولوجيا الحديثة، فهل يا ترى المشرع المغربي و القضاء المغربي قد وفرا وسائل لحماية هذه البطائق من المجرمين التقنيين .

نظرا للانتشار الذي تعرفه البطائق البنكية داخل المجتمعات، سنحاول أن نتناول ماهية البطاقات البنكية مع بيان آليات استعمالها والخصائص التي تميزها.

### المبحث الأول : ماهية البطائق البنكية :

إن التفكير في البطائق البنكية، قد بدأ في مطلع القرن الماضي، حيث أدى التقدم والتطور الهائلين في مجال الاتصال والصناعات الإلكترونية إلى انتقال المؤسسات البنكية إلى مرحلة أكثر تطورا، عكس ما كانت عليه سابقا، لكن رغم

هذا كله تطلع المجتمع المالي إلى إيجاد نظام متطور يساعد على سرعة المبادلات التجارية والاقتصادية، ولهذا السبب سنحاول التعرف على تاريخ البطائق البنكية ومفهومها .

### المطلب الأول : مفهوم البطاقة البنكية :

سنحاول أولا تعريف البطاقة البنكية، وسنتطرق ثانيا إلى أنواعها مع تبيان مكوناتها وآليات استعمالها والخصائص التي تميزها.

#### الفقرة الأولى : تعريف البطاقة البنكية :

ليس هناك تعريف موحد للبطاقة البنكية، حيث يعرفها البعض بأنها: " بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعميله كي تمكنه من الحصول على السلع والخدمات من محلات وأماكن معينة عند تقديمه هذه البطاقة، ويقوم بائع السلع، أو الخدمات بتقديم الفاتورة الموقعة من العميل إلى المصرف مصدر الائتمان، فيسدد قيمتها له ويقدم المصرف للعميل كشفا شهريا بإجمالي القيمة لتسديدها أو يخصمها من حسابه الجاري لطرفه" (1).

لكن هذا التعريف في حقيقة الأمر هو مجرد شرح يبين كيفية استعمال هذه البطاقة، ولا تبين بالفعل مضمون البطاقة. فالتفصيلات الموجودة في هذا التعريف، جعله عبارة عن شرح سطحي وليس جوهري للموضوع.

وهنا تجدر الإشارة أن التسميات التي تطلق على البطائق البنكية les Cartes Bancaires هي عديدة ومختلفة، فهناك من يطلق عليها اسم البطاقات البلاستيكية أو بطاقات الدفع الإلكتروني أو بطاقة الأداء أو الوفاء أو الائتمان، لكن في رأيي ورأي المختصين في ذلك (2) أنها لا تعبر عن حقيقة البطاقات، لأنه لا يمكن تسمية جميع البطاقات ببطاقات الائتمان فهذه الأخيرة تعبر عن وظيفة واحدة، أما من يقول البطاقات البلاستيكية فإنما يعطي لها إسما من خلال شكلها الخارجي.

(1) أحمد زكي بدوي ، معجم المصطلحات التجارية التعاونية، عربي فرنسي انجليزي، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، 1984، ص62. أنظر كذلك،

.Formation monétique de , service commerciale et Pilotage, casa blanca , Maroc 2007 .

(2) مديري ورؤساء وأطر . BMCE ( السيد المدير العام للبنك المغربي للتجارة الخارجية والسيد المدير الفرعي للبنك المغربي للتجارة الخارجية لمدينة وجدة).



لكن الاسم الأكثر تداولاً داخل المؤسسات العالمية والبنكية هو اسم البطائق البنكية نظراً للجهة التي تصدرها والتي غالباً ما تكون مؤسسات بنكية.

ومن خلال وجهة نظري وبعد اطلاعي على سير العمل داخل المؤسسات البنكية فإن البطاقة البنكية هي وسيلة يستخدمها حاملها للوفاء بما عليه من التزامات مقابل حصوله على سلعة أو خدمات أو كل ما شابهه أداها له البنك بدلاً من الدفع الفوري بالنقود والذي يشكل خطراً على صاحبه.

على مستوى التشريع المغربي فإنه لم يتعامل مع هذه الأداة بما هو شافي وكافي بل اكتفى بحديثه العام لوسائل الأداء الحديثة وذلك في الكتاب الثالث من مدونة التجارة والخاص بالأوراق التجارية. في الفقرة الأولى من المادة 329 من مدونة التجارة التي تنص على أنها: "تعتبر وسيلة الأداء وفق مقتضيات المادة الرابعة من الظهير الشريف رقم 1-33-147 بتاريخ 15 محرم 1411 (6 يوليو 1993) والمعتبر بمثابة القانون المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان كل وسيلة تمكن كل شخص من تحويل أموال كيفما كانت الطريقة أو الخطة التقنية المستعملة لذلك" (2).

لكن ما يلاحظ على التعريف الوارد أعلاه هو أنه تعريف عام حيث يشمل جميع وسائل الأداء، وبالرجوع إلى المادة السادسة من قانون 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها نجد أنه قد جاء بتعريف وسائل الأداء "جميع الأدوات التي تمكن أي شخص من تحويل الأموال كيفما كانت الوسيلة أو الطريقة التقنية المستعملة في ذلك".

وتختلف البطائق البنكية باختلاف الوظائف التي تقوم بها، فبينما نجد بطاقات خاصة بسحب النقود من أجهزة التوزيع الآلي، وأخرى خاصة بالأداء حيث من خلال ذلك يتم تسديد المشتريات عند جميع التجار المنخرطين في شبكة Visa وذلك في حدود رصيد الحساب وهذا في حد ذاته يعد ضماناً للتاجر حيث يتعهد المنخرط من أداء ما عليه من مبالغ، لكن وفي الوقت الراهن وعند الاطلاع على جميع أنواع البطاقات البنكية نجد أنها لا تقوم بدور واحد بل تقوم بدور السحب والأداء في نفس الوقت.

(2) ظهيرة شريف رقم 19683 صادرة فاتح غشت 1996، بتنفيذ القانون المتعلقة بالقانون التجاري، منشور في الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 3 أكتوبر 1996، ص: 2187.

## الفقرة الثانية: أنواع البطائق البنكية :

وسوف نحاول عرض أنواع البطاقات البنكية من خلال وظائفها ومن خلال ما هو متداول بالمغرب. وهي بطائق سحب السيولة النقدية بالموزعات الأوتوماتيكية للأوراق النقدية أو الشبايك الأوتوماتيكية للأبنك، وبطائق الأداء الخاصة بتسديد مقابل البضائع والخدمات عند التجار المنخرطين في هذا النظام إضافة إلى بطائق السلف التي تمكن صاحبها من الاستفادة من قروض ممنوحة من المؤسسات المصدرة لهذه البطائق في عمليات الاقتناء لدى محلات تجارية منضوية في هذه المنظومة أو تلك التي تجمع بين اثنين أو أكثر من الوظائف السالفة الذكر.

## أولاً: بطاقات الائتمان :

بطاقة الائتمان هي بطاقة بنكية، تخول لصاحبها الحصول على سلع وخدمات تسدد قيمتها من الجهة المصدرة للبطاقة، ويجب على حامل البطاقة سداد القيمة للجهة المصدرة للبطاقة خلال أجل متفق عليه، مع استفادة الجهات المصدرة للبطاقة من فوائد مقابل توفير الاعتماد لحاملها، فالبنوك لا تمنح هذا النوع من البطائق إلا بعد التأكد من ملائمة العميل والحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية(1).

وإذا أردنا تبسيط الصورة يمكن القول بأن بطاقات الائتمان بأنها أداة دفع، مصدرها مؤسسة بنكية، ووظائفها الأساسية الشراء والحصول على النقد اقترافاً. وعند التمعن في هذا النوع من البطائق، يتبين أن لها عدة أطراف وهي المنظمة العالمية التي تملك العلامة التجارية للبطاقة، وهي التي تقوم بالإشراف على إصدار البطاقة وفق اتفاقيات مع البنوك المصدرة (2)، والطرف الثاني هو مصدر البطاقة، وهو البنك أو المؤسسة التي تصدرها بناء على ترخيص معتمد من المنظمة العالمية Visa أو Mastercard، بصفته عضواً فيها ويقوم بالسداد وكالة عن حامل البطاقة، أما حامل البطاقة فهو يعد أحد عملاء البنك الذي يصدر البطاقة باسمه حيث يلزم هذا الأخير بالوفاء بكل ما ينشأ عن استعماله للبطاقة، أما الطرف الثالث وهو التاجر الذي يتعاقد مع مصدر البطاقة على تقديم السلع والخدمات التي يطلبها حامل البطاقة (3)، أما الطرف الأخير وهو بنك التاجر الذي يسلم مستندات البيع للتاجر، ويقوم بمتابعة تسديد البنوك الأعضاء للديون المترتبة على استخدام البطاقة مقابل رسوم يأخذها من التاجر. فبطاقة الائتمان تتفرع عنها أنواع أخرى، حيث تختلف فيما بينها من حيث قوتها وقبولها لدى المحلات التجارية، وكذا من حيث رسم العضوية

السنوي (4)، والمبلغ الذي يستطيع الشخص أن يسدده وكذا نسبة الفائدة التي تفرض على الأرصدة وكيفية احتسابها (5).

1- BMCE BANK, Direction des particuliers professionnels et Bancassurance, 2007.

2- منظمة Visa carte و Master card، تعتبر الأولى من أشهر المنظمات التي ترعى هذا النوع من البطائق (Crédit carte)، ففي حقيقة الأمر نجدها مؤسسة تقوم بإعطاء التراخيص للبنوك التي ترغب في إصدار البطائق التي تحمل شعارها ومن بين هذه الأبنك (BMCE BANK)، فنجدها المنظمة تتعامل بمرونة حيث لا تتدخل في نوعية البطائق التي يقوم البنك بإصدارها وبالرجوع إلى البطائق التي تصدرها (BMCE BANK) نجدها تعتمد هذه المنظمة كشعار لها ي جميع أنواع البطائق التي تصدرها.

3- الخ. Maroc télécom / Méditel / Marjane. مثلا

4- BMCE BANK, conditions tarifaires

5- أنظر الملحق BMCE BANK, commissionnement à l'acte de carte BMCE privilège

ولبطاقة الائتمان أنواع مختلفة (des gammes) فهناك العادية وهناك الذهبية (1)، ويتم استخدام البطائق البنكية إما بالوسيلة اليدوية وذلك في حالة عدم وجود شبكة داخلية تربط التاجر بالمؤسسة المصدرة للبطاقة، وفي هذه الحالة يتم الاتصال بالمؤسسة البنكية بواسطة الهاتف حتى يتأكد التاجر من وجود رصيد.

مع تبليغه للبيانات الموجودة على البطاقة من أجل إعطاء البنك الترخيص من أجل تمرير العملية (2)، فيقوم التاجر بتمرير المعلومات الموجودة على البطاقة في ثلاث نسخ من الفاتورات فيحتفظ التاجر بنسخة وصاحب البطاقة بنسخة والمؤسسة البنكية بنسخة. أما الطريقة الإلكترونية، ففيها يتم ربط الاتصال بين التاجر والمؤسسة البنكية بواسطة Réseau interne شبكة داخلية والذي يتم من خلاله تمرير البطاقة داخل آلة (آلة إلكترونية معدة لهذا الغرض)، فتتم قراءة البيانات الموجودة على البطاقة بواسطة هذه الآلة الإلكترونية، وتتم مطابقة هذه المعلومات بالمعلومات الموجودة أو المخزنة على جهاز الكمبيوتر .

لكن ومن خلال الاطلاع الميداني على سير استعمال بطاقة الائتمان، يتبين لي ما يلي:

البطاقات الائتمانية بطاقات ذات ربحية مباشرة وذلك من خلال الرسوم المفروضة و التي تتجسد في الفوائد التي يتم احتسابها من طرف المؤسسة البنكية، رغم أن هناك بعض البطائق توفر امتيازات (3).

البطاقات البنكية الائتمانية، تبدو ظاهريا لا علاقة لها برصيد حامل البطاقة، لكن في حقيقة الأمر المؤسسة البنكية لا تعطي ائمانا مجانا، بل تعتمد المؤسسات البنكية في جل تعاملها مع الزبناء على عنصر مهم وهو الثقة، فلا يعقل أن يمنح البنك بطاقة ائتمان إلى شخص ليس له دخل شهري قار يصل إلى نسبة ما تطلبه المؤسسة البنكية، ( يجب أن تتوفر ضمانات قد تصل أحيانا إلى وجود مبلغ شهري احتياطي لدى البنك يصل إلى 50000 درهم، ومثال ذلك البطاقات الائتمانية التي توفرها بعض المؤسسات البنكية مثل VISA OR و Visa platimum، فهذه الأخيرة توفرها المؤسسة البنكية إلى مجموع الزبناء الذين ينتمون إلى نخبة خاصة من المجتمع وهم كالتالي :

رؤساء المقاولات والمستخدمين العقاريين .

المناصب السامية ( وزراء برلمانيين) .

الدبلوماسيون : السفراء و القناصل.

وبالنسبة إلى نوعية هذه البطاقة فهي تشترط توفر مدخول يفوق 85000 DH .

أما النوع الأول ( من البطاقة Visa Or )، هي تمنح إلى شخص له حساب شيك (compte de chèque) وعائد يفوق 1500 درهم (1).

فإن البنك المصدر للبطاقة يعد مقرضا أي دائنا عند استعمال صاحب البطاقة لها، ويكون مدنيا للبنك بمقدار استعماله للبطاقة.

عند السحب النقدي، تحسب نسب مئوية من المبلغ المسحوب .

ومن أجل ترويج هذا النوع من البطائق، قامت المؤسسات البنكية بربطها ببعض الخدمات كالتأمين (2) مثلا وخدمات أخرى وذلك من أجل الزيادة في التعامل بهذه الأنواع من البطائق ، وكثيرا ما تخفض هذه الرسوم من أجل التنافس (3).

BMCE BANK : cartes VISA Premium : -1  
« la carte BMCE VISA platinum est destinée à l'ensemble de la clientèle des particulier prestige et très haut de gamme dont les  
avoirs se situent à plus d'un million de DHS ou les revenus sont supérieurs à 85.000 DHS

la carte BMCEVISA platinum s'adresse à l'ensemble des clients appartenant aux catégories socio professionnelles suivantes :

- Chefs d'entreprise et promoteurs immobiliers . hauts fonctionnaires d'état : Ministres, Parlementaires , Personnalités politiques ,  
Ambassadeurs, consuls, rentiers et important propriétaires fonciers .

La carte BMCE BANK VISA OR, cible de la carte or BMCE clients détenteurs d'un compte de chèques et ayant un revenu supérieur  
à 15.000 DH »

BMCE BANK, la direction animation commerciale et pilotage, 17/01/2008. Casablanca, .Maroc

-2- BMCE Mastrer Card : « est une carte de retrait et de paiement différée accessible aux titulaires d'un compte chèque BMCE  
BANK .

**- Assistance technique :**

En cas de panne ou d'accident de votre véhicule assuré Mondial Assistance prend en charge et organise le remorquage de véhicule  
immobilisé, du lieu de la panne ou de l'accident jusqu'au garage le plus proche .

**- Assurance voyage**

Elle permet le paiement d'indemnités en cas de décès ou d'invalidité de l'assuré durant un voyage.

**Assurance perte ou vol de bagages :**

Elle intervient pour le paiement d'indemnités de remplacement de la valeurs des bagage perdus ou volés .

**Assurance perte ou vole de papiers d'identité :**

elle garantit le remboursement des frais de reconstitution des documents perdus lors d'un voyage ou d'un séjour ( CIN, passeport,  
permis de conduire, carte grise et cartes bancaires délivrées par la BMCE BANK) » .

BMCE BANK, Formation monétique , 2008, Casablanca. Maroc

**BMCE VISA or :** « les services adossés à la cartes : -3

« jumellée à la carte Maroc Premium Privilege guest gold, la carte offre : accès à des avantages et tarifs préférentiels à travers tout le  
Maroc, négociés auprès des partenaires ( mode, hôtels).

**ثانيا : بطاقة الأداء : Carte de paiement**

هذه البطاقة تخول حاملها الوفاء بثمان السلع والخدمات التي يحصل عليها من المحلات التجارية المعتمدة لدى الجهة المصدرة  
للبطاقة والتي تحمل شعار فيزا (Logo Visa)، أي أن البطاقة تحل محل النقود، وأن المؤسسة البنكية تقوم باقتطاع المبلغ  
وتحويله إلى حساب المحل التجاري المعتمد لديها.

لكن حتى يستفيد الشخص من هذه البطاقة يشترط في صاحبها أن يكون له حساب بنكي (compte bancaires)، وبالتالي يسحب من هذا الأخير قيمة المشتريات وأجور الخدمات التي حصل عليها الشخص (1).

أما المشرع الفرنسي فلقد عرف هذا النوع من البطاقات في مادته الثانية من قانون 30 دجنبر 1991 والمتعلق بأمن الشيكات وبطاقات الأداء على أنها: "أداة تصدر من إحدى مؤسسات الائتمان أو إحدى الهيئات أو المصالح المشار إليها في المادة 8 من قانون رقم 46-48 والصادر بتاريخ 24 يناير 1984 والمتعلق بنشاط المؤسسات الائتمانية ومراقبتها وتسمح لحاملها بسحب الأموال وتحويلها.

ويعرف بطاقة الأداء بعض الفقه المغربي (2) على أنها: "ورقة تتضمن أمرا والتزاما بالأداء غير قابل للرجوع فيه، موجه من طرف الزبون صاحب البطاقة إلى المؤسسة البنكية المصدرة قصد القيام بتحويل مبلغ معين من حسابه البنكي إلى حساب المورد". ولا شك أن هذا النوع من البطاقات البنكية، توفر للتجار ضمانا من أجل الحصول على مستحقاتهم، لكن هذا لا يعني أنها تحمل صفة من صفات بطائق الائتمان، بل كل ما في الأمر أن البطاقة تحمل تعهدا من البنك المصدر لها بتسوية الدين بين حامل البطاقة والتاجر، ومن أمثلة هذه البطاقات، تلك البطاقة التي يطلق عليها VISA Electron (3). حيث يتم إعطاء التاجر البطاقة البنكية من أجل الاطلاع عليها وأخذ البيانات اللازمة وذلك عبر إدخالها لجهاز كاشف للبيانات. هذا الأخير الذي يقوم بسحب فاتورتين، يتم الأولى التوقيع عليها من طرف صاحب البطاقة والثانية تبقى لدى التاجر، والتي يصدرها إلى المؤسسة المصدرة للبطاقة لتقوم بعملية التسديد وبالتالي تسوية الحساب مع الزبون صاحب البطاقة (4).

1- Article 3 ,Conditions d'octroi et d'utilisation des cartes de paiement

2- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الثاني: دار النشر المعرفة، الرباط، الطبعة الأولى، 1998، ص. 413.

3- BMCE Visa electron : « règlement des achats, avec la carte BMCE visa electron, vous avez la possibilité de régler vos achats à travers tout le Maroc, auprès des commerçants affiliés au réseau Visa disposant d'un TPE terminal de paiement électronique )etc, à hauteur du solde de votre sécurité et vous évite de vous encombrer d'espèces et des chèques ».

4- يمكن القول أن هناك تقارب كبير بين هذا النوع من البطائق وبين الشيك كون هذا الأخير أداة وفاء.

إذن فهذا النوع من البطائق، يوفر المزيد من الأمان ويجنب الأشخاص حمل النقود والشيكات، حيث يمكن تسديد المشتريات في جميع أنحاء المملكة لدى التجار المنخرطين في شبكة Visa في حدود رصيد الحساب .

### ثالثا : بطاقة السحب Carte de retrait (1) :

كما يتبين من الاسم، فإن هذا النوع من البطائق يخول لصاحبها سحب النقود من حسابه لدى البنك المصدر للبطاقة، وفي هذه الحالة يجب أن نميز بين نوعين من العمليات التي يتم فيها السحب عبر الآلات الأتوماتيكية، وعلى مستوى هذه الأخيرة يجب أن نميز بين نوعين من الشبايك (Guichet)، فيما أن تكون عن طريق الموزع الأتوماتيكية DAB (2) والذي يسمح بسحب النقود في حدود المبلغ المسموح به بصفة دورية، يعني أنه لا يمكن السحب إلا في حدود السقف التي تحدده المؤسسة المصدرة. وإما عن طريق الشبايك البنكية الأتوماتيكية GAB (3) والتي تسمح بتقديم خدمات أخرى بالإضافة إلى السحب الآلي (4) تعتبر بطاقة السحب أداة ذات امتياز، حيث بفضل العملاء التعامل مع الشبايك الآلية، لأنها سهلة الاستعمال، يمكن عن طريقها تحويل الحساب إلى حساب آخر بالإضافة إلى إعطاء كشف عن العشر المعاملات الأخيرة. كما أن التعامل بهذه البطاقة يكون على مدار الساعة 24 س/24 و 7 أيام/7 أيام (5)، فبفضل هذا النوع من البطائق يمكن تتبع وتدبير الحساب بكل دقة وعن بعد عبر كل الشبايك الآلية في التراب المغربي وكذا خارجه (6)، وكذا طلب دفتر الشيكات ، وتقدم كذلك أنواع أخرى من الخدمات الإضافية كتعبئة الهاتف المتنقل عن طريق الشباك الآلي البنكي (7) كما يمكن أن تكون البطاقة On line، (على الخط) فيقوم الجهاز بالاتصال بالملف المركزي بالحاسب وإذا كان الرقم مطابقا تمت عملية السحب في ثوان وهذا ما نجده مثلا متوفرا لدى بعض المؤسسات البنكية في بطاقة Visa Dawli

1- Article 3, l'utilisation de la carte BMCE BANK, les conditions d'octroi et l'utilisation de la carte @ccès.

2-DAB : les distributions automatiques des billets ..

3- GAB : Les guichets automatiques banques .

4- Article ½ ; les conditions d'octroi et d'utilisation de la caret Acces .BMCE BANK.

5-BMCE Visa classic : « retrait d'espèces ; elle vous offre la possibilité d'effectuer des retraits d'espèces soit en accèdent à votre compte -chèques , soit en utilisant un plafond retrait lié à votre carte préalablement déterminé et ce dans plus de 230 GAB, à travers tout le royaume 24h/24 h et 7j/7j .

6- Article 2, conditions d'octroi d'utilisation de la carte visa electron, BMC BANK

7- BMCE Visa classic, « services plus, Méditel GAB :recharges de téléphone Mobile dans les guichet automatique bancaires .Mobicharge : recharges de téléphone mobile par SMS . virement GAB : virements de compte à compte BMCE BANK.

بعد أن تعرفنا على أنواع البطائق البنكية، المعتمدة لدى المؤسسات المالية في المغرب، سنحاول في المطلب الآتي التعرف على مكونات آليات واستعمال البطاقة البنكية.

المطلب الثاني: آليات استعمال البطاقة البنكية.

إن تداول البطاقة البنكية أمر عادي، لكن قد يجهل البعض آليات استعمالها ومدى مزاياها نظرا لكونها قد تكون محل تهديد في سلامة البطاقة البنكية، لذلك سنحاول أن نكشف عن مكوناتها وآليات استعمالها والتي قد تبدو ذات طابع تقني لكن هذا الأخير له ارتباط كبير في ارتكاب الجرائم المتعلقة بهذا الجانب.

تتكون أغلبية البطائق البنكية من مادة بلاستيكية، تأخذ شكل مستطيل يتراوح العرض بين 5.5cm وطولها 8.5 cm أما السمك 0.5 ميكرون .

عند التمعن في البطاقة يتبين أنها تتوفر على بيانات ومعلومات تشترك وتتشابه مع جميع أنواع البطاقات البنكية وهي ما تسمى بالبيانات الأساسية:

1- رقم البطاقة: وهو الرقم المطبوع على البطاقة والمسجل بالإدارة البنكية تحت ما يسمى le compte de Fichier المصدر لهذه الأخيرة ويتكون من 13 رقم يتبين لدى التقنيين المتخصصين الأرقام البارزة، تكون محل حماية، أي يصعب تزوير البطاقة، عكس البطاقة التي تحمل أرقاما ملساء والتي تكون مهددة بالتزوير .

2- اسم الحامل للبطاقة: أي الشخص الذي له حساب باسمه في البنك.

3- تاريخ الإصدار: أي الشهر الذي أصدرت فيه البطاقة ويبدأ سريان العمل بها.

4- تاريخ الصلاحية: وهو الشهر الذي تنتهي صلاحية البطاقة، ولا يجب العمل بها، وعند انتهاء صلاحيتها تجدد تلقائيا وترسل إليه على شكل رسالة تحمل هذه الأخيرة الرقم السري، أما في حالة عدم الانتظام فلا يتم تجديدها .

5- اسم البنك المصدر: وهو البنك المصرح له من قبل الهيئات الدولية بإصدار البطاقات ويظهر رقمه وشعاره على البطاقة التي تصدر عنه.



6- شعار الهيئة الدولية (Master card/Visa) و التي تعطي التصريح .

7- وهناك بعض البيانات التي لا تظهر بالعين المجردة، مثل حد السحب، حيث لا يجوز لصاحب البطاقة أن يتجاوزه في السحب أو الدفع وهذا المبلغ يوجد مسجلا بحساب بطاقة العميل على الحاسب الآلي.

8- الصورة المجسمة ثلاثية الأبعاد Holograme، تأخذ في غالب الأحيان في البطائق البنكية المعتمدة في المغرب شكل حمامة Colombe، و تعبر عن العلاقة المميزة للهيئة الدولية التي تعطي التصريح بإصدار البطاقات، والتي تساهم بشكل كبير في التحقق من عدم تزوير البطاقة، ومثل هذا الجسم نجده في النقود، إذن هي تعادل العلاقة المائية بالنسبة للنقود.

9- الشريحة الرقمية : هي شريحة مخصصة من أجل تخزين البيانات و التي لها علاقة مع الجانب الآلي، من أجل التعرف على رقم البطاقة والحد المسموح به للسحب، تتكون هذه الشريحة على نبضات مغناطيسية، تتم قراءتها بمعرفة الآلة الإلكترونية point of sale (Pos)، هذه الأخيرة لها دور التأكد البيانات الموجودة في البطاقة، وغالبا ما تكشف هذه الآلة، مدى زورية البطاقة البنكية.

10- الرقم السري code confidentiel، يتكون من 4 أرقام، يتعرف عليه الحاسب الإلكتروني، الذي يعطي أمرا للصرف الأوتوماتيكي بالاستجابة إلى طلب صاحب البطاقة. وكما تمت الإشارة سابقا فإن الطريقة الإلكترونية TPE كما لها من إيجابيات كإجراء المعاملات في أقرب الأوقات واختصار الزمن، وبما انه في هذه الطريقة لا يتم تركيب الرقم السري ودون مراقبة هوية صاحب البطاقة فإن هذا يجعل البطاقة البنكية مهددة وهذا من السلبيات، حيث يمكن لكل شخص أن يستعمل بطاقة مسروقة، إن لم يرقم حاملها الشرعي بالتعرض في الوقت المناسب. إن بعض المؤسسات البنكية، تعتبر أن التسجيلات والدعامات المعلوماتية الناتجة عن العمليات التي قام بها صاحب البطاقة حجة عليه ولو في غياب فاتورة غير موقعة من طرفه (1).

## المبحث الثاني : العلاقة التعاقدية الناشئة عن استعمال البطاقة البنكية :

من خلال ما تم ذكره عن الوظائف التي تقوم بها البطاقة البنكية من أداء وسحب وائتمان، يمكن استخلاص مجموعة من الخصائص التي تميز البطاقة كوسيلة للأداء عن غيرها من وسائل الأداء التقليدية .

### المطلب الأول: العلاقة الثلاثية الأطراف

إن التعامل بالوسائل التقليدية يحتاج فقط إلى طرفين (1)، أما إذا تعاملنا بواسطة الأوراق التجارية فقد يبدو لنا ظاهرا أن هناك علاقة تعاقدية ثلاثية سواء الكميالية أو الشيك، لكن في حقيقة الأمر الوفاء أو التعامل بهذه الأوراق يقوم على علاقة ثنائية الأطراف تكون بين الساحب (المدين) و المستفيد (الدائن)، أما المسحوب عليه فهو ينفذ الأمر الصادر إليه من الساحب لمصلحة المستفيد (2) لكن وبالرجوع إلى البطاقات البنكية، يتبين أن استعمالها يلزم توفر 3 عناصر (3) وعقدين مختلفين يربط أصحاب العلاقة الثلاثية، فالعقد الأول يكون بين المؤسسة المصدرة وصاحب البطاقة، والعقد الثاني بين المؤسسة المصدرة و التاجر الذي يقبل الوفاء ببطاقة الأداء.

### المطلب الثاني : الالتزامات التي تخلفها البطاقة :

بالرجوع إلى وسائل الأداء التقليدية، يتبين أن العلاقة هي ثنائية؛ الدائن المستفيد و المدين الساحب، أما المؤسسة البنكية فإنه يعتبر وكيلا عن المدين من أجل الأداء، لكن قد يبدو أن دور البنك في تعامله بوسائل الأداء التقليدية، هو دور محتشم، عكس ما هو في وسائل الأداء الحديثة، فدور البنك يكون دورا مهما، حيث يكون في هذه الحالة هو مصدر للبطاقة، يربطه عقد مع حامل البطاقة، كما يربط مصدر البطاقة بالتجار الذين ينخرطون في شبكة البطاقة بعقد يلتزم بمقتضاه الوفاء لكل الأداءات في حدود المبلغ المتفق عليه في العقد الذي يربط المؤسسة المصدرة مع حامل البطاقة (4).

- 
- 1- هما الدائن و المدين .
  - 2- محمد الشافعي، الأوراق التجارية، سلسلة البحوث القانونية، العدد2، الطبعة الثانية، مراكش، 2002، ص: 100.
  - 3- مصدر البطاقة، مثلا BMCE/ صاحب البطاقة/ التاجر المنخرط في نظام البطاقة. مرجان مثلا.
  - 4- Intranet BMCE Bank, ressources Humaines, Formations interne , 10/06/2006.

## المطلب الثالث : هل البطاقة تخضع لما يخضع له وسائل الأداء التقليدية :

إن التعامل بالبطائق البنكية لم يتدخل فيها المشرع بشكل كافي وشافي بل ظلت هذه البطاقات خاضعة للقواعد العامة المطبقة على النقود، وبالرجوع إلى المشرع المغربي نجد بأنه لم يعطي هذا النوع من وسائل الأداء حقه، حيث ليس هناك أي تعريف كامل لها، باستثناء بعض القواعد التي نجدها في مدونة التجارة. والمتعلقة بالتعرض على الأداء، حيث يخص هذا الفصل القواعد المتعلقة بالشيكات لأن مدد هذا النص إلى بطاقات الأداء (1)، وطبقا للمادة 316 و 317 من مدونة التجارة، تمت الإشارة إلى جرائم التزييف و التزوير والقواعد الخاصة بالخطر أو المنع من استخدام بطاقة الأداء، حيث جاءت بعقوبات حبسية ومالية .

وبالرجوع إلى المادة 329 من مدونة التجارة، يتبين أن استعمال البطاقات البنكية يقوم أساسا على مبدأ حرية التعاقد أو الاتفاق المبرم بين المؤسسة المصدرة وصاحب البطاقة من جهة وبين المؤسسة المصدرة و التاجر المنخرط في شبكتها. من خلال هذا المطلب يتضح أن للأطراف حرية كاملة في تحديد الشروط المتعلقة بكيفية استعمال البطاقة .

1- الفقرة الثانية من المادة 271 من مدونة التجارة : " لا يقبل تعرض الساحب على وفاء الشيك إلا في حالة فقدانه أو سرقة أو الاستعمال التديسي للشيك أو تزويره أو في حالة التسوية أو التصفية القضائية للحامل....."

## الإسلام ودعوته للتعایش مع الآخر



الدكتور : محمد ديرا باحث في

تاريخ الأديان والفكر الإسلامي

- المملكة المغربية -

"المشكلة المهمة بالنسبة للغرب ليست الأصولية الإسلامية بل الإسلام، فهو حضارة مختلفة، شعبها مقتنع بتفوق ثقافته، وهاجسه ضالة قوته.. المشكلة المهمة بالنسبة للإسلام ليست المخبرات المركزية ولا وزارة الدفاع، المشكلة هي الغرب، حضارة مختلفة، شعبها مقتنع بعالية ثقافته، ويعتقد أن قوته المتفوقة إذا كانت متدهورة فإنها تفرض عليه التزاما بنشر هذه الثقافة في العالم، هذه هي المكونات الأساسية التي تغذي الصراع بين الإسلام والغرب"<sup>1</sup>.

إذا كانت هذه بعض المبررات التي جعلت المفكر الأمريكي الراحل<sup>2</sup> صمويل هنتجتون يشرح الإسلام كمركز للصدام مع الغرب<sup>3</sup>، فإن هناك أسبابا أخرى ظل يروج لها أصحاب نظرية "الصدام الحضاري" ومنها أن الإسلام ينفي الآخر ويفرض التعایش معه، لكن بتأملنا في أحكام الإسلام وتعاليمه الصحيحة سنجد أن في ذلك تجنُّ واضح

- صمويل هنتجتون، صدام الحضارات: إعادة صنع النظام العالمي الجديد، ترجمة طلعت الشايب، ط1999، ص: 352.<sup>1</sup>

- توفي نهاية شهر دجنبر 2008 دون أن يُحدث رحيله ضجيجا كما فعلت أطروحته "صدام الحضارات".<sup>2</sup>

3- يأتي ذلك في إطار البحث الدائم للغرب عن عدو، فبعد انهيار المعسكر الشيوعي بدأ الغرب يبحث عن القوى الصاعدة لوقف زحفها وتأثيرها، وهكذا وجه مواقفه العدائية ضد الإسلام والمسلمين وقضاياهم، وسعى جاهدا لإلصاق تمم التشدد والتطرف والتعصب به وبمعتقديه.

على الإسلام، فالذين "يصمونه بتلك الصفات السلبية التي لا تسمح بالتعايش السلمي مع الآخرين لا يعرفون الإسلام في عقيدته وشريعته وأخلاقه وغير ذلك من الجوانب التي تطبعها "السملحة" في أجلى وأسمى معانيها"<sup>1</sup>.

ولعل أبرز ما يمكن أن نستدل به على عمق مبدأ التعايش في الإسلام ما جاء في قوله تعالى: "قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئا"<sup>2</sup>، فهذا النداء هو أول نداء للتعايش بين الأديان والمجتمعات، بل إن الإسلام ذهب إلى أبعد من ذلك حين دعا الناس جميعا وبشكل صريح إلى التعارف المفضي إلى التعايش والتعاون، قال عز وجل: "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا"<sup>3</sup>، فهذه الآية الكريمة تعد أساس التعاون الإنساني بين بني البشر، إذ تقرر التعدد "شعوب، قبائل"، وتدعو إلى التعارف الذي يشمل التعاون بين الناس جميعا وفي مختلف المجالات، حتى إن الخطاب الإلهي الشامل في هذه الآية يمكن أن يعتبر الفصل في العلاقة بين المسلمين وغيرهم سواء كانوا أهل كتاب أم غير ذلك ما لم يبادروا بظلم أو عدوان.

كما نجد أن الإسلام أكد على وحدة الأصل، فالناس جميعا من أصل واحد هو آدم عليه السلام، يقول تعالى: "يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة"<sup>4</sup>، وبمقتضى هذه الوحدة كانت الضرورة ملحة لأن تتعارف الفروع وتتعاون وتتآخى في ظل وحدة إنسانية جامعة.

### شواهد تاريخية على عمق مبدأ التعايش في الإسلام.

هناك شواهد عديدة تدل على أن الإسلام دعا معتنقيه إلى التعايش مع الآخر من بني الإنسان عامة دون نفي أو إقصاء، ومن ذلك ما يلي:

#### 1- وثيقة المدينة<sup>5</sup>:

بعد هجرة النبي صلى الله عليه وسلم إلى المدينة المنورة كان همه الكبير "أن يصل بيثرب موطنه الجديد إلى وحدة سياسية ونظامية لم تكن معروفة من قبل في سائر أنحاء الحجاز"<sup>6</sup>، وبما أن المدينة المنورة كانت متنوعة الأديان والأعراق

<sup>1</sup> - حسن عزوزي، الإسلام والحضارة الغربية المعاصرة: وهم الصدام وحتمية الحوار، الطبعة الأولى، 2003، ص: 89.

<sup>2</sup> - آل عمران: 63.

<sup>3</sup> - الحجرات: 13

<sup>4</sup> - النساء: 1

<sup>5</sup> - سماها الرسول صلى الله عليه وسلم بـ "الصحيفة" لكن تُعرف أيضا بـ "وثيقة المدينة" و "دستور المدينة"، وتعد أول دستور مكتوب يحدد علاقات المسلمين ببعضهم وعلاقتهم بغيرهم.

<sup>6</sup> - محمد حسين هيكل، حياة محمد صلى الله عليه وسلم، دار المعارف، 1981، ص: 236.

فقد بدأ الرسول صلى الله عليه وسلم في تنظيم العلاقة مع الآخر سواء كان يهوديا أم وثنيا، وهكذا وضع عليه الصلاة والسلام لتحقيق هذا الهدف دستورا سماه "الصحيفة" كان من أبرز بنودها ما يلي:

"...وَأَنَّ يَهُودَ بَنِي عَوْفِ أُمَّةٍ مَعَ الْمُؤْمِنِينَ، لِلْيَهُودِ<sup>1</sup> دِينُهُمْ وَلِلْمُسْلِمِينَ دِينُهُمْ، مَوَالِيَهُمْ وَأَنْفُسُهُمْ، إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَأَثَمَ فَإِنَّهُ لَا يُوْتَعُ<sup>2</sup> إِلَّا نَفْسَهُ وَأَهْلَ بَيْتِهِ... وَأَنَّ عَلَى الْيَهُودِ نَفَقَتَهُمْ وَعَلَى الْمُسْلِمِينَ نَفَقَتَهُمْ، وَأَنَّ بَيْنَهُمُ النَّصْرَ عَلَى مَنْ حَارَبَ أَهْلَ هَذِهِ الصَّحِيفَةِ، وَأَنَّ بَيْنَهُمُ النَّصْحَ وَالنَّصِيحَةَ وَالْبِرَّ دُونَ الْإِثْمِ... وَأَنَّ النَّصْرَ لِلْمَظْلُومِ... وَأَنَّ يَثْرِبَ حَرَامٌ<sup>3</sup> جَوْفُهَا لِأَهْلِ هَذِهِ الصَّحِيفَةِ...".

بهذا الوضوح إذن في التعامل مع الآخر المخالف أقرت وثيقة المدينة التي وضعها الرسول صلى الله عليه وسلم منذ أربعة عشر قرنا حرية العقيدة، وحرية الرأي، وحرمة المدينة لجميع مكوناتها، كما نقلت أهل المدينة من أجواء الحقد والعنصرية والعصبية القبلية إلى أجواء الاحترام المتبادل، والتسامح الديني، والتعايش السلمي، والتعاون، والمساواة بين أبناء الوطن الواحد، وذلك حتى مع الوثنيين، يقول الدكتور عبد الهادي بوطالب: "إن الإسلام وديانتي أهل الكتاب جاءت لمناهضة الشرك والقضاء عليه، ولكن مع ذلك استثنى الإسلام من أهل الشرك من سلموه منهم، ومن بينه وبينهم عهد وميثاق للسلم والتعايش... وقد كان مشركو المدينة طرفا أصيلا في التعايش الذي ضبط مقتضياته "الدستور"<sup>4</sup>، ومنهم تألفت جميعا أمة يثرب نواة الإمبراطورية الإسلامية العظمى"<sup>5</sup>.

وإذا كانت وثيقة المدينة تنص على أن اليهود أمة مع المؤمنين وليسوا أمة من المؤمنين<sup>6</sup>، بما يعني أنهم أمة مستقلة إلى جانب المسلمين، وإذا كان لكل فريق حق الاعتقاد وكافة الحقوق المدنية إلا ما يهدد سلامة الدولة أو يفرق وحدتها، وإذا كان الظالم في هذه الدولة معرضا للعقاب أيا كان، سواء كان مسلما أم غير مسلم وذلك من خلال أداة العموم

<sup>10</sup> - كانت قلعة اليهود الأساسية هي يثرب (المدينة فيما بعد) وكانوا قد قدموا إلى الجزيرة العربية من الشام هربا من ظلم الرومان والبيزنطيين، وكانت قبائلهم التي استقرت في يثرب وشكلت نصف سكانها تقريبا هي بنو قينقاع، وبنو النضير، وبنو قريظة.

<sup>2</sup> - يهلك

<sup>3</sup> - أي أن المدينة أصبحت بموجب هذه الوثيقة حرما آمنا يتعايش فيه الجميع دون استثناء مسلمين ويهودا ووثنيين.

<sup>4</sup> - يقصد دستور المدينة.

<sup>5</sup> - عبد الهادي بوطالب، عالمية الإسلام ونداؤه للسلم، الإسلام اليوم، ع19، 2002، بتصرف يسير جدا، ص: 46-47.

<sup>15</sup> - هناك من فسر بند "اليهود أمة مع المؤمنين" بأن سكان المدينة كلهم من مسلمين ويهود يشكلون أمة واحدة، ظنا منهم بأن ذلك أدعى لتقرير المساواة، إلا أن ذلك لا يحقق المساواة المقصودة في الوثيقة، فاعتبار اليهود جزءا من المسلمين فيه تدوير لكيفياتهم داخل الأمة الإسلامية، في حين أن اعتبارهم أمة مستقلة داخل الدولة الإسلامية فيه إقرار لشخصيتهم المستقلة عن المسلمين، وفي ذلك تأكيد لمساواة المسلمين مع غيرهم في الواجبات والحقوق، ويتضح ذلك أكثر في البنود الأخرى من الوثيقة. انظر للمزيد من التفصيل الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، الإسلام والغرب، ص: 132-133.

(مَنْ): "إلا مَنْ ظلم وأثم فإنه لا يوتغ إلا نفسه..."، فهل بعد ذلك يحق لأحد أن يتحدث عن نفي الإسلام للآخر ورفضه التعايش معه؟!.

أما ما حصل بعد ذلك لليهود من إيقاع العقوبة عليهم وإجلالهم عن المدينة المنورة فقد كان بسبب مخالفتهم للوثيقة بعد أن صدمتهم نتيجة معركة بدر، فبدؤوا في ترويج الشائعات ضد الدولة التي كانوا يعيشون فيها جنبا إلى جنب مع المسلمين متساوين في الحقوق والواجبات، وشنوا حربا نفسية ضد قائدها صلى الله عليه وسلم، ومارسوا التجسس لصالح المشركين المعادين للدولة والمتربصين بها، بل تلقوا رسالة من قريش تحرضهم فيها على قتال النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته، ونتيجة لهذه الجرائم التي تمس أمن الدولة وسلامتها قام النبي صلى الله عليه وسلم بإبعادهم وإجلالهم عن المدينة حماية لها ولوحدتها.

وما يدل أيضا على أن النبي صلى الله عليه وسلم أجلاهم لاعتبارات سياسية وأمنية وليس لاعتبارات دينية أو عقديّة تلك الوقائع التاريخية العديدة التي تبين أن علاقة النبي صلى الله عليه وسلم استمرت مع اليهود الغير متورطين في قضايا أمنية، ومنها أنه عليه الصلاة والسلام توفي وذرعه مرهونة عند يهودي.

## 2- وثيقة نصارى نجران:

عرف التاريخ وثيقة أخرى غير وثيقة المدينة كانت خاصة بالعلاقة مع الآخر النصراني، وقد وضعها الرسول صلى الله عليه وسلم لوفد نصارى نجران الذين أتوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم في السنة التاسعة للهجرة يحاجون في عيسى عليه السلام ويزعمون ألوهيته فيما عُرف باسم "المباهلة"، فحاورهم النبي صلى الله عليه وسلم وجادلهم طويلا، وسمح لهم بالصلاة في مسجده في صورة مشرقة من السماحة واليسر، لتنتهي هذه الواقعة بعهد وضعه لهم ومن خلاله للنصارى في كل مكان.

ومما جاء في هذا العهد مما يدل على احترام الآخر والاعتراف به ما يلي: "لِنَجْرَانِ وَحَاشِيَتِهَا وَسَائِرِ مَنْ يَنْتَحِلُ دِينَ النِّصْرَانِيَّةِ فِي أَقْطَارِ الْأَرْضِ جِوَارِ اللَّهِ وَذِمَّةِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَى أَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ، وَمِلَّتِهِمْ، وَغَائِبِهِمْ وَشَاهِدِهِمْ، وَعَشِيرَتِهِمْ، وَيَعِيهِمْ، وَكُلِّ مَا تَحْتَ أَيْدِيهِمْ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ..."<sup>1</sup>.

وهكذا نجد أن هذه الوثيقة دليل آخر على اعتراف الإسلام بالآخر المخالف والقبول به والتعايش معه.

16- انظر أبو يوسف، كتاب الخراج ص: 86، وقد ذكرها أيضا محمد حميد الله في كتابه: "مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة"، دار النفائس، بيروت، ط4، 1403هـ.

## 3- العهدة العمرية :

بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم صار الصحابة رضي الله عنهم على منهاجه وهديه، وهكذا نجد الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب لأهل إيلياء<sup>1</sup> عندما فتحها المسلمون سنة 638م كتاباً أمنهم فيه على كنائسهم وممتلكاتهم، وقد اعتُبرت هذه الوثيقة إحدى أهم الوثائق في تاريخ علاقة المسلمين بغيرهم، ومن نصوصها ما يلي:

"هذا ما أعطى عبد الله عمر أمير المؤمنين أهل إيلياء من الأمان.. أعطاهم أماناً لأنفسهم وأموالهم، ولكنائسهم وصلبانهم.. وأنه لا تُسكن كنائسهم ولا تهدم، ولا يُنقص منها ولا من حيزها<sup>2</sup>، ولا من صليبهم ولا من شيء من أموالهم، ولا يُكرهون على دينهم، ولا يضار أحد منهم..."<sup>3</sup>.

هذه بعض البنود الهامة في الوثيقة التي شهد عليها كبار الصحابة من بينهم خالد بن الوليد وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما، على أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين قام بذلك فهو لم يفعل بحكم سياسته الرشيدة وإدارته الحكيمة، بل كان في ذلك مُطبّقاً لتعاليم الإسلام منفذاً لأحكامه التي استقاهها من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم.

من خلال هذه النماذج وغيرها يتضح أن الإسلام بأحكامه وتعاليمه كفل للآخر غير المسلم حقه في الحياة، وحقه في العقيدة، كما حفظ له كرامته وإنسانيته وحرية، بل نجده لم يغير موقفه من الآخر رغم حالة العداء التي قوبل بها من يهود المدينة ومن جيوش الروم المسيحية ومن والاهما من نصارى الشام.

وللمزيد من التأكيد على ذلك أورد هنا بعض الأحكام التي يتساوى فيها المسلم مع الآخر اليهودي أو النصراني داخل المجتمع الإسلامي :

1- المساواة في القصاص، فلا فرق بين المسلم والكتابي، ويبقى أشهر مثال على ذلك ما فعله الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين مكن القبطي من القصاص من ابن عمرو بن العاص<sup>4</sup> قائلاً قولته الشهيرة: "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً؟".

<sup>1</sup> - القدس.

<sup>2</sup> - مساحتها.

<sup>3</sup> - تاريخ الطبري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1407هـ، 4/436.

20- كان عمرو بن العاص حينها والياً على مصر ورغم ذلك لم يشفع له "منصبه" في الإفلات من العقاب، فالجميع متساوٍ أمام القانون في دولة الإسلام.



2- أبيع للذمي داخل المجتمع الإسلامي كل زواج يقره دينه وإن خالف الإسلام، وأبيع له كل طلاق وإن لم يتفق مع الإسلام، وهذا ما يضرب بعرض الحائط ما يقال عن إجبار الإسلام للآخر للعمل بقوانينه، فالإسلام يحترم خصوصية الآخر حتى في القوانين مما لا تتعارض مع قوانين المجتمع الإسلامي.

3- أباح الإسلام للمسلمين أن يأكلوا من طعام أهل الكتاب وذبائحهم إذا كان المذبوح مما يحل أكله للمسلم، كما أحل لأهل الكتاب أن يأكلوا من طعام المسلمين، قال تعالى: "وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم"<sup>1</sup>.

4- أباح الإسلام للمسلم أن يتزوج بالنصرانية أو اليهودية دون إكراهها على الدخول في الإسلام ولها نفس الحقوق التي للمسلمة على الزوج، يقول تعالى: "وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم، والمحصنات من المومنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان"<sup>2</sup>.

5- الحرية الدينية في الإسلام مكفولة للجميع، وقد دعا الإسلام منذ البداية إلى عدم إجبار الآخر على الدخول في الإسلام فقال سبحانه وتعالى: "لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي"<sup>3</sup>، وقال سبحانه مخاطبا رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم: "ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعا، أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين"<sup>4</sup>، وقال أيضا: "فذكر إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر"<sup>5</sup>.

6- اعترف الإسلام بالتعدد والتنوع والتمايز فقال سبحانه وتعالى: "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليبلوكم في ما آتاكم فاستبقوا الخيرات"<sup>6</sup>، "ولو شاء الله لجعل الناس أمة واحدة ولا يزالون مختلفين إلا من رحم ربك ولذلك خلقهم"<sup>7</sup>، "تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض"<sup>8</sup>، "ولو شاء الله ما

<sup>1</sup> - المائدة: 6

<sup>2</sup> - نفسها.

<sup>3</sup> - البقرة: 255

<sup>4</sup> - يونس: 99

<sup>5</sup> - العاشية: 22

<sup>6</sup> - المائدة: 50

<sup>7</sup> - هود: 118

<sup>8</sup> - البقرة: 251

ما اقتتل الذين من بعدهم من بعد ما جاءتهم البينات ولكن اختلفوا، فمنهم من آمن ومنهم من كفر، ولو شاء الله ما اقتتلوا ولكن الله يفعل ما يريد"<sup>1</sup>.

أما عن الهدف من وراء هذا التعدد والتمايز فقد قال سبحانه وتعالى: "ولولا دفاع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض ولكن الله ذو فضل على العالمين"<sup>2</sup>، "ولولا دفاع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد يُذكر فيها اسم الله كثيرا ولينصرن الله من ينصره إن الله لقوي عزيز"<sup>3</sup>.

7- نهى الإسلام عن مجادلة أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن، فقال تعالى: "ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن"<sup>4</sup>، وإذا رجعنا إلى وثيقة المدينة فسنجدها تجاوزت قضية الجدل لتنص على أن بين جميع المتعاقدين "النصح والنصيحة والبر دون الإثم".

7- حدد الإسلام دستور العلاقة مع الآخر، وذلك في قوله تعالى: "لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين، إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون"<sup>5</sup>، فالآية فرقت بين المسالين للمسلمين والمحاربين لهم، فشرعت للمسلمين برهم والإقساط إليهم<sup>6</sup>، حتى أن القرآن الكريم اختار للتعامل معهم كلمة "البر"، فقال تعالى: "أن تبرؤهم"، وهي الكلمة نفسها التي استعملها في أعظم حق على الإنسان بعد حق الله تعالى وهو بر الوالدين، أما الذين نهت الآية الكريمة عن موالاتهم فهم الذين عادوا المسلمين وقاتلوهم وأخرجوهم من أوطانهم بغير حق، كما فعلت قريش مع النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه، وكما فعل الكيان الصهيوني بأراضي المسلمين في فلسطين.

من خلال هذه الأحكام وغيرها يتبين أن الإسلام بلغ شأوا بعيدا في تحقيق التعايش السلمي مع الآخر، وهذا دليل على أن المسلمين "بطبيعة دينهم وبتعاليم كتابهم أمة منزهة من الأحقاد الدينية، والتعصبات المذهبية، أليس من

1- نفسها.

2- نفس السورة: 249

3- الحج: 38

4- العنكبوت: 46

5- الممتحنة: 8-9

6- يعني العدل، والقسط أو العدل: أن تعطي الشخص حقه ولا تنقص منه شيئا، أما البر فهو: أن تزيد على حقه فضلا وإحسانا.

المدهش أن نجد في تاريخ الأديان أمة شديدة البطش، قوية السلطان، متماسكة القوى، مغرمة بعقيدتها، تعامل الأمم التي تخالفها في الدين معاملة قصر عنها ورثة الكتب السماوية القديمة وحفظة المدنية الإنسانية العتيقة"<sup>1</sup>.

أما بعد!

إن حلف الفضول، وصحيفة المقاطعة في شعب أبي طالب، والهجرة إلى الحبشة، وصلح الحديبية، ووثيقة المدينة، والعهد العمري كلها وثائق حددت معالم التعامل والتعايش والشراكة مع الآخر غير المسلم، وكلها تستدعي البحث والاجتهاد والاستنطاق لنين من خلالها للآخر أن الإسلام لا ينفيه ولا يرفض التعايش معه، ولنستلهم منها نحن في المقابل الدروس والعبر، ونقدم من خلالها مشروعاً إنسانياً مشتركاً يكون بديلاً لعالم اليوم، وينطلق بنا نحو مستقبل يسع الجميع ويسعد فيه الجميع.

<sup>1</sup> - محمد فريد وجددي، دائرة معارف القرن العشرين، دار المعرفة، 1971، 288/1

## دور الجماعات المحلية في الحفاظ على البيئة في التشريع الجزائري



الأستاذة : ليندة شرابشة أستاذة مساعدة قسم "أ" بكلية الحقوق

والعلوم السياسية جامعة محمد الشريف مساعدي سوق أهراس الجزائر

مقدمة :

تعتبر الجماعات المحلية امتدادا للإدارة المركزية في مجال حماية البيئة من التلوث على اعتبار و أن هذه المهمة تعد من المهام الرئيسية للدولة بمختلف مؤسساتها المركزية و المحلية لأن حماية البيئة هي قضية محلية أكثر منها مركزية نظرا لخصوصية مكوناتها التي تتميز بها والتي تختلف بين الولايات و البلديات الساحلية عن الولايات و البلديات الداخلية و الصحراوية

و تخضع الجماعات المحلية في مسألة حماية البيئة إلى مجموعة من القوانين العامة و الخاصة، و تساعدنا في ذلك عدة هيئات أخرى ( وزارات، هيئات مركزية، و جهوية و محلية) لذلك كان من الطبيعي أن يكون لها امتداد جهوي و محلي على مستوى الولايات و البلديات و تحت تسميات و مهام مختلفة، في شكل مديريات أو مفتشيات....

تلعب الجماعات المحلية دور المنسق الفعال و العملي على المستوى الجهوي. و لقد حظي موضوع التلوث البيئي باهتمام المشرع، فمنذ أن تنبه هذا الأخير للمخاطر و الأضرار البيئية الناتجة عن التلوث بكافة صورته و أشكاله اتخذ من التشريعات وسيلة للتصدي لما يقع على البيئة من جرائم و في مقدمتها جريمة تلويث البيئة.

لذلك فالتساؤل الذي يمكن طرحه في هذا الصدد:

ماهي مظاهر التلوث البيئي؟ و ماهي الاستراتيجيات التي انتهجتها الجماعات المحلية في سبيل الحفاظ على البيئة؟ وما مدى نجاحتها؟

و للإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا المداخلة إلى قسمين:

نتطرق في القسم الأول إلى التعريف بالبيئة و بيان مظاهر و أشكال التلوث البيئي.

أما القسم الثاني فنبين فيه الآليات التي انتهجتها الجماعات المحلية للحفاظ على البيئة.

### المبحث الأول : مفهوم التلوث البيئي :

إن مسألة تهديد البيئة ليس وليد اليوم، بل وجدت جذوره منذ زمن بعيد لذلك كان لزاما على الجميع من أفراد، هيئات وضع حد لهذه الظاهرة التي تهدد الحيز الجغرافي الذي تشغله الكائنات الحية و الذي قد تمتد آثاره إلى مجالات أخرى سوف نحاول التطرق إليها.

### المطلب الأول: التلوث البيئي و مظهره :

ترمي القواعد القانونية في مجال حماية البيئة إلى ضبط و تنظيم شاط و سلوك الإنسان و علاقته بالبيئة و الوسط الطبيعي الذي يعيش فيه و كذا بيان الأنشطة التي تؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن الايكولوجي أو الطبيعي، لذلك كان لزاما علينا التطرق أولا الى التعريف ببعض المصطلحات البيئة، التلوث

### الفرع الأول: تعريف البيئة :

تعرف البيئة بأنها ذلك الوسط الحيوي الذي تعيش فيه الكائنات الحية و لقد تعددت التعريفات(1).

ففي مجال العلوم الحيوية و الطبيعية يكاد يتفق العلماء على مفهوم واحد لاصطلاح البيئة "ENVIRONNEMENT" فيقول البعض أن البيئة مفهومان يكمل بعضهما البعض أولهما البيئة الحيوية، و هي كل ما يختص لا بحياة الإنسان من تكاثر و وراثه فحسب بل تشمل أيضا علاقة الإنسان بالمخلوقات الحية الحيوانية و النباتية التي تعيش في صعيد واحد(2).

أما ثانيهما فهي البيئة الطبيعية أو الفيزيائية و هي تشمل موارد المياه و الفضلات و التخلص منها و الحشرات و تربة الأرض و المساكن و الجو.....

لذلك فالمفهوم العلمي للبيئة يركز على فكرة الظروف و العوامل الطبيعية و الفيزيائية و الحيوية التي تسود محيط أو وسط معين و تجعله صالحا لحياة الكائنات الحية.

### الفرع الثاني: تعريف التلوث

يعد التلوث من الإخطار الرئيسية الهامة التي تهدد البيئة، و مع التطور الحاصل في جميع المجالات بدأت تتزايد مصادر تلوث البيئة سواء الفيزيائية أو الكيمائية، و باتت مكونات و موارد البيئة الحية و غير الحية تعاني من سموم الأدخنة و الغازات و المركبات السامة و من النفايات الخطيرة و الإشعاعات و غيرها....

فما المقصود بالتلوث و ما هي أسبابه؟

يعرف التلوث في المعاجم المتخصصة و الاصطلاحات البيئية بأنه:

" إفساد مباشر للخصائص العضوية و الحرارية أو البيولوجية و الإشعاعية لأي جزء من البيئة".

و مثال ذلك تفريغ أو إطلاق أو إيداع نفايات أو مواد من شأنها التأثير على الاستعمال المفيد أو بمعنى آخر تسبب وضعا يكون ضارا أو يحتمل الإضرار بالصحة العامة أو بسلامة الحيوانات و الطيور و الحشرات و السمك و المواد الحية و النباتات.(3)

كما يعرف التلوث أيضا بأنه التدهور المتزايد للعناصر الطبيعية بتفريغ النفايات من كل نوع و التي تؤثر على التربة و البحر و الجو و المياه على نحو يجعلها غير قادرة على أداء دورها

### المطلب الثاني: أنواع التلوث البيئي :

يمكن تقسيم التلوث إما بناء على نوع البيئة (هواء ماء تربة) فنقول تلوث الهواء، تلوث الماء، التربة و إما بناء على الملوث الذي يسبب التلوث فنقول: التلوث بغاز أكسيد الكربون أو بالمبيدات الحشرية، أو بالفضلات الطبية أو التلوث الحراري ....(4).

وأحيانا يقسم التلوث إلى تلوث طبيعي ، و تلوث صناعي....

## الفرع الأول : التلوث المائي :

تعد جريمة التلوث المائي من أهم و أخطر الجرائم البيئية التي يرتكبها الإنسان ضد المصادر المائية كالتلوث الميكروبي، كتلوث المياه ببكتيريا الكوليرا، و توالا الاكتشافات المختلفة لتلوث الماء بالعديد من الملوثات كالتلوث الكيميائي، و التلوث بمخلفات الصرف الصحي و بالمبيدات و المخضبات الزراعية، و المذيبات الحمضية و كذلك التلوث النفطي و غيره من العناصر المعدنية الثقيلة و التي تساهم في انتشار الأمراض و الأوبئة.(5)

## الفرع الثاني التلوث الهوائي :

امتد هذا التلوث الخطير ليشمل جميع عناصر البيئة بشكل مباشر على جميع الكائنات الحية، و يمكن تعرفه على انه: عبارة عن غازات ناتجة عن الصناعات المختلفة و تكرير البترول و صهر المعادن تتسبب في حدوث تلوث للهواء الجوي مما يؤدي إلى إصابة الإنسان و النبات بالعديد من الأضرار الصحية كتلوث الهواء بثاني أكسيد الكربون، و غازات السيارات و بالشوائب و بالمطر الحمضي.....و أثبتت العديد من الدراسات و الأبحاث التطبيقية أن تلوث الهواء ينتج عن احتراق المركبات الهيدروكربونية مما يؤدي إلى العديد من الأضرار الخطيرة على صحة الإنسان بصفة خاصة و على البيئة بصفة عامة، كما يتلوث الهواء بالعديد من الشوائب المتطايرة من مداخن المصانع و التي تحتوي على مركبات الفسفور و الكبريت و الكوبالت...الخ. إضافة إلى ذلك هناك التلوث البري و الذي يشمل الحيز الجغرافي و الحيوي لجميع الكائنات الحية.

و ما يمكن ملاحظته أنه من خلال بيان مظاهر التلوث البيئي الخطير جدا و الذي تترتب عنه آثارا وخيمة فكان من الضروري إيجاد وسائل و آليات جد فعالة تسلك في مجملها سياسة ذات فعالية تهدف إلى الحفاظ على البيئة بكافة عناصرها و هذا ما سنحاول إبرازه في المبحث الثاني.

## المبحث الثاني:التنظيم الإداري المحلي لحماية البيئة :

إن مختلف الهياكل الوزارية التي ألحقت بها مهمة حماية البيئة أثبتت أن الإدارة المركزية لم تعرف الاستقرار و الثبات الأمر الذي أدى إلى غياب تام لدور الإدارة البيئية المركزية في معالجة المشاكل البيئية و تطوير الآليات القانونية و الوقائية لحماية البيئة

هذا التغيير المستمر للوزارات يعود إلى عدة اعتبارات كالأثر السلبي لتبني سياسة بيئية و كذلك تغليب الاعتبارات التنموية على حماية البيئة ذلك أن جل لمشكلات التي تعاني منها البيئة تعود إلى الإدارة باعتبارها سلطة و صاحبة

القرار، و أيضا غياب التنسيق فيما بين الأجهزة الوزارية و كذلك غياب المقومات الموضوعية للنظام البيئي فعهدت المهمة إلى الجماعات المحلية لاتخاذ كافة الإجراءات القانونية لحماية فعالة للبيئة(6).

### المطلب الأول: تدخل الجماعات المحلية في مجال حماية البيئة :

يرتبط تنظيم الإدارة المحلية المختصة بحماية البيئة بنمط التنظيم المركزي فهو طبعا متأثرا بها إلى حد ما، و تختلف و تعدد التنظيمات الخاصة بحماية البيئة إلى هيئات متخصصة و متعددة التمثيل، و أخرى تقليدية.

### الفرع الأول : الهيئات المتعددة التمثيل :

تنشأ هذه الهيئات من طرف السلطات العمومية، و تختص بمهام محددة و نظرا لما لهذه الأخير من أهمية كبيرة فهي من اختصاص عدة أطراف و هيئات مستقلة عن بعضها البعض مما يفترض جمع ممثليها في لجنة واحدة للتشاور و البحث المشترك في موضوع البيئة.

وتمثل تلك الهيئات في الجان الجهوية و الولاية التي تنشأ بموجب مرسوم تنفيذي متعلق بمكافحة تلوث البحر تهتم بحماية البحر من التلوث من قادة البحرية، الولاية، وحدات الحماية المدنية، حراس السواحل، و ولاية المناطق الساحلية المعنية.تقوم باتخاذ التدابير اللازمة لتجنيد الوسائل الضرورية للتدخل لمنع أي خطر على سلامة مياه البحر....(7).

### الفرع الثاني:الهيئات الإدارية التقليدية

عرفت العديد من التسميات نذكر منها المكاتب الجهوية أو الولاية للتنمية، المكاتب الجهوية و الولاية للغابات، المديرات الولاية للبيئة، و أخيرا المفتشيات الولاية.

و تعد المفتشية الولاية للبيئة مصلحة خارجية تابعة للوزارة المكلفة بالبيئة حسب المادة الأولى من القانون رقم 03/83 المؤرخ في 1983/02/5، كما تنص المادة الثانية من نفس القانون على اعتبار هذه المفتشية الجهاز الرئيسي التابع للدولة في مجال مراقبة تطبيق القوانين و التنظيمات المتعلقة بالبيئة.أما على مستوى البلدية فتتمثل أساسا في مصالح النظافة و جمع النفايات و هي تابعة لها.



## المطلب الثاني : وسائل تدخل الجماعات المحلية للحفاظ على البيئة :

تختلف وسائل تدخل الإدارة المحلية حسب طبيعة المهمة المراد تحقيقها فقد تتدخل بصفة انفرادية حسب سلطات و صلاحيات الضبط الإداري المخولة لها قانونا، و يأخذ التدخل هنا شكل القرار الإداري مثل: منح الرخص، أو فرض بعض القيود على المتعاملين بما يحافظ على سلامة البيئة مثال: منع تصريف المياه القذرة، أو الزيوت المستعملة على سطح الأرض، أو في الوسط الطبيعي ، أو الموانع التي تهدف إلى المحافظة على البيئة الحضرية أو الريفية.

وقد يأخذ التدخل أيضا شكل الاتفاق بين الإدارة و المتدخلين في مجال البيئة كالمصانع، الورشات التي تمارس نشاطات مضرّة بالبيئة بطبيعتها، حيث تتضمن عادة التزامات متبادلة بين الأطراف.

و قد تعتمد الإدارة المحلية أسلوب التخطيط أي وضع مخططات طويلة أو متوسطة أو قصيرة المدى لحماية البيئة، و من أهم هذه الوسائل: (8)

### الفرع الأول: الوسائل القانونية :

تملك الجماعات المحلية وسائل قانونية في إطار ما يعرف بسلطة الضبط الإداري التي يمنحها القانون للإدارة العمومية باعتبارها الهيئة المكلفة بتطبيق القانون و تتمثل عادة في القرارات الإدارية العقود و الاتفاقيات مثال: تقييد بعض الأعمال و التصرفات التي من شأنها أن تلحق أضرارا بالبيئة بوجوب الحصول على رخص إدارية مسبقة تمنحها الإدارة بناء على تمتعها بالسلطة التقديرية في تقدير الأضرار.

وكذلك التعاقد ضمن العقود الإدارية حيث تتناول بعض المهام و الأشغال التي من شأنها أن تلحق بعض الأضرار و المخاطر ضد البيئة و هذه العقود ترتب التزامات في ذمة المتعاملين معها كالإعفاء من الضريبة ، أو تسهيل الحصول على بعض المنافع مقابل اتخاذ التدابير الملزمة لحماية البيئة و كذلك الاتفاقيات التي تربط البلديات مع بعض الشركات أو المؤسسات العامة أو الخاصة في مجال جمع و تسيير و معالجة النفايات المنزلية و الصناعية.

### الفرع الثاني: الوسائل القضائية :

يتمتع الأعوان و المفتشين المكلفين بحماية البيئة بسلطات الضبط القضائي و تلك السلطات مقيد أي في حدود المهام الموكلة لهم في مجال حماية البيئة، و قد تم تحديد صلاحياتهم وفقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها في مجال حماية البيئة بمختلف عناصرها، أي قانون المياه، الغابات، العمران، قانون حماية البيئة... و تتمثل صلاحياتهم في مايلي:

- تحرير محاضر المخالفات و تقديمها إلى الجهات المختصة إقليميا و خصوصا إلى النيابة العامة و المحاكم المختصة.
  - القيام بالتحريات و التحقيقات القضائية اللازمة و تحريك الدعوى العمومية.
  - تقديم المخالفين للتشريعات المنظمة للموضوع محل المخالفة.
- و تتم المتابعة وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية و تتمتع إدارة حماية البيئة بحقها في التأسس كطرف مدني في أي دعوى جزائية تتعلق بخرق قوانين حماية البيئة باعتبارها ممثلة للمصلحة العامة.

### الفرع الثالث: الوسائل البشرية :

- نظرا لخصوصية و تعقيد المهام المتعلقة بحماية البيئة تم توفير الطاقة البشرية و التي أوكلت لها مهمة الحفاظ على البيئة و المتمثلة في سلك مفتشي حماية البيئة التي حددت صلاحياتهم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 277/88 المؤرخ في 88/11/5 حيث يكلفون بالسهر على احترام القوانين و الأنظمة المعمول بها في مجال حماية البيئة و أهم مهامهم :
- السهر على احترام و تطبيق القوانين و النظم المعمول بها في مجال حماية البيئة و حماية المناخ و منابع المياه ضد كل أشكال التلوث.
  - مراقبة كافة مصادر التلوث.
  - القيام بالتحقيقات الهادفة لاكتشاف مصادر التلوث التي من شأنها المساس بالصحة العمومية.
  - السهر بالتنسيق مع المصالح المعنية على مطابقة شروط استعمال و تخزين المواد الكيماوية و السامة للقوانين المعمول بها في مجال حماية البيئة.(9)

### المطلب الثاني : نطاق تدخل الجماعات المحلية في مجال حماية البيئة و تقييم دورها :

تلعب الجماعات المحلية ( البلدية و الولاية) دورا لا يستهان به في مجال الحفاظ على البيئة بمختلف مجالاتها و من ثم فهي تتخذ الاجراءات المناسبة لتجسيد ذلك،و عليه سنحاول ابراز نطاق تدخلها و تقييم دورها في حماية الوسط البيئي.

## الفرع الأول : نطاق تدخل الجماعات المحلية في مجال حماية البيئة :

تختص الجماعات المحلية لاسيما البلديات بمحاربة التلوث الناشئ عن النفايات المنزلية والصناعية و بعبارة أخرى تضطلع بمهم تسيير و معالجة النفايات المنزلية و الصناعية و تعمل على عدم انتشارها أو تراكمها بما يشكل تهديدا للبيئة أو تلحق أضرار بأحد العناصر الطبيعية كالمياه أو الجو و التي تضر بصحة الإنسان أو النبات أو الحيوان...

و من ثم تعد البلديات صاحبة الاختصاص الأصيل في مجال حفظ الصحة و المحافظة على النظافة العمومية لا سيما فيما يتعلق ب:

1- توزيع المياه الصالحة للشرب.

2- صرف و معالجة المياه القذرة و النفايات الجامدة.

3- مكافحة ناقلات الأوبئة المعدية.

4- مكافحة التلوث و حماية البيئة.

و مسؤولية البلدية و الولاية مباشرة أمام القانون و هناك مسؤولية غير مباشرة تتمثل في إلزام الأشخاص الطبيعية و المعنوية المتدخلة في مختلف النشاطات الاقتصادية الصناعية و التجارية و الخدماتية في تحمل مسؤولياتها فيما يتعلق بحماية البيئة.

تبادر البلدية في إطار مخططاتها التنموية الشاملة و كذلك الولاية و المخطط البلدي المصادق عليه من طرف الوالي إلى اتخاذ كافة الإجراءات القانونية و التنفيذية و العملية من أجل اختيار و إقامة و تسيير المواقع المخصصة لجمع، و تخزين النفايات و معالجتها.و ذلك إما عن طريق إنشاء مصالح إدارية متخصصة و إما عن طريق تكليف أشخاص معنوية أو طبيعية عامة أو خاصة وفق ما يعرف بدفتر شروط نموذجي مخصص لهذا الغرض شريطة الحصول على رخصة بذلك من الوالي المختص إقليميا، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي ، أو من الوزير المكلف بحماية البيئة. كما تلعب مفتشيات البيئة على المستوى الولائي دورا هاما في مساعدة البلديات و الهيئات المحلية في اجراء التحقيقات و الخبرات اللازمة لتقييم الأضرار البيئية.(10).

الفرع الثاني : تقييم دورها :

لقد عرف التدخل البيئي محدودية كبيرة في مواجهة مختلف المشاكل البيئية المتفاقمة من جراء تأخر الاعتراف التشريعي بدور الجماعات المحلية في مجال المحافظة على البيئة و بطء إصدار النصوص و عدم تناسقها، من جراء تأخر القواعد البيئية المحلية و نتائجها،

حيث لم يكتمل الاعتراف الرسمي باعتماد نظام اللامركزية في تسيير حماية البيئة إلا بعد صدور قانون الولاية و البلدية سنة 1990 و اللذين نصا على القواعد الأساسية التي تنظم مهام و سلطات كل من الولاية و البلدية في مجال حماية البيئة بصورة صريحة(11)

اتسم استكمال تحديد صلاحيات الجماعات المحلية في هذا المجال بعدم استكمال انتظام دورية صدور القوانين و التنظيمات بمختلف موضوعات حماية البيئة كالصيد، المياه، و قواعد التهيئة العمرانية و تنظيم النفايات الحضرية و التي لم يصدر النص الذي يبين الجهاز الذي يسهر على تنفيذها إلا بعد إنشاء المفتشيات الولائية للبيئة، و قانون تهيئة الإقليم و التنمية المستدامة، و بصور القانون رقم 10/03 لم ينص على أن الجماعات المحلية تمثل المؤسسات الرئيسية لتطبيق تدابير حماية البيئة .

كما أثر تأخر و تناثر القواعد المنظمة لاختصاص الجماعات المحلية في مجال حماية البيئة على فعالية التدخل المحلي من جهة، و أثرت سلبا على طريقة توزيع هذه القواعد لاختصاصات الجماعات المحلية إضافة إلى غياب المقومات المادية لنجاح تدخلها حماية البيئة.

خاتمة :

باستقراء مختلف النصوص التشريعية و التنظيمية التي تحدد اختصاصات الجماعات المحلية في مجال حماية البيئة سواء تعلق الأمر بقانون الولاية أو قانون البلدية نجد أنها تتعامل كلها مع الأوساط الطبيعية المختلفة و المشاكل البيئية وفق نمط إداري موحد، أي أنها لا تأخذ بتنوع الخصوصيات الجغرافية و الطبيعية للجماعات المحلية رغم اختلافها الجوهري من حيث التكوين و تفاوت مواردها و تركيبها البشرية المؤهلة لمعالجة تلك المشاكل، إضافة إلى معاناة الجماعات المحلية من صعوبات مالية ناتجة عن قلة الموارد المالية و يطرح هذا الأمر بحدة بالنسبة للبلديات النائية و المعزولة و هذا الاختلاف يفرض على الجماعات المحلية إقامة مفاضلة بين عائداتها المالية مما انعكس سلبا على إيجاد موارد بشرية متخصصة تشكل فريقا من الخبراء المتخصصين في مختلف الموضوعات الماسة بالبيئة و حمايتها.

- 1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة- قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث - تنمية الموارد البشري)- دار النهضة العربية- القاهرة- 2003/2002-ص.66
- 2-د/ أحمد عبد الكريم سلامة- المرجع السابق- ص 67. وكذلك
- وائل إبراهيم الفاعوري- مدخل الى حماية البيئة العربية- مركز الكتاب الأكاديمي للنشر و التوزيع- ص 104.
- 3- أحمد عبد الكريم سلامة- المرجع السابق-ص 68.
- 4- ألد- عبد الوهاب بن رجب هاشم بن صادق- جرائم البيئة وسبل المواجهة- الرياض 2006-ص.44
- 5- ألد- عبد الوهاب بن رجب هاشم بن صادق- المرجع السابق- ص55. وكذلك
- عبد الجليل عبد الوارث- حماية البيئة البحرية في التشريعات الولية و الداخلية-المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية- 2006.ص.41
- 6-د/ علي سعيدان- حماية البيئة من التلوث بالمواد الإشعاعية و الكيماوية في القانون الجزائري- دار الخلدونية للنشر و التوزيع- 2008- ص-236.
- 7-علي سعيدان- المرجع السابق- ص 237.
- 8-علي سعيدان- المرجع السابق- ص 241.
- 9- علي سعيدان- المرجع السابق- ص.242.
- 10- وناس يحيي- الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر- رسالة دكتوراه - جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-2007-ص 25.
- 11- وناس يحيي- الرسالة السابق- ص ص 26-27.

قائمة المراجع :

- 1- د/ أحمد عبد الكريم سلامة- قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث - تنمية الموارد البشري)- دار النهضة العربية- القاهرة- 2002.-2003
- 2- وائل إبراهيم الفاعوري- مدخل الى حماية البيئة العربية- مركز الكتاب الأكاديمي للنشر و التوزيع.
- 3- ألد- عبد الوهاب بن رجب هاشم بن صادق- جرائم البيئة وسبل المواجهة- الرياض 2006.
- 4- د/ علي سعيدان- حماية البيئة من التلوث بالمواد الإشعاعية و الكيماوية في القانون الجزائري- دار الخلدونية للنشر و التوزيع- 2008.
- 5-عبد الجليل عبد الوارث- حماية البيئة البحرية في التشريعات الولية و الداخلية-المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية- 2006.
- وناس يحيي- الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر- رسالة دكتوراه - جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-2007.

## تقييد حرية المدين في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة -



محمد عبد الرحمن بن محمد حسوني : باحث بصف الدكتوراه

تخصص الفقه المقارن - مجال المعاملات المالية -

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة - الجزائر

بسم الله الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه ، وبعد : قضايا الديون قضايا شائكة و معقدة؛ نظرا لارتباطها الوطيد و الكبير بحياة الناس ومعاملاتهم، فقلما يخلص إنسان من تبعية الديون، إما طالبا أو مطلوبا، أو نقول: دائما أو مدينا، وعلى كلا المستويين تظهر مشاكل و أزمات تفرض نفسها في الواقع المعيش، لا سيما ما يتعلق بجانب المدين، فكثيرا ما يحصل التأخر منه في سداد ما عليه، إما بسبب عسر حالته المادية، أو إفلاسه، أو تماطله مع قدرته، إلى غير ذلك من الأسباب، وبالتالي سيقع الضرر على الدائن بسبب هذا التأخر، والقاعدة في شرعنا الحنيف أن "الضرر يزال" وأنه "لا ضرر ولا ضرار"

وهذا يقتضي ضرورة البحث عن حلول واجتهادات لمعالجة هذه المشكلة، و في هذا المقال نحاول الوقوف عند مسألة "تقييد حرية المدين"، إما بالحبس، أو المنع من السفر، باعتبار ذلك أحد الحلول المطروحة قديما وحديثا، فإذا كانت حرية التصرف، والعمل، و التنقل، وكذا السفر حق شرعي مكفول لكل شخص، بل ذلك مقصد من المقاصد الشرعية التي جاء لتحقيقها الإسلام - كما ذهب إلى ذلك بعض العلماء -

إذا كان ذلك كذلك، فهل من السهل التعدي على هذه الحرية بالتقييد و السلب بدافع العقوبة؟ إشكال يستوقفنا ويدفعنا نحو التساؤل عن عقوبة حبس المدين وموقف الفقه الإسلامي منها؟ وكذا عقوبة منع المدين من السفر، وموقف الفقه الإسلامي منها؟

طبعا الإجابة عن هذه الأسئلة نبحثها وفق الخطة التي تنتظم دون المقدمة والخاتمة ثلاثة مباحث:

الأول: نتناول فيه تحديد معنى الحبس ومشروعيته عموما

الثاني: نتحدث فيه عن موقف الفقه الإسلامي من عقوبة حبس المدين

الثالث: نتطرق فيه إلى عقوبة المنع من السفر، وموقف الفقه الإسلامي منها

المبحث الأول: تحديد معنى الحبس ومشروعيته:

المطلب الأول: تعريف الحبس:

أولاً: في اللغة: الحبس مصدر الفعل حبس حبسا، فهو محبوس وحبيس واحتبسه وحبسه: أمسكه عن وجهه، والحبس ضد التخلية، يقال: حبس الحاكم الرجل إذا سجنه، ويطلق الحبس ويراد به موضع الحبس، وهو المكان الذي يتم فيه الحبس<sup>(1)</sup>.

ثانياً: في الاصطلاح:

عرفه ابن تيمية بقوله: " هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه، سواء كان في بيت أو مسجد أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيل الخصم عليه"<sup>(2)</sup>، ونجد التعريف نفسه عند تلميذه ابن القيم في الطرق الحكمية<sup>(3)</sup>، مع زيادة قوله: " وملازمته له"

وهما يفرقان بين الحبس و السجن<sup>(4)</sup>، فالسجن يكون في مكان ضيق، بينما الحبس أعم من ذلك، فقد يكون

1- ينظر: ابن منظور: لسان العرب 4/157 مادة "حبس"، الفيومي: المصباح المنير 1/162 مادة "الحبس".

2- تقي الدين بن تيمية: مجموع الفتاوى (398/35).

3- ينظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 148.

4- عرف ابن حزم السجن بقوله: "هو منع للمسجون من الأذى للناس أو من الفرار بحق لزمه وهو قادر على أدائه فقط"، الإحكام في أصول الأحكام (140/7).

في مكان، وقد يكون بتوكيل الخصم على الشخص، فيتابعه ويراقبه و يلازمه في تحركاته وتصرفاته دون أن يسجنه في مكان.

### المطلب الثاني : دليل مشروعية الحبس :

ثبتت مشروعية العقوبة بالحبس - من حيث الجملة - بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

#### أولاً: من الكتاب :

1- قال تعالى: (( إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ))<sup>(1)</sup>

احتج بهذه الآية الحنفية<sup>(2)</sup> فقالوا: إن المراد بالنفي الحبس، قالوا: لأنه لا يتصور أن يكون المراد بالنفي إخراجهم من جميع الأرض.

2- قوله تعالى : ((وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نُسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا))<sup>(3)</sup>

قال ابن العربي في هذه الآية " أمر الله تعالى بإسكانهن في البيوت وحبسهن فيها في صدر الإسلام قبل أن يكثر الجناة، فلما كثر الجناة وحشي فوتهم أخذ لهم سجن " <sup>(4)</sup>

#### ثانياً: من السنة

1- قوله: (( لِيُ الْوَاجِدِ يُجِلُّ عَرَضَهُ وَعُقُوبَتَهُ ))<sup>(5)</sup>

<sup>1</sup> - المائدة: ٣٣

<sup>2</sup> - الزيلعي: تبين الحقائق شرح كتر الدقائق 179/4 ، علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام 718/2.

<sup>3</sup> - النساء: ١٥

<sup>4</sup> - ابن العربي: أحكام القرآن 357/1.

<sup>5</sup> - أخرجه الإمام أحمد في المسند (465/29)، وأبو داود في سننه (349/3)، كتاب الأفضية، باب الحبس في الدين وغيره، رقم 3630، والنسائي في السنن الكبرى (59/4)، كتاب البيوع، باب مطل الغني، رقم 6288، وابن ماجه في سننه 811/2، كتاب الصلقات: باب الحبس في الدين والملازمة حديث 2427، وابن أبي شيبة في مصنفه 489/4، وابن حبان: صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان (486/11)، والحاكم في المستدرک (114/4)، كتاب الأحكام، و البيهقي في السنن الكبرى (51/6)، كتاب التفليس، باب حبس من عليه الدين إذا لم يظهر ماله وما على الغني في المطل، والطبراني في المعجم الأوسط (46/3) رقم 2428، و في المعجم الكبير (318/7)، رقم 7249، 7250، كلهم من طريق وبر بن أبي ديلة ثنا محمد بن ميمون بن مسبكة عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله ع قال: " لي الواجد يجل عرضه وعقوبته". وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وصححه ابن حبان. والحديث ذكره البخاري تعليقا: (الصحيح مع الفتح) 75/5، كتاب الاستقراض: باب لصاحب الحق مقال. قال الحافظ في الفتح: " وإسناده حسن".



قال العلماء: يحل عرضه: بأن يقول ظلمي و مَظْلَني، وعقوبته: الحبس والتعزير<sup>(1)</sup>.

2- عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده: « أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ساعة من نهار، ثم خلى سبيله »<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: الإجماع :

ثبتت مشروعية الحبس بالإجماع أيضاً، فقد فعله الصحابة بعد رسول الله ﷺ وكذا من بعدهم، ولم ينقل عن أحد منهم أنه أنكره، قال ابن المنذر: (أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين)<sup>(3)</sup>.

قال الزيلعي: " وأما الإجماع؛ فلأن الصحابة ﷺ ومن بعدهم أجمعوا عليه، إلا أن في زمن النبي ﷺ وزمن أبي بكر وعمر وعثمان ﷺ لم يكن سجن، وكان يجبس في السجن والدّهليز<sup>(4)</sup> وبالربط، ولما كان في زمن علي بن أبي السج، وكان أول من بناه في الإسلام"<sup>(5)</sup>.

رابعاً: المعقول: أن الحبس يتوصل به إلى استيفاء الحق، وما لا يتوصل إلى استيفاء الحق إلا به كان مستحقاً<sup>(6)</sup>.

(6)

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من عقوبة حبس المدين :

يختلف حكم حبس المدين باختلاف حاله، فقد يكون المدين معسراً ثابت العسرة، وقد يكون موسراً ثابت الملاعة، وقد يكون مجهول الحال، ولكل حالة حكمها نتطرق إليه كالاتي:

المطلب الأول: إذا كان المدين موسراً :

الفقهاء عامة<sup>(7)</sup> متفقون على جواز حبس المدين الموسر المماطل بالسداد، ولم يخالف في هذا إلا الظاهرية<sup>(8)</sup>

1- النووي: شرح النووي على صحيح مسلم 227/10، وأبو داود في سننه عن ابن المبارك 314/3.  
2- أخرجه أبو داود في سننه كتاب الأفضية، باب الحبس في الدين رقم (3630) 314/3، والسنن الكبرى، (328/4)، كتاب قطع السارق، باب امتحان السارق بالضرب والحبس، رقم 7362، و الترمذي في سننه أبواب الديات، ما جاء في الحبس والتهمة رقم 1437 هـ 435/2، و الحاكم في المستدرک، كتاب الأحكام، 114/4، رقم 7063، و البيهقي في السنن الكبرى 53/6، كتاب التفليس: باب حبس المتهم إذا أتم و رواه عبد الرزاق في مصنفه 360/8 باب الحبس في الدين، قال أبو عيسى: حديث بهز عن أبيه عن جده حديث حسن. قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه، ووافقه الذهبي.  
3- ابن قدامة: المغني 544/4.

4- "الدّهليزُ: المدخل إلى الدار، فارسي معرب، والجمع الدّهاليزُ"، الفيومي: المصباح المنير 201/1

5- الزيلعي: تبين الحقائق شرح كتر الدقائق 179/4.

6- الماوردي: الحاوي الكبير 470/7.

7- ينظر: الكاساني: بدائع الصنائع 137/7، الخرشبي: شرح الخرشبي على مختصر خليل، 205/6. الشيرازي: المهذب 320/1، ابن قدامة: المغني 547/4، السياغي: الروض النضير 446/3. ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، (315/2)

(1) كونهم لا يرون مشروعية الحبس أصلاً.

قال ابن المنذر رحمه الله: " أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين، منهم مالك والشافعي وأبو عبيد<sup>(2)</sup> و النعمان، وسوار<sup>(3)</sup>، وعبيد الله بن الحسن<sup>(4)</sup>، وروي عن شريح والشعبي<sup>(5)</sup> " (6).

وقال ابن تيمية رحمه الله: " وهذا أصل متفق عليه أن كل من فعل محرماً أو ترك واجباً استحق العقوبة، فإن لم تكن مقدرة بالشرع، كان تعزيراً يجتهد فيه ولي الأمر، فيعاقب الغني المماطل بالحبس، فإن أصرَّ عُوقِبَ بالضرب حتى يؤدي الواجب، وقد نصَّ على ذلك الفقهاء من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم  $\Psi$  ولا أعلم فيه خلافاً " (7).

وقد مر معنا حديث النبي  $\text{ع:} \langle \text{لِي الْوَاجِدِ يُجَلُّ عِرْضُهُ وَعُقُوبَتُهُ} \rangle$ ، فالواجد هو الغني الموسر المليء، فإذا تماطل وتعسف في السداد، فلحديث يصرح بجلية عرضه وعقوبته، وقد تقدم معنا تفسير العقوبة هنا بالحبس

### المطلب الثاني : إذا كان المدين مجهول الحال :

المدين مجهول الحال هو من لم يتبين غناه من فقره، ولم تقم عند القاضي بينة تثبت أحد الوصفين، أو ادعى هو الإعسار والفقر، وادعى عليه الدائن أنه موسر، ففي هذه الحال اتفق الفقهاء في الجملة<sup>(8)</sup> من الحنفية والمالكية و

1- ابن حزم: المحلى 475/6.

2- هو أبو عبيد القاسم بن سلام - بتشديد اللام - اشتغل بالحديث والأدب والفقه، وكان ذا دين وسيرة جميلة، ومذهب حسن وفضل بارع، و توفي سنة أربع وعشرين ومائتين. ينظر: الصفدي: الوافي بالوفيات 91/24، الذهبي: العبر في خبر من غير 308/1، الشيرازي: طبقات الفقهاء، ص 92.

3- هو: سوار بن عبد الله بن سوار بن عبد الله بن قدامة التميمي العنبري قاضي الرصافة ببغداد؛ وهو من بيت العلم والقضاء، روى عنه أبو داود والترمذي والنسائي توفي سنة خمس وأربعين ومائتين، قال النسائي: هو ثقة،

الصفدي: الوافي بالوفيات 23/16، السمعي: الأنساب 247/4. الخطيب البغدادي: تاريخ بغداد 210/9.

4- هو: عبيد الله بن الحسن بن الحصين بن أبي الحصين العنبري التميمي قاضي البصرة مات سنة ثمان وستين ومائة وكان يتفقه على مذهب الكوفيين ويخالفهم في الشيء بعد الشيء. ينظر: ابن حبان: مشاهير علماء الأمصار، ص 251، الخطيب البغدادي: تاريخ بغداد 306/10، الصفدي: الوافي بالوفيات 244/29.

5- هو: عامر بن شراحيل الشعبي، من شعب همدان، كان مولده سنة إحدى وعشرين، وكان يكنى أبو عمرو، من الفقهاء في الدين ورجل التابعين، مات سنة خمس ومائة، وكان قد أدرك خمسين ومائة من الصحابة.

ابن حبان: مشاهير علماء الأمصار، ص 163، الذهبي: سير أعلام النبلاء 294/4، ابن سعد: الطبقات الكبرى 264/6.

6- ابن قدامة: المغني 544/4.

7- ابن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ص 66.

8- ينظر: الكاساني: بدائع الصنائع 173/7، الحصان: أحكام القرآن 474/1، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 252/3، سحنون: المدونة الكبرى 59/4. الباجي: المتقى شرح الموطأ 82/5، الشيرازي: المهذب 320/1، ابن قدامة: المغني 544/4، السياغي: الروض النضير 446/3.

الشافعية والحنابلة و الزيدية على أنه يجبس حتى يظهر حاله.

قال ابن رشد الحفيد: " وكلهم يجمعون على أن المدين إذا ادعى الفِلس، ولم يُعلم صدقه أنه يجبس حتى يتبين صدقه أو يُقر له بذلك صاحب الدين...، ثم قال: " وإنما صار الكل إلى القول بلحبس بالديون، وإن كان لم يأت في ذلك أثر صريح؛ لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض <sup>(1)</sup>.

وقال ابن رشد الجدل: " وحبس الغريم إنما يكون ما لم يظهر عدمه ويثبت فقره؛ والدليل على إجازة حبسه في هذه الحال، قول الله تعالى: (( وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا )) <sup>(2)</sup>، فإذا جازت ملازمته ومنعه من التصرف، جاز حبسه، ولا خلاف في هذا بين فقهاء الأمصار <sup>(3)</sup>.

### المطلب الثالث : إذا كان المدين معسراً :

إذا ثبت لدى الحاكم بالبيئة أن المدين معسر عاجز عن الوفاء بدينه، فهل يجوز له أن يجبسه عقوبة له، أم أنه ينظره إلى اليسار؟.

اختلف العلماء في حكم هذه الحالة على قولين:

القول الأول: لا يجوز حبسه إذا ثبت إعساره، بل يُنظره الحاكم إلى أن يوسر، و به قال جمهور العلماء <sup>(4)</sup>، (الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة، الزيدية)

أدلتهم في ذلك:

#### 1- من الكتاب:

قال تعالى: (( وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ )) <sup>(5)</sup>

ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى أمر بإنظار المعسر حتى يوسر، وهذا يشمل كل من أعسر في الربا وسائر

1- بداية المجتهد 2/ 293.

2- آل عمران: ٧٥

3- ابن رشد الجدل: المقدمات المهمات 2/ 307، 308.

4- الكاساني: بدائع الصنائع 7/ 173، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3/ 278، الرافي: فتح العزيز شرح الوجيز 10/ 228، ابن قدامة:

المغني 4/ 502، السياغي: الروض النضير 3/ 447، الباجي: المنتقى شرح الموطأ 5/ 82، سحنون: المدونة الكبرى 4/ 59.

5- البقرة: ٢٨٠

الديون، وحيث أمر الله بإنظاره لم يجز حبسه؛ لأن الحبس ينافي الإنظار والصبر عليه<sup>(1)</sup>.

## 2- من السنة:

أ- عن الشريد بن سويد الثقفي أن رسول الله ﷺ قال: ﴿لِي الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ﴾

دلَّ الحديث على أن المدين الواجد الموسر إذا تماطل في سداد ما عليه من الدين، فإنه يستحق العقوبة وهي الحبس كما قال العلماء، ومفهومه أن غير الواجد وهو المعسر لا يستحق ذلك، فوجب إنظاره إلى الميسرة.

ب- عن أبي هريرة ؓ أن رسول الله ﷺ قال: ﴿مِطْلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ، فَإِذَا أَتَبَعَ أَحَدَكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ﴾<sup>(2)</sup>.

و وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ وصف الغني المماطل بالظلم، والظالم مستحق للعقوبة فيحبس دفعا لظلمه حتى يقضي دينه، أما العاجز عن الأداء فلم يظهر منه مِطْلٌ فلا يحبس لعدم الداعي لذلك<sup>(3)</sup>.

ج- عن أبي سعيد الخدري ؓ قال: "أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: ﴿تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ﴾، فتصدَّق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: ﴿خَذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ﴾"<sup>(4)</sup>.

وجه الدلالة: أن هذا نص في محل النزاع؛ وذلك لأن رسول الله ﷺ لم يأمر بحبس الرجل ولو كان جائزاً لأمر<sup>(5)</sup>.

(5).

## 3. من المعقول :

قالوا: إن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه، وقد ثبت عسره وتعدُّر قضاؤه للدين فما فائدة الحبس<sup>(6)</sup>.

1- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن 372/3. الشافعي: الأم 202/3، 213.

2- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة؟ رقم 2166، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم مِطْلُ الْغَنِيِّ وصحة الحوالة رقم 1564

3- الباجي: المنتقى شرح الموطأ 66/5، النووي: شرح النووي على مسلم 227/10، الشوكاني: نيل الأوطار 267/5.

(4) أخرجه: مسلم في صحيحه (1191/3)، كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، حديث رقم: 1556.

5- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن 240/3.

6- ابن قدامة: المغني 502/4، الكاساني: بدائع الصنائع 173/7.

المذهب الثاني: أنه يجوز حبس المدين المعسر، و به قال ابن عباس و شريح و إبراهيم النخعي<sup>(1)</sup>.

ودليل ما ذهبوا إليه ما يأتي:

1- قوله تعالى: (( إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ))<sup>(2)</sup>

وجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بأداء الأمانات إلى أهلها، والدَّين أمانة بدليل قوله تعالى: (( فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِينَ الَّذِينَ أَوْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ))<sup>(3)</sup> فيجب أدائه عند الطلب أو عند حلول الأجل، فإذا لم يف به كان خائناً وظالماً يستحق العقوبة بالحبس<sup>(4)</sup>.

ونوقش هذا:

بأن الأمانات المأمور بأدائها في الآية المراد بها الأعيان الموجودة في يد الشخص فعليه أدائها إلى أهلها، أما الديون المضمونة في الذمة، فإنَّ المطالبة بها معلقة بإمكان أدائها، فمن كان معسراً لم يُكَلَّفْ إلا بما كان في وسعه؛ لأنَّ الله تعالى يقول: (( لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ))<sup>(5)</sup> وإذا لم يكن مكلفاً بأدائها في الحال لم يجز أن يُحبَسَ بها<sup>(6)</sup>.

2- قوله تعالى: (( وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ))

قالوا: إن هذه الآية نزلت في الربا، فقد جاءت عقب الآيات الواردة فيه، فتكون خاصة به، أما سائر الديون الأخرى فليس فيها نظرة، بل يؤديها المدين، أو يجبس حتى يوفي، لا فرق في ذلك بين الموسر والمعسر<sup>(7)</sup>.

ونوقش هذا الاستدلال: من وجهين:

الوجه الأول: أن الربا قد أحبطه الله تعالى وأبطله جملة وتفصيلاً، فكيف يكون فيه نظرة.

الوجه الثاني: أن القراءة إنما هي ( وإن كان ذو عسرة ) بالرفع، فلما كان كذلك، عُلِمَ أنه لم يَعْنِ بها صاحب

1- الجصاص: أحكام القرآن 194/2، الطبري: جامع البيان في تفسير القرآن 112/3.

2- النساء: ٥٨

3- البقرة: ٢٨٣

4- ينظر: الجصاص: أحكام القرآن 199/1.

5- الطلاق: ٧

6- ينظر: الجصاص: المصدر نفسه 199/1.

7- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن 372/3.

الربا، و لو عنى بها صاحب الربا، لقليل: (وإن كان ذا عسرة)، أي: إن كان الذي عليه الربا ذا عسرة.

ولو قالوا: إن الآية معطوفة على رأس مال الربا لكان سائغاً على هذه القراءة، و لوجب أن يقاس سائر الديون على رأس مال الربا؛ إذ لا فرق بين رأس مال الربا وغيره من الديون، فبان أن المطالبة بالدين إنما تجب مع القدرة على الأداء، فإذا ثبت الإعسار، فلا سبيل إلى المطالبة، ولا إلى الحبس بالدين، لأن الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر<sup>(1)</sup>.

### سبب الخلاف في المسألة:

يمكن القول أن سبب الخلاف في المسألة هو الاختلاف الحاصل في كون الإنظار المأمور به في قوله تعالى: (( وَإِن كَانَ دُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ )) خاص بأهل الربا المعسرين أم يعم كل معسر سواء كان الدين رباً أو من تجارة أو غير ذلك؟

فابن عباس رضي الله عنه و شريح و النخعي على أنها خاصة بدين الربا، والجمهور على أنها عامة.

### المذهب المختار:

المختار من القولين مذهب القائلين بوجوب إنظار المعسر، وذلك للآتي:

1. قوة أدلة الجمهور وصراحتها، وضعف أدلة المخالف.

2. أن الغرض من الحبس الكشف عن حال المدين إن جهل، أو التضييق عليه إن علم ملاؤه، ومن ثبت

إعساره، لا فائدة في الحبس عليه، بل فيه إضرار وظلم له، فلم يكن جائزاً.

المبحث الثالث : منع المدين من السفر، وموقف الفقه الإسلامي منه :

المطلب الأول : تحديد معنى المنع من السفر :

أولاً: في اللغة :

المنع في اللغة هو: " أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريد، وهو خلاف الإعطاء، ويقال هو تحجير الشيء"<sup>(2)</sup>.

1- ينظر ابن رشد الجدل: المقدمات الممهدة 306/2.

2- ابن منظور: لسان العرب 343/8، مادة " منع ".

أما السفر في اللغة : فهو قطع المسافة <sup>(1)</sup>.

ثانيا: في الاصطلاح :

السفر هو: " خروج عن محل الإقامة بقصد مسيرة ثلاثة أيام، بسيرٍ وسطٍ " <sup>(2)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد المسافة التي إذا قطعها الشخص سمي مسافراً، لكن ضابط ذلك يرجع إلى العرف، كما ذهب إليه البعض من العلماء، منهم الإمام الزركشي، حيث قال: " والأشبه الرجوع فيه إلى العرف " <sup>(3)</sup>.

وعليه، فإن المنع من السفر هو: " أمر كتابي يصدره القاضي بحرمان شخص معين من مغادرة البلد الذي يعيش به لسبب معين، حتى تنقضي أسباب هذا المنع " <sup>(4)</sup>.

وبناء على هذا التعريف، فإن منع المدين من السفر: إجراء يتخذه القاضي أو الحاكم بطلب من الدائن على مدينه خوفاً من هربه قبل سداد ما عليه من الدين .

المطلب الثاني: حكم منع المدين من السفر عند الفقهاء :

يختلف حكم المنع من السفر باختلاف نوع السفر ونوع الدين من حيث الحلول والتأجيل، ولذلك فالفقهاء يفرقون بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الدين حالا

الحالة الثانية: إذا كان الدين مؤجلاً <sup>(5)</sup>

والكلام على كلتا الحالتين يكون كالآتي:

أولاً: إذا كان الدين حالا :

1- ابن منظور: المصدر نفسه 367/4، مادة " سفر"، الفيومي: المصباح المنير 278/1، مادة "سَفَرَ"،

2- أمير باد شاه: تيسير التحرير على كتاب التحرير 303/2،

3- الزركشي: المنثور في القواعد 203/2

4- إبراهيم عبد الله البديوي السبعي: المنع من السفر كعقوبة تعزيرية في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي في العصر الحديث، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد (71)، السنة (22) (ديسمبر 2007)، ص 214 .

5- ينظر: وليد خالد الربيع: الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي، ص306.

## تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء في القول بالمنع من السفر إذا كان الدين حالا والمدين موسراً، سواء أكان السفر طويلاً أم قصيراً، وسواء أكان مخوفاً أم مأموناً<sup>(1)</sup>؛ ذلك أن المدين إذا كان موسراً لم يجب إنظاره، بل تحل مطالبته، ومن المطالبة منعه من السفر حفظاً للدين من الضياع؛ ولأن في ذلك رفعاً للظلم عن صاحب الحق؛ فتأخير المدين ما عليه بعد حلول أجله بالسفر ظلم لصاحب الحق، وقد قال ع: «مطل الغني ظلم»<sup>(2)</sup>، والقاضي إنما نصب لدفع الظلم، ومن دفع الظلم منع الدين من السفر<sup>(3)</sup>.

لكن إذا كان المدين معسراً والدين حالاً، هل يمنع من السفر أيضاً؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

**المذهب الأول:** ويرى عدم جواز منع المدين المعسر من السفر وهو مذهب الحنفية<sup>(4)</sup> والمالكية<sup>(5)</sup> والشافعية<sup>(6)</sup>، والحنابلة<sup>(7)</sup>.

ودليلهم: أن المدين المعسر منظرٌ بإنظار الشرع في قوله تعالى: (( وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرَةً فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ )) فلما لم يجز مطالبة المدين المعسر، فكذلك ليس للدائن منعه من السفر كالدائن المؤجل<sup>(8)</sup>.

**المذهب الثاني:** ويرى جواز منع المدين المعسر من السفر إلا إذا أقام كفيلاً بدينه، فحينئذ لا يجوز منعه وهو مذهب شيخ الإسلام ابن تيمية من الحنابلة<sup>(9)</sup>.

ودليله: أن المدين المعسر قد يوسر في البلد الذي سافر إليه فلا يتمكن الغريم من طلبه، فإذا كان ثمة كفيل

<sup>1</sup> - ينظر: ابن عابدين: حاشية رد المختار على الدر المختار 5/526، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3/262، الشيرازي: المهذب 1/320، ابن قدامة: المغني 4/548، وقيد بعض الفقهاء هذا المنع بما إذا لم يقدم المدين الموسر وثيقة بالدين كرهن أو كفيل مليء، وإلا لم يمنع؛ لانتفاء الضرر حينئذ ينظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي 3/262، الشريبي: مغني المحتاج 2/157، البهوتي: كشف القناع 3/418.

<sup>2</sup> - تقدم تخريجه.

<sup>3</sup> - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 7/173.

<sup>4</sup> - الزيلعي: تبين الحقائق شرح كتر الدقائق 5/200.

<sup>5</sup> - الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3/262.

<sup>6</sup> - الشيرازي: المهذب 1/320.

<sup>7</sup> - شمس الدين ابن قدامة: الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، 13/237.

<sup>8</sup> - ينظر: الشيرازي: المهذب 1/320.

<sup>9</sup> - المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 5/274، ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، 4/479، 480.



## المذهب المختار :

أقرب المذاهب للاحتياط وأسداها في حفظ حقوق الدائنين هو المذهب الثاني، فكان الأخذ به أولى؛ لأن إطلاق القول بعدم جواز منع المدين المعسر من السفر فيه مخاطرة بحقوق الغير، والواجب فيها الاحتياط، وأيضاً فيه فتح لذريعة تملص المدينين من أداء ما وجب عليهم من الحقوق بالسفر، والواجب سدُّ هذه الذريعة، وعليه فالقول بمنع المدين المعسر من السفر حتى يقيم كفيلاً هو المناسب لمقاصد الشريعة من حفظ الحقوق وصيانتها.

## ثانياً : إذا كان الدين مؤجلاً :

في هذه الحالة، إذا أراد المدين السفر، فإما أن يكون السفر مخوفاً<sup>(2)</sup> أو غير مخوف، وكذلك إما أن تكون عودة المدين قبل حلول أجل الدين أو بعده أو في أثناءه<sup>(3)</sup>، وتفصيل ذلك كالآتي:

## المسألة الأولى: إذا كانت عودة المدين قبل حلول الأجل وكان السفر غير مخوف

اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة على مذهبين:

المذهب الأول: عدم المنع من السفر و به قال الحنفية<sup>(4)</sup> والمالكية<sup>(5)</sup> والشافعية<sup>(6)</sup> وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد<sup>(7)</sup>.

ودليلهم في ذلك :

1. أن هذا السفر ليس بأمانة على منع الحق في محله، فلم يملك منعه كالسفر القصير، وكالسعي إلى الجمعة<sup>(8)</sup>.

1- البهوتي: كشاف القناع 418/3.

2- السفر المخوف: هو الذي يخشى فيه على المسافر من الهلاك كالجهاد، وركوب البحر.

ينظر: الشريبي: مغني المحتاج 157/1، ابن قدامة: المغني 548/4.

3- وليد خالد الربيع: الإلزام في التصرفات المالية، ص 309.

4- ابن عابدين: حاشية رد المختار على الدر المختار 318/4.

5- العدوي: حاشية العدوي على الخرشي شرح مختصر خليل 179/6.

6- الشيرازي: المهذب 319/1.

7- المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 274/5.

2. أن هذا الدائن لا يملك مطالبة المدين في الدين المؤجل قبل حلول الأجل سواء أسافر أم لا؛ لأنه أسقط حقه في المطالبة بقبوله التأجيل<sup>(2)</sup>.

المذهب الثاني: جواز منع المدين من السفر في هذه الحالة، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة<sup>(3)</sup>

و دليلهم: قالوا: لأن عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله؛ لأن قدومه عند حلول أجل الدين غير متيقن ولا ظاهر، فملك منعه إلا بوثيقة<sup>(4)</sup>.

المذهب المختار :

الظاهر مما تقدم أن أرجح الأقوال هو قول الجمهور في عدم جواز منع المدين من السفر إذا كان الدين مؤجلاً وكانت عودة المدين من السفر قبل حلول أجل الدين وذلك لما يأتي:

1. أن الأجل في الدين معتبر مقصود، وفي هذا القول إعمال لأثر هذا الأجل، وهو سقوط المطالبة بالدين حتى حلول الأجل، وأيضاً سقوط المنع من السفر قبل حلول الأجل.
2. أن في هذا القول تيسير على الناس، فربما كان المدين بدين مؤجل يحتاج إلى هذا السفر قبل حلول أجل الدين، لتحصيل رزقه وما يفي به ما في ذمته من الدين، فيكون منعه من السفر في هذه الحال إضراراً به وتضييقاً عليه من غير موجب لذلك.

المسألة الثانية: إذا كان السفر مخوفاً لا يؤمن فيه على المدين الموت

وذلك كخروجه إلى الجهاد مثلاً، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على أربعة مذاهب:

المذهب الأول: للحنفية<sup>(5)</sup> والشافعية<sup>(6)</sup> في أصح الوجوه عندهم، أنه لا يمنع المدين من السفر في هذه الحال، ودليلهم:

<sup>1</sup> - ابن قدامة: المغني 507/4.

<sup>2</sup> - الشريبي: مغني المحتاج 157/2.

<sup>3</sup> - المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف 273/5.

<sup>4</sup> - البهوتي: كشف القناع 418/3.

<sup>5</sup> - ابن عابدين: حاشية رد المختار على الدر المختار 136/4.

<sup>6</sup> - النووي: روضة الطالبين 372/3.

1. أنه لا حق للدائن على المدين قبل حلول الأجل، فليس له منعه من السفر<sup>(1)</sup>.

2. أن الدائن قد فرط في حقه حيث رضي بالتأجيل من غير رهن ولا كفيل<sup>(2)</sup>.

المذهب الثاني: للحنابلة<sup>(3)</sup> ووجه ثاني عند الشافعية<sup>(4)</sup> أن للدائن أن يمنع مدينه من السفر ما لم يقدم رهنا أو كفيلا ودليلهم:

1. أن هذا سفر يتعرض فيه المدين للموت، فلا يؤمن معه فوات الحق وضياع الدين، فيمنع منه<sup>(5)</sup>.

2. أن قدوم المدين في مثل هذا السفر غير متيقن ولا ظاهر، فيكون فيه ضرر على الدائن من جهة تأخير حقه عن محله<sup>(6)</sup>.

المذهب الثالث: ويرى أنه يمنع من السفر إلا إذا خلف مالا يؤدي منه، فحينئذ لا يمنع وهو الوجه الثالث للشافعية<sup>(7)</sup>.

المذهب الرابع: إن كان المديون من المرتزقة<sup>(8)</sup> لم يُمنع من السفر للجهاد، فإن لم يكن كذلك منع، وهو الوجه الرابع عند الشافعية<sup>(9)</sup>.

المذهب المختار:

المختار من المذاهب السابقة هو مذهب الحنابلة القائلين بأنه إذا كان السفر مخوفاً، فللدائن أن يمنع مدينه من السفر إلا إذا أقام رهناً أو كفيلاً وذلك للآتي:

1. أن فيه إعمالاً للاحتياط الواجب في مثل هذه الحالات.

1- الشيرازي: المهذب 320/1.

2- الشريبي: مغني المحتاج 157/2،

3- ابن قدامة: المغني 507/4.

4- النووي: روضة الطالبين 373/3.

5- الشيرازي: المهذب 319/1.

6- البهوتي: كشف القناع 418/3.

7- النووي: روضة الطالبين 372/3.

8- "ارتزقَ الجند أخذوا أرزاقهم"، و"الجنود المرتزقة: هم الذين يجارون في الجيش على سبيل الارتفاق، و الغالب أن يكونوا من الغرباء"، ينظر: إبراهيم

مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار: المعجم الوسيط، (710/1)، ص 267.

9- النووي: روضة الطالبين 372/3.

2. أن تحصيل المقاصد ودفع المفاصد مبني على الظنون، وفي هذا القول دفع لمفسدة مظنونة راجحة وهي هلاك المدين وضياع حق الدائن، فكان دفعها بإلزام المدين بتقديم رهن أو كفيل هو الموافق لمقاصد الشرع.

3. أن قول أصحاب المذهب الأول بأنه لا حق للدائن على المدين قبل حلول الأجل مدفوع بأن الأجل هنا قد حلّ، ذلك أنه من المعلوم أن الأجل يجل بموت المدين بالاتفاق، وهنا موت المدين أرجح من بقائه حياً، فملك الدائن حق المنع والمطالبة بحقه.

4. أما قولهم أن الدائن قد فرط في حقه حيث رضي بالتأجيل من غير رهن ولا كفيل، مردود بأن رضاه بذلك كان في الحالات العادية حيث كانت حالات السلامة هي الراجحة، أما في هذه الحالة حيث حالات الخطر هي الأرجح، فلا يقال بأن الدائن قد رضي بذلك؛ لأن العقل يحيله.

### المسألة الثالثة: إذا كانت عودة المدين من السفر بعد حلول الأجل

اختلف الفقهاء في منعه من السفر في هذه الحال على مذهبين:

المذهب الأول: أن المدين لا يُمنع من السفر ولو كان السفر يجل في غيبته، ولا يطالب بأن يقيم كفيلاً بدينه، ولا أن يقدم رهناً، وإليه ذهب الحنفية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup>.

ودليلهم: أن الغريم ليس له أن يطالب المدين بالدين الآن، فلم يملك منعه من السفر، ولا المطالبة بكفيل أو رهن، كما لو لم يرد سافراً، قال الإمام الشافعي في هذا: "يقال له: "حقك حيث وضعته". يعني: أنك رضيت حال العقد أن يكون مالك عليه بلا رهن ولا ضمير"<sup>(3)</sup>.

المذهب الثاني: أن المدين يُمنع من السفر إلا إذا أقام كفيلاً مليئاً، أو رهناً يفِي بالدين عند حلول الأجل.

وإليه ذهب المالكية<sup>(4)</sup> والحنابلة<sup>(5)</sup> وهو اختيار الروياني من الشافعية<sup>(6)</sup>.

1- النسفي: كتر الدقائق مع تبين الحقائق 200/5، الحصكفي: الدر المختار مع حاشية رد المختار 384/5.

2- الشريبي: مغني المحتاج 157/2.

3- نجيب المطيعي: تكملة المجموع شرح المهذب 272/13، خالد وليد الربيع: الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي ص 312، أبو الحسين العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي 131/6، محمد سليمان الأشقر، محمد عثمان شبير، ماجد أبو رحية، سليمان الأشقر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، 670، 371/2.

4- عليش: منح الجليل شرح مختصر خليل 11/3، الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل 263/5.

5- ابن قدامة: المغني 507/4. ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع، (306/4)

6- النووي: روضة الطالبين 372/3.

ودليلهم في ذلك: أن الدائن يتضرر من تأخير حقه بالسفر، فكان له منعه منه، فإذا أقام المدين كفيلاً أو رهناً زال الضرر المتوقع، فجاز له السفر حينئذ<sup>(1)</sup>.

### المذهب المختار:

من مقاصد الشريعة الكبرى (أن لا ضرر ولا ضرار)، وأوفق المذاهب بهذه القاعدة ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من اشتراط جواز سفر المدين في الحالة المتقدمة بتقديم كفيل أو رهن يضمن به الدائن وفاء دينه عند حلول الأجل، فلا ضرر يلحق المدين من جهة أنه لا يُمنع من السفر مقابل كفيل أو رهن يقدمه للدائن، ولا إضرار - بالمقابل - بالدائن من جهة أنه ضمن دينه في حالة ما إذا لم يعد المدين عند حلول الأجل.

وأما قول أصحاب المذهب الأول أن الدائن رضي حال العقد أن يكون مالك عليه بلا رهن ولا ضمين، فلا يطالبه بعد ذلك، فلا دليل عليه؛ لأن الرهن والكفيل خارج عن العقد وليس من صلبه، فجاز له المطالبة به بعد ذلك ولو لم يطالبه به ابتداءً.

### خاتمة:

يمكننا بعد بحثنا لهذه المسائل أن نخلص للنتائج الآتية:

1. حبس المدين يختلف باختلاف حال المدين من اليسار و الإعسار و جهالة الحال، ففي اليسار جائز بلا خلاف حتى يؤدي ما عليه، و كذلك عند جهالة الحال حتى يظهر حاله، و اختلفوا في حال الإعسار فأجاز ابن عباس و شريح و النخعي و منعه الجمهور، و هو المختار.
2. منع المدين من السفر إذا كان الدين حالاً و المدين موسراً، جائز، سواء أكان السفر طويلاً أم قصيراً، و سواء أكان مخوفاً أم مأموناً.
3. مسألة العقوبة بالحبس و كذا المنع من السفر ينبغي أن يراعى في تطبيقها المقاصد الكبرى للشريعة، فالشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد، و رفع الحرج و الضرر عنهم، و أي مسألة خرجت عن هذا الحد فليست من الشريعة.

مصادر ومراجع المقال :

كتب التفسير :

الطبري، محمد بن جرير، أبو جعفر الطبري ( 310 هـ) جامع البيان في تفسير القرآن، 1378 هـ 1978 م، دار الفكر، بيروت، لبنان.

الخصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (370 هـ) أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، 1405 هـ دار إحياء التراث العربي، بيروت،

ابن العربي، محمد بن عبد الله بن محمد، أبو بكر ابن العربي (543 هـ) أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الفكر (بيروت، لبنان) د.ط، د.ت.

القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح شمس الدين القرطبي ( 671 هـ): الجامع لأحكام القرآن، ط، 1405 هـ 1985 م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

كتب السنة وشروحها :

عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (211هـ): مصنف عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، 1972 م، المكتب الإسلامي، بيروت، د.ط.

ابن أبي شيبة: أبو بكر العبسي (235هـ) المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، ط1، 1409، مكتبة الرشد، الرياض

ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد حنبل بن هلال بن أسد الشيباني ( ت 241 هـ ) المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط 2، 1420 هـ 1999 م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، ( 256 هـ) الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، تحقيق: مصطفى ديب البغا، ط 3، 1407 هـ 1987 م، دار ابن كثير، اليمامة بيروت.

مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (261 هـ) الصحيح، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ( 273 هـ) سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

أبو داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن شداد الأزدي السجستاني (275 هـ) سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت.

الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سَورَةَ الترمذي، ( 279 هـ ) سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت،

ابن حبان، محمد بن حبان التميمي، أبو حاتم، الدارمي ( ت: 354 هـ ) صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط 2، 1414 هـ 1993 م، مؤسسة الرسالة، بيروت،

الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني (360 هـ)

المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، 1415 هـ، دار الحرمين، القاهرة،

المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ط 2، 1404 هـ 1983 م،

الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي (385 هـ): سنن الدراقطني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، ط 1386 هـ 1966 م، دار المعرفة، بيروت.

الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (405 هـ): المستدرک على الصحيحين مع التلخيص للذهبي، تحقيق: عبد القادر عطا، ط 1، 1411 هـ 1990 م، دار الكتب العلمية، بيروت،

البيهقي، أحمد بن الحسين أبو بكر ( ت 458 هـ ) السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف (474 هـ) المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دط، دت.

النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري (676 هـ): شرح النووي على صحيح مسلم، ط 2، 1392 هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ابن حجر، أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني ( ت 852 هـ ) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد القادر شيبه الحمد، ط 1، 1421 هـ 2001 م، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض.

الشوكاني، محمد بن علي (1250 هـ) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.  
كتب اللغة :

ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، (ت 711 هـ) لسان العرب، ط 1، دار صادر، بيروت، د.ت.  
الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت: نحو 770 هـ) المصباح المنير في غريب الشرح  
الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت.

مصطفى إبراهيم، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار: المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية.

#### كتب الفقه الحنفي :

الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين (587 هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2،  
1402 هـ 1982 م، دار الكتاب العربي،

النسفي، عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين أبو البركات (710 هـ) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق، دار  
الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ط، د.ت.

الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (743 هـ) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دارالكتاب الإسلامي،  
القاهرة، د.ط، د.ت.

الحصكفي، محمد بن علي بن محمد علاء الدين الحصكفي (1088 هـ) الدر المختار مع حاشية رد المختار، 1421 هـ  
2000 م، دار الفكر، بيروت، لبنان. د.ط.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي (1252 هـ) حاشية رد المختار على الدر المختار،  
1421 هـ 2000 م، دار الفكر، بيروت، لبنان. د.ط.

حيدر علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط 1، 1411 هـ 1991 م، دار الجيل، بيروت،

#### كتب الفقه المالكي :

مالك، بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (179 هـ) المدونة الكبرى، زكريا عميرات، دار الكتب العلمية،  
بيروت، لبنان.

ابن رشد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الجد (520 هـ) المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من  
الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهاة مسائلها المشكلات، تحقيق سعيد أحمد أعراب، ط 1، 1408  
هـ 1988 م.

الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرُّعيني (954 هـ) مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط  
3، 1412 هـ 1992 م، دار الفكر، بيروت.



الزرقاني: شرح الزرقاني عل مختصر خليل مع حاشية البناني، دار الفكر، بيروت، دط، دت،  
الخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي ( 1101 هـ) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل و بهامشه حاشية العدوي  
292/5، دار صادر، بيروت، دط، دت.

العدوي، علي بن أحمد الصعيدي العدوي ( 1189 هـ) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، دار المعرفة،  
بيروت

الدسوقي، محمد بن أحمد الدسوقي (1230 هـ) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (292/3)، دار  
الفكر(بيروت ، لبنان) دط ، دت.

عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد (1299 هـ) شرح منح الجليل على مختصر خليل، دار صادر، بيروت، لبنان،  
دط، دت .

#### كتب الفقه الشافعي :

الشافعي، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله (204 هـ) الأم، دار المعرفة (بيروت) دط، دت .

الموردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب (450 هـ) الحاوي الكبير، ط 1، 1414 هـ 1994 م، دار الكتب  
العلمية، بيروت، لبنان.

الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (476 هـ) المهذب في الفقه الشافعي، دار الفكر، بيروت، دط،  
دت،

العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم (558 هـ) البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط 1، 1428 هـ  
2007 م، دار المنهاج، جدة

الرافعي، عبد الكريم بن محمد القزويني (623 هـ) فتح العزيز شرح الوجيز مع المجموع شرح المهذب، دار الفكر،  
بيروت، دط، دت.

النوي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ( 676 هـ) روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي  
محمد معوض، ط 1423 هـ 2003 م، دار عالم الكتب، السعودية،

الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ( 977 هـ) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت، لبنان،  
دط، دت،.

المطيعي، محمد نجيب: تكملة المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

## كتب الفقه الحنبلي :

- ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ( 620 هـ) المغني، ط 1، 1405 هـ دار الفكر، بيروت.  
المغني، ط (1403 هـ، 1983 م، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،
- ابن قدامة، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة (682 هـ) الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 1، 1415 هـ، 1995 م، دار هجر، جيزة.
- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني ( 728 هـ)
- مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ط 1416 هـ/1995 م، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية،
- الفتاوى الكبرى، دار المعرفة (بيروت، لبنان) د.ط.د.ت،
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، ( 884 هـ) المبدع في شرح المقنع، ط 1، 1401 هـ 1918 م، المكتب الإسلامي، بيروت.
- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي ( 885 هـ) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق حامد الفقي، ط 1، 1376 هـ، 1957 م، دار إحياء التراث العربي ( بيروت )،
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ( 1051 هـ)
- شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 1، 1421 هـ 2000 م، مؤسسة الرسالة (ناشرون)، بيروت
- كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، 1402 هـ دار الفكر، بيروت.
- كتب الفقه الزيدي :
- السياغي شرف الدين الحسين الصنعاني (221 هـ) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، دار الجيل، بيروت، د.ط.د.
- كتب الفقه العام :
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ( 595 هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 6، 1402 هـ 1982 م، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- الربيع وليد خالد: الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي، ط 1، 1427 هـ 2007 م، دار النفائس، الأردن.

الأشقر محمد سليمان ، محمد عثمان شبير ، ماجد أبو رحية، سليمان الأشقر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ، ط (1) 1418 هـ 1998 م، دار النفائس، عمان، الأردن،

البديوي إبراهيم عبد الله السبعي: المنع من السفر كعقوبة تعزيرية في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي في العصر الحديث، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد (71)، السنة (22) (ديسمبر 2007).

#### كتب الأصول والقواعد والسياسة الشرعية

ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي (456هـ) الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، قدم له: الأستاذ الدكتور إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني أبو العباس (728 هـ) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، دار المعرفة، بيروت، دط، دت.

ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (751 هـ) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة.

الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (794 هـ) المنثور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، ط 2 ، 1405 هـ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت.

ابن فرحون، إبراهيم بن نور الدين القاضي المالكي (799 هـ) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط 1، 1406 هـ 1986 م، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.

أمير باد شاه، محمد أمين (972 هـ) تيسير التحرير على كتاب التحرير، دار الفكر، بيروت، دط، دت.  
كتب التراجم :

ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي أبو عبد الله (230 هـ) الطبقات الكبرى، دار صادر، بيروت، دت، دط.  
ابن حبان، محمد بن حبان التميمي، أبو حاتم، الدارمي، (ت: 354 هـ) مشاهير علماء الأمصار و أعلام فقهاء الأقطار، تحقيق: مرزوق علي إبراهيم، ط 1، 1411 هـ 1991 م، دار الوفاء، المنصورة.

البغدادي، أحمد بن علي بن ثابت، أبو بكر الخطيب (463 هـ) تاريخ بغداد، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.  
الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (476 هـ) طبقات الفقهاء، تحقيق: إحسان عباس، ط 1، 1970 م، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان.

السمعاني، أبي سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي (562 هـ) الأنساب، ط 1 1408 هـ 1988 م، دار الجنان، بيروت، لبنان.

الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان (748 هـ)

العبر في خبر من غير، ط 1، 1405 هـ 1985 م، تحقيق: أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت

سير أعلام النبلاء، ط 9، 1413 هـ 1993 م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

الصفدي، صلاح الدين الصفدي خليل بن أيك (764 هـ) الوافي بالوفيات، تحقيق: أحمد الأرنؤوط، تركي مصطفى، ط 1، 1420 هـ 2000 م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

## " المعالجة التشريعية لظاهرة الهجرة غير الشرعية في الجزائر " :



محمد زغو أستاذ مساعد قسم أ- كلية الحقوق

والعلوم السياسية جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف

Email : elfeth\_1983@yahoo.fr

مقدمة :

" لو كنت مواطنا من دول الجنوب لغامرت أكثر من مرة حتى الوصول إلى أوروبا" هذا ما عبر عنه رئيس وزراء إسبانيا سابقا " فيليبي غونزاليس " بمقولته الشهيرة . " الحرقّة" في اللغة العامية يطلق على مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير مشروعة و"الحرقّة" بالنسبة للمهاجرين غير الشرعيين المغادرين للوطن، وهي كلمة مشتقة من الحرق، تعني أولئك الذين يهاجرون إلى الدول الأجنبية (الأوروبية والأمريكية خاصة) دون احترام القوانين والإجراءات المتعلقة بالهجرة، أي دون حمل جواز سفر ودون الحصول على التأشيرة وغيرها من الإجراءات اللازمة للسفر إلى تلك الدول؛ وقد تم توظيف مفهوم الحرقّة في مجالات أخرى تدل بشكل عام على عدم احترام القانون، فمثلا حرق إشارة المرور أي لم يحترم الضوء الأحمر فتجاوز بسرعة دون توقف، وحرق التأشيرة أي لم يحترم مدتها فتجاوزها، وحرق الطابور أي لم يحترم الدور وتخطى من قبله.

كما أن الحراسة عادة ما يقومون بحرق كل الأوراق التي تثبت هويتهم أو يتركوها وراءهم حيث لا أمل للرجوع إلى الوراء، وهذا معطى آخر يزكي الأصل الاشتقاقي لمفهوم الحرق<sup>1</sup>، وقيل أن سبب التسمية يعود إلى أن الحراق عندما يقرر السفر إنما يحرق وثائقه التي تربطه ببلده الأصلي، بل يحرق ماضيه كله رغبة في واقع جديد.

وقد مرت ظاهرة الهجرة غير المشروعة بالجزائر تقريبا بنفس المراحل، فظهرت في أواخر ثمانينات القرن الماضي، وذلك بتسرب بعض المهاجرين داخل السفن التجارية الراسية بالموانئ، للسفر خفية على متنها، فتصدى المشرع لذلك بتجريم الفعل بموجب القانون 05/98 المع دل والمتمم للتقنين البحري؛ فيما اتجه البعض الآخر من المهاجرين إلى سلوك الطرق البرية باتجاه الأراضي المغربية، ومن هناك وبتدبير من شبكات مختصة في تهريب المهاجرين مقابل مبالغ مالية معتبرة إلى السواحل الإسبانية التي لا تبعد سوى بحوالي 14 كلم عن السواحل المغربية، أو شرقا عبر السواحل التونسية نحو إيطاليا.

إلا أنه وبعد تشديد الرقابة على معبر جبل طارق وغلق الحدود مع المغرب، أخذت الظاهرة منحى آخر، وذلك بتنظيم رحلات بحرية بواسطة قوارب الصيد انطلاقا من السواحل الجزائرية نحو السواحل الأوروبية، حيث وجدت شبكات التهريب مجالا خصبا لممارسة نشاطها بالجزائر، وذلك في ظل تنامي الرغبة في الهجرة بين أوساط جل فئات المجتمع الجزائري وحتى الأجانب من الأفارقة الذين اتخذوا الجزائر كبلد عبور، أضف إلى ذلك غياب تشريع جزائي يتصدى لمثل هذه النشاطات التي أخذت أبعادا جد خطيرة على جميع الأصعدة . / ، واستمر الحال إلى غاية صدور القانون 01/09 المعدل والمتمم لتقنين العقوبات ، الذي استحدث نصوصا عقابية في مواجهة ظاهرة مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير مشروعة وأخرى لمواجهة تهريب المهاجرين، وذلك انسجاما مع الالتزامات الدولية في مكافحة ظاهرة الهجرة غير المشروعة.

انطلاقا مما سبق فإن هذه الدراسة ستنحصر في بحث ظاهرة مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير مشروعة، وذلك بتحليل وتشخيص الظاهرة على ضوء أصول علم الإجرام، والوقوف على الآلية التشريعية الجزائية المعتمدة في

<sup>1</sup> - أنظر، محمد عليوش، الحريك أو الهجرة السرية إلى الدول الأوروبية كظاهرة سوسولوجية - قبيلة النقوب نموذجاً، الأيام الثقافية من تنظيم الجماعة القروية للنقوب، المغرب، 23 و 24 و 25 جانفي 2005 ، مداخلة منشورة بالموقع:

مواجهتها استنادا إلى بعض مبادئ السياسة الجنائية الحديثة؛ فهذا ستنصب الدراسة على الإحاطة بمختلف جوانب الظاهرة باعتبارها ظاهرة إجرامية بالدرجة الأولى مع ربطها أساسا بالواقعين المادي والتشريعي للجزائر.

ولما كانت فكرة مغادرة الوطن والبحث عن بدائل أخرى خارجه تسيطر على عقول كثير من مختلف فئات الشعب الجزائري، هل فعلا يمكن اعتبار ظاهرة مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير مشروعة جرما يستوجب الجزاء؟ وعلى أي أساس يبنى ذلك؟

**المبحث الأول : أسس تجريم ظاهرة مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير مشروعة :**

سنتطرق في هذا المبحث الى صعوبة تحديد مفهوم عام للجريمة كمطلب اول أما المطلب الثاني نخصه للمعيار المتجدد للجريمة .

**المطلب الأول : صعوبة تحديد مفهوم عام للجريمة :**

فدراسة الجريمة أو تحديد مفهوم دقيق لها من الصعوبة بمكان، من حيث كونها متحركة وغير مستقرة، نظرا لنسبية وعدم ثبات المعايير التشريعية والقضائية والعرفية المؤثرة في هذا التعريف ؛ وإن كان هذا لا ينفي وجود بعض المعايير المستقرة والتي لا تتعلق بمفهوم الجريمة ذاتها وإنما بنتائجها، وتتلخص هذه المعايير فيما يلي:

**أولا : المعيار الثابت للجريمة :** ويشمل معيار الرفض الاجتماعي، ومعيار رد الفعل الاجتماعي.

**1- معيار الرفض أو عدم القبول الاجتماعي :** فمهما كانت الجريمة متغيرة ومتحركة وفقا للظروف والحضارات والتشريعات؛ فإن القاسم المشترك بين هذه الجرائم هو كونها مرفوضة وغير مقبولة اجتماعيا، في مكان معين أو زمان معين؛ حيث إن وظيفة الجريمة إن صح التعبير هي خلق اضطراب اجتماعي ينتج عنه رد فعل اجتماعي، وهو ما يسمى بالعقوبة؛ ورد الفعل الاجتماعي هذا هو رد فعل عفوي من قبل الجماعة ضد التصرفات والأفعال التي تشكل خطرا عليها أو تلحق ضررا بها هذا الاضطراب أكثر ما يمس القيم الاجتماعية المتعارف عليها، والمحترمة من قبل الأغلبية، أو المفروضة بالقوة على العصاة والمتمردين، والتي تشكل قيما أساسية للمجتمع<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر، محمد الرازقي، علم الإجرام والسياسة الجنائية، ط 3، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت - لبنان، 2004، ص 24.

2- معيار رد الفعل الاجتماعي: فالجريمة تثير شعورا جماعيا عاطفيا عفويا، وهذا الشعور يكون في الغالب حساسا للغاية، إذ يتولد نتيجة للضرر الذي يمس الضمير الجماعي، وحين يصل إلى هذه المرحلة يفجر شحنة عاطفية، كافية لإثارة رد الفعل الاجتماعي؛ هذه المرحلة وهذه العتبة ترتفع أو تنخفض ، "le seuil criminel" هي ما يسمى بالعتبة الإجرام حسب قوة أو ضعف الضمانات التي تمثلها المؤسسات القضائية المدنية من اجل حماية القيم . العامة الأساسية .

### المطلب الثاني : المعيار المتجدد للجريمة :

ويضم المعيار الشعبي، والمعيار التشريعي.

المعيار الشعبي: إذ توجد على هامش القوانين فكرة شعبية عن الجريمة، وفي بعض الأحيان تتفق هذه الفكرة مع التصور القانوني، وتارة تخالفها؛ فالجريمة وفقا للتصوير الشعبي شرا والمجرم شرير فقد يرى رجل الشارع ضرورة معاقبة بعض الأنماط من السلوك والتصرفات التي يراها مزعجة وجارحة لشعوره، في حين تتغير نظرتة لبعض الجرائم ويعتبرها سلوكا عاديا لا يحتل وصف التجريم. وفي حقيقة الأمر لا ينبغي ترك الضمير العام المتغير والمتجدد يتحكم في تحديد التصرفات المجرمة، باعتبارها مخالفة للنظام العام؛ فمجرد اعتبار المجتمع أو أغلبيته السلوك المنحرف سلوكا عاديا، لا يبرر إباحتة وإسقاط صفة التجريم عنه .على غرار ما فعله بعض المشرعين بإباحة قتل المريض الميؤوس من شفائه أو ما يصطلح عليه بالقتل الرحيم كالمشرع ، الهولندي والألماني وغيرهما 18 ، وإلغاء جريمة الزنا، بإيطاليا سنة 1968 ، وألمانيا سنة 1969 وفرنسا سنة 1975 ؛ بحجة أن الظاهرة أصبحت عادية في المجتمع، وكذا قانون مساواة الأطفال غير الشرعيين والأطفال الشرعيين في الحقوق، بالنظر إلى أن نسبة الأطفال غير الشرعيين فاقت 50 بالمائة من عدد المواليد بفرنسا وهذا المعيار استند إليه البعض في المطالبة بتقنين بيوت الدعارة بالجزائر، بحجة أن الظاهرة استفحلت بالمجتمع، وأصبحت أمرا عاديا تمارسه فئات كبيرة من المجتمع؛ وهذا بدل النظر في الدوافع، ومعالجة عوامل انتشار الظاهرة، لإيجاد سياسة جنائية كفيلة بصددها، قائمة على الوقاية والردع والإصلاح.

والأخذ بهذا المعيار يؤدي أيضا إلى عدم تجريم ظاهرة مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير مشروعة، إذا ما استند إلى بعض الإحصاءات ، التي دلت على أن أكثر من 50 ، بالمائة من الشباب الجزائري يحمل مشروع الهجرة غير المشروعة



وإن لم يجسده فعلا وقدرها البعض ب 80 بالمائة من الشباب الجزائري عبر ولايات الوطن .وعلى اعتبار صحة هذه النسب، هل يمكن لها أن تؤثر في موقف المشرع الجزائري من تجريم الظاهرة؟ وبالتالي تجعل من الفعل أمرا مباحا؟<sup>1</sup>

### المبحث الثاني : الآلية التشريعية لمواجهة الجريمة :

سنبين من خلال هذا المبحث آراء الاتجاه الرافض لتجريم الظاهرة في المطلب الأول ، أما المطلب الثاني فستكلم فيه عن أسس المشرع الجزائري في تجريم ظاهرة مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير شرعية.

### المطلب الأول : الاتجاه الرافض لتجريم الظاهرة :

إن الدارس لعلم الإجرام يجب عليه تحري الحقيقة العلمية، وتصحيح مجال العقاب، كلما كان ذلك لازما، أو على الأقل إيراد ملاحظاته العلمية الإجرامية؛ فهو لا بد أن يتساءل . عن الأسس التي يبنى عليها المشرع الجزائري تجريمه للأفعال انطلاقا من إشكال، المهاجرون غير الشرعيين مجرمون أم مظلومون؟ تباينت الآراء حول مسألة تجريم مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير مشروعة؛ فتعالت عدة أصوات من المجتمع المدني تطالب بعدم التجريم مستندة على عدة أسس من بينها :

1- اعتبار المهاجرين غير الشرعيين ضحايا لبلدهم وبلدان الاستقبال، وللاقتصاد العالمي المتوحش، الذي فرضته العولمة مزدوجة المعايير؛

2- الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي يعاني منها المهاجرون غير الشرعيين، والتي خلقت الشعور بالإحباط لديهم، ودفعتهم إلى مغادرة الوطن بكل الطرق حتى غير المشروعة منها .

3- عجز أجهزة الدولة عن إيجاد حلول لمشاكل المهاجرين غير الشرعيين، وتلبية طموحهم، وأن الحل الأمني لا يزيد إلا من تعقيد المشكل؛ أن مغادرة الإقليم الوطني لا يشكل خطورة على مصالح الدولة، ولا يضر بمصالح أفراد المجتمع؛ فههدف المهاجرين غير الشرعيين طلب الرزق والبحث عن حياة أفضل تحقق لهم الكرامة.

<sup>1</sup> - /أنظر، الوافي العربي، الكرامة وليس الجوع تدفع جزائريين للهجرة غير الشرعية، مقال منشور بالموقع <http://www.alraynews.com/News.aspx?id=167165>

في مقابل هذه النداءات ظهر اتجاه مخالف، جرّم هذه الظاهرة؛ وإن اختلفت أسس تجريمهم، كل حسب مجاله ورؤيته؛ فكما هو معلوم أن التجريم في المجتمع ظاهرة عامة وإن لم تكن موحدة السمات، فصورها بين الإثم أو المعصية أو الخطيئة إن كان مصدر التحريم الدين، وبين الشر والخطأ إن كان مصدره الأخلاق، فإن كان مصدر التحريم هو القانون أطلق على ما يتناوله اسم الجريمة، واصطلح على تسمية التحريم القانوني بالتجريم<sup>1</sup>

تم إعداد مشروع تعديل تقنين العقوبات، المتضمن تجريم مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير مشروعة من قبل وزارة العدل؛ وأودع لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني بتاريخ 13 سبتمبر 2008، ليحال في نفس اليوم على لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات.

وبتاريخ 28 ديسمبر من نفس السنة تم تقديم عرض ممثل الحكومة أمام اللجنة، لتتعدّد جلسة علنية بتاريخ 12 جانفي 2009 للمجلس الشعبي الوطني، في الدورة العادية الثالثة من الفترة التشريعية السادسة، بعدها قدم المشروع للتصويت بالبرلمان بتاريخ 21 جانفي 2009 في جلسة علنية.

، ودارت أثناء الجلسة مناقشات حول إلغاء الفقرة الثانية من المادة 175 مكررا 1 والمتعلقة بتجريم المهاجرين بصفة غير شرعية عبر منافذ أو مراكز غير مراكز الحدود أي الحراسة على اعتبار أنهم ضحايا؛ بالنظر إلى العوامل التي تدفعهم إلى هذا التصرف من:

البطالة، وغياب أفق مستقبلية، وحالة اليأس، والجهل بتاريخ المستعمر الذي تشد إليه الرحال...، كما ورد في تدخلات النواب المعارضين للتجريم حيث سجلت ثلاث مداخلات تقدا كل من: النائبة نادية شويتم، والنائب الطاهر عبدي نيابة عن عبد العزيز بلقايد، والنائب .عبد القادر بلقاسم قوادري؛ معتبرين أن الحل الأمني وتسليط العقوبات لا يزيد إلا من تفاقم المشكل، لذا وجب تركه ومعالجة الظاهرة في أبعادها الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية بمشاركة مؤسسات الدولة.

<sup>1</sup> - رشيد بن فريجة، جريمة مغادرة الإقليم بصفة غير شرعية، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، ص 26.

## المطلب الثاني : أسس المشرع الجزائري في تجريم ظاهرة مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير شرعية :

وبعد مناقشات عميقة وواسعة بين أعضاء اللجنة، ومدوبي أصحاب التعديلات، توصلت اللجنة إلى عدم تبني هذه الاقتراحات، وأصررت على التجريم، استنادا إلى مجموعة من الأسباب؛ زاد في توضيحها تدخل وزير العدل حافظ الأختام . 44 والتي يمكن اعتبارها أسسا لتجريم الظاهرة، وهي كالاتي<sup>1</sup>:

1 - أن الفقرة المقترحة حذفها تتضمن حكما مخالفا للفقرة الأولى، التي تعاقب من يغادر الإقليم الوطني بطريقة غير مشروعة عبر مراكز الحدود، أما الفقرة الثانية فتعاقب كل من يغادر أو يخرج من الإقليم الوطني بطريقة غير مشروعة عبر منافذ غير المراكز المخصصة للعبور، كما هو الشأن بالنسبة إلى فعل الدخول إلى الإقليم الوطني بطرق غير قانونية؛ وعليه فإن حذف هذه الفقرة سوف يؤدي إلى إحداث فراغ قانوني؛

ولذا كان حسب ما جاء به وزير العدل " من الضروري تحقيق انسجام القوانين، فكيف نجزم من يدخل إلى التراب الوطني، ولا نعاقب من يخرج من التراب الوطني، بدون وثائق، وعبر منافذ غير مراكز العبور المخصصة؛"

2- إن هذه الفقرة تعتبر قاعدة عامة ومجردة، ولا تخص فئة معينة؛ بل تشمل كافة الأشخاص دون استثناء. فهي حسب الوزير لا تعني شخصا معيناً بذاته أو أشخاصا معينين بذواتهم، فلا تعني الشباب بمختلف فئاتهم ولا الشيوخ ولا الرجال ولا النساء. وهذا في الحقيقة مستقر في القواعد العامة للقانون، والمتعلقة بخصائص القاعدة القانونية؛

3- إن تجريم هذا الفعل لا يدخل في إطار البروتوكول المتعلق بمكافحة تهريب المهاجرين عبر البر والبحر والجو، الذي يجرم الأفعال التي تقوم الشبكات المتخصصة في؛ تهريب المهاجرين 46، الذين يعتبرون في هذه الحالة ضحايا ومغففين من المسؤولية<sup>47</sup>

4- إن مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير مشروعة ظاهرة دخيلة وخطيرة، تقتضي تجريمها بأحكام مستقلة. وهنا أوضح الوزير أن كل الدول دون استثناء توجد في قوانينها مادة تنص على معاقبة الذين يغادرون التراب الوطني من منافذ أخرى غير المعابر والمراكز المخصصة لذلك؛

1- رشيد بن فريجة، المرجع السابق، ص 31

- 5- إن القانون يكفل للمتهم الاستفادة من ظروف التخفيف، وللقاضي السلطة التقديرية الكاملة في تقدير ذلك؛
- 6- إن إقرار هذه العقوبة يحمي حدودنا من أنشطة الشبكات الإجرامية.

من خلال عرض هذه الأسباب يتضح الأساس الذي اعتمده المشرع في تجريم ظاهرة مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير مشروعة، وهو سد الفراغ القانوني وتحقيق التناغم بين النصوص الجزائية، وذلك بحماية القوانين والأنظمة المدنية المتعلقة بمغادرة الإقليم الوطني، موازاة بحماية القوانين والأنظمة المتعلقة بدخول الأجانب إلى الإقليم الوطني وإقامتهم به، المؤرخ في 21 جمادى الثاني 1429 الموافق ل 25 جوان 2008 ، والمتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها. /والتي جرم المشرع الجزائري خرقها بموجب المادة 44 من القانون رقم 11/08.

وعليه فالمشرع لم يأخذ بتأسيس فقهاء الشريعة الإسلامية في تحريمهم للظاهرة، ولعل ذلك يرجع إلى أن المشرع الجزائري لا يحمي القيم التي بنو عليها التحريم؛ فبالنسبة للإلقاء بالنفس إلى التهلكة أو الانتحار، المشرع لا يعاقب من حاول الانتحار ولو أنه عاقب من يساعده بموجب المادة 273 من ق.ع، أما بخصوص تحريم الهجرة إلى بلاد الكفر والإقامة بها، والعمل عند الكافر، فهي قيم لا يهتم بها القانون الوضعي أصلا.

وبالتالي فالمشرع لم يراع عند تجريمه للفعل القيم الاجتماعية؛ بل راع حماية مصالح معينة تتعلق بحفظ النظام العام للمجتمع ، ولعله اعتمد في ذلك على معيار العتبة الإجرامية، بعد الخرق السافر الذي طال قواعد مغادرة التراب الوطني<sup>1</sup>؛

وفي الأخير تم إقرار المادة بصيغتها التالية :

المادة 175 مكرر 01 من قانون العقوبات المكونة من فقرتين على ما يلي :

<sup>1</sup>- رشيد بن فريجة ، المرجع السابق ، ص 32-33

" دون الإخلال بالأحكام التشريعية الأخرى السارية المفعول يعاقب بالحبس من شهرين 02 إلى ستة 06 أشهر وبغرامة من 20.000 دج إلى 60.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل جزائري أو أجنبي مقيم يغادر الإقليم الوطني بصفة غير شرعية أثناء اجتيازه أحد مراكز الحدود البرية أو البحرية أو الجوية، وذلك بانتحاله هوية أو باستعماله وثائق مزورة أو أي وسيلة احتيالية أخرى للتملص من تقديم الوثائق الرسمية اللازمة أو من القيام بالإجراءات التي توجبها القوانين والأنظمة السارية المفعول. وتطبق نفس العقوبة على كل شخص يغادر الإقليم الوطني عبر منافذ أو أماكن غير مراكز الحدود."

ونذكر في الأخير أن القاضي الجزائري في السابق كان يجرم الفعل استنادا للقانون البحري الجزائري انطلاقا من المادة 545 من نفس القانون التي تنص على أنه يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 05 سنوات وبغرامة مالية من 10.000 دج إلى 50.000 دج كل شخص يتسرب خلصة إلى سفينة بنية القيام برحلة."

خاتمة :

إن كانت العقوبات الواردة بالمادة 175 مكرر 1 تبدو غير قاسية نسبيا مقارنة بالمادة 545 من القانون البحري ، إلا أنها غير متناسبة مع طبيعة الجريمة، ولا مع ظروف الجاني، فهذا الأخير ليس مجرما حقيقيا ومن الخطأ الزجج به بالحبس بين المجرمين، كما أن الغرامة هي الأخرى غير واقعية ولا تراعي الظروف الاقتصادية لأغلب المهاجرين غير الشرعيين؛ لذا يقترح على القضاء السعي إلى استبدال العقوبة بالعمل للنفع العام، على أن يكون في مشاريع تنمية ذات مردود يعود على البلد والأفراد.

إن مغادرة الإقليم الوطني بصفة غير مشروعة غالبا ما تتم بتدبير شبكات التهريب، إلا أن أفرادها يفلتون من قبضة العدالة، ويتابع المهاجرون المهربون رغم أن البروتوكول اعتبرهم ضحايا لا يمكن متابعتهم، ورغم أن عرض أسباب ومناقشات تعديل تقنين العقوبات أكدت عدم مسؤوليتهم في هذه الحالة، لكن نص المادة 175 مكرر 1 جاء خاليا من الإشارة إلى ذلك، لذا يقترح إضافة فقرة ثالثة تنص على " لا تطبق أحكام الفقرتين السابقتين على من يثبت وقوعه ضحية لعملية تهريب، الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمواد 303 مكرر 30 إلى 303 مكرر 40 ، وذلك تحقيقا للانسجام بين البروتوكول وأحكام التشريع الداخلي. ويبدو أن الأحكام المتعلقة بالهجرة غير المشروعة في

مجلة الفقه والقانون العدد الثاني دجنبر 2012.....  
محملها غير متناغمة، ولا تستند إلى معيار ثابت في التجريم والعقاب، لذا فإن الضرورة ملحة لإعادة النظر فيها،  
استرشادا بآراء أصحاب الاختصاص من أساتذة ورجال قانون.

مجلة الفقه والقانون العدد 2 دجنبر 2012

## حقوق المرأة في القوانين الجزائرية



قارة وليد : ماجستير في القانون الدولي العام

جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر الشقيقة

لقد أقرت العديد من المواثيق الدولية حقوق المرأة مثلها مثل الرجل و ذلك تماشيا مع فكرة تساوي جميع البشر باختلاف جنسهم أو أجناسهم في جميع الحقوق ، حيث أخذت بهذه الحقوق التي تحميها آليات قانونية دولية مختلف الدول مهما اختلفت ايدولوجياتها ، إن لم نقل مع القليل من التحفظات التي تبرزها مبادئ كل دولة . و من بين هذه الدولة التي كرست حماية قانونية لحقوق المرأة و كفلت مبدأ المساواة بينها و بين الرجل ، نجد أن الجزائر قد سنت عدة قوانين تنطوي على مبدأ منع التمييز ضد المرأة وهذا استنادا و تفعيلا للاتفاقيات التي صادقت عليها كاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي بدء تاريخ نفاذها سنة 1981 .

بالإضافة إلى كون الجزائر عضو في الأمم المتحدة و بالتالي قد احترمت مبدأ المساواة الذي أعلنه كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و كذا العهدين الدوليين الخاصين بالحقوق السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية . الى جانب المواد القانونية التي تساند المرأة الجزائرية في مختلف الأحوال . نجد كذلك بعض النصوص التشريعية التي تمكن المرأة من بعض الاستثناءات الخاصة بها مما يجعلها في موقع أعلى من الرجل في بعض الأحيان . وذلك راجع للظروف الإنسانية التي يجب مراعاتها.

و لذلك سنتطرق في بحثنا لمركز المرأة في بعض التشريعات القانونية الوطنية ، و تبيان أهم الإجراءات و الأحكام التي تتضمنها و المتعلقة بحماية المرأة و المساهمة في تكريس حقها المتمثل في المساواة مع الرجل .

### أولا - المرأة و قانون تنظيم السجون في الجزائر.

يتضمن هذا القانون 2 عدة أحكام تأخذ بعين الاعتبار وضعية المرأة المحكوم عليها نهائيا، لعل من أهمها:

- 1) التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام السالبة للحرية في حالة ما إذا كانت امرأة حاملا أو كانت أما لولد يقل سنه عن أربعة وعشرين (24) شهرا ( المادة 16 البند 7) ،
- 2) تأجيل تنفيذ العقوبة في حالة الحمل إلى ما بعد وضع الحمل بشهرين إذا كان المولود ميتا وإلى أربعة وعشرين ( 24) شهرا حال وضعها له حيا (المادة 17 البند 1) ،
- 3) إنشاء مراكز متخصصة للنساء بغرض استقبال النساء المحبوسات مؤقتا وكذا المحكوم عليهن نهائيا بعقوبة سالبة للحرية مهما تكن مدتها والمحبوسات لإكراه بدني (المادة 28 الفقرة 1/2) ،
- 4) تخصيص أجنحة منفصلة عند اللزوم بمؤسسات الوقاية ومؤسسات إعادة التربية لاستقبال الأحداث والنساء المحكوم عليهن نهائيا بعقوبة سالبة للحرية مهما تكن مدتها (المادة 29) ،
- 5) استفادة المحبوسة الحامل من ظروف احتباس ملائمة لاسيما من حيث التغذية المتوازنة والرعاية الطبية المستمرة والحق في الزيارة والحادثة مع زائريها من دون فاصل (المادة 50) ،
- 6) سهر إدارة المؤسسة العقابية بالتنسيق مع المصالح المختصة بالشؤون الاجتماعية، حال وضع المحبوسة حملها، على إيجاد جهة تتكفل بالمولود وتربيته وفي حالة تعذر ذلك يمكن للأم المحبوسة أن تبقي مولودها معها إلى حين بلوغه ثلاث (03) سنوات ( المادة 51) ،
- 7) عدم التأشير في سجل الولادات بالحالة المدنية ولا في شهادة ميلاد الطفل بالمؤسسة العقابية بأية بيانات تفيد بذلك أو تظهر احتباس الأم ( المادة 52) ،



8) عدم تنفيذ عقوبة الإعدام على الحامل أو المرضعة لطفل دون أربعة وعشرين (24) شهرا (المادة 155 الفقرة 2).

## ثانيا - المرأة و نظام الضمان الاجتماعي

يعد نظام الضمان الاجتماعي نظاما هائيا للمرأة عاملة كانت أو من ذوي حقوق العامل حيث لا تتضمن أحكامه، أي تمييز مرتبط بالجنس، فزيادة على الحقوق الأساسية مثل التأمين على المرض وحوادث العمل هناك حقوق خاصة بالمرأة لاسيما في إطار حماية الأمومة وكذا التقاعد وهذا على النحو التالي :

### 1 - تأمينات عطلة الأمومة:

- القانون رقم 83-11 المؤرخ في 02 جويلية المعدل والمتمم المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، يضمن استفادة المرأة العاملة من عطلة أمومة لمدة أربعة عشر (14) أسبوعا مدفوعة الأجر بنسبة 100% من الأجر اليومي بعد اقتطاع اشتراك الضمان الاجتماعي والضرية (المادة 28) كما تستفيد أيضا من أداءات عينية (المادة 23) للتكفل بالمصاريف المترتبة عن الحمل والوضع (المصاريف الطبية والصيدلانية وكذا المصاريف الاستشفائية المتعلقة بالولادة).

وتستفيد النساء غير العاملات زوجات العاملين المؤمنین اجتماعيا من أداءات عينية برسم التأمين على الأمومة.

### 2 - التقاعد :

- يكرس القانون (83-12) 3 في المادتين 06 و 06 مكرر الحق في الاستفادة من التقاعد على أن تتوفر الشروط التالية:

أ) بلوغ المرأة سن الخامسة والخمسين (55) مع قضاء خمسة عشر سنة (15) على الأقل في العمل،

ب) دون أي شرط للسن إذا كان العامل (ة) الأجير قد أتم (ت) مدة عمل فعلي نتج عنها دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي تعادل اثنتين وثلاثين (32) سنة.

ج) يمكن العاملة ا ابتداء من سن الخامسة والأربعين أن تطلب الاستفادة من تقاعد نسبي إذا جمعت مدة عمل فعلي تساوي خمسة عشر (15) سنة على الأقل نتج عنها دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي،

د) تستفيد المرأة العاملة في إطار تقليص عدد العمال من تقاعد مسبق إذا استوفت الشروط التالية :

\* أن يرد اسمها في قائمة العمال الذين يكونون موضوع تقليص لعددهم أو في قائمة الأجراء لدى مستخدم في وضعية توقف عن العمل،

\* أن تبلغ الخامسة والأربعين سنة (45) على الأقل

\* أن تجمع عددا من سنوات العمل أو المماثلة لها القابلة للاعتماد في التقاعد يساوي عشرين (20) سنة على الأقل، وأن تكون قد دفعت اشتراكات الضمان الاجتماعي مدة 10 سنوات على الأقل بصفة كاملة منها ثلاث سنوات سابقة لنهاية علاقة العمل التي تثبت الحق في التقاعد المسبق وتحوله،

\* أن لا تكون مستفيدة من دخل ناتج عن نشاط مهني آخر ( المادة 07 من المرسوم التشريعي رقم 94 - 10 المؤرخ في 26 ماي 1994).

### 3 - أحكام خاصة:

- تطبق على المجاهدات وأرامل الشهداء أحكام خاصة تتعلق بالتقاعد حيث تستفدن من تخفيض في سنوات الخدمة مع الاستفادة من معاش كلي يساوي 100% من الأجر الشهري وهذا طبقا للقانون رقم 83-12 المذكور أعلاه (المواد من 20 إلى 29) والقانون 91-01 المؤرخ في 08 جانفي 1991 المتعلق بتقاعد أرامل الشهداء. أما بنات الشهيد المتزوجات غير العاملات والمطلقات والأرامل والعازبات فتستفدن طبقا لقانون 1999، 4 . من منحة شهرية. وتخفض السنوات المطلوبة لنشأة الحق في التقاعد بعدد سنوات المشاركة الفعلية للشهيد في حرب التحرير بالنسبة لأبناء الشهداء العاملين.

ثالثا - المرأة وقانون العمل في الجزائر

يمنع تشريع العمل طبقا لأحكام الدستور، أي شكل من أشكال التمييز فالقانون رقم 66-133 المؤرخ في 02 يونيو 1966 المتعلق بالوظائف العمومي في مادته 05 يمنع أي تمييز بين الجنسين في العمل، أما القانون 90-11، 5 فيضمن الحق في العمل للجميع والمساواة بين الجنسين في التشغيل وعلى استفادتهم من نفس الحقوق الأساسية وهذا على النحو التالي :

1) الحق في العمل : يتمتع كافة المواطنين بالحق في العمل دون تمييز للالتحاق بالشغل 6، وتعد باطلة وعديمة الأثر كل الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية أو عقود العمل التي من شأنها أن تؤدي إلى تمييز بين العمال في مجال الشغل على أساس الجنس أو الوضعية الاجتماعية... (المادة 17 من القانون 90-11) ويتعرض الموقعون على اتفاقية جماعية أو اتفاق جماعي للعمل يتضمن أحكاما تمييزية اتجاه النساء العاملات، إلى عقوبات تصل إلى الحبس (المادة 142).

2) المساواة في الأجور: يجب على كل مستخدم ضمان المساواة في الأجور بين العمال لكل عمل مساوي القيمة بدون تمييز (المادة 84)،

3) الترقية والتكوين: تستفيد المرأة العاملة في إطار علاقة العمل من الحماية من أي تمييز لشغل منصب عمل غير المنصب القائم على الأهلية والاستحقاق وتستفيد من حق التكوين والترقية (المادة 6/الفقرتان 3 و4)،

4) احترام السلامة البدنية والمعنوية للمرأة العاملة وكرامتها: شأنها في ذلك شأن العاملين الذكور. حسب ما جاءت به (المادة 06) .

5) العمل الليلي: يمنع تشغيل المرأة في الأعمال الليلية (المادة 29 من القانون 90-11 والمادة 15 من القانون 81-

6) حماية صحة المرأة في العمل. يمنع توظيف المرأة العاملة في أعمال خطيرة أو غير نظيفة أو مضرّة بالصحة حيث يجب على المستخدم التأكد من أن الأعمال الموكلة للنساء لا تقتضي مجهودا يفوق طاقتهن (المادة 11 من القانون رقم 88-07 المؤرخ في 26 جانفي 1988)، ويعاقب المخالف لهذه الأحكام بعقوبات تصل إلى الحبس (المادة 38 من القانون رقم 88-07) كما يجب أن تزود العاملات بمرافق صحية منفردة،

7) الاستفادة من عطلة الأمومة: خلال فترات ما قبل الولادة وما بعدها (المادة 55 من القانون 90-11)، وتعلق علاقة العمل في هذه الفترة (المادة 64/الفقرة 2) ويعاد إدراج المرأة العاملة قانونا بعد انقضاء فترة تعليق علاقة العمل في منصب عملها أو في منصب عمل ذي أجر مماثل قانونا (المادة 65)،

8) الاستفادة من العمل الجزئي : (المادة 12 من القانون 90-11) وطبقا للمرسوم التنفيذي رقم 97-473 المؤرخ في 08 ديسمبر 1997 المتعلق بالعمل بالتوقيت الجزئي،

9) الاستفادة من نظام العمل بالمنزل : طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 97-474 المؤرخ في 08 ديسمبر 1997 اُخذ للنظام الخاص بعلاقات العمل المرتبطة بالعمل في المنزل.

10) الاستفادة من حق الإحالة على الاستيداع خاصة لتمكينها من رعاية طفل عمره أقل من خمس سنوات أو مصاب بعاهة أو مرض يتطلب علاجاً مستمراً أو مرافقة زوجها في حالة تغيير المسكن (المادة 49 من قانون التوظيف العمومي)،

11) ممارسة الحق النقابي وتمثيل المستخدمين: يمنع على المنظمات النقابية إدخال أي تمييز على قوانينها الأساسية أو ممارسة تمييز بين أعضائها من شأنه المساس بحريتهم الأساسية (المادة 22 من القانون 90-14 المؤرخ في 02 جوان 1990 المعدل والمتمم المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي).

## رابعا - المرأة و القانون المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها

يتضمن القانون رقم 85-25 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المعدل والمتمم المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها فضلا بكامله يتعلق بحماية الأمومة و الطفولة (المواد من 67 إلى 75) ويتضمن على وجه الخصوص:

1) استفادة الأسرة من الحماية الصحية قصد المحافظة على سلامة صحة أفرادها وتوازنهم النفسي، العاطفي و ترقية ذلك (المادة 67)،

2) حماية صحة الأم بتوفير أحسن الظروف الطبية والاجتماعية لها قبل الحمل وخلالها وبعده (المادة 68 الفقرة الأولى)،

3) الكشف عن الأمراض التي يمكن أن يصاب بها الرحم و ضمان صحة الجنين ونموه حتى الولادة. حسب (المادة 69)،

4) المحافظة على حياة الأم و الطفل وصحتهما من خلال برنامج وطني يهدف إلى ضمان توازن عائلي منسجم (المادة 70)،

5) جواز الإجهاض لغرض علاجي لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفسيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ على أن يتم هذا الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص يجريه جمعية طبييب اختصاصي (المادة 72).

## خامسا - المرأة و قانون العقوبات في الجزائر

أدخلت سنتي 2005-2006 على القانون رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل والمتمم والمتعلق بقانون العقوبات، تعديلات جديدة تتضمن:

1- تجريم التحرش الجنسي وإعطاء الضحية الوسيلة القانونية التي تمكنها من المطالبة بحقوقها ومتابعة المسؤول عن

هذه الممارسات (المادة 341 مكرر) 8

2 - تشديد العقوبة في حالة:

\*- تخلي الزوج لمدة تتعدى الشهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لسبب غير جدي (المادة 330 الفقرة 2)

\*- الامتناع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءً لإعالة أسرته ،

\*- أداء كامل قيمة النفقة المقررة إلى زوجه أو أصوله أو فروعه رغم صدور حكم ضده بذلك.

أما الأحكام العامة لقانون العقوبات، فتعاقب أي شخص قام بارتكاب جريمة دون تمييز بين مرتكبها رجلا كان أو امرأة أو بين الدافع سواء أكان يتعلق بأسباب مرتبطة بالشرف أو بأسباب أخرى.

ويعاقب القانون على انتهاك الآداب والاعتصاب (المواد من 333 إلى 341 مكرر) بالسجن من خمس (05) إلى عشر (10) سنوات وتضاعف العقوبة (عشرون (20) سنة سجنا) إذا وقعت الجناية على قاصر كما تشدد العقوبة إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء أو هتك العرض أو كان من فئة من لهم سلطة عليه.

كما يدين قانون العقوبات التصرفات المرتبطة بالاتجار بالنساء والفتيات (الفسق وفساد الأخلاق - الدعارة) طبقا للمواد من 342 إلى 349.

وتجدر الإشارة إلى أن الجزائر قد صادقت على الاتفاقات الرامية إلى القضاء على الاتجار بالنساء والأطفال والرق كبيع الأطفال والاتجار بهم والسخرة والعمل القسري أو الإجباري ولعل من أهم هذه الاتفاقيات:

\*- الاتفاقية 182 بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها 9

\*- الاتفاقية المتعلقة بالقضاء على الاتجار بالأشخاص واستخدامهم لأغراض الدعارة (1949) ،

\*- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وبروتوكولاتها الثلاث ومن بينها البروتوكول الخاص بمنع وجمع ومعاينة الاتجار لاسيما بالنساء والأطفال.

- إضافة إلى هذا يتضمن قانون العقوبات حكما يمنع الأعمال والأنشطة المرتبطة باستعمالات تكنولوجيا الإعلام

الآلي والإنترنت بغرض تحويلها لأغراض الدعارة (المادة 333 مكرر).

## سادسا - المرأة و قانون الجنسية في الجزائر

إن التعديلات التي أدخلت على القانون المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل بالأمر رقم 05-01 المعدل و المتمم للأمر رقم 70 - 80 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، تهدف إلى تحقيق أربعة (04) أهداف أساسية تتمثل في:

1) مواءمة القانون المتعلق بالجنسية مع الاتفاقيات و المعاهدات الدولية التي انضمت إليها الجزائر،

2) تكريس المساواة بين الجنسين ،

3) حماية الأطفال في مجال الجنسية ،

4) إضفاء المرونة على شروط اكتساب الجنسية الجزائرية و وسائل التعليل .

في هذا الإطار، تضمنت التعديلات على وجه الخصوص :

1) إلغاء شرط إسقاط الجنسية الأصلية لاكتساب الجنسية الجزائرية ،

2) معادلة سن الرشد المدني مع السن المحددة في القانون المدني ( المادة 04) ،

3) الاعتراف بالجنسية الجزائرية الأصلية بالنسب عن طريق الأم ( المادة 06) ،

4) منح امتياز الحصول على الجنسية عن طريق الزواج مع جزائري أو جزائرية حسب ما تنص عليه (المادة

09مكرر)،

5) تعزيز دور النيابة العامة، باعتبارها طرفا رئيسيا في كافة الدعاوى الرامية إلى تطبيق أحكام القانون المتعلق

بالجنسية (المادة 37).

سابعاً - المرأة وقانون الأسرة في الجزائر10

يأتي الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة في موعده ليجسد واحدا من الالتزامات الكبرى التي التزم بها رئيس الجمهورية من أجل ترقية الخلية العائلية عموما ووضعية المرأة على وجه الخصوص.

أهم التعديلات المكرسة بمقتضى هذا النص تشمل على وجه الخصوص:

(1) توحيد سن الزواج بتسعة عشر (19) سنة (المادة 07)،

(2) إخضاع تعدد الزوجات لعدة شروط منها الرضا المسبق للزوجة أو الزوجات و للزوجة الجديدة، و كذا ترخيص رئيس المحكمة الذي يتولى التأكد من حصول التراضي وكذا النظر في أسباب الزواج و أهلية الزوج و قدرته على ضمان العدل و استيفاء الشروط الضرورية للحياة الزوجية (المادة 08)،

(3) اعتبار رضا الزوجين الركن الأساسي في عقد الزواج إذ لا ينعقد بدونه (المادة 09)،

(4) استعادة التوازن في الحقوق و الواجبات بين الزوجين (المادة 36)،

(5) حق الزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، شرط أن لا تتنافى مع أحكام هذا القانون ( المادة 19) .

(6) إلزام الزوج، في حالة الطلاق، على ضمان السكن لأبنائه القصر الذين تسند حضانتهم لأهمهم أو بدل إيجار (أجرة سكن لائق) (المادة 72)،

(7) كما منحت الولاية للأم الحاضنة للأطفال في حالة غياب الزوج أو حصول مانع يحول دون ممارسة ولايته أو بوفاته

.11

(8) كما أن القانون الجديد منح للمرأة الحق في استقلالية ذمتها المالية عن زوجها12 .



9) طلب التطليق لأسباب وجيهة ذكرت على وجه الحصر ضمن القانون المعدل ، كما تضمن القانون حق الزوجة في أنتخالع نفسها دون موافقة زوجها ، لكن بمقابل مالي<sup>1</sup>

### ثامنا - المرأة و قانون الانتخابات في الجزائر

منحت الجزائر حق الانتخاب للمرأة في عام 1962 ودخلت المرأة الجزائرية البرلمان في نفس العام ، وحق الانتخاب والترشح مكفول بموجب المادة 50 من الدستور التي تنص على أنه " لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية أن يَنتخب ويُنتخب." وتضمن مختلف قوانين الانتخابات تمثيلا متساو وعادل للمرأة و الرجل فيالمجالس المنتخبة<sup>14</sup> . وحسب تحقيق وطني أجرته الوزارة المنتدبة للأسرة وقضايا المرأة حول الاندماج الاقتصادي والاجتماعي للمرأة، فإن قرابة ستين بالمائة من النساء الجزائريات تصوتن بأنفسهن مباشرة.

### تاسعا - المرأة في القانون التجاري

- تعامل المرأة رسميا بشكل متساوي مع الرجل فيما يختص بأهليتها القانونية في إبرام العقود وإدارة ممتلكاتها .  
- للمرأة حق إبرام العقود المتعلقة بالائتمان والعقارات والممتلكات الأخرى كما تمارس العمليات التجارية وباسمها الشخصي.

- للمرأة الحق في إدارة أملاكها بشكل متساو مع الرجل فتبيع وتشتري وترهن وتتنازل عنها.

### عاشرا - المرأة في قانون الإجراءات المدنية 15

- يمكن للمرأة تقديم الشكاوى باسمها الشخصي.
- كما للمرأة الأهلية للشهادة أمام جميع المحاكم والمؤسسات الحكومية .
- كما يحق للمحاميات النساء أن يمثلن موكليةن أمام المحاكم والهيئات القضائية الخاصة .
- و يمكن للنساء العمل في سلك القضاء في المحاكم.

- إضافة الى ما سبق تطبق المفاهيم القانونية كافة على الرجل والمرأة على حد سواء .

- تعطى المرأة تعويضا " عن الأضرار تماما" كما يعطي الرجل في ظروف مماثلة كما تواجه المرأة ذات الأحكام التي يواجهها الرجل في نفس الظروف 16

و في الأخير يتضح لنا أن الجزائر بذلت مجهودات حثيثة لحماية المرأة و كفالة جميع حقوقها التي تضمنها أكبر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة ، و ذلك بمجرد مصادقة على اتفاقية منع التمييز ضد المرأة وذلك في مسعى انسجاما لنصوص الدستورية الجزائرية مع الاتفاقات الدولية وحقوق الإنسان علماً بأن هذه الموافقة جاءت إثر نضالات حثيثة للحركة النسائية. مع بعض التحفظات 17 التي تخص الدين الإسلامي وحرية المعتقد وذلك بمرسوم رئاسي رقم 96-51 مؤرخ في 2 رمضان 1416 الموافق 22 يناير 1996 يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 .

#### الهوامش :

<sup>1</sup> تاريخ انضمام الجزائر لاتفاقية منع التمييز ضد المرأة 1996/5/22. و تاريخ بدا النفاذ 1996/06/21م.

<sup>2</sup> القانون رقم 05-04 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 والمتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين .

<sup>3</sup> المتعلق بالتقاعد المؤرخ في 02 جويلية 1983، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 97-13)

<sup>4</sup> قانون 1999 رقم 99-07 المؤرخ في 05 أبريل 1999 المتعلق بالجاهد والشهيد

<sup>4</sup> المؤرخ في 21 أبريل 1990 المعدل والمتمم المتعلق بعلاقات العمل

<sup>5</sup> المادة 84 من القانون 90-11.

<sup>6</sup> المؤرخ في 21 فبراير 1981 المحدد للمدة القانونية للعمل

<sup>7</sup> قانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ، أحسن بوسقيعة-أستاذ القانون الجنائي بالمرسة العليا للقضاء، الجزائر.

<sup>8</sup> المكملة بالتوصية 190 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 387/2000 (سنة 2000) ،

<sup>9</sup> هي التعديلات في قوانين الأسرة المغاربية : إشكاليات الحداثة ومشكلاتها عز الدين مصطفى جلولي ، مجلة الحياة ، 5-2-2005 .

<sup>10</sup> المادة 87 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05-02 .

<sup>11</sup> المادة 37 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05-02 .

<sup>12</sup> المادة 53 مكرر و المادة 45 على التوالي من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05-02 .

<sup>13</sup> خاصة القانون العضوي 17-91 المؤرخ في 14 أكتوبر 1991 المعدل و المتمم للقانون 13-89 المؤرخ في 7 أوت 1989 المتضمن

14 قانون الانتخابات و الذي ينص على إلغاء الانتخاب عن طريق الوكالة ، هذا الإجراء الذي سمح للمرأة بالتعبير عن اختياراتها السياسية بمطلق الحرية.

<sup>15</sup> سائح سنقوقة، قانون الاجراءات المدنية المتضمن التعديلات الجديدة لسنة 2001، الطبعة الأولى، 2001 .

<sup>16</sup> مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، طبعة 1999 ، ديوان المطبوعات الجامعية.

<sup>17</sup> وثيقة رقم IOR-3-51/009/2004- تشرين 2004 م .

مجلة الفقه والقانون العدد 2 دجنبر 2012

## النظام القانوني للبلدية في الجزائر



علاء الدين عشي أستاذ مساعد قسم "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة تبسة - الجمهورية الجزائرية

مقدمة :

عرف المشرع البلدية بأنها الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة ، وأضفى عليها الشخصية المعنوية والإستقلال المالي، كما جعل منها الإطار المؤسساتي لمشاركة المواطنين في التسيير<sup>1</sup> .

ولدراسة هذا المبحث ، وجب بداية التطرق لهيئات البلدية وهيكلها ، وإبراز صلاحياتها وعلاقتها بغيرها من الأجهزة في الدولة على المستويين المحلي و الوطني .

وتتشكل البلدية من :

- هيئة مداولة : وتتمثل في المجلس الشعبي البلدي .

- هيئة تنفيذية : يرأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي .

- إدارة : ينشطها الأمين العام للبلدية تحت سلطة رئيس المجلس الشعبي البلدي .

<sup>1</sup> — علاء الدين عشي ، شرح قانون البلدية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2011 .

وعليه سنتولى دراسة البلدية من هذا الجانب ، ضمن التقسيم الآتي :

### المطلب الأول : المجلس الشعبي البلدي :

لقد جعل الدستور الجزائري من المجلس الشعبي البلدي الإطار القانوني الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته ويراقب عمل السلطات العمومية<sup>1</sup>، كما جعله قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية<sup>2</sup> ويتمثل الإطار القانوني الأساسي للمجلس الشعبي البلدي في القانون 11-10 المتعلق بالبلدية ، لاسيما الفصل الأول من القسم الثاني منه في المواد من 16 إلى 61 ، بحيث نظم كيفية عمل المجلس ولجانه ووضعيات المنتخب فيه ونظام مداولاته ، بينما ترك مسألة تكوينه و إنتخابه لقانون الإنتخابات الصادر بموجب الأمر 97-07 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الإنتخابات المعدل والمتمم<sup>3</sup> ، وما يهمنا في موضوعنا هذا هو كيفية إنتخاب أعضاء المجلس الشعبي البلدي (الفرع الأول) ، وإختصاصاته (الفرع الثاني) ، ونظام تسييره (الفرع الثالث)

#### أولاً: تشكيله :

كما سبق بيانه يتشكل المجلس الشعبي البلدي من عدد أعضاء منتخبين أي الناجحين من القوائم المترشحة بحيث يتم نجاح عدد من أعضاء القائمة تناسبا مع عدد الأصوات التي تحصلت عليها ، و قد عمد المشرع الجزائري إلى معيار التعداد السكاني لتحديد عدد أعضاء المجلس الشعبي البلدي في كل بلدية طبقا للمادة 97 من قانون الإنتخابات ، وذلك بالشكل التالي :

- سبعة (07) أعضاء في البلديات التي يقل عدد سكانها عن 10.000 نسمة.
- تسعة (09) أعضاء في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 10.000 و 20.000 نسمة .
- إحدى عشرة (11) عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 20.001 و 50.000 نسمة .
- خمسة عشرة (15) عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 50.001 و 100.000 نسمة .
- ثلاثة وعشرون (23) عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 100.001 و 200.000 نسمة .

<sup>1</sup> — المادة 14 فقرة 2 من الدستور الجزائري .

<sup>2</sup> — المادة 16 من الدستور .

<sup>3</sup> — جريدة رسمية رقم 12 لسنة 1997 ، معدل بموجب القانون العضوي رقم 04-01 ، جريدة رسمية 09 لسنة 2004 .

– ثلاثة وثلاثون (33) عضوا في البلديات التي يساوي عدد سكانها 200.001 نسمة أو يفوقه .

ويقوم المجلس المشكل بممارسة وظائفه طيلة العهدة المقدرة بخمس (05) سنوات كاملة ، وتمدد تلقائيا في الحالات الإستثنائية والحصار والعدوان ( المادة 75 من قانون الإنتخابات ).

### ثانيا : إختصاصاته :

يتولى المجلس الشعبي البلدي بإدارة الشؤون العامة للبلدية من خلال مداولاته في مختلف الميادين المتعلقة بحياة المواطنين في إقليم البلدية ، ويساهم بصفة خاصة إلى جانب الدولة في إدارة وتهيئة الإقليم والتنمية الإقتصادية و الإجتماعية والثقافية ، والأمن وكذا الحفاظ على الإطار المعيشي للمواطنين وتحسينه<sup>1</sup> ، وقد قنن المشرع هذه الصلاحيات ، ويمكن إجمال هذه الصلاحيات في النقاط التالية<sup>2</sup> :

<sup>1</sup> – المادة 02 من القانون 11-10 ، المتعلق بالبلدية .

<sup>2</sup> – في صلاحيات الولاية والبلدية أنظر :

– المرسوم 81-371 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاعي الشبيبة والرياضة، جريدة رسمية عدد 52 لسنة 1981.

– المرسوم 81-372 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في القطاع السياحي، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-373 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاع الفلاحة والثورة الزراعية ، نفس الجريدة ، المعدل والمتمم

– المرسوم 81-374 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاع الصحة، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-374 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاع الصحة ، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-375 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاعي النقل والصيد البحري، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-376 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاعي العمل والتكوين المهني، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-377 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاع التربية، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-378 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاعي الصناعة والطاقة، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-379 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاع المياه ، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-380 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاع التخطيط والتهيئة العمرانية، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-381 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في ميدان الحماية والترقية الاجتماعية لبعض فئات المواطنين، نفس الجريدة .

– المرسوم 81-382 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاع الثقافة، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-383، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاع التجارة ، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-385 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاع المنشآت الأساسية القاعدية ، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-386 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاع الشؤون الدينية ، نفس الجريدة.

– المرسوم 81-387 ، مؤرخ في 26 ديسمبر 1981، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاع الغابات واستصلاح الأراضي، نفس الجريدة.

– المرسوم 82-190 ، مؤرخ في 29 مايو 1982، يحدد صلاحيات البلدية والولاية وإختصاصاتهما في قطاعي الإسكان والتعمير، جريدة رسمية ، عدد 22 لسنة 1982.

## 1 - في مجال التهيئة و التنمية :

تتولى البلدية إعداد مخططها التنموي القصير و المتوسط و الطويل المدى الموافق لعهدته ، و يصادق عليه المجلس بموجب مداولة ، و تعمل على تنفيذه في إطار الصلاحيات المسندة لها قانونا، بالتنسيق مع مخطط الولاية وأهداف المخططات الوطنية المتعلقة بالتهيئة و التنمية المستدامة<sup>1</sup>.

كما تشارك البلدية في الإجراءات المتعلقة بعمليات التهيئة العمرانية بموجب الآراء التي تبديها بشأن المشاريع القطاعية المتعلقة بحماية الأراضي الفلاحية والمساحات الخضراء<sup>2</sup>.

## 2 - في مجال التعمير و الهياكل القاعدية و التجهيز :

تعلب البلدية دورا هاما في مراقبة احترام تخصيصات الأراضي و قواعد استعمالها كما تسهر على المراقبة الدائمة لمطابقة البناءات للشروط المحددة في القوانين و التنظيمات المعمول بها<sup>3</sup>.

وذلك بإشتراط الموافقة المسبقة للمجلس الشعبي البلدي على إنشاء أي مشروع على تراب البلدية يتضمن مخاطر من شأنها الأضرار بالبيئة ، إضافة إلى حماية التراث العمراني<sup>4</sup> بالعمل على :

- المحافظة على المواقع الطبيعية و الآثار نظرا لقيمتها التاريخية و الجمالية .

- حماية الطابع الجمالي و المعماري و انتهاج أنماط سكنية متجانسة في التجمعات السكنية .

إضافة إلى وجوب قيامها بتسمية كافة المنشآت و التجهيزات و التجمعات السكنية والشوارع وكافة الفضاءات المتواجدة داخل إقليم البلدية<sup>5</sup>.

إضافة إلى المشاركة في إحياء وتنشيط المناسبات و الاحتفالات الوطنية لاسيما منها تلك المتعلقة بالثورة التحريرية .

<sup>1</sup> - المادتين 107 و 108 من قانون البلدية .

<sup>2</sup> - المادتين 109 و 110 من قانون البلدية .

<sup>3</sup> - المادة 90 من قانون البلدية .

<sup>4</sup> - المادة 114 من قانون البلدية .

<sup>5</sup> - المادة 120 من قانون البلدية .

### 3 - في مجال التربية والحماية الإجتماعية والنشاطات الثقافية :

تقوم البلدية بإنجاز مؤسسات التعليم الأساسي طبقا للمقاييس والمتطلبات الوطنية و وفقا للخريطة المدرسية ، و تقوم زيادة على ذلك بصيانة هذه المؤسسات<sup>1</sup>، كما تعمل على توفير النقل المدرسي في المناطق المعزولة ، والعمل على تشجيع وترقية النشاطات التعليمية والمدرسية بكل الإجراءات المتاحة .

### 4 - في مجال النظافة وحفظ الصحة والطرق :

تتكفل البلدية بإنجاز المراكز الصحية وقاعات العلاج و صيانتها طبقا للمقاييس الوطنية وتقدم في حدود إمكانياتها المساعدة لصيانة كل الهياكل و الأجهزة المكلفة بالشبيبة و الثقافة و الرياضة و الترفيه ، كما تعمل على إنجاز وصيانة المراكز الثقافية المتواجدة عبر ترابها .

وتختص البلدية في مجال السكن بتنظيم شروط الترقية العقارية العمومية و الخاصة و تنشيطها.

ولهذا تقوم بما يأتي :

- المشاركة في إنشاء المؤسسات و شركات البناء العقارية .

- تشجيع إنشاء التعاونيات العقارية في تراب البلدية .

- تشجيع كل جمعية، للسكان و تنظيمها من اجل القيام بعمليات حماية العقارات أو الأحياء و صيانتها .

- تساعد على ترقية برامج السكن أو تشارك فيها .

أما في مجال حفظ الصحة و النظافة و المحيط تتكفل البلدية بالعديد من الإجراءات في هذا المجال خاصة ما يلي :

- توزيع المياه الصالحة للشرب،

- صرف و معالجة المياه القذرة و النفايات الجامدة الحضرية،

- مكافحة ناقلات الأمراض المعدية،

- نظافة الأغذية و الأماكن و المؤسسات التي تستقبل الجمهور،

<sup>1</sup> - المادة 122 من قانون البلدية .



- مكافحة التلوث و حماية البيئة .

إضافة إلى التكفل بإنشاء و توسيع و صيانة المساحة الخضراء والعمل على حماية التربة و الموارد المائية و المساهمة في استعمالها الأمثل.

ثالثا : لجان المجلس :

في سبيل ممارسة المجلس الشعبي البلدي لإختصاصاته ، و جب أن يشكل لجانا دائمة و أخرى مؤقتة تتكفل بجوانب مختلفة من الصلاحيات المناطة به .

1 - اللجان الدائمة :

يجب على المجلس الشعبي البلدي تشكيل لجان دائمة من أعضائه يتراوح عددها من 03 إلى 06 لجان بالنظر للعدد السكاني بالبلدية ، و تضطلع بالمسائل التالي :

- الإقتصاد و المالية و الإستثمار

- الصحة و النظافة و حماية البيئة

- تهيئة الإقليم و التعمير و السياحة و الصناعات التقليدية

- الري و الفلاحة و الصيد البحري

- الشؤون الاجتماعية و الثقافية و الرياضية و الشباب .

2 - اللجان المؤقتة :

وهي تلك اللجان التي يمكن تشكيلها بصفة ظرفية ، بمناسبة التحقيق أو دراسة مسألة لها طابع خاص ، فقد أتاحت المادة 33 من قانون البلدية للمجلس الشعبي البلدي تشكيل لجان خاصة وفق إجراءات محددة ، يمكن إجمالها في:

- وجوب المصادقة على المداولة المتضمنة تشكيل اللجنة .

- النص الصريح على أهداف و اللجنة و تحديد وقت إنتهاء مهامها .

وتبقى القواعد التي تحكم هذه اللجان الخاصة نفسها بالنسبة للجان العادية ، بحيث يتم إختيار رئيسها من بين أعضائها ، وجواز إستعانة هذه اللجان بأي شخصية محلية في المسائل التي تتطلب قدرا معيناً من الخبرة في المجالات المتخصصة .

#### الفرع الرابع : نظام سير المجلس :

يتولى المجلس الشعبي البلدي ممارسة مهامه بموجب النظام التداولي ، أي أن كافة أعماله لا تكون إل بموجب مداولات ن ولا مجال للعمل الفردي فيه ، ويحكم نظام مداولات المجلس الشعبي البلدي العديد من القواعد ، أهمها :

##### أولا : دورات المجلس :

يجتمع المجلس الشعبي البلدي دوراته العادية كل شهرين إي بمعدل ستة (6) دورات سنويا وتكون مدة الدورة خمسة (5) أيام على الأكثر ، كما يمكنه عقد دورات غير عادية كلما إقتضت الحاجة لذلك بطلب من الوالي أو ثلثي الأعضاء ، كما يجتمع وجوبا وبقوة القانون في حالة قيام حالة أو ظرف إستثنائي .

وتعقد الدورة بعد إستدعاء رئيس المجلس الشعبي البلدي للأعضاء بموجب إستدعاء مكتوب مرفق بمشروع جدول أعمال هذه الدورة ، في ظرف عشرة أيام على الأقل قبل موعد الإجتماع ، بإستثناء الحالات الإستعجالية التي يجوز فيها تخفيض هذه المدة إلى يوم واحد<sup>1</sup>.

وأوجب القانون توفر نصاب أغلبية الأعضاء حتى يصح الإجتماع ، وتفاديا لحالات الإنسداد وتعطل المصالح العامة ، تصح الإجتماعات مهما كان عدد الحاضرين بعد توجيه إستدعاء ثاني بفارق خمسة (5) أيام كاملة على الأقل

##### ثانيا : المداولات :

إن أول مسألة تبدأ بها مداولات المجلس الشعبي البلدي هي مشروع جدول أعمالها ، الذي يخضع للتصويت من قبل الأعضاء ، بحيث يجوز أية نقطة أو إضافة بعض النقاط فيه .

والقاعدة أن تجرى مداولات المجلس الشعبي البلدي وتحرر باللغة العربية ، وتعد المداولة مقبولة بموافقة الأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين ، وفي حالة تساوي الأصوات يعتبر صوت الرئيس مرجحا .

<sup>1</sup> — المادة 16 من قانون البلدية .

و تعد نافذة - المداولات - بعد المصادقة عليها من قبل الأعضاء بالنصاب المطلوب قانونا ، وإرسالها للوالي ، ما عدا تلك المتعلقة بالمسائل الخاصة التي تستوجب المصادقة الصريحة من الوالي والمتعلقة بالعمليات المالية عموما .

غير أنه وفي هذا الجانب ، وبالتحديد المادة 54 من قانون البلدية والتي تنص على أنه " بإستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في هذا القانون ، تتخذ مداولات المجلس الشعبي البلدي بالأغلبية البسيطة لأعضائه الحاضرين أو الممثلين عند التصويت ، وفي حالة تساوي الأصوات ، يكون صوت الرئيس مرجحا "

ومن خلال هذه المادة ، وجب بيان نظام التصويت في المداولات من خلال ما يلي :

### ثالثا : نظام التصويت :

للتصويت في المجلس الشعبي البلدي مجموعة من القواعد نوجز أهمها :

#### 1 - شرط الأغلبية البسيطة :

لقد إشتراط المشرع لإعتبار المداولة موافق عليها تحقق الأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين ، وتعني الأغلبية البسيطة موافقة أكثر من نصف الأصوات ولايهم هذا المقدار ، على العكس من الأغلبية المطلقة التي تتطلب عادة الثلثين أو الثلاثة أرباع .

#### 2 - الترجيح عند تعادل الأصوات " إشكالية الصوت المرجح " :

قد يقع أثناء المداولات أن تتساوى الأصوات الموافقة والرافضة ، مما يوجب ترجيح كفة على أخرى .

والصوت المرجح في هذه الحالة هو صوت الرئيس ، وعليه وجب إمطة اللثام عن هذه العملية خاصة في ظل العرف الإداري الساري في مداولات المجالس البلدية ، والتي يقوم من خلالها الرئيس بالتصويت مع الأعضاء ، وفي حالة التعادل ترجع جهة التصويت التي يكون ضمنها الرئيس .

وهذا العرف يبدو خاطئا ، كون الرئيس يعمل في المجلس كرئيس وليس كعضو ، بينما مجموع المواد المتعلقة بنظام المداولات تحدد تسمية الرئيس كرئيس والباقي هم أعضاء ، مما يجعل من التصويت يكون بالنسبة للأعضاء فقط بعد طرح المسألة محل التصويت من قبل الرئيس دون أن يكون له صوتا في الحالات العادية ، ويدلي بصوته فقط عند تعادل الأصوات .

والعلة في رفضنا لتصويت الرئيس مع الأعضاء هو مخالفة قواعد الديمقراطية التي تقوم على أساس الأغلبية ، وفي هذه الحالة يصبح للرئيس صوتا مضاعفا وليس صوت وحيد ، إضافة إلى وجوب العمل على إظهار حياد الرئيس وعدم تأثيره في تصويت الأعضاء بإبرازه لموقفه بداية مما يجعل من العرف مخالف للقانون ، ورغم وضوح النصوص في هذا الجانب إلا أنه يتعين تبيانها بنص يفرض على الرئيس تسيير الجلسة دون التصويت إلا في حالة التعادل .

وكتيجة لذلك فالصوت المرجح *voix prépondérante* هو استعمال الرئيس لحقه في التصويت بشرط واحد وهو قيام حالة التعادل .

### الإستثناءات الواردة على قاعدة الأغلبية :

لقد إستثنى المشرع من قاعدة وجوب الموافقة على المداولة بالأغلبية البسيطة حتى تعتبر موافق عليها ، إستثناءا يتعلق بالمداولات المتعلقة بالميزانية وضبطها المنصوص عليها ضمن المواد 180 وما بعدها من قانون البلدية .

إذ أن القاعدة العامة تبقى قائمة في المصادقة على الميزانية ، غير أنه وفي حالة عدم ضبط الميزانية وفقا للقواعد المحاسبية (ميزانية غير متوازنة) جاز للوالي بعد توجيه إعدار للمجلس بوجوب ضبطها أن يقوم بضبط الميزانية تلقائيا خلال أجل 08 أيام من تاريخ الإعدار .

وكذلك الشأن في حالة عدم التصويت على الميزانية مطلقا بسبب إختلال داخل المجلس ، فإن للوالي ضبطها بصورة نهائية .

### المطلب الثاني : رئيس المجلس الشعبي البلدي :

#### الفرع الأول : تعيينه :

لقد حدد المشرع شروط تعيين رئيس المجلس الشعبي البلدي ضمن قانون البلدية لا سيما المادة 64 منه وما بعدها ، وتتمثل هذه الشروط في :

1- أن يكون متصدر القائمة الفائزة بأغلبية أصوات الناخبين .

3- في حالة حصول قائمتين أو أكثر على نفس عدد الأصوات ، يعلن رئيسا للمجلس الشعبي البلدي المرشح أو المرشحة الأصغر سنا من بين الأعضاء .

والملاحظة أن المشرع في هذه المادة قد كان أكثر تحديدا في إسناده رئاسة المجلس بموجب نص قانون لمصدر القائمة التي حصلت على أغلبية المقاعد ، ولم يترك ذلك للمجلس عن طريق الإنتخاب ، وما أثير بشأن ذلك من إشكاليات<sup>1</sup> ، ولعل الحكمة في ذلك ترجع إلى ترك مسألة إختيار رئيس المجلس الشعبي البلدي للناخبين وممارسة حقهم في إسناد رئاسة المجلس للمترشح الأول في القائمة التي يختارونها .

ويتم تنصيب المجلس الشعبي البلدي والرئيس من قبل الوالي خلال الـ 15 يوما الموالية لإعلان نتائج الإنتخابات ، وذلك في حفل وأثناء جلسة علنية يرأسها الوالي أو ممثله ، كما يتم إعلان ذلك للعموم عن طريق الإعلان بمقر البلدية وملحقاتها .

ويقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بمهامه بمساعدة نائين (2) إلى (6) نواب بالنظر إلى عدد المقاعد المطلوبة في المجلس كما هو محدد بنص المادة 69 من قانون البلدية ، وذلك بعد مصادقة المجلس على النواب المقترحين بالأغلبية.

### الفرع الثالث : إنهاء مهام رئيس المجلس الشعبي البلدي :

إن حالات إنهاء مهام رئيس المجلس الشعبي البلدي محددة على سبيل الحصر في قانون البلدية فهناك حالات تسري أحكامها على جميع أعضاء المجلس و هي إنتهاء العهدة المقدرة بخمس سنوات ، الاستقالة ، التخلي ، الإقالة ، الوفاة و الإقصاء ، و سوف يتم التطرق إلى هذه الحالات في النقاط التالية

#### أولا: الاستقالة :

و تتمثل في التعبير الصريح من رئيس المجلس الشعبي البلدي كتابة عن رغبته في الاستقالة عن رئاسة المجلس الشعبي البلدي ، و يقدمها أمام المجلس و يخطر الوالي بذلك فورا ، باعتبار أن أعضاء من المجلس (القائمة الفائزة) هم الذين اختاروا رئيسهم ، و بالتالي تقدم الإستقالة أمامهم<sup>2</sup> ، ويتم إثبات ذلك بموجب مداولة ترسل إلى الوالي من باب إعلام السلطة الوصية فقط ومنطلق لسريان الأثر القانوني للإستقالة التي تصبح سارية المفعول بمجرد إرسال الحضر للوالي .

<sup>1</sup> — راجع : د/ عمار بوضياف ، التنظيم الإداري في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر 201 ، ص 261 .

<sup>2</sup> — بلعباس بلعباس ، دور وصلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2002-2003 ، ص 56 .

## ثانيا : التخلي :

وهو الصورة الضمنية للإستقالة ، بحيث لا يعبر فيه رئيس المجلس الشعبي البلدي عن إرادته بصورة صريحة ، وإنما يتخذ موقفا من شأنه التعبير عن تخليه عن منصبه ، وقد عبرت المادة 74 من قانون البلدية عن التخلي بنصها على : " يعد متخليا عن المنصب رئيس المجلس الشعبي البلدي المستقيل الذي لم يجمع المجلس طبقا للمادة 73 لتقديم إستقالته أمامه ، كما هو محدد في هذا القانون ..."

كما نصت المادة 75 على أنه " يعتبر في حالة تخل عن المنصب الغياب غير المبرر لرئيس المجلس الشعبي البلدي لأكثر من شهر ، ويعلن ذلك من طرف المجلس الشعبي البلدي ..."

ومن خلال النصين أعلاه يتبين أن وضعية التخلي عن المنصب بالنسبة لرئيس المجلس الشعبي البلدي قد تتخذ صورتين .

فبالنسبة للصورة الأولى وهي التي تكون عن طريق الإستقالة في غير الإجراءات السابق بيانه أعلاه ، أي وضع رئيس المجلس الشعبي البلدي لإستقالته وعدم إعلام المجلس الشعبي البلدي بذلك لإثباته عن طريق مداولة ، وفي هذه الحالة يتم إعلان حالة التخلي بعد غياب رئيس المجلس الشعبي البلدي لمدة 40 يوما وذلك في دورة غير عادية للمجلس بحضور الوالي أو من يمثله - ويستخلف وفقا للقواعد السالف بيانها .

أما الصورة الثانية فتكون على إثر الغياب غير المبرر لرئيس المجلس الشعبي البلدي لمدة أكثر من شهر حتى و إن لم تكن في نيته الإستقالة ، وفي هذه الحالة يناط بالمجلس الشعبي البلدي إعلان حالة التخلي فور تحقق مدة الغياب غير المبررة كإجراء مقرر للمجلس دون غيره .

أما في حالة تقاعس المجلس عن إثبات حالة التخلي ، يقوم الوالي بعد مرور 40 يوما عن الغياب ، بجمع المجلس الشعبي البلدي وإعلان حالة التخلي .

## ثالثا: الوفاة و الإقصاء :

## أ- الوفاة :

و هي مسألة طبيعية ونصت عليها المادة 29 من قانون البلدية ، و تنتهي به عهدة أي عضو في المجلس الشعبي البلدي ، بحيث يختار مباشرة بعده المنتخب الذي يليه في القائمة و يقوم الوالي بالتخاذ مقرر الاستخلاف في مدة لا تتجاوز شهرا واحدا.

## ب- الإقصاء :

وهو المرحلة الثانية التي تكون بعد قرار التوقيف ، وهذا يعني أن قرار الإقصاء وجب أن يسبقه قرار توقيف ، إذ أن نص المادة 43 من قانون البلدية جاء بصيغة الأمر مخاطبا والي الولاية الذي وجب أن يتخذ قرار التوقيف في حق العضو المنتخب الذي تعرض لمتابعة جزائية بسبب جريمة لها علاقة بالمال العام أو أسباب مخلة بالشرف أو كان محل تدابير قضائية تحول بينه وممارسة مهامه (الحبس المؤقت).

ووجب إصدار قرار إقصائه النهائي فور صدور حكم أو قرار نهائي يقضي بإدائته في إحدى هذه الجرائم (المادة 44).

## الفرع الثاني : صلاحياته :

يتمتع رئيس المجلس الشعبي البلدي بالازدواج الوظيفي يتصرف أحيانا باسم البلدية و أحيانا باسم الدولة تحت سلطة الوالي ، ولهذا نجد هذه الصلاحيات واسعة ومتشعبة ، بإختلاف المجالات ، و يمكن إجمال هذه الصلاحيات ضمن ثلاث عناصر :

- صلاحياته بصفته ممثلا للدولة (تنفيذية)

- صلاحياته بصفته ممثلا للبلدية

أولا : صلاحياته بصفته ممثلا للدولة :

يتمتع رئيس المجلس الشعبي البلدي بهذه الصفة بمجموعة هائلة من الصلاحيات والمهام ، والتي تعود أساسا للدولة ، ويمكن إيجازها في :

**1 : في مجال ضبط الحالة المدنية :**

لقد بينت المادتان الأولى و الثانية من قانون الحالة المدنية من هم ضابط الحالة المدنية حيث أضفت على رئيس المجلس الشعبي البلدي صفة ضابط الحالة المدنية و هي صفة يتمتع بها بقوة القانون ، و ذلك بمجرد تنصيبه إلا أن تزايد المشاكل اليومية و استحالة أن يباشر رئيس المجلس الشعبي البلدي بنفسه مهام ضابط الحالة المدنية و كذلك الأمر بالنسبة لنوابه، قد خوله القانون أن يفوض هذه المهام إلى موظف أو موظفين يختارهم من بين موظفي البلدية الدائمين و ذلك لتلقي التصريح بالولادات و الوفيات و تسجيل و قيد الوثائق و الأحكام القضائية في سجلات الحالة المدنية و ذلك تحت رقابته و مسؤوليته ، و تتمثل عموما صلاحياته في هذا المجال في :

- تلقي التصريح بالولادات و تسجيلها في سجلات الحالة المدنية المعدة لذلك.

- تحرير و تسجيل عقود الزواج وفقا لأحكام القانون.

- تلقي التصريح بالوفيات و تسجيلها في سجلات الحالة المدنية لذلك.

- حسن مسك سجلات الحالة المدنية.

- السهر على رعاية و حفظ السجلات المستعملة و السجلات المودعة في محفوظات البلدية.

- استلام شهادات الإعفاء من سن الزواج بالنسبة للقاصرين و شهادات الإذن بالزواج بالنسبة لموظفي الأمن و العسكريين.

**2 : في مجال الضبط القضائي :**

يتمتع رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفة ضابط الشرطة القضائية ، إذ يتولى بهذه الصفة تنفيذ و القيام بجميع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية ، تحت سلطة الوالي و إشراف النيابة العامة ، وله في ذلك :

تتبع المجرمين و القبض عليهم و تحرير محاضر بذلك و العمل على الحفاظ على معالم الجريمة و الأدلة قبل اختفائها و إتلافها و تقديمها لوكيل الجمهورية وغيرها من المهام المنصوص عليها ضمن قانون الإجراءات الجزائية .

**3 : في مجال الضبط الإداري :**

- المحافظة على النظام العام و سلامة الأشخاص والأماكن .



- المحافظة على حسن النظام في جميع الأماكن العمومية التي يجري فيها تجمع الأشخاص .
- المعاقبة على كل مساس بالراحة العمومية وكل الأعمال المخلة بها .
- السهر على نظافة العمارات وسهولة السير في الشوارع والساحات والطرق العمومية.
- اتخاذ الاحتياطات والتدابير الضرورية لمكافحة الأمراض المعدية والوقاية منها.
- القضاء على الحيوانات المؤذية والمضرة .
- تأمين نظام الجناز والمقابر طبقا للعادات وتبعاً لمختلف الشعائر الدينية .
- والجدير بالإشارة أن رئيس المجلس الشعبي البلدي أثناء ممارسته هذه الصلاحيات تربطه علاقة خاصة بالوالي .

ثانيا : صلاحياته بصفته ممثلا للبلدية :

في هذا الشأن يتخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي ، وضعيتين ، الأولى بإعتباره رئيسا للبلدية ، والثانية بإعتباره مترئسا للمجلس .

فريئس المجلس الشعبي البلدي بصفته رئيس للبلدية له مهام إدارية بحتة - وتتمثل إجمالا في السهر على حسن سير المصالح الإدارية التابعة للبلدية ، وتمتعه بسلطة التعيين ، وممارسة السلطة السلمية على الموظفين ، إضافة إلى كونه الأمر بالصرف في البلدية .

وكونه رئيسا للمجلس ، يكون للرئيس دور تنسيقي لأعمال المجلس ، وذلك بتوجيه الإستدعاءات للأعضاء ، والسهر على تحرير محاضر المداورات وحفظها ، وترأس الجلسة .

ومنه فريئس المجلس الشعبي البلدي له بهذه الصفة :

كقاعدة عامة : تمثل البلدية والعمل لحسابها في جميع المسائل المتعلقة بالحياة الإدارية ، وإبرام العقود ، وتمثيلها أمام الجهات القضائية<sup>1</sup> .

<sup>1</sup> - المادة 78 و 82 من قانون البلدية .

ويستثني من هذه القاعدة عدم قدرة رئيس المجلس الشعبي البلدي تمثيل البلدية في العقود أو المنازعات القضائية التي تكون البلدية فيها طرفاً، ويكون شخص رئيس المجلس أو زوجه أو أحد أقاربه طرفاً فيها، ويرجع التمثيل في هذه الحالة إلى أحد أعضاء المجلس الشعبي البلدي يختار بموجب مداولة من طرف الأعضاء<sup>1</sup>.

- السهر على حسن سير المرافق العمومية البلدية، وتسيير والحفاظ على أموال البلدية المنقولة والعقارية بموجب قواعد المالية والمحاسبة العمومية، والآليات المقررة في قواعد التهيئة والحفظ العقاري<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 84 من قانون البلدية .

<sup>2</sup> - في ذلك صلاحيات رئيس المجلس الشعبي في طلب إجراء التحقيق العقاري لمعينة حق ملكية البلدية على العقارات، في الموضوع : أنظر: علاء الدين عشي ، التحقيق العقاري كآلية لضبط الملكية العقارية ، مجلة إدارة ، العدد 34 ، مركز التوثيق والبحوث ، المدرسة الوطنية للإدارة ، الجزائر 2007 .

**Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche Université de Paris IX-Dauphine**  
**LA RHÉTORIQUE JURIDIQUE HERMES 16, 1995**



**Traduction de Fouzi RHERROUSSE**

**Docteur en droit privé de l'université de PARIS XIII et**

**D'Aïda BENNINI' chargée d'enseignement à la faculté de droit de Cergy-Pontoise**

## **البلاغة القانونية**

فيما قبل كان القانونيون ينوون بأنفسهم بعيدا عن فكرة البلاغة القانونية , إذ كانت تعتبر ضربا من الإغواء , فنا من فنون الكذب و اللبس ،خدعة من خدع المحامين و أخيرا فنا لا يتمتع بأسس الصرامة العلمية. إن القانون علم و في نفس الوقت موضوع لعلم أي انه <sup>1</sup> une science et un objet de science. فإذا قدمنا القانون على انه "فن" فانه سيرمي القانونيين في الخلط و عدم الدقة كمثّل الفنان الذي يلبس الحقيقة لباسا ليس لها، أما القانون كعلم فهو مادة الرجل المنظم كالقانوني مثلا و الذي يسمح له بان يدعي امتلاك الحقيقة.

<sup>1</sup> Voir, par exemple, Ch. Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, P.U.F. (coll. «Droit fondamental»), 1985; et l'ouvrage collectif "Philosophie et épistémologie juridiques", *Revue de Synthèse*, n° 118-119, Albin Michel, 1985.

\*إقبال القانونيين على المنطق الأرسطي او الشكلي .

لقد فرض المنطق الشكلي نفسه بسهولة لسببين:

- الأول: يعزى لإستراتيجية السلطة لدى القانونيين. فهذا المنطق يمنح لهم سلطة على القانون إذ يعطيهم الوسيلة للتفكير بدقة العلوم الحققة. فالمنطق الأرسطي syllogisme يسمح لهم بالتعامل مع القانون و تطبيق قواعده على الوقائع دون أن يكونوا طرفا فيها. إذ يقتصر رجال القانونيون على لعب دور عون agent وليس دور فاعل auteur.

فبالفعل عن طريق استعمال المنطق الشكلي لا يملك القانوني القاعدة القانونية (الفرضية الرئيسة la majeure) و لا الأفعال التي تطبق عليها القواعد القانونية (الفرضية الثانوية la mineure) و لا الحل الذي يتوصل اليه عن طريق القياس المنطقي.

فالحكم يكون صحيحا اذا كان "منطقيا"، هكذا تحترق الحقيقة و يضحى بها من اجل المنطق. من هنا يخرج القانوني "سالما" من هذه الميكانيزمات المنطقية للقانون الوضعي. القانوني يحرك كل شئ في القانون دون ان يكون طرفا في هذه المعادلة التي تجمعها بالقاعدة القانونية، الواقعة القانونية و المنطق الارسطي.

هذا ما يدفع (PIERRE BOURDIEU (1986 et 1991) إلى نعت القانونيون ب"حراس منافقين لنظام منافق". وبعيدا عن هذا النعت الاستهزائي فرجال القانون استقطبهم نموذج "الخبير العلمي" L'expert scientifique، الاستقطاب الذي يمارسه المنطق القياسي يمكن من شرح أسبابه النظرية. وبالفعل تأثر القانون كثيرا بأفكار الفقيه HANS KELSEN، اذ كان يهدف هذا الأخير إلى "نظرية محضة للقانون"<sup>1</sup>. فهذا الفقيه يعتبر أن القانون شابته شوائب خارجة عنه كالقيم الأخلاقية و الدينية و التي أثرت في القانوني و تبعاً في أحكامه.

غير أن القانون يجب أن يكون خالصا متحررا من هذه الشوائب حتى يصبح خالصا، مما يجعله بعيدا عن أي نقد. لذا يجب تكوين مفهوم عن القانون خالص من كل عوامل دخيلة تؤثر في محتواه، و هكذا يكون القانون قد قطع شوطا كبيرا في التقدم نحو نسق قانوني متطور système juridique développé.

<sup>1</sup>. Rééd. 1992.

لذا فان خلق قاعدة قانونية يجب أن يكون على النحو الآتي: من له السلطة في إصدار القوانين؛ يعين وضعية أو واقعة قانونية بصفة مجردة: مثلا: يحدث شخص ضررا، فيربط المشرع مفعولا قانونيا: من قام بالضرر يستوجب عليه تعويض الشخص المتضرر، هكذا تولد القاعدة القانونية.

- الفصل 1382 من القانون المدني الفرنسي يؤكد: "كل من قام بفعل سبب ضررا يستوجب عليه تعويضه". فخلق قاعدة قانونية هو عملية إلصاق *imputation* مفعول قانوني لواقعة، هذا الإلصاق يجد جذوره في سلطة سيادية لمن ينتج القانون و لا يجد تعليلا في أي علاقة سببية ما بين الواقعة و القاعدة القانونية. لذا لا يجب البحث عن الواقعة أساس القاعدة القانونية في الأخلاق و القول أن تعويض المتضرر هو نتيجة لوجود قاعدة أخلاقية أو دينية تشجع على التعويض. أساس القاعدة القانونية *fondement* هو المشرع، لكن يجدر الإشارة إلى أن القواعد القانونية تنتظم في إطار نسق و نظام قانوني يكون عربون أمان لاستقرار المعاملات *sécurité juridique* و حماية الأشخاص. هذه القاعدة القانونية تخضع إلى إلتزام الترابط *obligation de cohérence*، هذا الانسجام لا يكون على أساس أخلاقي أو ديني أو سياسي و إلا سيخرج الشق القانوني عن نطاقه و يفقده صفاءه.

### \*انسجام القواعد القانونية

يمكن الحصول عليه بفضل مبدأ هرمية القواعد القانونية *hiérarchie des normes* و التي يعرضها HANS KELSEN على شكل هرم. هكذا تكون القاعدة القانونية صحيحة . لا لأن محتواها صحيح أو أخلاقي أو ديني، بل لأنها لا تتناقض مع القاعدة القانونية التي تعلوها في السلم الهرمي للقواعد القانونية. انه نظام يعتمد على مبدأ الصلاحية. هكذا يجب ان يكون المرسوم قانونيا و القانون دستوريا الخ. فالدستور هو القاعدة المؤسسة *norme fondamentale* فهو قاعدة توجد خارج النسق القانوني و هي قاعدة فوق- قانونية قادرة على التأسيس.

في هذا النسق يلعب المجلس الدستوري دور المفاعل لمراقبة القوانين و صلاحيتها. هذه الطريقة التي تعتمد على مراقبة الشكل الخارجي للقواعد القانونية دون الاهتمام بالحتوى تساعد على قيام تلقائيات *automatisme* و مكنته بداخل النسق القانوني و الذي يعتبر عربونا على أدائه *spécificité et performance* . هذا ما جعل بعض النظريات الجديدة كنظرية *autopoiesis* تعتمد على نفس أسس نظرية HANS KELSEN " " نسق قانوني ذو حركية داخلية، مستقلة و محايده للقواعد القانونية فيما بينها " 1993 TEUBNER .

في هذا المجال النظري يجد المنطق الشكلي مكانه الطبيعي، هذه الآلة التي تعمل بدون مجادلة او تردد . هكذا ندرس لطلبة القانون ان المنطق القانوني هو منطق بالأساس قضائي و يمكن تقديمه على صورة syllogisme اذ يقوم القاضي بتطبيق القاعدة العامة على وقائع خاصة.

غير أن للمشرع "سيادة" تجعله فوق المنطق فلا يتقيد به، فعلة القانون لا توجد إلا في إرادته السياسية ( BASTIT 1990) لذا ولمعرفة معنى القانون يجب تأويله و الرضوخ لمعانيه. لكن هذا لا يمنع انتقاده (REMMY 1985). حيث لا يوجد هناك منطق تشريعي *logique législative* يقحم المشرع في سلسلة من السببيات *causalités*. فالمشرع لا يهدف إلى إرضاء أو إقناع من يوجه إليهم القانون، فهو يرغمهم على احترام قراراته اي القوانين، لهذا فالمنطق القانوني شكليا كان ام بلاغيا يظل منطقا قضائيا<sup>1</sup>.

### \*اعادة المنطق البلاغي الى الواجهة على يد CHAIM PERELMAN

ان تلخيص القانون في نواظم منطقية جافة تسمح له بان يشبه العلوم الحقة. لكن العلوم الحقة بنفسها أصبحت تترك مساحة اكبر للتعليل *l'argumentation*.

يرجع الفضل الى الفيلسوف و الفقيه CHAIM PERELMAN في إعطاء "التعليل *argumentation*" المكانة التي تليق به. فقد اكد هذا الفقيه على أهمية محتوى القرارات و الأحكام القضائية التي تطبق على الوقائع. لقد سخر PERELMAN جزءا من حياته وأعماله لدراسة منطق الأحكام القيمية<sup>2</sup> ثم منطق الأحكام القضائية<sup>3</sup>. هذا الفيلسوف أكد أن المنطق الشكلي ليس خاصا بعلم من العلوم ثم وصل الى خلاصة مفادها ان البلاغة هي المنطق القضائي بجدارة "فمنطق الاحكام القيمية لا يجب ان يجعلها تخضع الى اعتبارية

<sup>1</sup>. Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, *La Logique judiciaire*, PUF, 1969

<sup>2</sup>. Voir en particulier : *Justice et Raison*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 2ème éd., 1972

<sup>3</sup> On consultera notamment avec profit : *Rhétorique et philosophie* (P.U.F., 1952) ; *Traité de l'argumentation. La Nouvelle rhétorique*, en collaboration avec L. Olbrecht-Tyteca, (Ed. ULB, 1983) ; *L'Empire rhétorique* (Vrin, 1977) ; *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (Dalloz, 1979) ; *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique* (L.G.D.J., 1984).

Parmi les articles, on peut se reporter à : « Droit, logique et épistémologie », in *Le Droit, les sciences humaines et la philosophie* (Vrin, 1973) ; « L'interprétation juridique », in *L'Interprétation*, Archives de philosophie du droit, t. 17, (Sirey, 1972) ; « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Formes de rationalité en droit*, Archives de philosophie du droit, *op. cit.*, t. 23, 1978.

À propos de Ch. Perelman, on peut consulter L. Husson, *Réflexions sur la théorie de l'argumentation de Ch. Perelman*, Archives de philosophie du droit, 1977, p. 435 s. ; G. Haarscher, « La Philosophie du droit et la "Nouvelle rhétorique" in *Philosophie et épistémologie juridique*, préc, p. 219 s. et *La Rhétorique de la raison pratique*, Revue internationale de philosophie, n° 127-128, 1979 ; sous la direction d'A. Lempereur, *L'Homme et la rhétorique*, Klincksieck, 1990 ; *De la Métaphysique à la rhétorique. Essais en hommage à Chaïm Perelman*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986 ; *L'influence de Chaïm Perelman sur la philosophie et les sciences humaines*, Congrès 17-19 oct. 1991, repris sous le titre *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruylant, 1994.

احد ما<sup>1</sup> لذا فالمنطق الشكلي يجب ان يترك مكانه الى اعتبارات لها علاقة بمحتوى القواعد، بالظرفية العامة و بالأشخاص المعنيين بدون ان نسقط في النسبية المفرطة بفضل المنهج الذي اقترحه PERELMAN. كان الهدف نفسه الذي كان يرغب في إدراكه الفيلسوف (HENRI MOTULSKY 1948)، في كتابه "مبادئ في التحقيق المنهجي للقانون" لكن هذا الفيلسوف اراد خلق نوع من المصالحة ما بين المنطق الشكلي و الاحكام القيمية عن طريق فرض منهج يتبعه القاضي من اجل الحفاظ على سيادة القانون على الاحكام القضائية في حين يؤكد PERELMAN على تنازل المشرع عن سلطته لفائدة القاضي. هكذا تكون افكاره في تطابق مع أفكار الفيلسوف و الفقيه MICHEL VILLEY .

إلا انه يجب تحديد المنهج الذي يستعمله القاضي انطلاقا من فرضيات *permises* مسموح بها للوصول إلى أحكام منصفة و مقبولة لأنها معقولة *raisonnable*، مستعينا بأفكار ارسطو و الذي صنف عناصر البلاغة انطلاقا من صورة المرافع *le plaideur* . أعاد PERELMAN إلى الواجهة المنطق "الديالكتيكي" المبني على التعليل *l'argumentation*. هذا المنهج لا يعتمد على الإغواء أو سحر و إطراء المستمع *l'interlocuteur* مع الابتعاد عن دغمائية المنطق الشكلي و دون السقوط في السفسطة. وذلك من اجل التأسيس لمنطق معقول *raisonnable* يأخذ بعين الاعتبار الظرفية *le contexte* .

هكذا ، يهدف المنطق القضائي إلى إيجاد و تعليل الحل للنزاعات و الذي تتواجه في إطارها الحجج و الدلائل متبعين مسطرة مفروضة من اجل الاعتراف *faire valoir* في وضعيات مختلفة بقرارات او قيم تقبل من المجتمع. فعلى القاضي ان يبحث عن حل للنزاع يكون عادلا و معقولا حتى تكون الوقائع التي تعرض عليه ذات مخرج مقنع<sup>2</sup> لذلك فمن زاوية كرونولوجية و منطقية تنتظم الأحداث ثم القيم حول الميكانيزمات المنطقية للقاضي و ليس القواعد القانونية. فأطراف النزاع يشيدون انطلاقا من الوقائع النظرية التي سيعرضونها على القاضي لإقناعه بها. لكي يبث القاضي في النزاع فانه يتوجب عليه الاستعانة بالنصوص القانونية إذ هو ملزم باحترامها، لكنه في نفس الوقت يختار بين هذه النصوص القانونية المختلفة التي يؤولها، النص الذي يريده بكل حرية. لا يجب عليه إلا أن يكون موافقا مع القانون الجاري به العمل

. وما يسهل هذه المهمة هو ان القاضي يستطيع إيجاد الحلول للنزاعات في المصادر الشكلية للقانون *sources formelles*. كما في المصادر غير الشكلية أو المبادئ العامة للقانون *principes généraux*، هذه المبادئ العامة

<sup>1</sup>. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit., n°49, p. 101.

<sup>2</sup> 7. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit., n°71, p. 135.

للقانون تعبر بشكل واضح على السلطة التناسبية للقاضي و الذي يعبر عنها في الأحكام القضائية بصفة بلاغية . ان المبادئ العامة للقانون باعتبارها مكونا أساسيا لحقوق الإنسان التي تعطي في نظام لائكي الاشتياق إلى ما هو مقدس و تعطي أساسا ذاتيا *subjectif* لكل . هذه المبادئ لا يخلقها القاضي بل يقتصر على النطق بها<sup>1</sup>، لهذا يستطيع إبعاد الشكوك حول إمكانية خلقه للقانون، الذي يتنافى مع الفصل 5 من القانون المدني الذي يمنح القاضي من اتخاذ الأحكام المقررة *arrêts-règlements*<sup>2</sup> لذلك على القاضي الاعتماد على عقلانية حداثرية *rationalité prudentielle*<sup>3</sup>، و التي تسمح له باحترام مقتضيات الفصل 4 من القانون المدني الفرنسي الذي يفرض على القاضي إيجاد حل لكل النزاعات المعروضة عليه<sup>4</sup>.

هكذا يظهر التعليل *argumentation* كتقنية لإثبات الوقائع *établissement des faits* و لتطبيق القانون لكن PERELMAN يضع موضع نقاش هذا التقسيم المعروف في القانون بين الواقع و القانون *le fait et le droit*، بل هو يزاوج بينهما من اجل الوصول الى حل للنزاعات المعروضة على القاضي. غير أن تطبيق القانون على الحوادث و الذي يتسنى تحقيق القواعد القانونية و حل النزاعات لا يمكن إلا إذا كانت هناك نقاط تلاقي<sup>5</sup> بين القانون و الوقائع هذه النقاط تسمح بالتساؤل حول جدوى وجود هذا التقسيم.

نستطيع التفكير و القول ان التقييم الكلاسيكي قانون وقائع *fait et droit* هو في الحقيقة عبارة عن واقع مفحوص بطريقة مختلفة لان القاعدة القانونية في الأصل هي واقعة تم أخذها بصفة مجردة<sup>6</sup> و تم إلصاق مفعول قانوني لها *un effet juridique* هكذا تصبح الوقائع القانونية التي لا يمكن إحصاؤها تحت ظل قاعدة قانونية تحكمها. و في اطار النزاع تلعب تقنيات الأدلة *les techniques probatoires* دور الوسيط بين الفعل و القانون (MOTULSKY 1948) .

<sup>1</sup> Voir, par ex., Conseil constitutionnel, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*,

P.U.F., (coll. « Recherches politiques »), 1989.

<sup>2</sup> Article 5 du Code civil : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

<sup>3</sup> Cf. O. Ballweg, « *La rationalité prudentielle* », in *Formes de rationalité en droit*, op. cit., p. 257 s.

<sup>4</sup> Article 4 du Code civil : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance*

*de loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

<sup>5</sup> voir, par exemple : A. Giuliani, « *Le rôle du fait dans la controverse* », in *Le procès*, Archives de philosophie du droit, T. 39, 1994, p. 229.

<sup>6</sup> Ch. Atias, *Juris dictio : redire l'inédit*, D. 1992, p. 281 s.



هذا اللقاء "الحميم" بين الواقع و القاعدة القانونية هذا المجهود لربط للواقع بالقاعدة القانونية المطابقة له يسمى بالتكييف *qualification* هذه العملية تسمح بإدخال الواقع *fait particulier* في فئة قانونية *catégorie juridique* تطبق عليها من اجل حل النزاع. على سبيل المثال الشخص A يعطي مالا للشخص B لأجل اخذ سيارة يملكها هذا الأخير للذهاب في عطلة، غير أن الشخص B لا يريد تسليم السيارة. التكييف القانوني يسمح بتسمية العملية ب"عقد شراء" و إعطاء الشخص A و الشخص B صفة البائع و المشتري. ان الأفعال *faits* تخضع لعملية تجريد *opération d'abstraction* ما يساعد على رؤية ان البائع رفض تسليم المبيع و هذا ما يجعله تحت سلطة الفصل 1604 الذي يخص قواعد البيع فعملية التكييف تسمح بلم شمل الفعل و القانون من اجل إيجاد حل للنزاع و ذلك بفضل البلاغة القانونية. فبالفعل تأخذ البلاغة القانونية مكانة رئيسة في النقاش الذي يثيره النزاع<sup>1</sup> - فالنقاش الدائر في النزاع يركز على مبادلة الحجج للوصول أخيرا إلى حل للنزاع (1986 STAROBINSKI) بالإضافة إلى هذا فانه في إطار دولة القانون لا يستطيع الناس التصارع إلا عن طريق النقاش في إطار محكمة (1992 THEVENOT) فالبلاغة شكل من أشكال التخفيف من حدة النزاعات بفضل تحويل الاحتقانات الى جمل و خطاب لغوي.

تجد الإشارة إلى أن المنطق القانوني لا يبدأ بالنقاش حول الواقع مباشرة، حيث انه قبل التواجه يجب توضيح موضوع النزاع هذا ما تعبر عنه مدونة المسطرة المدنية الجديدة ب"موضوع النزاع". الفقيه MICHEL MEYER (1985) يعتقد ان إيجاد موضوع النزاع هو الحالة الأكثر تطورا للبلاغة القانونية<sup>2</sup> لأنه لا يمكن تأسيس بلاغة او حجج قبل معرفة موضوع النزاع إذ أن إيجاد أسس النزاع هو تحديد موضوع المنازعة اي المشكل القانوني و الإنساني الذي يطرحه النزاع هكذا يكون هذا الأخير عبارة " عن توافق حول موضوع خلاف ". يعطي PERELMAN أهمية كبرى لهذا التوافق حول موضوع الخلاف اذ هو المادة الخام لهذه البلاغة القانونية و الذي لا يجعلها تسقط في "السفسطة". هذا يتطابق أكثر مع المساطر الانكلوساكسونية<sup>3</sup> منه مع المساطر الأوروبية التي لا تفتح الباب للبلاغة و الحجج إلا فيما بعد. عندما يفتح النزاع تتصارع الفكرتين المضادتين لأطراف النزاع و على

<sup>1</sup> Cf. M.-A. Frison-Roche, « 2 + 1 = la procédure », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (ss la dir. de), *La Justice*, 1994 (v. biblio.).

<sup>2</sup> Cf. *Problématologie : pour une rhétorique de la raison*, Revue internationale de philosophie, 1985/4; *De la Problématologie* (Mardaga, 1986). Voir aussi A. Lempereur, « Problématologie du droit », in *L'homme et la rhétorique*, op. cit., p. 213 s.

<sup>3</sup> Voir, notamment, les exemples développés par G. Barden, « Le dialogue qu'est la "Common law" », in *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Archives de philosophie du droit, préc, t. 29, 1984, p. 95 s., spéc, p. 98 s.

ضوئهما يأخذ القاضي باعتباره شخصا ثالثا و محايدا قراره العادل و المعقول، فهو الذي ينظم الحوار الدائر بين الطرفين دون المشاركة فيه لذلك فانه من المدهش جدا ان PERELMAN بالرغم من الاهتمام الكبير الذي أولاه لشخص القاضي و الى محاربة المنطق الأرسطي الشكلي لم يرتئ تشييد نظرية خاصة بالنزاع *théorie de procès*<sup>1</sup>

ينخرط في إطار تبادل الأطروحات المشوهة للحقائق و القانون. ان *argumentation*. فبالفعل ان التعليل التعارض الموجود بين الأطروحتين المتناقضتين هو الذي يرسى هذا الصراع. البلاغة القانونية تتطابق مع مبدأ مهم و الذي يفرض النقاش بين *principe du contradictoire* من مبادئ المسطرة المدنية و هي مبدأ الحضور طرفي الصراع و الحق لكل واحد منهما بالمشاركة و الحضور و الحصول على الوقت الكافي للإجابة على الحجج التي قد تضر بمصلحته. أما المنطق الأرسطي الشكلي فهو يتطابق أكثر مع قاض وحيد. أما حقوق الدفاع فلن يكون لها أي (Frison-Roche, 1994, p. 199 s). معنى في هذا النوع من المنطق

هكذا تصبح نتيجة الحكم تقنية بلاغية في حد ذاتها لأنها "معقولة" و "مقبولة". ففي هذا النوع من المنطق يصبح الحكم بأحكام مقبولة و اللجوء إلى تقنيات التعليل أمر حتميا<sup>2</sup>.

(1979, op. cit., p. 137)

لذا يجدر الإشارة إلى هذه الملاحظة و التي مؤداها إلى أن المنطق الشكلي يجعل الحكم يأخذ مشروعيته بصفة مطلقة من قوة القانون فهذا الأخير لا يعاني منافسة أي مصدر من مصادر القانون، في حين انه في إطار منطق تعليلي بحيث يأخذ الظاهر مكان الواقع و يحتل المعقول مكان العقل و يصبح المقبول عربون العدالة. فإذا كان الحكم مقبولا فهو لا محالة عادل.

هكذا نستطيع من جديد التمتع بالقياس المنطقي الشكلي و الذي بفضل نعرف على الأحكام القضائية الأكثر أهمية *arrêt de principe* ففي هذا النوع من الأحكام تعرض الوقائع بليجاز ثم قاعدة من القواعد القانونية دون الحديث عن حجج الأطراف كثيرا ثم تعرض بعد ذلك كحل للقضية *solution de litige*. نلاحظ ان هذا النوع من التعليل المرتكز على المنطق الأرسطي هو الوجه الأكمل للبلاغة القانونية لأنه "مقبول و معقول". فالجمهور لا يستطيع رد المنطق أو الثورة على الرياضيات. لذلك فان "مفهوم الجمهور" عند PERELMAN له مكانه خاصة في منطقة الديالكتيكي. لأنه هو من يستقبل الأحكام و القرارات و يثبت

<sup>1</sup> G. Haarscher, « Le procès chez Perelman », in *Le procès*, Archives de philosophie du droit, préc, p. 201 a.

<sup>2</sup> A. Lempereur, « Argumentation juridique : de l'avocat au juge », in *Argumenter II*, C.N.D.P., 1990.

معقوليتها و عدالتها. وينقسم الجمهور *auditoire* في نظرية PERELMAN إلى عدة دوائر مركزية: أطراف النزاع الأشخاص الحاضرون في المحكمة ، أو من لديهم علم بالحكم ، مهنيو القانون ، فئة المجتمع التي يخصها الحكم و أخيرا المجتمع بأكمله.

إن PERELMAN يذكر في معرض حديثه عن الجمهور العام *auditoire universel* ، هذا الجمهور يمثل العقل أو المعقولية و تنعكس عليه عدالة هذه الأحكام الجمهور يمثل مجال قوة القاضي. يعطي PERELMAN سلطة خالقة للقاضي و الذي يملك بين يديه فضيلة العدالة، فالقانون بالنسبة إليه ليس إلا وسيلة بلاغية بين الوسائل. فالحكم الذي لا يحصل على رضا الجمهور يعتبر غير عادل و لو كان "قانونيا" ، إذا فالحكم يعكس "الشعور القانوني" للمجتمع في ان ما. (ZENATI 1991). هكذا يبقى القضاة رهينة و غير أحرار، لا بسبب مشروع يجعل منهم لسان القانون و الناطق به. و حسب ما تمناه MONTESQUIEU بل بسبب قوة المجتمع. هذا يستلزم قوة بصيرة المجتمع و فضيلة الجسم الاجتماعي ، هذا ما يعتقد بكل تفاؤل عقلاني<sup>1</sup> الفقيه PERELMAN. لكن عندما يكون القضاء مفتوحا على المجتمع فان البلاغة و الדיماغوجية يزحفان كزوج مهدد للمدينة و العدالة .

### \*من المنطق القضائي الى المنطق التشريعي

لظالما فضل PERELMAN جعل القاضي خاضعا للجسم الاجتماعي في بلاغة تحرره من المشرع لأنه كان يتهم هذا الأخير بكونه يخضع القانون للمنافسات الحزبية. لكن من حقنا ان نكون حذرين من "حكومة القضاة".

لهذا لم لا نفرض على المشرع أن يكون مسؤولا أمامنا بدل أن نعطي سلطته للقضاة؟ ان تأسيس منطق قانوني بدل منطق قضائي يقتصر على القضاة فقط. هذا المنطق القانوني سيسمح بدراسة القاضي و المشرع في ان واحد و عدم التفريق بينهم و جعل احدهما فوق الآخر بصفة دغمائية كما سيسمح بإنشاء حوار بين مصادر القانون، ما سيعود بالنفع على نسقنا القانوني. فبالفعل يجب على المشرع ان يستعمل "صورا من القانونية (MORAND) « figures de légalité » . بعد فقد القانون لسلطته ، يمكن له ان يحتفظ ببعض بريقه عن طريق قدرته على الإقناع عبر مفهوم "المجال العام" الذي انشاه هيرماز و إلا فان المواطنين « justiciable » المتقاضين يستطيعون

<sup>1</sup> Voir l'extrait d'un *Discours sur l'éloquence*, écrit anonymement avant la réunion des États généraux, reproduit par J. Starobinski, préc, p. 458 : «La nation en corps est à la fois le juge le plus ardent et le plus flexible : elle aime à être fortement émue et préfère les clartés éblouissantes de l'imagination à la douce et paisible lumière de la raison. La liberté de l'orateur "flatte" la sienne ».

تحافيه عن طريق الغش. إذا اكتفى القانون بسلطته الشكلية فانه لن يزيد إلا تعقدا و ثقلا بسبب تعدد المساطر و العقوبات التي تؤدي حتما الى انعدام الفعالية.

في هذا الإطار تكون البلاغة القانونية نمطا من أنماط بناء خطاب تشريعي كما هو الحال مع الخطاب القضائي و مع أي خطاب ذي مصلحة.

ان الجسم الاجتماعي باعتباره مستقبلا *destinataire* لهذه القوانين و القضاة باعتبارهم وسيطا في حالة من الثورة ضد هذه القوانين. هذا التوتر الموجود بين القانون و القاضي أصبح جليا ، حيث أصبح هذا الأخير لا يكتفي بالقانون مصدرا بل يلجأ الى مصادر أخرى. فرونق القانون *prestige de la loi* لم يبق كافيا لإقناع القضاة و القانون أصبح مفتوحا على مصادر أخرى كالمبادئ العامة للقانون و القيم الأخلاقية الخ وهذا ما يساعد عليه الأشغال المحضرة للقوانين *travaux préparatoires*.

على سبيل المثال فان قانون 25 يناير 1985 الخاص بالشركات المفلسة يمنح للقانون الحق بمعالجة *redresser* الشركات و الحفاظ على التشغيل. فكان هذا القانون محط آمال تم تخييرها. هذا ما دفع المشرع إلى تعديله *reformer*<sup>1</sup> بقانون 10 يونيو 1994 و الذي كان غاية في الإخفاق<sup>2</sup>. من هذا نستنتج انه على المشرع ليس فقط الوفاء بوعوده دون احترامها، اذ عليه احترام وعوده و عليه أيضا أن يشرح و يعلل *s'expliquer*.

ان على المشرع التزاما يجب أن يقوم به. إذ يجب ان يوضح أسباب و حيثيات القوانين التي يشورها حتى يتسنى للمتلقين فهما هكذا يجد المنهج الباحث عن نية المشرع *méthode théologique* مجالا للتطبيق و هذا ما ينهجه القانون الأوربي *le droit communautaire* في قوانينه كما في أحكامه. في هذا الإطار تفرض قاعدة نفسها و هي "قاعدة العقل" *la règle de la raison*. لنفرض حالة مناقضة لما يتوجبه نص قانوني لكن نستطيع التملص منه إذا حققت أهدافه، هكذا يصبح العقل او المنطق القانوني يستمد شرعيته لا من معنى القوانين و لا حتى من روحها بل من الأهداف التي يرسمها القانون هذا ما يؤكد قانون الاتحاد الأوربي و يسميه المفعول النافع للقوانين *l'effet utile*، هكذا يظهر لنا ان القانون و القضاء هما مدينان لنفس الدائن، هذا الديكتاتور الذي يسمى الجسم الاجتماعي لذا فهما مجبوران على التنسيق فيما بينهما لإنتاج خطاب منسجم معقل و مقبول حتى

<sup>1</sup> Sous la direction de Ch.-A. Morand, *Expérimentations législatives et lois expérimentales*. P.U.A.M., 1993.

<sup>2</sup> Cf. M.-A. Frison-Roche, «La cohérence de la loi nouvelle», in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Paris, Dalloz (à paraître).

تكون له شرعية. انه الان زمن "التحاور المنطقي" <sup>1</sup> dialogique ما بين مختلف مصادر القانون حتى يتم إقناع الأشخاص القانونيين هؤلاء رغم دورهم وواجبهم بل احترام القانون و الإذعان له يستطيعون في الأخير إحكام سيطرتهم عليه.

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES :

- BASTIT, M., *Naissance de la loi moderne*. Paris, P.U.F. (coll. « Léviathan »), 1990.
- BOURDIEU, P., *La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 64, 1986, p. 3 s.
- « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in *Normes juridiques et régulation sociale*, L.G.D.J. (coll. « Droit et société »), 1991, p. 95 et s.
- FRISON-ROCHE, M.-A., « 2 + 1 = la procédure », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (ss la dir. de), *La Justice*, Paris, Autrement (coll. « Morales »), 1994, p. 199 s.
- « La cohérence de la loi nouvelle », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*. Paris, Dalloz (à paraître).
- JACQUES, F., *Dialogiques (Recherches logiques sur le dialogue)*. Paris, P.U.F., 1979.
- LEMPEREUR, A., *L'Homme et la rhétorique*. Paris, Klincksieck, 1990.
- MEYER, M., "Problématique : pour une rhétorique de la raison", *Revue internationale de philosophie*, n°4, 1985.
- *De la problématique*. Bruxelles, Mardaga, 1986.
- *Questions de rhétorique*. Paris, Le Livre de Poche, 1993.
- MORAND, Ch.-A., *Les Figures de la légalité*. Paris, Publisud, 1992.
- MOTULSKY, H., *Principes de réalisation méthodique du droit. Théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* (préface de P. Roubier). Paris, Sirey, 1948 (rééd. Dalloz, 1991).
- PERELMAN, Ch., *Justice et raison*. Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1972 (2ème éd.).
- *Rhétorique et philosophie*. Paris, P.U.F., 1952.
- *L'empire rhétorique*. Paris, Vrin, 1977.
- *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris, Dalloz (coll. « Méthodes du droit »), 1979 (2ème éd.).
- *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*. L.G.D. J., 1984.
- PERELMAN, Ch., OLBRECHST-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*. Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1983 (1ère éd. 1970).

<sup>1</sup> F. Jacques, *Dialogiques (recherches logiques sur le dialogue)*, 1979 ; « Dialogue exige : communicabilité et dialectique », in *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Archives de philosophie du droit, préc, p. 7 s.

RÉMY, Ph., « Eloge de l'exégèse », *Droits*, P.U.F., 1985, n° 1, p. 115 s.

STAROBINSKI, J., « La chaire, la tribune, le barreau », in *Les Lieux de mémoire ; II. La Nation ; III. La gloire, les mots*

(ss la dir. de Pierre Nora). Paris, Gallimard, 1986, p. 425.

TEUBNER, G., *Le Droit, un Système autopoïétique*. Paris, P.U.F. (coll. « Voies du droit »), 1993.

THÉVENOT, L., *Jugements ordinaires et jugement de droit*, *Annales E.S.C*, 1992, nov.-déc, p. 1279 s.

ZÉNATI, F., *La Jurisprudence*. Paris, Dalloz (coll. « Méthodes du droit »), 1991.

## La morale dans le système juridique marocain



**Abdelhaq EL HATTAB**

**Chercheur en droit**

**Militant associatif**

### Introduction

Le système juridique marocain est plus que jamais marqué par les gigantesques chantiers de réformes successifs dans lesquels le pays a engagé une volonté multidimensionnelle en envisageant réaliser le développement considérable souhaité sur les différents aspects de la vie que ce soit aussi bien au niveau politique, social, économique que culturel ou environnemental...

Parmi les grandes réformes ouvertes par le Royaume du Maroc, il convient de citer à titre indicatif la problématique de la morale<sup>1</sup>.

En effet, la question liée à la moralisation de la vie socio-économique et politique marocaine ne date guère d'aujourd'hui, car elle représente non un phénomène d'une actualité frappante mais également un sujet fort ancien puisque ses sources originales puisent notamment dans les multiples leçons qui proviennent de l'histoire islamique<sup>2</sup> et des courants doctrinaux philosophiques<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Le mot morale vient de mores en latin qui signifie coutumes ou mœurs. A vrai dire, il n'existe pas une définition unanime de cette notion tout simplement parce qu'elle s'utilise actuellement comme synonyme du mot éthique. Mais pour nuancer certains auteurs considèrent la morale un ensemble de jugements relatifs au Bien et au Mal destinés à diriger la conduite des individus tandis que l'éthique n'est qu'une traduction pratique et concrète de ces jugements.

<sup>2</sup> Plusieurs applications exemplaires de la morale du coran et des hadithes peuvent être citées par tels que

Malheur aux fraudeurs, lorsqu'ils achètent quelque chose, ils exigent des gens une pleine mesure, lorsqu'ils pèsent pour ceux-ci ils trichent (sourate al motafifine).

Dieu a permis la vente et il a interdit l'usure (sourate albaqara)

N'est pas des nôtres celui qui fraude (hadith)

<sup>3</sup> Dans la société occidentale, on peut observer que les managers ont recours à trois grandes sources de la morale

C'est la raison pour laquelle la place de la morale dans les systèmes juridiques contemporains tels que le cas marocain est devenue désormais une préoccupation importante auquel fallait-il accorder une attention particulière.

Certes, notre pays et à l'instar des autres expériences comparées similaires, a essayé d'aborder cette valeur qui est extrêmement primordiale à travers son insertion dans le milieu sociétal comme étant une exigence sous forme de normes d'ordre législatif.

Sous cet angle, la présente étude se focalisera essentiellement sur deux points, et ce par le biais du plan suivant:

## **I- LA MORALE DANS LE SYSTEME JURIDIQUE PUBLIC MAROCAIN**

### **II- LA MORALE DANS LE SYSTEME JURIDIQUE PRIVE MAROCAIN**

#### **I- LA MORALE DANS LE SYSTEME JURIDIQUE PUBLIC MAROCAIN**

Le système juridique public est pleinement riche des applications de la morale surtout au niveau du champ politique et administratif.

##### **A- Applications de la morale dans le champ politique**

Le règlement intérieur des deux chambres des représentants et des conseillers, la loi relative aux partis politiques, et le Code électoral sont des illustrations pratiques de la morale dans le champ politique national.

##### **1- Le règlement intérieur des deux chambres des représentants et des conseillers**

L'action législative à l'échelle nationale a connu et continue de vivre d'une façon manifeste une crise de valeurs et mœurs dans la pratique, et afin de dépasser cette situation dégradante, le Maroc s'est penché vers la promulgation d'un règlement intérieur régissant la relation entre la chambre des représentants et la chambre des conseillers.

Cependant, les deux textes actuels qui réglementent les attributions de ces dernières manquent de cohésion ce qui entravent l'atteinte des objectifs auxquels ont été respectivement créés.

D'ailleurs, conscient de leur rôle basique et crucial que jouent les deux institutions, la nouvelle constitution suppose que la réussite du pouvoir parlementaire réside nécessairement dans leur complémentarité qui se traduira dans les efforts conjoints en matière de lutte contre l'absentéisme des membres et de

---

- La parole divine à travers les dix commandements  
 - Le respect de l'intérêt général, chacun doit se bien conduire car il est de l'intérêt général de chacun d'agir ainsi. C'est l'approche utilitariste  
 - Le principe de KANT qui veut dire ne pas traiter notre semblable comme un moyen mais également comme une fin.



l'incitation à la participation effective à exercer et respecter leurs devoirs et obligations dans le cadre de leur mandat.

Récemment, et à l'occasion de l'inauguration de la session parlementaire en octobre 2012, Sa Majesté le Roi Mohamed VI que Dieu le glorifie, a réitéré cette position dans son discours en appelant les acteurs concernés à œuvrer activement pour faire sortir un Code de conduite qui serait appliqué par les membres des deux chambres majorité et/ou opposition.

## 2- La loi relative aux partis politiques

cette loi a apporté dans son corps plusieurs normes juridiques qui visent la moralisation de l'ensemble des activités exercées en la matière tout au long du cycle de vie des partis politiques à partir du moment de la création passant par les sources de financement (qui doivent être en tous cas légitimes et conformes à la loi) voire jusqu'à la décision de dissolution émanant de l'autorité judiciaire compétente.

De même, l'article 7 de la nouvelle constitution se contente de reproduire à la lettre les principes que contient la loi relative aux partis et de relater en résumé leurs missions en précisant que *les partis politiques œuvrent à l'encadrement et à la formation politique des citoyennes et citoyens, à la promotion de leur participation à la vie nationale et à la gestion des affaires publiques. Ils concourent à l'expression de la volonté des électeurs et participent à l'exercice du pouvoir, sur la base du pluralisme et de l'alternance par les moyens démocratiques, dans le cadre des institutionnelles.*

*Leur constitution et l'exercice de leurs activités sont libres, dans le respect de la constitution et de la loi.*

*Il ne peut y avoir de parti unique.*

*Les partis politiques ne peuvent être fondés sur une base religieuse, linguistique, ethnique ou régionale, ou, d'une manière générale, sur toute base discriminatoire ou contraire aux Droits de l'Homme.*

*Ils ne peuvent avoir pour but de porter atteinte à la religion musulmane, au régime monarchique, aux principes constitutionnels, aux fondements démocratiques ou à l'unité nationale et intégrité territoriale du Royaume.*

*L'organisation et le fonctionnement des partis politiques doivent être conformes aux principes démocratiques.*

*Une loi organique détermine, dans le cadre des principes énoncés au présent article, les règles relatives notamment à la constitution et aux activités des partis politiques, aux critères d'octroi du soutien financier de l'Etat, ainsi qu'aux modalités de contrôle de leur financement.*

### 3- Le Code électoral

Vu le caractère décisif qui résulte des comportements des partis politiques via les campagnes et propagandes pour encourager les gens à participer dans la vie publique en choisissant une élite qui sera représentante légale suite à leur vote pour diriger et gérer quotidiennement les choses locales et territoriales, le législateur marocain a encadré et réglementé cette matière par un Code électoral<sup>1</sup> et l'article 11 de la constitution<sup>2</sup> afin de restaurer la confiance perdue.

## B- Applications de la morale dans le champ administratif

Plusieurs applications de la morale dans le champ administratif peuvent être citées.

### 1- Le cadre réglementaire des organismes et services publics

Par le biais des dispositions contenues dans la nouvelle constitution relativement aux attributions des régions et collectivités territoriales, le législateur marocain a posé un cadre réglementaire spécifique dédié aux différents organismes appartenant au domaine de l'Etat et plus globalement ceux qui présentent des services publics aux citoyens et aux usagers<sup>3</sup>.

Pour cela, tout un titre est consacré à la question de la bonne gouvernance même si le principe liant la responsabilité à la reddition des comptes semble être déjà dicté auparavant par l'article 1<sup>er</sup><sup>4</sup>.

Alors, la moralisation de la sphère de la gestion des choses publiques est encadrée horizontalement et verticalement d'une manière stricte et rigoureuse.

Selon l'article 158 du texte constitutionnel, au préalable toute personne élue ou désignée, exerçant une charge publique doit établir conformément aux

<sup>1</sup> Loi n 9.97

<sup>2</sup> L'article 11 de la constitution stipule expressément que les élections libres, sincères et transparentes constituent le fondement de la légitimité de la représentation démocratique.

Les pouvoirs publics sont tenus d'observer la stricte neutralité vis-à-vis des candidats et la non discrimination entre eux.

La loi définit les règles garantissant l'accès équitable aux médias publics et le plein exercice des libertés et droits fondamentaux liés aux campagnes électorales et aux opérations de vote. Les autorités en charge de l'organisation des élections veillent à l'application de ces règles.

La loi définit les conditions et les modalités de l'observation indépendante et neutre des élections en conformité avec les normes internationalement reconnues.

Toute personne qui porte atteinte aux dispositions et règles de probité, de sincérité et de transparence des élections est punie par la loi...

<sup>3</sup> Dans ce sens, selon les propos de l'article 154 de la constitution, les services publics sont organisés sur la base de l'égal accès des citoyennes et citoyens, de la couverture équitable du territoire national et de la continuité des prestations.

Ils sont soumis aux normes de qualité, de transparence, de reddition des comptes et de responsabilité, et sont régis par les principes et valeurs démocratiques consacrés par la constitution.

S'ajoute à cela l'article 156 de la constitution qui dispose que les services publics sont à l'écoute de leurs usagers et assurent le suivi de leurs observations, propositions et doléances. Ils sont tenus également de rendre compte de la gestion des deniers publics conformément à la législation en vigueur et sont soumis, à cet égard, aux obligations de contrôle et d'évaluation.

<sup>4</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la constitution déclare que .....Le régime constitutionnel du Royaume est fondé sur la séparation, l'équilibre et la collaboration des pouvoirs, ainsi que sur la démocratie citoyenne et participative, et les principes de bonne gouvernance et de la corrélation entre la responsabilité et la reddition des comptes...

modalités fixées par la loi, une déclaration écrite des biens et actifs détenus par elle, directement ou indirectement, des la prise de fonctions, en cours d'activité et a la cessation de celle-ci.

En outre, les administrations et les entreprises relevant de l'Etat peuvent élaborer des chartes comportant une valeur juridique identique a une loi comme en illustrent a la fois l'article 157 de la constitution<sup>1</sup> et la charte communale<sup>2</sup> ou bien le code de bonne conduite relatif aux principes de la gouvernance des entreprises publiques ou privées<sup>3</sup>.

## 2- La loi relative à la passation des marchés publics

La loi relative à la passation des marchés publics a pour but principal la garantie des chances entre les operateurs qui veulent entrer dans le jeu de la libre concurrence en vue de gagner en fin de compte un appel d'offre par exemple.

Mais cette dernière se voit critiquée souvent par les entrepreneurs en raison des maintes contraintes qui existent dans sa mise en application telles que la difficulté d'accès aux informations nécessaires<sup>4</sup>, la bureaucratie, le clientélisme, la corruption<sup>5</sup>...etc.

Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 36 de la constitution en fait allusion en disant: *les pouvoirs publics sont tenus de prévenir et réprimer conformément à la loi, toutes formes de délinquance liées a l'activité des administrations et des organismes publics, à l'usage des fonds dont ils disposent, a la passation et a la gestion des marchés publics.*

## 3- La loi relative a la cour des comptes

En plus des tribunaux administratifs, on assiste au contrôle moralisateur quotidien et continu exercé par d'autres institutions judiciaires par rapport aux administrations de droit public au Maroc.

Il s'agit de la cour des comptes et les cours régionales des comptes<sup>6</sup> qui sont réglementées par la loi n et intégrées ultérieurement au sein du nouveau texte constitutionnel.

<sup>1</sup> Cet article prévoit qu'une charte des services publics fixe l'ensemble des règles de bonne gouvernance relatives au fonctionnement des administrations publiques, des régions et des autres collectivités territoriales et des organismes publics.

<sup>2</sup> Loi n 78.00

<sup>3</sup> Elaborée en mars 2008 par une commission présidée par la Confédération Générale des Entreprises au Maroc et le Ministère des Affaires Economiques et Générales.

<sup>4</sup> Et ce, en dépit de la constitutionnalisation du droit a l'information dans l'article 27 prévoyant que les citoyennes et les citoyens ont le droit d'accéder a l'information détenue par l'administration publique, les institutions élues et les organismes investis d'une mission de service public.

Le droit a l'information ne peut être limite que par la loi...

<sup>5</sup> Pour lutter contre la corruption, le Maroc ne cesse de fournir des efforts au niveau réglementaire et institutionnel.

Sur ces efforts, cf. Abdelhaq EL HATTAB les engagements du Maroc dans le cadre de la lutte contre la corruption, publié le 24 septembre 2012 dans le Site des Sciences Juridiques et Economiques ([www.marocdroit.com](http://www.marocdroit.com)).

Il est prévu aussi dans la constitution en vertu de l'article 167 la création de l'instance nationale de probité, de la prévention et de lutte contre la corruption.

<sup>6</sup> L'article 149 de la constitution énonce que les cours régionales des comptes sont chargées d'assurer le contrôle des comptes et de la gestion des régions et des autres collectivités territoriales et de leurs groupements.

Elles sanctionnent, le cas échéant, les manquements aux règles qui régissent les opérations financières publiques.

Ainsi, la cour des comptes a un double rôle regroupant le contrôle et l'assistance.

Concernant le premier volet, l'article 147 de la constitution dispose que *...la Cour des Comptes a pour mission la protection des principes et valeurs de bonne gouvernance, de transparence et de reddition des comptes de l'Etat et des organismes publics.*

*La Cour des Comptes est chargée d'assurer le contrôle supérieur de l'exécution des lois de finances. Elle s'assure de la régularité des opérations de recettes et de dépenses des organismes soumis à son contrôle en vertu de la loi et en apprécie la gestion. Elle sanctionne, le cas échéant, les manquements aux règles qui régissent les dites opérations.*

*La Cour des Comptes contrôle et assure le suivi des déclarations du patrimoine, audite les comptes des partis politiques et vérifie la régularité des dépenses des opérations électorales.*

Quant au second volet, d'après l'article 148 du texte constitutionnel, l'assistance donnée par la cour des Comptes peut se traduire en trois hypothèses soit au pouvoir législatif<sup>1</sup>, exécutif<sup>2</sup> ou bien encore judiciaire<sup>3</sup>.

#### **4- Le Code Général des Impôts**

Nul ne peut douter l'existence de deux types des Impôts dans le régime juridique national c'est à dire les impôts appliqués au droit privé (impôt sur les sociétés, impôt sur le revenu, taxe sur la valeur ajoutée, taxe de la consommation intérieure...) et les impôts relevant du droit public (taxe d'habitation, taxe d'édilité...).

C'est pourquoi la Code Général des Impôts ainsi que les lois de finances promulguées annuellement par le parlement dresse des normes d'intérêt général au profit de l'Etat et des règles juridiques obligatoires auxquelles les personnes physiques ou morales, de droit public ou prive sont assujetties.

Si l'on parle de la morale, ces personnes doivent s'acquitter de leurs obligations et devoirs envers l'administration fiscale par le paiement de leurs taxes.

En cas de comportement négatif (le non paiement), l'administration fiscale sous la tutelle directe du Ministère des Finances procèdera automatiquement à appliquer une majoration envers la partie concernée avant de déclarer après un délai

<sup>1</sup> L'alinéa premier de l'article 148 stipule que la Cour des Comptes assiste le parlement dans les domaines du contrôle des finances publiques. Elle répond aux questions et consultations en rapport avec les fonctions de législation, de contrôle, et d'évaluation, exercées par le parlement et relatives aux finances publiques.

<sup>2</sup> Le troisième alinéa de l'article 148 dicte que la Cour des Comptes assiste le gouvernement dans les domaines relevant de sa compétence en vertu de la loi.

<sup>3</sup> Le deuxième alinéa de l'article 148 stipule que la Cour des Comptes apporte son assistance aux instances judiciaires.

de grâce la somme indue comme une créance contentieuse qui doit être récupérée s'appuyant sur les textes du Code des créances publiques.

Toutefois, la loi garantit à la personne son droit de demander la révision amiable du montant de l'impôt sinon porter l'affaire devant la juridiction compétente.

### **5- Le Code des Douanes**

Le Code des Douanes confère un pouvoir de contrôle élargi et discrétionnaire sur les zones frontalières dans un souci protecteur à l'organe chargée de cette mission (l'Administration Des Impôts Directs et Indirects) qui consiste à traiter d'une part, les demandes de douanement et de dédouanement relatives à quelques produits orientés vers la consommation humaine ou animale et à confisquer ou ordonner le retrait des marchandises interdites (cannabis, armes...) ou susceptibles d'être dangereuses d'autre part.

Dans ce cadre, cet organe peut dresser des procès verbaux à l'encontre des contrevenants et le cas échéant laisser la possibilité à ceux-ci de régler la somme en concluant un accord amiable qui s'appelle transaction.

### **6- La loi relative aux attributions du médiateur**

Après la promulgation du texte le réglementant<sup>1</sup>, L'article 162 de la constitution définit le médiateur comme étant *une institution nationale indépendante et spécialisée qui a pour mission dans le cadre des rapports entre l'administration et les usagers, de défendre les droits, de contribuer à renforcer la primauté de la loi et à diffuser les principes de justice et d'équité, et les valeurs de moralisation et de transparence dans la gestion des administrations, des établissements publics, des collectivités territoriales et des organismes dotés de prérogatives de la puissance publique.*

## **II- LA MORALE DANS LE SYSTEME JURIDIQUE PRIVE MAROCAIN**

L'analyse de la morale dans le système juridique privé marocain nous conduira aux différentes applications dans le domaine civil et commercial.

### **A- Applications de la morale en matière civile**

Pour bien étudier les applications de la morale dans le droit civil marocain, on propose de les traiter à travers la théorie générale des obligations et les autres lois spéciales.

<sup>1</sup> Dahir du 17 mars 2011 qui remplace les attributions du DIWANE AL MADALIME déjà créé en 2001.

## 1- Le DOC

Le DOC marocain contient quelques fondements moralisateurs.

### a- la théorie des vices du consentement

D'après la théorie autonomiste, le consentement se caractérise par la rencontre concordante, libre et éclairée de la volonté de chaque partie au contrat<sup>1</sup>. Le consentement est la base, fonde la validité du contrat. Il doit être exempt de tout vice. Si celui-ci s'avère vicié à cause de n'importe quel comportement immoral, cela entraînera sa nullité<sup>2</sup>.

### b- la théorie de la bonne foi

En droit marocain, fondée sur l'art. 230<sup>3</sup> et 231 du DOC, la bonne foi est une notion d'inspiration morale, dont on a établi qu'elle se fondait sur l'idée d'altruisme. Par son inspiration morale, la bonne foi doit être entendue à ce niveau comme une règle de comportement pour le contribuable. Elle dicte, en effet, une conduite conforme à la conscience ; la conscience d'agir sans léser les droits d'autrui.

### c- la théorie des garanties

#### - la théorie de la garantie d'éviction

Selon les dispositions des articles 532 du DOC et suivants, la garantie d'éviction préserve l'acquéreur d'être évincé de la chose, c'est-à-dire d'être privé de la possession paisible, voire de la propriété de la chose vendue.

S'agissant de la mise en œuvre de la garantie, l'acheteur dispose de deux stratégies. Il peut opter pour la garantie incidente encore appelée appel en garantie. Dans cette hypothèse, l'acheteur qui est assigné en justice par un tiers qui prétend un droit sur la chose vendue, appelle son vendeur en garantie ; c'est-à-dire au procès afin que ce dernier fournisse des répliques aux prétentions du tiers.

En cas de succès de l'action du tiers, le vendeur peut être condamné par le juge à indemniser l'acheteur.

<sup>1</sup> M.CHLEH : « l'autonomie de la volonté à la lumière du DOC marocain : ses fondements et aspects dans la théorie du contrat », (en arabe), mémoire DESA en droit privé, FSJES Rabat, 1983.

<sup>2</sup> L'article 39 du DOC stipule « est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol, ou extorqué par violence ».

<sup>3</sup> Z.QADRI TORJMAN : « l'art.230 du DOC marocain », RMDDED, n°7, 1984, p : 111.

### **- la théorie de la garantie des vices cachés**

Selon l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 549 du DOC, "le vendeur garantit les vices de la chose qui en diminuent sensiblement la valeur, ou la rendent impropre à l'usage auquel elle est destinée d'après sa nature ou d'après le contrat...".

Le deuxième alinéa ajoute que "le vendeur garantit également l'existence des qualités déclarées par lui, ou qui ont été stipulées par l'acheteur".

Si on reprend les expressions formulées par cet article, il est à remarquer que le législateur impose le devoir moral de protéger l'acheteur sur la charge du vendeur sous peine de sanction.

### **d- la théorie de l'abus de droit**

Il y a abus de droit chaque fois que l'exercice d'un droit subjectif reconnu, que l'accomplissement d'une prérogative inhérente à ce droit, que l'acte découlant de ce droit, que l'usage que le titulaire en fait ou que la conduite manifestée dans l'exercice de ce droit présente un caractère malveillant, excessif ou abusif.

### **e- la théorie des quasi-contrats**

#### **- la gestion d'affaires**

Envisagée à l'article 943 du DOC, la gestion d'affaires se lie à des rapports de droit, des droits subjectifs engendrés par une gestion des affaires d'autrui, qui se réalise en l'absence de tout mandat ou autorisation du maître de l'affaire. L'exemple le plus souvent cité est celui de la personne qui entreprend de réparer, au profit de son voisin, un mur qui menace ruine.

Elle est tenue des mêmes obligations qu'un mandataire et doit être indemnisée de ses avances, dépenses et pertes.

La gestion d'affaires produit des effets qui ont pour but principal de protéger les intérêts du maître de l'affaire. Il s'agit de la création d'obligations auxquelles doit se soumettre le gérant. Ce dernier a une obligation de continuer la gestion même en cas de décès, il doit continuer jusqu'à l'arrivée de l'héritier ; et à la fin de la gestion, rendre compte de sa gestion. Et il a aussi pour obligation essentielle d'agir en « bon père de famille » envers le géré durant cette gestion d'affaire.

Par conséquent, il engage sa responsabilité pour toutes les fautes qu'il commettra dans le cadre de sa gestion, du fait du non accord du géré qui ne devra pas subir les conséquences de cette gestion non voulue.

### **- le paiement de l'indu**

Il existe deux cas où le paiement indu est possible, c'est le cas d'un paiement fait par erreur. Le paiement peut être indu également avec l'éventuelle annulation ou résolution de la dette.

### **- l'enrichissement sans cause**

L'article 66 du DOC encadre une protection particulière à la personne victime de l'enrichissement sans cause puisqu'il « fait obligation à celui qui s'est indument enrichi aux dépens d'autrui, de restituer la chose ou la valeur qui fait l'objet de cet enrichissement injuste ».

Cet enrichissement sans cause conduit à l'exercice d'une action, une action appelée De in rem verso, celle-ci se traduit par certaines conditions d'applications et met en place à l'instar des autres quasi-contrats, des effets propres.

Cette action a pour effet principal l'indemnisation de l'appauvri par l'enrichi.

Néanmoins cette indemnisation est strictement limitée et ne doit pas être plus élevée que l'appauvrissement, pour éviter que l'enrichi ne s'appauvrisse, ni plus élevée que l'appauvrissement pour éviter que l'appauvri, soudain ne s'enrichisse. C'est au jour de la demande en justice que le juge se base pour apprécier l'existence d'un enrichissement.

## **2- La loi n 31-08 édictant des mesures pour la protection des consommateurs<sup>1</sup>**

Dans les économies libérales comme la notre, il incombe généralement à l'Etat dans le cadre de son rôle interventionniste d'assurer la transparence dans les relations contractuelles conclues entre les commerçants et les consommateurs, la qualification des biens et services et la loyauté des transactions. Cela s'est traduit par une loi spécialement destinée à garantir aux consommateurs les cinq droits fondamentaux : le droit d'être informé, le droit de choisir, le droit de s'exprimer, le droit à une double protection, biologique et économique, le droit à bénéficier du progrès technique et du développement des échanges.

Cette dimension protectrice est confirmée par des dispositions de morale diverses qui visent à instaurer:

- l'obligation d'information sur les prix et l'obligation de facturation
- la fiabilité dans les conditions de vente

<sup>1</sup> Voir sur cette question, Abdelhaq EL HATTAB lecture critique sur le projet de loi 31.08 édictant des mesures de protection des consommateurs, article (en arabe) publié le 2 mai 2010 sur le site internet de la Ligue de Défense des consommateurs dans la région Tanger-Tétouan ([www.rabitatanger.com](http://www.rabitatanger.com))



- la réglementation de certains types de vente : vente à domicile, vente forcée, vente avec prime...etc.
- la réglementation de certains contrats: contrat a distance (électronique) qui s'est imposé grâce à l'extension de l'utilisation des NTIC (en premier rang l'internet)<sup>1</sup> et contrat bancaire de consommation et immobilier.
- la lutte judiciaire et associative<sup>2</sup> contre les clauses abusives.

### 3- Le Code du travail

La stabilité, le développement de l'esprit économique d'entrepreneuriat et d'investissement, la paix sociale...sont les piliers principaux et les pierres angulaires sur lesquels se base le Code du Travail marocain<sup>3</sup>. Effectivement, pour garantir ces éléments, ce texte met le point sur la relation synallagmatique provenant de la relation salariée/employeur et employeur/ l'Etat.

Relativement au sujet de la morale en matière du travail, et dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), celle ci est tenue vis-à-vis de sa masse salariale de

- Respecter généralement les dispositions légales en vigueur,
- Et plus particulièrement, veiller a l'application stricte des statuts internes, des conventions collectives...
- Garantir l'exercice effectif des droits reconnus aux employés

A l'égard de l'Etat, l'entreprise doit s'acquitter de ses obligations appelées les charges patronales (déclaration des salaires a la Caisse Nationale de la Sécurité Sociale et prélèvements et retenues de la Caisse Interprofessionnelle Marocaine de la Retraite, impôts sur les sociétés...)

## B- Applications de la morale en matière commerciale

En matière commerciale, le Maroc a démontré sa volonté pour réglementer le droit des affaires par des textes spécifiques qui contiennent une panoplie de règles de morale et d'éthique.

### 1- Le code de commerce

En promulguant le code de commerce<sup>4</sup>, le législateur marocain a eu l'idée de fixer les contours des activités économiques et commerciales et déterminer les conditions exigées pour devenir commerçant.

<sup>1</sup> Abdelhaq EL HATTAB, sites et blogs une nouvelle culture en pleine expansion dans les pays arabes, article publié le 10 janvier 2012, dans le Site des Sciences Juridiques et Economiques, consultable sur [www.marocdroit.com](http://www.marocdroit.com)

<sup>2</sup> Voir sur ce point Youssef ZAOUJAL le rôle des associations de protection des consommateurs, article (en arabe) publié dans le journal SAHAFAT AL YAWM édition du avril 2010 p 11.

Aussi du même auteur le rôle des associations de protection des consommateurs au Maroc sous les difficultés juridiques et pratiques, (en arabe) publié le dans le Site des Sciences Juridiques et Economiques ([www.marocdroit.com](http://www.marocdroit.com))

<sup>3</sup> Dahir n 1.03.194 du 11 septembre 2003 portant promulgation de la loi n 65.99, publié au Bulletin officiel n 5210 du 6 mai 2004.

<sup>4</sup> Loi n 15.95 formant code de commerce, promulguée par le dahir n 1.96.83 du 1<sup>er</sup> aout 1996, publiée au bulletin officiel n 4418 du 3 octobre 1996.

Du point de vue juridique, le droit commercial national prévoit que pour obtenir la qualité de commerçant, il faut d'abord exercer un acte de commerce parmi la liste énumérées à titre indicatif les articles 6 et 7.

Ensuite, cet exercice pratique du commerce doit obligatoirement être habituel et non frappé d'interdiction ou d'incompatibilité.

Cependant, la qualité de commerçant n'est reconnue légalement qu'à compter du moment de la validation de la demande de la personne concernée physique ou morale par le service du Registre de Commerce.

A partir de la publication de l'avis de constitution au Bulletin Officiel, la personne commerçante peut normalement ses activités en respectant les règles en vigueur (tenue de comptabilité régulière par exemple).

En d'autres termes, si la situation s'avère au contraire anormale comme dans le cas de crise déclenchée par la cessation de paiement, le titre V du code de commerce sera applicable de plein droit. A ce stade, la juridiction commerciale compétente guidera la procédure de traitement des difficultés de l'entreprise en optant pour deux pistes Soit le redressement (plan de continuation, plan de cession) ou bien la liquidation.

Là encore, tout essai de dissimuler la vraie image sur le côté financier et administratif (abus de biens sociaux, banqueroute...) est sanctionné par la loi entraînant ainsi la responsabilité civile et pénale des dirigeants effectifs ou de fait.

## **2- Le droit des sociétés**

Que ce soit au niveau de la loi 17-95 relative à la société anonyme<sup>1</sup> ou au niveau de la loi 5-96 relative aux autres sociétés (société à responsabilité limitée, société en nom collectif, société en commandite simple, société en commandite par actions, société de participation)<sup>2</sup>, le législateur marocain avait sûrement l'intention de clarifier les prérogatives des organes de gestion et les droits et obligations qui incombent aux membres.

Ici, ces lois ont mis l'accent surtout sur la notion de responsabilité qui se répète maintes fois à l'occasion du rôle du gérant ou gérants directoire, conseil de surveillance, administrateurs, associés, actionnaires majoritaires ou minoritaires, commissaires aux comptes...

## **3- Le droit des assurances**

Finalement, le gouvernement actuel a adopté en date du 1<sup>er</sup> novembre 2012 le projet de loi relatif à l'instance indépendante de contrôle des assurances et de la retraite qui sera chargée après des remaniements éventuels au niveau du Code des

<sup>1</sup> Loi n 17.95 promulguée par le dahir 1.96.124 du 3 aout 1996, publiée au bulletin officiel n 4222 du 7 octobre 1996 (modifiée par la loi 20.05).

<sup>2</sup> Loi n 5.96 promulguée par le dahir n 1.97.49 du 3 février 1997, publiée au bulletin officiel n 4478 du 1<sup>er</sup> mai 1997 (modifiée par la loi 24.10).

assurances<sup>1</sup> en vigueur actuellement de veiller à l'application de cette législation à la place de la Direction des Assurances et de la Prévoyance Sociale (DAPS) qui travaille jusqu'à maintenant sous la tutelle du Ministère des finances.

Donc, toutes les mêmes missions qui étaient dévolues à la DAPS (retrait d'agrément d'exercice du métier aux compagnies) seront attribuées à l'instance indépendante de contrôle des assurances et de la retraite.

A cet égard, il convient de signaler que cette nouvelle institution veillera aussi à la protection des personnes souscriptrices et/ou bénéficiaires du contrat d'assurance d'une manière plus ou moins indirecte du fait de leur statut et position de faiblesse<sup>2</sup> dans la relation contractuelle conclue avec les compagnies et intermédiaires d'assurance<sup>3</sup>.

#### 4- Le droit boursier

Dans l'optique d'éviter les antécédentes débâcles qu' a connu le marché boursier marocain (les sociétés cotées au niveau de la bourse de Casablanca) caractérisé par la circulation des capitaux et des titres valorisants et négociables, le législateur n a pas tardé longtemps pour réagir et ce en promulguant le dahir qui réglementait le Conseil Déontologique des Valeurs Mobilières (CDVM) en 1993 avant d'être remplacé par l'instance du contrôle du marché des Capitaux récemment installée.

Cette instance vise à réguler les différentes opérations boursières, leurs modalités et les conditions exigées pour accéder audit marché ainsi qu'a pénaliser toutes sortes de pratiques contraires à la loi telles que le délit d'initié<sup>4</sup>.

#### 5- Le droit des changes

La réglementation marocaine des changes donne à l'Office des changes<sup>5</sup> le contrôle des flux de la devise et de la monnaie nationale par les institutions financières autorisées comme les établissements bancaires ou par les particuliers comme les Marocains Résidents à l'Etranger (MRE). Pour cela, il travaille conjointement avec d'autres organes officiels tels que l'administration des douanes.

<sup>1</sup> Loi n 17.99

<sup>2</sup> Abdelhaq EL HATTAB, la protection de la partie faible dans la relation contractuelle en droit marocain, article publié le 21 juin 2010 dans la Revue de Doctrine et de Droit, consultable sur le site [www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

<sup>3</sup> Youssef ZAOUJAL la protection juridique du consommateur dans le contrat d'assurance, étude législative comparée, (en arabe) mémoire pour l'obtention du Master en droit civil et des affaires, FSJES de Tanger, 2008-2009.

<sup>4</sup> L'article 36 de la constitution en fait référence en disant que les infractions relatives aux conflits d'intérêts, aux délits d'initié et toutes les infractions d'ordre financier sont sanctionnées par la loi...

<sup>5</sup> [www.oc.ma](http://www.oc.ma)

## 6- Le droit bancaire

En vue d'instaurer l'esprit éthique et moralisateur dans le secteur bancaire, le législateur a créé des règles juridiques dotées d'un caractère purement réglementaire<sup>1</sup> axé sur deux points

Le premier a trait aux relations entre les établissements de crédits et les sociétés de financements pour assurer l'équilibre financier en installant des règles prudentielles reconnues sur la scène internationale (Bale 1, Bale 2 et Bale 3).

Par conséquent, l'inobservation de ces dernières permet à la Banque Centrale (Bank Al Maghreb)<sup>2</sup> de prendre les mesures coercitives selon la nature et le degré chaque contravention.

Le deuxième est relatif aux relations contractuelles entre les banques et leur clientèle.

Ainsi, un chapitre à part entière a été conçu pour réglementer cette question. Dans ce cadre, les banques sont légalement et moralement responsables de plusieurs obligations, il s'agit en particulier du

- Devoir d'information
- Devoir de conseil
- Devoir de la tenue du secret professionnel

En cas de refus de fourniture des prestations qui s'attachent aux différents produits classiques (ouverture de compte, crédits avec intérêt de consommation ou immobilier) ou alternatifs (morabaha, mocharaka..) offerts par la banque, le client pourrait saisir Bank Al Maghreb dans un premier temps. Si la tentative de régler le litige a échoué, la loi lui garantit le droit de porter plainte devant l'institution du médiateur bancaire avant d'ester en justice.

## 7- Le droit de la concurrence

L'article 166 de la constitution marocaine stipule que le Conseil de la concurrence est une institution indépendante chargée, dans le cadre de l'organisation d'une concurrence libre et loyale, d'assurer la transparence et l'équité dans les relations économiques, notamment à travers l'analyse et la régulation de la concurrence sur les marchés, le contrôle des pratiques commerciales déloyales et des opérations de concentration économique et de monopole.

Sur un autre côté, l'article 36 de la constitution ajoute que *...le trafic d'influence et de privilèges, l'abus de position dominante et de monopole, et toutes*

<sup>1</sup> La loi n°34-03 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés promulguée par le dahir n°1-05-178 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006).

<sup>2</sup> Dahir n°1-05-38 du 20 chaoual 1426 (23 novembre 2005) portant promulgation de la loi n°76-03 portant statut de Bank AL-Maghreb en vigueur le 20 février 2006. Sur l'histoire de Bank Al Maghreb, consulter le site internet [www.bkam.ma](http://www.bkam.ma)

*les autres pratiques contraires aux principes de la concurrence libre et loyale dans les relations économiques, sont sanctionnés par la loi.*

En réalité, La loi indiquée dans cet article n'est que celle connu sous n 06-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence<sup>1</sup> qui détermine les règles du jeu d'équilibre en matière des activités exercées par les operateurs économiques.

Sur ce plan, ce texte législatif fixe aussi les attributions du Conseil de la concurrence qui se limitent actuellement a la consultation et la formulation des avis et recommandations.

Si l'on procède à une simple comparaison entre l'article 166 de la constitution et les dispositions de la loi 06-99 sus visée, il ressort quelques divergences flagrantes.

Pour y remédier, les pouvoirs publics compétents ont commence à réfléchir sincèrement a une modification partielle de cette loi afin de donner au conseil un pouvoir décisionnel et initiateur.

### **Conclusion :**

Pour conclure, on souligne que les progrès considérables qui ont été accomplis ces dernières années par le Maroc dans la mise en place des instruments juridique et institutionnel de la politique de la moralisation ne sont qu'au début de leur chemin long et dur.

Comme nous venons de l'évoquer, instaurer une culture conciliant valeurs de la morale avec les comportements des intervenants dans la vie publique ou privée nous pousse à déduire que l'amélioration du cadre juridique et réglementaire est une chose indispensable pour adapter les outils au développement économique et gagner les défis actuels et futurs de la politique de promotion des entreprises marocaines<sup>2</sup>.

La tendance proposée qu'il faut favoriser réside dans les modes alternatifs comme l'arbitrage<sup>3</sup> et la médiation pour éviter les litiges et moraliser les relations qui naissent entre les individus tant au niveau du droit de consommation<sup>4</sup>, civil, social, administratif, commercial...sans oublier bien sur la nécessité d'ouvrir un débat sur la réforme de la justice et son entourage (avocats, notaires, adouls, huissiers).

<sup>1</sup> Dahir n° 1-00-225 du 2 rabii I 1421 portant promulgation de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence. (B.O du 6 juillet 2000).

<sup>2</sup> Abdelhaq EL HATTAB, la politique promotionnelle des entreprises au Maroc les défis actuels et futurs, article publié le 28 juillet 2012, consultable sur le site de la Revue de Doctrine et de Droit ([www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma))

<sup>3</sup> Youssef ZAOUJAL, l'arbitrage en droit marocain entre le passe, le présent et le futur, Revue AL MILAF, n18, octobre 2011, p 79-89.

<sup>4</sup> Abdelhaq EL HATTAB, les caractéristiques des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation, article (en arabe), publié le 14 novembre 2010 dans le journal SAHAFAT AL YAWM, consultable sur le site [www.sahafat-alyawm.net](http://www.sahafat-alyawm.net)

## مجلة الفقه والقانون

[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

[www.majalah-droit.ici.st](http://www.majalah-droit.ici.st)

مجلة الفقه والقانون العدد 2 دجنبر 2012